

ff. eod. tit. que tem quotidiana practica. *§. 12. Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide heredum pendunt, & tam nomen, quam substantiam acceperunt: ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem principem superare contententes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentissimus ex quaestore sacri palatii suggestit, constitutionem fecimus: per quam disposuimus, si testator fidei heredis sui commisit, ut vel hereditatem, vel speciale fideicommissum restituat, & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero (qui fideicommissis legitimus esse noscitur) possit res manifestari, sed vel pauciores, quam quinque, vel nemo peritus testis intervenerit: tunc sive pater heredis, sive alius, quicumque sit, qui fidem heredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit: si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsequutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit, necesse eum habere vel jusjurandum subire, quod nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissis vel universalis, vel specialis solutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus, & si à legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, à uno relictum dicitur, (postquam negaverit,) confiteatur quidem aliquid à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.*

Pelos primeiros fundamentos dos fideicommissos dependem da fé dos herdeiros, e della tomarem o nome, e o ser, por isso o Emperador Augusto os reduzio a Direito neces-

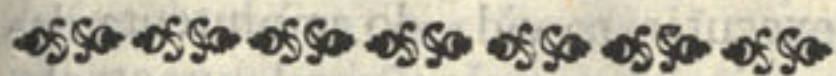
sario. E nós proximamente, querendo sobrepojar ao mesmo Principe, fizémos huma Constituição, tirada de hum facto proposto por Triboniano, varão excelso, pela qual dispuzémos, que se o testador confiar do herdeiro restituia a herança, ou outro especial fideicomisso, e nem por escritura, nem por cinco testemunhas (cujo numero he o da Ley dos fideicommissos) se puder provar, ou porque são menos, ou não ha testemunha: em tal caso, ou o testador seja pay, ou outro qualquer, se o herdeiro recusar fementido negando, e o fideicommissario lho quizer deixar em seu juramento, havendo primeiro jurado de calumnia, deve ser constrangido a jurar, e se não quizer, seja compelido a pagar o fideicomisso; porque não pereça a vontade do testador, confiada da fé do herdeiro. O mesmo mandamos, se o testador deixar, que seu legatario, ou fideicommissario restituia alguma cousa, se o que ficou de o dar confessar a verdade, e recorrer a alguma subtilidade da Ley, e seja obrigado a pagar.

Remiss.

Este §. trata do modo da prova do fideicomisso, e admite a do juramento dalma, conformando-se com a *Ord. lib. 3. tit. 59. §. 5.* Constituição de Justiniano, *L. fin Cod. fideicommiss.* Razão, para que não pereça a ultima vontade, que se prezume pelo juramento de calumnia, recebido primeiro pelo fideicommissario, *ut h. §. vide, Paul. ad Hebr. cap. 6. vers. 16. Exeod cap. 22. vers. 10. & 11.*

Deve jurar por ser facto proprio, que do alheyo não, *Ord. lib. 3. tit. 53. fin pr. & tit. 59 §. 6. Mesing. cent. 1. obs. 13.* e para constranger a de por com a cominação de se haver por confessado, tambem deve preceder juramento de calumnia, *Ord.*

- lib. 3. tit. 53. §. 13. & ibi Glz. n. 28.
 5 e que tenha precedido contestação,
 Ord. §. 13. Glz. n. 30. ou por artigos,
 ou por negação, nem de outro mo-
 do se diz contestada a lide, Barb.
 ad Ord. lib. 3. tit. 51. pr. n. fin. Gam. dec.
 147. n. 3. Phab. p. 1. ar. 84. Reinos. obs.
 6 63. n. 13. & 14. excepto nos casos
 que refere Reinos. n. 22. Phab. dec.
 74. n. 6. Moraes lib. 6. cap. 1. n. 56.
 Glz. d. n. 51. pr. num. 44. que não re-
 quer, Ord. d. tit. 59. §. 5.
 7 Berta, mandou chamar Tabalião
 para deixar a huma sobrinha, tal
 cousa, respondeo o filho herdeiro
 unico, que não era necessario, e elle
 fatistaria: morta a mãy recusou, e
 foy convindo, e provado, e se jul-
 gou o fideicomisso no Senado, em
 que se allegou este §. & tenet Peg.
 maior. cap. 3. n. 21. tençoens usq. 36.
 e obtive neste caso de Villaviçosa.
 8 Se o testador, na presença de No-
 tario, ou de huma testemunha pre-
 zente o herdeiro, regar restituição
 de alguma cousa: se confessa deve
 restituir, tit. ff. de confess. Ord. lib. 4.
 9 tit. 19. §. 2. e ser condemnado, quia
 in confessum nullæ sunt iudicis par-
 tes, nisi in condemnando, ut per
 jura, Reinos. obs. ult. n. 2. Peg. for.
 cap. 1. n. 133. Calderó dec. 21. n. 1. tom.
 1. Moraes lib. 6. cap. 12. n. 47.
 10 Se nega: se lhe pôde deferir o
 juramento, vide Paul. d. cap. 6. Exod.
 d. cap. 22. tenet Peg. maior. d. cap. 3. á
 n. 16. P. Pinh. de testam. disp. 2. sect.
 2. n. 19. 29. & 31. d. L. fin. Cod. fidei-
 11 comiss. & h. §. porque o Notario, ou
 testemunha, faz presumpção da ver-
 dade para chamar a juramento, Ord.
 12 lib. 3. tit. 52. pr. E se recusa jurar,
 pague como confesso pela sua con-
 tumacia, ut h. §. Barb. L. quæ dotis
 n. 156. & 157. ff. solut. Valasc. conf.
 96. n. 11. Cyriac. contr. 46. & 306.
 13 Ord. lib. 3. tit. 59. §. 5. se cabe no jura-
 mento do Autor, por ter ciencia,
 Ord. d. §. 5. dix. §. item si quis pos-
 tulante 11. Inst. auct. & Ord. §. 6.
 14 Se o Reo jurar, negativé, fica
 relevado, §. 1. Inst. auct. §. æque 4.
 Inst. except. e se não pôde accular;
 15 ainda que jure falso; porque neste
 Reyno não ha querela de juramen-
 to falso, e he restrita ao testemu-
 nho falso, Ord. lib. 5. tit. 117. Phab.
 p. 1. arest. 103. & 127. & 140. e obti- 16
 ve no Senado: e he Ley penal, que
 não tem extenção, L. de interpre-
 tatione ff. de pen. cap. pænæ de penit.
 dist. 1. se a Ley o quizerá, o expres. 17
 fara, L. unic. §. sin autem Cod. ca-
 duc. toll. cap. ad audientiam de decim.
 Barb. ax. 136. n. 5. Valasc. de just.
 calam. p. 2. pont. 1. §. 1. n. 36. Depoi- 18
 mento falso, Phab. p. 2. arest. 60. So-
 bornação Ord. lib. 5. tit. 54. §. 1. Cal-
 deró dec. 19. n. 22. Cabed. p. 2. ar. 29.
 Clar. §. falsum n. 3.
 O Juiz, deve fugir de subtileza, 19
 ut h. §. 12. fin. & per jura Peg. 4. for.
 cap. 78. n. 23. Lar. dec. 78. n. 7. ad fin.
 L. sicut 8. §. si debitori ff. quib. mod.
 pign. L. actio 47. ff. negot. gest. L. 1.
 Cod. ut in poss. legat. L. 1. Cod. ut act.
 ab hered. & contr. hered. §. 3. Inst. le-
 git. agnat. success. O subtilizar no 20
 claro, he buscar erro, e offender a
 verdade, cap. dilect. de judic. Barb.
 ax. 214. Mantic. de conject. lib. 12.
 tit. 17. n. 3. Tiraq. pæn. temper. caus.
 12. num. 3. & 4. Pelas de maior. p. 2.
 quest. 6. n. 6.
 Hoje se faz fideicomisso, e mor- 21
 gado, ou por testamento, ou Co-
 decillo, ou por escritura, vide, §.
 2. Inst. Codicill. & pr. Inst. tit. 24.
 O que prohibe a seu herdeiro o 22
 testar, (fideicomisso,) he visto que-
 rer, depois d'elle aos seus abintesta-
 dos, L. qui filium 74. pr. ff. ad S. C.
 Trebell. cum Bart. & aliis Mantic.
 conject. lib. 8. tit. 1. n. 29.



TIT. 24.

De Singulis rebus per fideicommissum relictis.

Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere: veluti fundum, argentum, hominem, vestem, (&) pecuniam numeratam: & vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis á legatario legari non possit.

Tambem se podem deixar coufas particulares por fideicomisso: como Herdade, prata, vestido, dinheiro, ou escravo; e ainda rogar a seu proprio herdeiro, que restitua a outro, ou o legatario; posto que o legatario não pode legar.

Remiss.

1 **E** Stamos no fideicomisso particular, ut Remiss. 1. & fin. tit. preced. 23. Este princ. se confirma, ex Cayo lib. 2. tit. 7. de fideicomiss. §. 1. ib- singulae quaecunque res per fideicommissum relinqui possunt: hoc est ut fundus, aut domus, aut mancipium, aut argentum. §. 2. ib- ab ipso fideicommissario alteri fideicommissum demitti potest. §. 3. ib- & á legatario, licet legatum dimitti non possit, fideicommissum potest. Ulp. tit. 25. de legat. §. 19. á legatario legari non potest. L. 5 §. 1. ff. legat. 1. L. ab eo 9. Cod. fideicomiss. por ser vontade do testador, que não encontra os bons costumes.

2 O legatario não pode legar: he Direito antigo; porque hoje está tirada a differença, que havia entre o fideicomisso, ut §. 3. Inst. de legat. e vale como fideicomisso, L. 2. Cod.

comm. de legat. L. 1. ff. legat. 1. P. Pinheir. testam. disp. 2. sect. 10. n. 376. & 377. vide, §. praeterea 10. Inst. fideic. hered.

O fideicomisso, alguma vez, se constitue por contrato, que pode haver no testamento, Peg. for. cap. 4. n. 125. & 126. e neste Keyno se regula pela L. quoties Cod. don. quae sub mod. Peg. n. 141. Phab. dec. 83. n. 4. vide, Peg. maior. cap. 7. n. 236. & for. cap. 4. n. 145. Pag. 333. Cald. for. quest. 1. Grat. cap. 332. Castilb. lib. 2. cap. 19. n. 258. & 259. & usufruct. cap. 8. n. 38 & 44. e na falta do modo de succeder, Ord. lib. 4. tit. 100. que he a nossa regra.

§. 1. Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere: sed & heredis, aut legatarij, aut fideicommissarij, aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei relicta sit: sed etiam de alia, siue ipsius, siue aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur: necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere & prestare, aut aestimationem ejus solvere.

O testador, não só pode deixar por fideicomisso as suas proprias coufas, mas ainda as do herdeiro, legatario, fideicomissario, ou outro qualquer: assim, que o legatario, e o fideicomissario, não só pode ser rogado a que restitua a coufa deixada, mas outra, ou sua, ou de terceiro. Porém, não restitue mais do que recebe pelo testador; porque no mais, he inutil o fideicomisso. E quando se deixa por fideicomisso a cou-

a cousa alheya; a deve remir, e entregar, ou pagar a estimação.

Remiss.

- 1 Este §. das cousas que se podem deixar em fideicomisso, he composto, quasi á letra, ex *Cayo fideicommiss. tit. 7. §. non solum 4. §. ne legatarius 5. & §. cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur: necesse heredi, vel legatario rem illam, quae per fideicommissum est relicta, aut redimere & fideicommissario dare, aut pretium ejusdem rei, quantum aestimata fuerit, fideicommissario numerare, sicut indamnationis legato diximus.* Razão da cousa alheya, e modo de remir, § *non solum 4. Inst. legat. L. non dubium 14. vers. sed si cui legatum relictum est ut alienam rem redimat, & praestet: si redimere non possit, quod dominus non vendat, vel immodico pretio vendat justam aestimationem inferat ff. legat. 3.*
- 2 Quanto á regra, e observancia, se confirma com muitas Leys, *L. 1. §. si is qui ff. ad S. C. Treb. L. filiusfam. 114. §. 2. ff. legat. 1. L. 1. §. 1. ff. legat. 3. L. ab eo 9 Cod. fideicom.* e he, que ninguem pode ser obrigado a restituir mais do que recebe, ou onerado em mais, *d. L. ab eo 9 Cod. fideicom. L. 6. fin. ff. legat. 3. L. secundum naturam 10. tom. 5. L. unum ex familia §. 1. ff. legat. 2. Barb. ax. 108. n. 1.*
- 3 Dos morgados, ainda do pupillo, se devera vincular mais do que recebe, ou interesse recebido, vide, *Peg. maior. cap. 3. num. 117 pag. 72. Guerr. tr. 3. lib. 5. cap. 55. num. 55. & seqq. & cap. 7. n. 75. & vide o caso de Guerr. d. num. 55.* porèm no anno de 1736. vi julgar o contrario, sobre o melmo morgado, em causa do Castello de vide, contra o Doutor Manoel Antonio Sameiro, escrivão Antonio de Lima de Moncada, fundando-se *in d. §. 1. Inst. h. t.*

O prazo de nomeação, se pode executar na vida do emphiteuta devedor, e entra na geral hypotheca dos bens, *Ord. lib. 3. tit. 93. §. 3. & ibi Glz. n. 11. & 12. & lib. 4. tit. 3. pr. num. 18.* e se lhe não he executado, e arrematado, passa livre, *Ord. d. §. 3. Peg. for. cap. 10. n. 24 & 25 Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 8. n. 97. & 98. Peg. for. tom. 4. cap. 48. n. 12. L. lex vectigali ff. de pignor. Glz. d. §. 3. n. 15.* por resolvida a hypotheca, e como cousa alheya; o que procede ainda na execução real, *Regim. dos contos cap. 81.* e se julga; mas se a licença do Directo for perpetua, e sem lemitte, deve durar além da vida de emphiteuta, *Peg. 4. for. cap. 48. n. 12. vers. sed hac juris resolutio limitatur, ut non procedat casu quo domini consensus intervenit, Glz. da Silv. d. §. 3. n. 5. ex Ord. lib. 4. tit. 95. §. 1. fin. ubi DD.* e parece que devia bastar que sobreviesse, scilicet, a licença a hypotheca, *Agid. L. 1. Cod. Sacros. Eccles. p. 1. §. 7. n. 21. Peg. 4. for. d. cap. 48. n. 12. fin.* visto que não he de solemnidade, mas do seu prejuizo, em que basta sobrevir ao acto, *Reinos obs. 43. n. 23. 24 & 25. & obs. 71. addit. sub n. 3. vers. cum enim regia facultas, obs. 74. addit. num. 8. vers. quae res tamen & obs. 28. n. 17. Hontalb. q. 1. n. 25. & 16.* assim como basta ratificar a hypotheca da cousa alheya.

Se pode gravar ao nomeado, *Peg. 10. for. cap. 10. n. 30. 31. & 32. & tom. 4. for. cap. 48. n. 13.* a que vem a regra, que não posso onerar, a quem não utilizo, *L. ab eo Cod. fideicomiss. L. unum ex familia §. 1. ff. legat. 2. L. 1. §. sciendum ff. legat. 3. Barb. ax. 108.* e vem do concedente; e em nomear *functus est officio suo.*

§. 2. *Libertas quoque servi per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius, nec interest, utrum de suo proprio ser-*

Liv. 2. Tit. 2 4. de Singulis rebus per fideicommissum relictis § 3. 103
servo testator roget, an de eo qui
ipsius heredis, aut legatarij, vel
etiam extranei sit. Itaque & alienus
servus redimi & manumitti debet.
Quod si dominus eum non vendat:
si modo nihil ex iudicio ejus, qui
reliquit libertatem, recepit: non
statim extinguitur fideicommissaria
libertas, sed differtur, quia possit
tempore procedente, ubicunque oc-
casio servi redimendi fuerit, præ-
stari libertas. Qui autem ex fidei-
commissi causa manumittitur, non
testatoris sit libertus, etiam si testa-
toris servus sit, sed ejus, qui ma-
numittit. At is, qui directo ex tes-
tamento liber esse jubetur, ipsius
testatoris libertus sit: qui etiam Or-
cinus appellatur. Nec alius ullus
directo ex testamento libertatem ha-
bere potest, quam qui utroque tem-
pore testatoris fuerit, & quo face-
re testamentum, & quo moreretur.
Directo autem libertas tunc dari
videtur, cum non ab alio servum
manumitti rogat, sed velut ex suo
testamento libertatem ei competere
vult.

Tambem se pôde dar liberdade
ao escravo por fideicomisso, rogan-
do a manumissão ao herdeiro, lega-
tario, ou fideicomissario: e não faz
diferença que o testador fale do es-
cravo proprio, ou do herdeiro, ou
legatario, ou de estranho; e o alheyo
deve ser remido, e livre: e se o se-
nhor o não vender, e nada tiver re-
cebido do testador, nem por isso se
extingue logo a liberdade fideico-
missaria, mas se defere, para que
correndo o tempo, e havendo occa-
são de se remir, se lhe dê liberda-
de. O forro pelo fideicomisso, fi-
ca liberto do que o forrou, ainda
que fosse escravo do testador: e o
que directamente obtem a liberdade
pelo testamento, he liberto do tes-
tador, chamado *Orcinus*; e nenhum
pôde alcançar a liberdade direita-
mente pelo testamento, se não o que

em hum, e outro tempo houver
fido do testador, scilicet, no em
que fez o testamento, e no em que
morreo. E he visto dar-se direita-
mente, quando o testador sem ro-
gar, quer que fique livre pelo tes-
tamento sómente.

Remiss.

Ou legatario, ou fideicomissa-
rio: *L. 24 § 12 ff. fideicomiss. L. præ-
dia 6. Cod. fideicom.*

He liberto do que o forrou: *Cayo 2
lib. 2. tit. 7. de fideicom. §. 7. libertates
etiam servis per fideicomissum dari
possunt (donde se tresladou este §.)
vers. sed cum per fideicomissum liber-
tas datur: is qui manumissus fue-
rit non testatoris, sed heredis li-
bertus est e lhe vem a herança, co-
mo o patrono, L. qui ex causa fidei-
comissi manumittitur & quidem li-
bertus manumissoris 29. ff. bon. li-
bert.*

O que tem a liberdade pelo tes-
tamento, directamente, chamado
Orcinus, se entende competirlhe
logo que se aceita a herança, *L. 10.
Cod. testam. manum. L. 23. & 25. ff.
eod. sem a qual aceitação caduca, 5
Portug lib 2. cap. 17. n. 16. & 17. ubi
jura & DD. Da palavra *Orcinus*, d. 6
L. 10. Cod. L. 3. §. 3. ff. legit tut. L. 8.
ff. hered. inst. L. 22 ff. de pecul. L. 2. ff.
statuliber.*

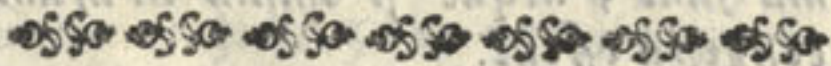
§. 3. *Verba autem fideicommiss-
rum hæc maximè in usu habentur,*
peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ
committo, quæ perinde singula fir-
ma sunt, atque si omnia in usum
congesta essent.

As palavras dos fideicomissos, de
que mais usavão os Latinos, eraõ
estas: peço, rogo, mando, em tua
fé confio: das quaes tanto vale cada
huma per si, como todas juntas.

Remiss.

Remiss.

- 1 Este §. parece tirado de Ulpiano tit. 26. de fideicom. §. 1. Verba fideicommissorum in usu ferè sunt hæc: fideicomitto, peto, volo dari, & similia. E já dillémos §. 1. Inst. fideic. hered. que não era por vinculo de Direito; nem faz por palavras Civiz, mas precativas; e vale, não por rigor de Direito, mas pela vontade do testador, Ulp. §. 1. Fideicomissum est, quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur: nec ex rigore juris civilis profiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. Palavras directas, são conformes o Direito Civil, L. verbis 7.
- 2 ff. vulg. & pupil. subst. Igualdade, e equipolencia extensiva de palavras, L. 2. Cod. comm. de legat. Tiraquel. pen. temper. caus. 35.
- 3 Rogo: em quem pôde, he mandar, L. si negotium 16. Cod. negat. gest. glos. verb. queadm. in L. merito ff. quod juss. glos. in L. si servi mei rogatur ff. negot. gest. cap. rogo 11. quest. 3 & ibi glos. & glos. in cap. quanvis 14. quest. 1. vide Barb. dict. 353.
- 4 Oppoem-se a L. ob hæc 20. ff. his qui not. infam. ubi Glos. verb. hortatur.
- 5 Do axioma: o que pude, não quiz, o que quiz, não pude, adimplir, L. multum interest Cod. si quis alter. vel sibi L. 3. fini ubi glos. Cod. contrah. stipulat. Barb. ax. 196. n. 12. Peg. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 50. glos. 3. cap. 2. n. 7. pag. 237.



TIT. 25.

De Codicillis.

Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse:

sed primus Lucius Lentulus, (ex cujus persona etiam fideicommissa (esse) cæperunt) codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petijt per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum divus Augustus voluntatem ejus impleffet: deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti, fideicommissa præstabant: & filia Lentuli legata, que jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæsisse, an posset recipi hoc, nec absonans à juris ratione codicillorum usus esset: & Trebatium suavisse Augusto, quod diceret utilissimum & necessarium in hoc civibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent: ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quæ tempora, cum & Labeo codicillos fecisset: jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

Os codicillos, e direito destes, antes de Augusto, não estavaõ em uso: mas Lucio Lentulo foi o primeiro que os introduzio, (na pessoa do qual começaraõ tambem a ter effeito os fideicomissos) porque morrendo em Africa fez huns Codicillos confirmados no testamento, nos quaes pedio a Augusto, por via de fideicomisso, que fizesse certa couza: e como o Emperador Augusto lhe cumprisse a vontade, dahi em diante os outros, por sua auctoridade, cumpriraõ os fideicomissos, e a filha de Lentulo pagou os legados, que não devia conforme a Direito. Dizem que Augusto chamou homens sabios, e entre elles o grande Trebacio, e lhe fizera pergunta se podiaõ ter uso, sem resistencia de Direito, e que Trebacio o persuadira,

suadira, a respeito das jornadas, donde, se algum defacto não pudesse fazer testamento, fizesse Codicillo. Depois do qual, como também Labeonio os admitisse, já nenhum duvida do bom Direito com que se admittirão.

Remiss.

1 Os Codicillos, *Ord. lib. 4. tit. 86. & tit. ff. jur. codicill. & tit. Cod. codicil. P. Pinb. testam. disp. 2. sect. 10. §. 1. 2. 3. 4. & 5. á n. 369. usq. 479. e da sua revogação, §. 6. ex n. 480.*

2 De Direito antigo, não tinhaõ validade os legados, fóra do testamento, *L. legatum est donatio testamento relicta 36. ff. legat. 2. de Direito novo, se podem deixar no Codicillo, §. 3. Inst. legat. Ord. lib. 4. tit. 86. dix. in §. 10. tit. 23. e o costume he cumprir a vontade do testador, a que não resiste a Ley, e bons costumes.*

3 O não poder fazer testamento: se entende da potencia de facto, *P. Pinb. testam. disp. 2. sect. 10. §. 1. n. 372.* porque só quem pôde fazer

4 testamento de Direito, pôde fazer Codicillo, *L. Divi 6 §. pen. & L. conficiuntur 8. pr. vers. codicilli ff. jur. codicillor. Ord. lib. 4. tit. 86. §. 3.*

5 e não pelo contrario, *Valasc. conf. 102. n. 7.*

§. 1. *Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed (&) intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt: ex ijs codicillis qui testamentum precedunt, posse fideicommissum peti: si appareat eum, qui testamentum fecit, á*

Tom. II.

voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.

Naõ só depois do testamento pôde fazer codicillos, mas ainda morrendo intestado, pôde fazer fideicomisso no codicillo. Mas Papiniano disse, que era necessario serem confirmados depois por especial vontade. Porém, os Imperadores Severo, e Antonino deixarão escrito, que se podia pedir o fideicomisso pelos codicillos, feitos antes do testamento, se o testador não reselio expressamente da vontade.

Remiss.

Quatro modos de Codicillos, *L. conficiuntur 8. ff. jur. codicillor.* os Imperadores dilatirão de Papiniano: ou por fideicomisso, ou por legado, *arg. L. 27. Cod. de testam. L. 32. §. fin. Cod. appellat. estaõ iguallados, §. 3. Inst. legat. L. 2. Cod. comm. de legat. L. 1. ff. legat. 1. P. Pinb. disp. 2. sect. 10. §. 1. n. 376. fini. & 377.*

§. 2. *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest: ne confundatur jus testamentorum & codicillorum, & ideo nec exhereditatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari, neque adimi potest: nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo (quis) potest.*

Nos codicillos, não se pôde dar, nem tirar a herança, por se não confundir o Direito dos testamentos, e Codicillos; e por isso nem se pôde desherdar. Naõ se pôde dar, directamente, a herança nos Codicillos, nem tirar; mas pode-se deixar nelles a herança por fideicomisso. Nem se pôde nelles acrescentar condição ao herdeiro instituido, nem fazer substituição directa.

O

Remiss.

- Remiss.
1. Que no Codicillo se não pôde instituir herdeiro, nem desherdar, nem substituir directamente, *ut h. §. 1. 2. Ord. lib. 4. tit. 86. pr. L. 2. Cod. Codicill. L. si idem 7. vers. igitur specialiter Cod. eod. L. quod per manus 10. L. illud 13. §. 1. ff. jur. Codicill. Zeper. de Codicill. & claus. codicillar. cap. 7. n. 1. L. quidem 27. §. 1. ff. condit. instit. L. non 4. Cod. testam. Nem condicão, *L. Divi 6. pr. ff. h. t. d. L. 27. §. 1. ff. condit. inst. & h. §. 2. vide, L. si te 27. §. 1. ff. hered. instit.**
 2. No Codicillo, se faz vinculo, *ut h. h. §. Zeper. claus. Codicill. cap. 7. n. 62.* ou fideicomisso. Neste Reyno, ainda nullo o testamento pela pretericão *ex Ord. lib. 4. tit. 82.* se sustenta o fideicomisso, na terça, *Peg. maior. cap. 6. n. 204. & 215. vide, cap. 4. n. 62. & ex n. 76. cap. 20. num. 378. pag. 700. Valens. conf. 63. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 1. & lib. 7. cap. 4. n. 22. & 23. Molin. prim. lib. 2. cap. 8. n. 38 & 39.*
 3. Se fizer instituiçãõ, mais se presume testamento, *L. illud 13. §. tractari ff. jur. codicill. L. non codicillum Cod. de testam. P. Pinh. disp. 2. sect. 10. §. 3. num. 422. Fusar. subst.*

F I M

do Livro segundo.

quest. 245. n. 7. A palavra testamento, tomada largamente, comprehendendo codicillo, *L. fideicomissum ff. legat. 3. Barb. appellat. 262. n. 2.* Da clausula codicillar *Zeper. integr. tract. e dos seus effectos, & Barb. de clausul. clausul. 2. n. P. Pinh. supr. n. 21. & §. 8. d. sect. 10.* que nos ditos lugares satisfazem.

§. 3. Codicillos etiam plures quis facere potest: & nullam solemnitatem ordinationis desiderant.

Hum pôde fazer muitos Codicillos: e nenhuma solemnidade, ordenada, requerem.

Remiss.

Confirma-se *L. 6. §. 1. ff. jur. codicill. L. fin. Cod. de Codicill.*

Requere cinco testemunhas, *Ord. 2. lib. 4. tit. 86. §. 1. vide, Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 18. n. 50. pag. 566.*

Muitos Codicillos, *Peg. maior. 3. cap. 7. n. 32.* e com os precedentes, e seguintes.

Havendo testamento, o segue *L. 4. ab intestato 16. ff. jur. Codicill. Zeper. d. cap. 7. n. 2. Reinos. obs. 48. n. 26. P. Pinh. d. sect. 10.*



AGOSTINHO
 DE
 BEM-FERREIRA
 LIVRO TERCEIRO
 DAS
 INSTITUIÇÕES
 DE
 JUSTINIANO.
 TIT. I.

De Hereditatibus quæ ab intestato deferuntur.

Intestatus decedit, qui aut omnino, testamentum non fecit: aut non jure fecit: aut id, quod fecerat, ruptum, irritumve factum est: aut si ex eo nemo hæres extiterit.

Intestado morre, o que, ou totalmente não fez testamento, ou o não fez conforme a Direito, ou o que fez se rompeo, ou foy havido por irrito, e nenhum, ou se por elle não houve nenhum herdeiro que aceitasse a herança.

Remiss.



ESTE principio, de-
 fine quem he o in-
 testado; e mais lar-
 gamente, *L. i. ff. suis
 & legitim. hered. ib-
 intestati propriè ap-
 pellantur, qui cum possunt testa-
 mentum facere, testati non sunt:
 sed & is qui testamentum fecit, si
 ejus hereditas adita non est, vel
 ruptum vel irritum est testamentum
 &c. L. intestatus 64. tom. 6. & tit.
 Inst. quib. mod. testam. infirm. e co-
 mo he successão legal, a do intesta-
 do,*

- do, se chama legitima, *L. lege ob- venire* 130. tom. 6. *Portug. lib. 3. cap. 18. n. 1. & 2. ut cap. 1. tom. 7. n. 25.*
- 3 Herança, he huma successão uni- versal de todo o direito do defunto, *L. 12. L. 128. §. 1. tom. 5. L. 24. & L. 208. tom. 6.* o herdeiro, fica do mesmo direito que o defunto, *L. heredem ejusdem potestatis* 59. *L. quod ipsis* 143. *L. 156. §. 2. L. 175 §. 1. & L. 177. tom. 5. L. 54. L. 120. L. 160. §. 2. d. tom. 5.* e os que succe- dem em todo o direito do defunto, ficaõ em lugar de herdeiros, *L. in pari* 128. §. 1. *L. praetor bonorum* 117. tom. 5.
- 6 A mesma definiçãõ, em fórma pratica, *Portug. lib. 3. cap. 15. & cap. 16. & cap. 17. & cap. 18.* Do testa- mento roto, ou irrito, *tit. Inst. quib. mod. testam. infirm.* Aqui se trata do que o naõ fez, ou o herdeiro naõ quiz aceitar a herança.
- 7 O que naõ testa, he visto deixar os bens, voluntariamente, aos que o Direito chama á herança do intes- tado, *L. si quis cum nullum L. con- ficiuntur* 8 *ff. jur. Codicill. glos. in L. non junctum verb. repetitum ad fin. Cod. ad Treb. Portug. praelud. 2. §. 7.*
- 8 n. 74. e he visto alienar nos succel- sores, *idem Portug. prox. Molin. just. disp. 147. n. 9. Garc. benef. p. 5. cap. 1. n. 594 & 596. & p. 2. cap. 1. n. 12. Tusc. lit. B. concl. 111.*
- 9 Testamento, sem instituiçãõ de herdeiro, he nullo, §. 2 *Inst. fideic. hered. dix. pr. Inst. hered. inst. & §. 34. Inst. de legat. L. 1. ff. hered. instit. L. heredes palam* 21. *ff. testam. Peg. ad Ord. lib. 1. tit. 50. cap. 2. n. 67. tom. 4.* e o testamenteiro, naõ supre,
- 10 *Reinos obs. 55.* salvo, se manda dis- pender tudo por sua alma, e pia- mente, *Reinos prox. Phab. dec. 95. n. 3. & ibi addit. vers. quod autem ubi DD.*
- 11 He intestado, ainda que morra com testamento, se o herdeiro ins- tituido naõ aceita a herança, *pr. Inst. & §. 2. fin. de leg. Falcid. §. 5. Inst. fi-*

deic. hered. L. 64. tom. 6. L. 181. tom. 5. infra §. 7. h. t. L. 1. ff. suis & legit. hered. vers. si ejus hereditas adita non est *Ord. lib. 4. tit. 87. §. 8. Portug. praelud. 2. §. 3. n. 37. & 38. lib. 3. cap. 17. n. 16. & 17. & cap. 21. n. 5. & 6. Phab. dec. 123. á n. 4. Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 5. n. 196. Gom. L. 3. n. 75.*

§. 1. *Intestatorum autem here- ditas ex lege duodecim tabula- rum, primum ad suos heredes per- tinent.*

As heranças dos que morrem in- testados (de qualquer modo) por Ley das 12. taboas, primeiramente pertencem aos herdeiros seus.

Remiss.

Ordem de succeder ao intestado: 1 em primeiro lugar lhe succedem os descendentes, (legitimos) *Novel. 118. cap. 1. Ord. lib. 4. tit. 96. Guerr. tract. 2. lib. 1. cap. 2.* Na falta destes, 2 in infinitum, preferem os ascenden- tes, *d. Novel. 118. cap. 2. Ord. d. tit. 96. & 91. Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 1. ex n. 1 & 2. ubi DD.* como segunda li- 3 nha. Na falta destes, por sua ordem, lhe succede o irmão, *d. Novel. 118. cap. 3. Ord. lib. 4. tit. 90. & 91. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 1.* No concur- 4 sa de irmãos de dous lados, com o de hum lado, profere á herança o de ambos os lados, *Novel. 84. & d. Novel. 118. cap. 3. Auth. itaque Cod. comm. de success. Auth. cessante Cod. legit. hered. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 1. n. 10. & seqq. Phab. dec. 197. vide, Maced. dec. 11.* Na falta de irmão de 5 ambos lados, centraõ de hum só lado, *d. Novel. 118. cap. 3. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 2. á n. 11.* E neste collateral, 6 se guarda o Direito commum *Ord. lib. 4. tit. 96. fini. pr.* e se diz assim 7 falando dos legitimos. Dos que suc- cedem ao intestado, em geral, *Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 5.*

Os sobrinhos, filhos de irmão, 8 succe-

Portug. lib. 3. cap. 19. n. 48. lib. 3. fol. 157

- succedem a seu tio, com o outro tio, em tronco, e não por cabeça, por via de representação, *Auth. de hered. abintest. venint. Auth. post fratres Cod. legitim. hered. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 6. n. 25. & 26. Maced. 1. n. 6. Gom. L. 8. Taur. n. 10. & 13.*
- 9 Porém, na transversal, não ha representação, se não entre irmãos, e filhos de irmãos, *Guerr. d. lib. 4. cap. 6. n. 25. Maced. d. n. 6. Gom. d. L. 8. num. 10.* na forma da Authentica, (que na descendencia he *in finitum*, *Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 2. n. 50. & 51.*)
- 10 Concorrendo dous irmãos, hum da parte do pay, e outro da parte da mãy; aquelle l. verá os bens de seu pay, e este os da mãy, e os adquiredos se dividem igualmente, *L. de emancipatis vers. exceptis Cod. hered. instit. Gom. d. L. 8. n. 8.* porém, nos devemos resolver *ex Ord. lib. 4. tit. 46. & 97. & 105.* ainda que *tit. 96.* no transversal mande guardar o Direito commum; que he em outra tenção.
- 11 Exceiçoens de direito da suidade, *Alcograd lib. 2. cons. 56. á n. 1. usq. 21. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 2. & lib. 4. cap. 1. n. 29. & 30.* que não praticamos entre o filho emancipado, com o que está no patrio poder, *Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 2. num. 3.* aonde conta differenças.
- 12
- 13

stitutiones, per quas iussimus, (ut) si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulerit: postea vero affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit: non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse: sed etiam anteriores, qui & ijs qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus, & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve, suorum heredum numero sunt, si præcedens persona deserit in potestate parentis esse: sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit: nepos ex eo, suus heres esse non potest. Idque & in cæteris deinceps liberorum personis dictum (esse) intelligimus. Posthumi quoque, qui si vivo parente nati essent, in potestate (ejus) futuri forent, sui heredes sunt.

Herdeiros seus são, como acima se disse, os que estiverem no patrio poder do defunto, quando morre: como filho, ou filha, nêto, ou nêta da parte do filho; bisnêto, ou bisnêta da parte do nêto, nascido de filho; e assim os mais da linha recta paterna, que conta até o quarto grão. Nem faz differença o serem filhos naturaes, ou adoptivos. Entre os quaes se devem contar tambem, os que não sendo de legitimo Matrimonio, são dados ás Cortes, ou Governo das Cidades, conforme as Constituiçoens Imperiaes, a seu respeito promulgadas, pelas quaes alcançaõ o Direito de herdeiros seus. Do mesmo modo se devem contar entre

entre os herdeiros *seus*; os que approvaõ nossas Constituiçoens, pelas quaes mandámos, que se algum tiver ajuntamento com mulher theuda na sua casa, sem ao principio ter vontade de com ella casar, (sendo esta de estado de casar com elle) e tiver filhos, ou filhas della, e depois casarem; naõ sómente os filhos nascidos depois do casamento, saõ legitimados, e estaõ no poder do pay, mas tambem os nascidos antes do matrimonio, que derão causa á legitimidade dos posteriores; posto que depois os naõ haja, ou lhe morraõ. Finalmente o nêto, ou nêta, bisnêto, ou bisnêta, saõ do numero dos herdeiros *seus*, se a pessoa de quem descendem, proximamente, tiver deixado de estar no poder de seu pay; ou seja por razã da morte, ou por outra, como se foy emancipado; porque se ao tempo que hum morre tem filho no seu poder, o neto da parte do filho naõ pôde ser herdeiro do que morre. E o mesmo dizemos das outras pessoas da hi em diante. Tambem os Posthumos, que nascidos da vida do pay haviaõ de estar no poder paterno, saõ herdeiros *seus*.

Remiss.

- 1 Quem he o herdeiro *seu*, ou proprio, e que o he o que está no poder do que morre, ao tempo da morte, *dix. §. sui autem 2. Inst. hered. qualit. & differ.* Constituiçoens Imperiaes, *L. 3 & 4. Cod. nat. liber.*
- 2 Nossas Constituiçoens: segundo as quaes fica legitimado pelo Matrimonio subseqüentemente, *L. cum quis 10. L. nuper legem 11. Cod. natur. liber.* adde *Novel. 89. & cap. 9. Novel. 74. Novel. 86. cap. 8. cap. tanta 6. qui fil. sint legit. ubi Barb. & in cap. venerabilem 13. eod. tit. §. fin. Inst. de nupt. tom. 1. Ord. lib. 2. tit. 35. §. 12. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 4. (Por Rescripto, cap. 5.)*

Posthumo: *§. pen. Inst. de tutel. Arouc. adn. l. 7. n. 12. L. 26. n. 2. ff. stat. hom.*

Do incestuoso, e coito damnado, *Novel. 89. cap. fin. Ord. lib. 2. tit. 26. §. 22. & 23. tit. 35. §. 12. lib. 4. tit. 93. Portug. lib. 3. cap. 18.*

A respeito do Rey, o primeiro filho havido depois de Reinar, *Cald. nominat. quest. 13. n. 45. adde Dalner. rerunt. cap. 6. num. 41. & 42. ubi mult. Menoch. lib. 4. pres. 92. num. 5. Martin. Laudens. de Princip. quest. 341. vide Tiraquel jur. primogenit. quest. 31.*

Nos morgados, prefere o legitimo do pelo matrimonio subseqüente, *Guerr. d. cap. 4. num. 23. ubi Peg. & DD.*

§. 3. Sui autem heredes sunt etiam ignorantes, & licet furiosi sint heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur: ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium, & ideò nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas, nec curatoris assensu acquiratur furiosi, sed ipso jure.

Tambem saõ herdeiros *seus*, os que ignoraõ virlhe a herança; e ainda que sejaõ furiosos, ficaõ herdeiros: porque pelas causas que se acquire para nós, sem o sabermos, pelas mesmas se acquire para os furiosos. E logo pela morte do pay, quasi se continua o dominio: e por isso aos pupillos naõ he necessaria a autoridade do seu tutor; porque a herança passa aos herdeiros *seus*, ainda que a ignorem: nem se acquire pelo consentimento de seu curador, mas por puro Direito, *ipso jure*.

Remiss.

Remiss.

§. tit. ff. adq. poss. vid. h. §. Barb. L. quia tale 14. n. 57. ff. solut. matr.

- 1 Herdeiros seus, (ou forçados) porque o são ipso jure, quer dizer, logo, por puro Direito, L. in suis 14. ff. suis & legit. hæred. L. si fratris 3. ff. jur. deliber. & h. §. Inst.
- 2 Mas tem o beneficio Pretorio de se abster da herança, ut §. 1. Inst. hæred. qual & differ. e por isso, só pedindo o filho, he que se diz herdeiro, e sendo convindo, se lhe deve provar essa qualidade, Maced. dec. 51 & n. 6. & 7. Peg. ad Ord. lib. 2. tit. 52. §. 4. n. 12. pag. 381. Conciol. hæred. solvent. art. 1. num. 10. & 11.
- 4 Ainda que seja furioso: L. furiosus 63. ver. nisi necessarius patri aut domino hæres existat ff. acq. vel amit. hæred. L. fin. §. 2. Cod. curat. furios. porque adquire pela vontade da Ley, e não pela sua; ministerio legis.
- 5 Pelas mesmas causas: L. si à furioso 12. ff. reb. cred. si cert. petat. ver. nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex eisdem etiam furioso acquiri & ibi glos. verb. acquiri L. non omnis 19. §. si pupillus ff. eod. tit. L. si quis pro eo §. si numos ff. fidejuss. L. 24. ff. oblig. & act.
- 6 Constituição de dominio, L. in suis hæredib. 11. ff. liber. & post. vide, §. 2. Inst. hæred. qualit. & differ.
- 7 Não assim a posse, L. 23. ff. adq. poss. tom. 8. que consiste em facto, em que a Ley não tem imperio, nem a posse está na herança, L. 3. pr. n. 11. L. 21. n. 4. L. 23. ff. adq. poss. tom. 8. L. 19. ff. ex quib. caus. L. 1. §. scævola ait ff. si is qui testam. liber esse, Beima in d. L. cum hæredes 23. ff. adq. poss. (que responde a L. 30. ff. ex quib. caus. mior.) Arouc. L. 7. n. 9.
- 8 ff. da legib. ubi jura & DD. e além do facto, e adprehensão, require animo, e mais consiste no animo que em Direito, Beima supr. & dix. tom.

§. 4. Interdum autem, licet in potestate (parentis) mortis tempore suus hæres non fuerit, tamen suus hæres parenti efficitur: veluti (si) ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris (sui,) jus enim postliminij hoc facit.

Algumas vezes, ainda que o herdeiro seu, não esteja no patrio poder ao tempo da morte do defunto, com tudo fica herdeiro seu: como se voltou do cativo dos inimigos, depois da morte do pay; porque o Direito do Postliminio, o faz herdeiro seu (por ficção da Ley.)

Remiss.

O filho herdeiro seu, vindo dos inimigos, depois da morte do pay: duas ficções, huma da Ley Cornelia, outra do Postliminio, L. captum ab hostibus 9. Cod. postlin. revers. que prova este §. 4 & 5. Inst. 2 quib. mod. jus patr. pot. sol. & 5. Inst. quib. non est perm. fac. testa.

O cativo dos inimigos, pelo Direito das Gentes, ficava escravo, L. hostes 24. L. pen. & tot. tit. ff. captiv. L. ab hostib. 12. L. jus 14. L. liber & tot. tit. Cod. postlim. revers.

Mas por ficção da Ley Cornelia, se finge morto na hora em que foy cativo: e se torna do cativo, se finge que nunca esteve cativo, pela ficção do Postliminio, e os direitos estiverão suspensos, L. pen. ff. suis & legit. hæred. junct. L. pater 10. & tot. tit. ff. captiv. Arouc. L. 5 §. 1. n. 19. ff. stat. hom. §. 5. Inst. quib. mod. jus patr. pot. sol. §. 5. Inst. quib. non est perm. fac. testa.

§. 5. Per contrarium (autem hoc) evenit, ut licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus hæres non fit: veluti si post

post mortem suam pater judicatus fuerat perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit, suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedat, sed potest dici ipso (quidem) jure suum heredem esse, sed desinere.

Pelo contrario, ha caso em que estando presente, e familia do defuncto ao tempo da morte deste, o que havia de ser herdeiro seu, o não he: como se o pay depois da morte foy julgado traidor, e por isso a sua morte damnada; porque não pôde ter herdeiro seu, e succede o Fisco em seus bens. Mas pôde-se dizer, que por Direito he herdeiro seu, porém que o deixa de ser pela sentença.

Remiss.

- 1 O contrario, ainda estando presente, quando a memoria do pay he damnada, se confirma *ex Ord. lib. 5. tit. 6. cum §. 9. & 10. Ord. lib. 2. tit. 26. Portug. lib. 3. cap. 22 & seqq. L. 1. §. 1. verb. interdum etiam & ibi glos. verb. perduellionis ff. suis & legit. hered. junct. L. fin. ff. ad leg. Jul. Magest. L. fin. ff. ad leg. Jul. peculat. ut §. 3. Inst. public. judic.*
- 2 Parecia, que depois do filho adquirir, pelo immediato Direito de herdeiro seu, a superveniencia da sentença do delicto paterno, lho não podia tirar, ainda que viesse ao caso em que não podia ter principio, *ut dix. §. 14. Inst. legat.* Porém, o pay tinha perdido o dominio desde o dia que cometteu, e começou o delicto, como em bom sentir tem *Guerr. tr. 1. lib. 4. cap. 9. n. 76.* (ainda que outros dizem que não, *n. 77. Barb. in cap. cum secundum 19. de heretic. in 6. n. 4.*) e se anulla toda a alienação posterior ao delicto, e que teve principio, *idem Guerr. n. 81. sem restituição do preço, ut n. 82. sobrevindo a sentença declaratoria.*
- 5 Esta se retrotrahe ao tempo do deli-

cto comettido, como se fosse proferida logo que o cometteo, *Guerr. d. cap. 9. n. 79. ubi DD.* A sentença, sómente declara, e nada faz de novo, *Guerr. d. lib. 4. tr. 1. cap. 9. n. 80.*

§. 6. *Cum filius filiae, & ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad hereditatem (avi) vocantur: nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Aequum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptisve sit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisve: simul vocantur. Et quia placuit nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere: conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi, ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex alter filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filijs nepotes neptesve existant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor: ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel ad quatuor altera dimidia.*

Havendo filho, ou filha, e da parte de outro filho, nêto, ou nêta, são herdeiros, juntamente, da herança do avô; nem o mais proximo em grão exclue ao mais remôto; porque pareceo justo, que succeda o nêto, ou nêta em lugar de seu pay. E por igualdade de razão, procede o mesmo entre o nêto, ou nêta de hum filho, e o bisneto, ou bisneta da parte do nêto. E porque nos agrado, que os nêtos, ou nêtas, bisnêtos, ou bisnêtas succedessem no lugar de seu pay; nos pareceo que a herança se devidisse em tronco; de modo que o filho haja ametade da herança, e os dous, ou mais nêtos da parte do outro filho morto, a outra ametade. E se houver nêtos, ou nêtas de dous filhos mortos, a saber, da parte de hum, ficar hum, ou

ou dous, e da parte do outro tres, ou quatro, pertence ametade da herança áquelle hum, ou dous, e a outra ametade, aos tres, ou quatro.

Remiss.

- 1 Este §. da divisaõ entre os descendentes, se confirma pela *Ord. lib. 4. tit. 96. & tit. 97.* esta das collaçoes, para igualar os coherdeiros do monte commum, conforme á Ley da igualdade, *L. 4. Cod. com. divid. Guerr. tr. 2. lib. 8. cap. 21. §. 20. Inst. act. §. 4. 5. & 6. Inst. offic. judic.*
- 2 Na materia da successaõ, tem o primeiro lugar a linha dos descendentes, §. 1. n. 1. *Inst. h. t. & §. 1. Inst. de gradib. cognat. Novel. 118. cap. 1. Ord. lib. 4. tit. 96. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 2. n. 2.* e assim succede o filho, ou filha, e comprehende o neto, ou neta do filho, morto, naõ tendo desherdado, *Guerr. n. 47. 48. & 49.* e dahi em diante; e isto por via de representaçãõ, que nesta linha, recta, se diz *in infinitum*, no intestado, *Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 2. n. 50. & 51. ubi jura & DD. & lib. 4. cap. 6. á n. 11. & 14.* quer dizer nos descendentes, e ascendentes.
- 3 Nesta descendencia se succede *in stirpes*, em tronco, e naõ *in capite*, por cabeça, *Guerr. d. lib. 4. cap. 6. á n. 11. cum h. §.* tanto levaõ da herança os netos do filho morto, como o filho vivo; por ser justo que os netos succedaõ em lugar de seu pay, *Ord. lib. 4. tit. 96. pr. L. 1. §. 1. vers. si filius suus hæres esse desit, in eadem partem succedunt omnes nepotes, & neptesque eo nati ff. suis & legit. hered. L. ut intestato 3. Cod. suis & legit. liber.* a que se chama representaçãõ, e aqui *in infinitum*, e por isso em tronco, *in stirpes*, e naõ por cabeça *in capite* dos netos, & *Novel. 118. cap. 1. & 3. Guerr. supr. n. 4.*
- 4 O filho, ainda que he mais pro-

ximo, naõ exclue o neto filho do irmão falecido, posto que mais remoto, *ut h. §. 6.* porque o neto, ou bisneto, he proximo, segundo a mesma representaçãõ, no lugar de seu pay, como se este fora vivo, *Per. dec. 59. n. 7. Phæb. dec. 22. á n. 14. Maced. dec. 16. n. 28. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 6. n. 39. & 40. vide §. 5. Inst. legit. agn. success. & L. 8. tom. 5.*

Poucos de huma parte, e muitos da outra: por força da representaçãõ, *ut h. §. 6. fin. L. 8. §. 1. ff. inoffic. testam. L. nepotes 2. Cod. suis, & legit. liber. Novel. 118. cap. 1.* e esse he o formulario da representaçãõ no intestado: e ainda testado, a respeito das duas partes da *Ord. lib. 4. tit. 82.*

Pari ratione: por igualdade de razaõ, procede o mesmo nos bisnetos. Correndo sempre a mesma representaçãõ, *L. illud ff. ad leg. Aquil. L. illud Cod. Sacros. Eccles. §. 2. quod cum eo Barb. ax. 197. n. 3. & 4.* e a razaõ natural tem força de ley, *L. cum ratio ff. bon. damnat. L. sciere oportet §. suffecit ff. excus. tut. Ord. lib. 3. tit. 64 d. ax. 197. n. 13.* Aonde se dá a mesma razaõ, deve ter lugar a mesma disposiçãõ de Direito, *ut h. §. 6. vers. pari ratione & §. pari ratione Inst. quib. mod. jus pat. pot. sol. §. 2. Inst. quod cum eo d. ax. 197. n. 3.* naõ extensivamente, mas por comprehensãõ, *L. illud Cod. Sacros. Eccles. L. is solis Cod. revocand. donat.* ainda na Ley penal, *Cardos. verb. pœnae num. 25. Pacion. de locat. cap. 41. n. 4. 5. & 6.*

No transversal, e collateral, tambem ha representaçãõ; mas naõ passa alèm do irmão, e filhos do irmão do defunto, *Auth. de hered. ab intest. ven. §. si igitur Auth. post fratres Cod. legit. hered. Guerr. tr. 2. lib. 4. d. cap. 6. n. 25. & 26. ubi DD.* ainda que naõ concorra tio, e sobrinhos, e sim os primos, ainda he em tronco, e naõ por cabeça, *Guerr. d. cap. 6. n. 35. Peg. maior. cap. 10. n. 142. 285.*

- & tom. 7. ad Ord. pag. 22. n. 69. P. Pinh. emph. disp. 5. sect. 4. §. 1. ex n. 80. Portug. lib. 3. cap. 19. num. 48.
- 18 He havido por proximo, o que o he pelo effeito da representaçõ, glos. in L. omnia 32. §. in fideicomisso verb. proximiori lit. R. ubi Acurc. & Bart ff. legat. 2. Maced. dec. 16. num. 28 & 29. Guerr. d. cap. 6. n. 39. 40. & 58. ubi Peg. Phab. dec. 22. n. 21. fin. supr. h. §. n. 8. P. Pinh. emphit. disp. 5. sect. 4. n. 102. Reinos. obs. 25. n. 8. Almeida num. quin. cap. 1. num. 37. Peg. maior. cap. 10. n. 47. Per. dec. 59. n. 7.
- 19 Basta a potencia de succeder, ainda que esse jus succedendi, se não radica-se no pay, Guerr. d. cap. 6. n. 44 & 45. Peg. maior. cap. 10. n. 58. vers. quare dicendum est e faz a Ord. lib. 4. tit. 100. pr.
- 20 A representaçõ, tem lugar nos morgados, Ord. lib. 4. tit. 100. pr. Guerr. d. cap. 6. n. 26. ubi DD. & Peg. Maced. dec. 16. n. 22. e he in infentum não só nos descendentes, Ord. d. pr. mas nos transverfaes, sendo descendentes do Instituidor, Ord. d. pr. no segundo caso, dos quaes, Guerr. d. cap. 6. n. 29. 30. & 31. ubi DD. Maced. dec. 16. n. 27. Nós também a consideramos approvada no transversal do terceiro caso Ord. d. pr. fin. scilicet, entre tio, e sobrinho, ou entre primos, supr. pr. Inst. fideic. hered. & L. 8. tom. 5. scilicet, tudo
- 22 transversal; e vaõ nesta sentença, P. Ant. Cordeir. resol. 119. & 136. Guerr. d. lib. 4. cap. 6. num. 32. Reinos. obs. 26. addit. n. 15. Peg. maior. cap. 10. n. 120. vers. neque n. 258. 259. n. 268. num. 743. 745. 747. Per. dec. 3. Peg. ad Ord. tom. 7. lib. 1. tit. 87. §. 4. n. 69. cap. 10. n. 285. & n. 242. Peg. maior. tom. 4. pag. 317. & 344. & n. 98. Sous. in Lusit. lib. 1. cap. 9. d. num. 125. Per. dec. 116. P. Pinh. emph. disp. 5. sect. 4. §. 3. sub n. 98. Peg. maior. d. cap. 10. n. 743. e o vi julgado, e a revista escusada.

§. 7. Cum autem queritur, an quis suus heres existere possit: eo tempore querendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse, quod accidit & destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit, & extraneus heres institutus, & filio mortuo, postea certum fuerit heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut, quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet: quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos, & hoc certum est.

Para se saber se fica herdeiro seu, se perquire do tempo certo da morte do defunto sem testamento; o que também acontece pelo desamparo do testamento, e não aceitação da herança por elle. Por esta razão, se o filho for desherdado, e hum estranho instituido herdeiro, e morto o filho, o instituido não for herdeiro, ou porque não quer, ou porque não pôde, o neto fica herdeiro seu, do avô; porque no tempo em que o pay de familias morreo intestado, por hum dos ditos modos, o neto se acha só: e isto he certo.

Remiss.

Para o tempo da suidade, se há de perguntar pelo tempo certo em que morreo sem testamento, ut h. §. L. 1. §. sciendum ff. suis & legit. hered. L. 6. pr. ff. injust. rupt. irrit. testam. L. 7. ff. si tab. testam.

Quando a herança se pôde adir pelo testamento, não tem lugar o intestado: causa testati facit cessare causam intestati, L. quandiu 89. tom. 5. dix. pr. Inst. legit. agn. tutel. L. quandiu 39. ff. acq. hered. L. antequam Cod. comm. de success. L. in plurium 70. L. illud 77. ff. acq. hered. Giurb. feud. §. 1. glos. 2. n. 3. & 4. & glos.

Liv. 3. Tit. 1. de Hereditatibus quæ ab intestato deferunt. §. 8. 115
glos. 10. n. 4. Peg. for. tom. 5. cap. 87. n. 44. fin.

3 Desemparedo o testamento : he quando o herdeiro instituido não quer, ou não pôde aceitar a herança, *ut h. §. & pr. Inst. fin. h. t. L. 1. ff. suis & legit. hered. dix. L. 181. tom. 1. & L. ejus est non nolle 3. d. tom. 5.*

4 Não pôde instituir estranho, sem desherdar o filho, *Auth. ingressu Cod. de Sacros. Eccles. Gom. 1. var. cap. 9. n. 19.* que deve instituir, ou desherdar, *ut §. 14. Inst. h. t. Ord. lib. 4. tit. 82. tit. 91. §. 1. & tit. 105.* Das caulas porque o pay pôde desherdar, *Ord. lib. 4. tit. 88.* o filho ao pay, *tit. 89. Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 1.* são recipros na successão, *Cordeir. for. ferq. dub. 15. à n. 2. & ibi DD.*

5 Morto o pay, já a herança do avô senão devolve ao filho, que vivo preferia, e permediava, mas ao nêto, *d. L. 1. & d. L. quandiu 39. ff. acq. hered. & Ord. d. tit. 96. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 2. n. 47. 48. & 49. P. Pinb. testam. disp. 5. sect. 3. §. 2. n. 149. & 150.* ainda que, se o effeito da desherdação subsistir, impedia ao nêto, *cum P. Pinb. & Peg. idem Guerr. prox. n. 49. h. §.*

7 Ainda na successão singular, se busca o tempo da devolução, e neste a capacidade, *Peg. for. cap. 4. ex n. 24. 27. 28. & ex n. 31.* Do incapaz, *Portug. lib. 3. cap. 29. & 30.* Do indigno, *cap. 31. 32. & 33.*

§. 8. *Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Planè si & conceptus & natus fuerit post mortem avi: mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit, sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem, cum non sint sui (quantum ad hereditatem) liberi: neque bonorum*

possessionem petere possunt quasi proximi cognati. Hæc de suis heredibus.

Ainda que o nêto nasce depois da morte do avô, sendo concebido na vida deste, morto o pay, e desemparedo o testamento depois, fica herdeiro seu. Mas se for concebido, e nascido depois da morte do avô: morto o pay, e regeitada a instituição do testamento, não fica herdeiro seu do avô; porque por nenhum Direito de cognação a tingio o pay de seu pay. Nem aquelle que a filho emancipado adoptou, he contado entre os descendentes do avô. Estes, como não são seus descendentes (quanto á herança) não podem pedir a *bonorum possessio* como parentes agnados proximos. O que fica dito, he dos herdeiros seus.

Remiss.

Este §. destingue os tempos em 1 que o nêto foy concebido, *ut in §. & §. precedent.* Concebido na vida 2 do avô, se admite; porque o que está no ventre he havido por nascido, todas as vezes que se trata do seu commodo, *L. qui in utero 26. & L. qui in utero 7. ubi Arouc. n. 2. & 12. ff. stat. hom. dix. §. 4. Inst. de tutel. & in L. 131. & L. 153. tom. 6. Peg. for. cap. 4. n. 106. & seqq. Guerr. tr. 3. lib. 1. cap. 4. n. 9. cap. 6. n. 10. lib. 5. cap. 6. n. 93. & tract. 4. lib. 4. cap. 12. à n. 42.* e se effectua herdeiro seu, mas 3 não rompe *agnoscendo*, ao qual, no tempo do morte do testador, ninguem precedia, *L. si quis filio 6. & ibi glos. ff. injust. rupt. verl. nam agnoscendo quis is rumpit, quem nemo precedebat mortis tempore: abintestato vero is succedit, cui ante eum alij non est delata hereditas.*

Concebido, e nascido depois da 4 morte do avô, possa outra cousa d. *L. 1. fin. ff. suis & legit. hered.* da qual he tirado todo este titulo.

- 5 Nem o que o filho emancipado adoptou he neto: *L. quem filius meus emancipatus adoptavit, is nepos meus non erit ff. adopt. & ibi Arouc. aonde dà a razão, L. sed & si 10. §. liberos sine verl. sed si filius meus emancipatus ff. jus vocand.* porque o pay não concorre para esta adoção, *L. cum nepos 6. L. si quis nepotem 10. ff. adopt. & ibi Arouc. & in d. 7 L. quem filius 26. n. 1. fin. ff. eod.* O meyo vicioso, e inhabil, impede a união dos extremos, *L. tria pradia, L. si ades 38. & seqq. ff. servit. L. qui selas 7 §. fin. ff. serv. rustic. L. fin. Cod. nat. liber. L. in usucapione 15. §. 1. verl. sed si medius ff. divers. & temp. prescript. Arouc. d. L. 26. adopt. n. 2. Gom. L. 9. Taur. n. 60. & 3. var. cap. 8 n. 5. Surd. dec. 177. n. 6.* Estes adoptivos, quanto á herança, não são descendentes; mas em outros casos, são havidos por descendentes, *L. 47. §. 3. ff. bon. libert.*
- 9 Quaes são os proximos cognati, vide, *L. 7. L. 8. & L. 9. ff. suis & legit. hered. d. L. 6. ff. injust. rupt. pr. verl. plane L. 1. §. 8. ff. und. cognat. L. 92. tom. 6. §. 5. Inst. legit. agn. success.* Da suidade *Gom. 1. var. cap. 9.* e a define de dous modos, n. 6.
- 10 A herança não aceita, ou que instituido a não podia aceitar, he o mesmo que não haver testamento, e não se transmite, *regulariter, L. 1. §. in novissimo Cod. caduc. toll. L. sed si plures ff. vulg. & pup. subst. vide, pr. Inst. h. t. & n. fin. & §. 7. n. 3.*
- 11 A respeito dos descendentes, & *h. §. 8. vide, Gom. 1. var. d. cap. 9. n. 44. 5. & 10. verl. Octavo, & n. 40. & 41. Cyarlin. for. cap. 84. num. 18.* Da transmissão, *ex potentia suitalis, Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 8. ex potentia sanguinis, cap. 9. ex potentia juris deliberandi cap. 10. ex potentia juris accrecendi, cap. 11.*
- 12 Da aceitação da herança, restituição contra esta, ou erronea, §. 5. *Inst. hered. qual. & differ. Conciol. hered solv art. 1.*

§. 9. *Emancipati autem liberi, jure civili nihil juris habent) neque enim sui heredes sunt, qui in potestate parentis esse desierunt) neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur, sed prator naturali equitate motus, dat eis bonorum possessionem Unde liberi, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno, & eo qui tempore mortis in potestate fuerit: sané quidem is, qui in potestate fuit, solus jure civili heres est, & solus suus heres: sed cum emancipatus beneficio pratoris in partem admittitur, evenit, ut suus heres pro parte heres fiat.*

Os filhos emancipados, por Direito Civil, não tem direito algum á herança: nem são herdeiros seus, os que deixão de estar no patrio poder: nem por outro algum direito, por Ley das 12. taboas são chamados á herança. Mas o Pretor, movido de equidade natural, lhe dá a possessão de bens chamada *Unde liberi*, como se no tempo da morte de seu pay, estivessem no patrio poder, ou sejaõ elles só, ou concorraõ herdeiros seus. Assim, que havendo dous filhos, hum emancipado, e outro no patrio poder, ao tempo da morte; o que está no patrio poder, he só o herdeiro, por Direito Civil, e elle só herdeiro seu: mas como pelo beneficio do Pretor se admite o emancipado na ametade, vem a ficar herdeiro seu, em parte.

Remiss.

A emancipação, tira o direito da suidade, e agnação, *L. captis deminutione 11. ff. suis & legit. hered. L. 1. §. 8. ff. ad S. C. Trebel L. 7. ff. capit. demin.* Mas por Direito novo, *Novel. 118. cap. 1.* ainda por Direito

to Civil, succedem os emancipados, Auth de hereditatib. ab intest. venient. §. 1. collat. 9. Auth. in successione Cod. suis & legit. liber. Portug. lib. 3. cap. 18. n. 15. & n. 16 Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 2. n. 3. Gom. 1. var. cap. 1. n. 15.

3 Neque ullo alio jure: nem por outro algum Direito, scilicet, nem de agnação, ut supr. nem de patrono, ut tit. 8. de success. libert. sed
4 pretor naturali equitate motus: o Pretor movido de equidade, porque ainda fica o vinculo da natureza, e o Direito do fangue, L. 4. ff. und. liber. & vide L. 8. com. 5. E pela
5 mesma razão dá a bonorum possessio aos preteridos no testamento, §. 3. Inst. de exhered. liber.

§. 10. At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi, si modò, cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter, quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æquè extraneorum loco fiunt: & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nibilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideò sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi ad quos bona naturalis patris pertineat, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.

Se os emancipados pelo pay, (ou avò) se derem em adopção, para que outro os perfilhe; não são admitidos aos bens do pay natural, como filhos, se ao tempo da morte deste estiverem na familia do pay adoptivo. Porém, sendo emancipados pe-

lo pay adoptivo, em vida do pay natural, do mesmo modo são admitidos aos bens do pay natural, como se fossem emancipados pelo pay natural, e nunca estivessem na familia adoptiva. E do mesmo modo, pelo que respeita ao pay adoptivo, começa a estar no lugar de estranhos. Os emancipados pelo pay adoptivo, depois da morte do pay natural, quanto ao adoptivo, estão no lugar de estranhos; e quanto aos bens do pay natural, nem por isso alcançam o lugar de filhos. O que nos agrada, por ser injusto, estar no pay adoptivo a quem pertenceriaõ os bens do pay natural, scilicet, ou aos filhos, ou aos gnados do mesmo pay natural.

Remiss.

Como o filho emancipado; pela emancipação fica de seu proprio direito, ut in §. præterea 6. Inst. quib. mod. jus patr. pot. sol. e aqui falla deste, dando-se em adopção, he visto falar da especie do adrogado, conforme ao §. 1. Inst. adopt. por modo generico.

Este, não he admittido aos bens do pay natural, porque tem outro pay de quem he herdeiro, por Direito Civil, L. pen. Cod. de adopt. E
3 aquella cautela quasi liberi, como filhos, he porque ainda que não são admittidos ex capite Edicti chamado unde liberi, L. 4. L. fin. ff. si tab. testam. com tudo são admittidos por
4 outra parte, por onde se chamaõ os parentes, chamada Unde cognati, ut §. admonendi 13. Inst. h. t. & §. 3. Inst. de success. cognat. e são admitti-
5 dos aos bens do pay natural, como se emancipados não foraõ, por beneficio do Pretor movido de humanidade, restituindo o Direito natural, que a adrogação havia tirado, d. L. 4. ff. si tab. testam. L. 4. ff. und. liber.

Pelo que respeita ao pay adoptivo, 6

vo, ficarem pela emancipação em lugar de estranhos: he porque os direitos da adopção, se resolvem pela emancipação: tanto, que se perde o nome de filho, e de pay, *L.1. §.6. L.4 ff. und. liber. L.2. §.15. 7 ff. ad S. Tert. & supr. §.9. h.t.* Nunca mais, alcanção o grão de filhos, e sómente *abonorum possessio* em terceiro lugar, chamada *Unde cognati* vide, §.13. *Inst. h.t.* Os Consultos ulão muito da dicção *nihilominus*, que he negativa; e o *nihilominus* affirmativa, *ut pr. Inst. quib. non est permiff. fac. test. Parlador. differ. 62.*

9 No §.9. diz, que o filho emancipado não he herdeiro seu, conforme a Direito Civil, mas que o Pretor lhe dá a possessão de bens *Unde liberi*, como se estivera no poder do pay ao tempo da morte; ainda que concorra com outros, herdetros seus. E no §.10. diz, que se os emancipados pelo pay se derem em *adopção*, ou *adrogação*, não são admittidos como filhos aos bens do pay, se ainda estava na adopção quando o pay morreo; porque os emancipados pelo pay adoptivo, em vida do pay natural, do mesmo modo são admittidos aos bens do pay natural, como se fossem emancipados pelo pay natural, e nunca *adoptivos*; ou *adrogados*: e pelo que respeitava ao pay adoptivo, começava a estar em lugar de estranhos; mas que emancipados pelo pay adoptivo, depois da morte do pay natural, quanto ao adoptivo ficava em lugar de estranhos; e quanto ao pay natural, nunca mais alcançava o grão de filhos. O que agradou, porque era iniquo estar no poder, e vontade do pay adoptivo, a quem havia de pertencer os bens do pay natural: se por ventura aos filhos deste, ou aos agnados. E no §.11. conclue no menos direito do *adoptivo*; e o repete nos termos do §.12.

§. 11. *Minus ergo juris habent adoptivi (filij) quam naturales, namq; naturales emancipati, beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant: adoptivi vero emancipati & jure civili perdant gradum liberorum, & à prætore non admittuntur, & rectè, naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest: nec quia desinunt sui hæredes esse, possunt desinere filij filiarum, aut nepotes neptesve esse, adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filij filiarumque, quod per adoptionem consequuti sunt, alia civili ratione, idest, emancipatione, perdunt.*

Os filhos adoptivos, tem menos direito que os naturaes; porque estes, sendo emancipados, retem o grão de filhos, pelo beneficio do Pretor, ainda que o percaõ por Direito Civil: porèm, os adoptivos emancipados, perdem o grão de filhos por Direito Civil, e não são soccorridos pelo Pretor: e com razão; porque a razão de Direito Civil, não pôde tirar o Direito Natural: pois ainda que deixem de ser herdeiros seus, não deixaõ de ser filhos, ou filhas, nêtos, ou nêtas. Pelo contrario, os filhos adoptivos, emancipados, começaõ a estar em lugar de estranhos; porque o Direito, e nome de filho, alcançado pela adopção, o perde raõ por outra razão Civil, scilicet, pela emancipação.

Remiff.

Summando do §.9. & 10. conclue neste §. 11. que o filho adoptivo tem menos Direito, que o natural, que se deu em adopção; porque este retem o grão de filho, pelo beneficio Pretorio, ainda que o perdia por Direito Civil; e o adoptivo, emancipado, perde o grão de filho, e não tem o soccorro pretorio.

2 A razão civil, não pôde tirar, nem peremir os Direitos naturaes posto que pôde corromper o Direito Civil, §. 11. Inst. jur. nat. §. pen. Inst. capit. demin. §. fin. Inst. legit. agn. tutel. §. 11. Inst. rer. divis. L. 8. tom. 5. Parlador differ. 90. fin.

3 A qualidade, não muda a substancia, L. si fundus §. si res ff. pign. & b. §. minus ergo Barb. ax. 196. n. 5. ubi DD. Tusch. lit. A. concl. 82. n. 12.

§. 12. Eadem hæc observantur, & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque hæredibus institutis, neque ut oportet ex hæredaris, prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat prætor ad eandem bonorum possessionem: eos verò, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longè minus contra tabulas testamenti ad bona ejus (non) admittit: quia desinunt (in) numero liberorum (ejus) esse.

Estas mesmas cousas se guardaõ naquella bonorum possessio prometida pelo Pretor, contra as taboas do testamento, do que preterio seus filhos, não os instituindo, nem os desherdando, como convem. Porque o Pretor chama á possessão dos bens, os filhos, que ao tempo da morte do testador, estaõ no patrio poder, e aos emancipados: porèm repele aos que estaõ na familia do pay adoptivo, no tempo da morte do pay natural. Item os filhos adoptivos, emancipados pelo pay adoptivo, do mesmo modo que não saõ admittidos aos bens d'elle, pelo Direito de abintestado, muito menos o saõ contra a escriptura do testamento, porque deixaõ de estar no numero de filhos.

Remiss.

Diz, que o mesmo deixa dito do filho emancipado, e dado em adopção, se pratica na possessão de bens, que o filho preterido pede contra o testamento do pay que o preterio, e o devia instituir, ou desherdar, Auth. ingressum Cod. Sacros. Eccles. Gom. 1. var. cap. 9. n. 19. (dos preteridos, Ord. lib. 4. tit. 82. e dá outra provisão, se dispoz da terça, e sabia tinha filho) e vem a dizer o §. que não só no caso de morrer intestado, mas tambem no da preterição.

Quanto ao desherdado: falla o §. 2 do que o he justamente, e conforme as causas da Ord. lib. 4. tit. 88. ubi Barb. Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 1. aliás he como preterido, e o Pretor o chama á possessão dos bens contra o testamento, §. 3. Inst. ex hæred. liber. L. §. §. ff. bon. poss. cont. tab.

O Pretor, chama ao filho legitimo, que está no patrio poder, e ao emancipado, L. 1. §. 6. ff. und. liber. e o que está na familia adoptiva ao tempo da morte do pay natural, nem pelo intestado, ut §. 10. h. t. e muito menos contra o testamento; porque se os não admitte abintestado, aonde assiste a tacita vontade do defunto os querer herdeiros, como os havia de chamar, e admittir contra o testamento, que he mais, Auth. multo magis Cod. Sacros. Eccles. Barb. ax. 140. & loc. 67. 73. & 75. Dos filhos adoptivos, e arrogados, Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 8.

§. 13. Admonendi autem sumus, eos, qui in adoptiva familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint: intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vacari, scilicet qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte

parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati ob-
stent, neque adgnatus quidem ullus
interueniat. Antè enim prætor libe-
ros vocat tam suos heredes, quam
emancipatos, deinde legitimos he-
redes, deinde proximos cognatos.

Ainda que, os que estão na fami-
lia adoptiva sendo emancipados pe-
lo pay adoptivo, depois da morte
do pay natural, morrendo o pay na-
tural intestado, não sejaõ admitti-
dos pela parte do Edicto, que cha-
ma á possessão dos bens, chamado
Unde liberi, com tudo são chamados
pela outra parte, chamada *Unde co-
gnati*. Mas de tal modo são admitti-
dos, que não obstem filhos herdei-
ros seus, nem emancipados, nem
intervenha parente agnado; porque
o Pretor chama primeiro aos filhos,
assim herdeiros seus, como emanci-
pados; depois aos herdeiros legiti-
mos; e em terceiro lugar, aos co-
gnados proximos.

Remiss.

¹ Pelo beneficio *Unde cognati*,
chama aos da familia adoptiva, eman-
cipados pelo pay adoptivo, depois
da morte do pay natural, morren-
do este intestado: com tanto que lhe
não obstem filhos herdeiros seus,
nem emancipados, nem intervenha
parente agnado; ainda que não eraõ
admittidos pela outra parte do Edi-
cto, que chama á possessão dos bens,
chamada *Unde liberi*: porque o Pre-
tor chama primeiro aos filhos her-
deiros seus, e aos emancipados, e
depois aos herdeiros legitimos, e em
ultimo lugar aos cognatos proximos.

² Cognatos, são os parentes da par-
te da mãy; Agnados, os da parte
do pay, *dix. in §. 1. Inst. legit. agnat.
tutel. & §. 1. Inst. legit. agnat. success.
Parlador. differ. 90.*

³ Por Direito novo está tirada esta
diferença, *Auth. de hered. abintest.*

ven. ex §. si vero collat. 9. e se succe-
de na fórma da *Novel. 118. cap. 3. &
4. Ord. lib. 4. tit. 96. 90. & 91.* não se
attende já a diversidade do sexo,
mas ha proximidade do gráo; por-
que a agnação he nome Civil, e a
cognação, he natural; e a nature-
za, não fez differença entre barão,
e femea, *L. maximum vitium Cod.
liber. præter. & exhered.* e o Direito
Civil, não pôde corromper o natu-
ral, *§. 11. Inst. h. t. §. fin. Inst. legit.
agn. tutel. L. 8. tom. 5. L. 1. §. 2. ff. adq.
poss. tom. 8. tex. in L. 1. §. 4. ff. und. co-
gnat.*

Não só não podia ser chamado pe-
la parte do Edicto *Unde liberi*, mas
nem pela cabeça *Unde legitimi*; po-
rém he chamado pela parte *Unde
cognati*, *L. 1. §. 4. ff. und. cognat. §.
fin. Inst. de legit. agnat. tutel.* porque
o Direito natural da cognação he
mais forte: com tanto que não ob-
ste agnado; porque o Pretor, na
ordem de succeder, antepunha os
agnados, aos cognados, *L. 1. ff. quis
Ord. in bon. poss. & pr. Inst. de success.
cognat.* Porém, pelo Direito novo
está tirado isto, *ut supr. n. 3.*

§. 14. *Sed ea omnia antiquita-
ti (quidem) placuerunt: aliquam
autem emendationem à nostra con-
stitutione acceperunt, quam super
ijs personis composuimus; quæ à pa-
tribus suis naturalibus in adoptio-
nem alijs dantur. Invenimus etenim
nonnullos casus, in quibus filij &
naturalium parentum successionem
propter adoptionem amittebant: &
adoptione facile per emancipationem
soluta, ad neutrius patris succes-
sionem vocabantur. Hoc solito mo-
re corrigentes, constitutionem scri-
psimus, per quam desinimus, quan-
do parens naturalis filium suum ado-
ptandum alij dederit, integra om-
nia jura ita seruari, atque si in pa-
tris naturalis potestate permansisset,
nec penitus adoptio fuisset obsequu-
ta: nisi in hoc tantummodo casu,*

ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto: neque jure civili, neque pretorio, ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta: cum nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel heredem eum instituere, vel exheredatum cum facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum, neque si ex Sabino senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu, neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persequutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure tam naturali, quam legitimo in hanc personam concurrente: pristina jura tali adoptioni servamus, quemadmodum si paterfamilias sese dederit adrogandum: quae specialiter & singulatim ex praefata constitutionis tenore possunt colligi.

Todas estas cousas, ainda que verdadeiramente agradaraõ a Antiguidade, tiveraõ alguma emenda em nossa Constituiçaõ, composta sobre as pessoas dadas em adopçaõ por seus pays naturales; porque achamos alguns casos em que os filhos perflhados perdiaõ a successaõ de seus pays naturales, por causa da adopçaõ; e sendo facilmente desfeita pela emancipaçaõ, naõ eraõ chamados á successaõ, nem de hum, nem de outro pay. E assim emmendando o que acima dissimos, como he nosso costume, fizemos nossa Constituiçaõ, na qual mandamos, e definimos, que quando o pay natural der ser filho a outro para o adoptar, fiquem inteiros todos os direitos, como se permanecesse no patrio poder do pay natural, e naõ houera tal adopçaõ: e o effeito da adopçaõ, só o haja no caso de poder succeder

ao pay adoptivo intestado. Mas fazendo o pay adoptivo testamento nem por Direito Civil, nem Pretorio, pòde alcançar couza alguma da herança deste; nem pedir a possessaõ de bens contra a testamento, nem o pòde querelar de inofficioso: porque o pay adoptivo naõ tem obrigaçaõ de instituir, ou desherdar, como a tem o pay natural, por naõ ter vinculo natural; nem ainda que fosse escolhido para a adopçaõ dos tres Varoens, conforme a sentença do S.C. Sabino; porque neste caso, nem tem a quarta parte dos bens, nem acçaõ para a demandar. Porém, em nossa Constituiçaõ se exceptuou, o que he adoptado por seu avò, ou da hi em diante; porque concorrendo em huma mesma pessoa, o Direito natural, e o legitimo, guardamos á tal adopçaõ os direitos antigos, como se o pay de familias se der a si mesmo, para que o adoptem. Estas cousas se pòdem colher, especialmente, do theor da mesma Constituiçaõ.

Remiss.

Emmenda a favor dos dados em adopçaõ pelo pay natural; porque havia casos em que os filhos perdiaõ a successaõ dos pays naturales, por causa da adopçaõ, e resoluta esta pela emancipaçaõ do pay adoptivo, naõ eraõ chamados á successaõ de nenhum dos pays, scilicet, nem do natural, nem do adoptivo. E se definio por Constituiçaõ, que quando o pay natural der o filho a outro em adopçaõ, se lhe guardem os direitos, como se tivesse permanecido no patrio poder do pay natural, e totalmente naõ houesse adopçaõ; se não no caso de poder vir á successaõ do pay adoptivo, intestado: aonde se exceptua o que o pay deu ao avò materno, ou bisavò; ou se o pay de familias se der em adrogaçaõ.

Estas cousas, se pòdem colher

do theor da mesma Constituição, *L. cum in adoptivis* 10. pen. *Cod. de adopt.* mencionada §. 2. *Inst. adopt.* §. 8. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. sol.* §. 5. *Inst. ex hered. liber.* §. 1. *Inst. quib. mod. testam. infirm. Cost.* §. 6. *quid sit tantum* p. 3. n. 152. pag. 101. ff. *liber. & posth.*

3 Este §. explica *Boss. de aliment.* e com elle & *d. L. pen. Cod. adopt.* diz cap. 5. §. 13. n. 146. ubi *DD.* que o pay natural deve de alimentar o filho, e não o pay adoptivo: falta-lhe o vinculo do sangue, *ut h. §.*

§. 15. *Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens solos nepotes vel neptes, qui (quæ ve) ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure adgnatorum eos anteponebat: nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes ex neptis, cognatorum loco connumerans, post adgnatorum lineam eos vocabat tam in avi vel proavi materni, quam in avia vel proavia sive paterna, sive materna successionem. Divi autem Principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competentem emendatione relinquere: sed cum nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisque, tam qui ex masculis, quam qui ex feminis descendunt: ideo eundem gradum & ordinem successionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum nature, sed etiam veteris juris suffragiis muniuntur: portionem nepotum, vel neptum, vel de inceptis (de quibus supra diximus) paulo minuendam esse existimaverunt: ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum, vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum, vel avus paternus, sive maternus, quando femina mortua sit, cujus de hereditate agitur: iisque (licet soli sint) adeuntibus, adgnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum filio*

mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi sui vocat: ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel avia, eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat.

Tambem a Antiguidade, amando mais aos que nascião de barão, sómente chamava para a successão aos netos, ou netas descendentes de barão, e pelo Direito dos *agnados* os antepunha, contando aos netos da parte das filhas, e aos bisnetos nascidos das netas, em lugar de *cognados*, e os chamava para a successão depois dos *agnados*: tanto na successão do avô, ou bisavô materno, como da avô, ou bisavô paterna, ou materna. Porém, os Emperadores não sofreraõ, que tal injuria, contra a ordem natural, passasse sem emenda competente; mas como he commum o nome de néto, ou bisnéto acada hum, assim aos que descendem de barão como de femea, por isso lhe deraõ o mesmo grão, e ordem de herdar. Mas porque tenhaõ alguma ventagem, os que não só por ditame da natureza, mas ainda por Direito antigo são deminuidos de soccorro, consideraraõ os Principes, que a porção dos netos, ou netas, ou dahi em diante (dos quaes fallámos acima) havia de ser hum pouco diminuida: de modo que recebem menos a terça parte, do que sua mãy, ou avô haviaõ de receber, ou o pay delles, ou o avô paterno, ou materno, quando a herança, sobre que se versava, fosse de femea. E no caso que estes entrassem na herança, posto que fós, não chamavaõ os *agnados*. E do modo que a Ley das 12. taboas, morto o filho, chamava aos netos, ou netas, bisnetos, ou bisnetas, para a herança do avô; do mesmo modo, a disposiçãõ dos Principes os chama em lugar de sua mãy, e avô: e isto

e isto deminuindo-lhe a dita terça parte.

Remiss.

1 Aqui falla dos outros descendentes, de femeas. Esta Constituição de que o §. he tirado, e deminuição da terça, e o mais do §. se menciona na *L. maximum vitium antiquæ subtilitatis præsentis lege corrigimus* 4. *Cod. liber. præter.*

2 Os Principes, ou Emperadores, *L. si fundus* 9. *Cod. suis & legit. liber. & ex filia nepotib. ab intest. ven. vide, tit. Inst. de S. C. orfician.*

§. 16. *Sed nos, cum adhuc dubitatio maneret inter adgnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti adgnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate: memoratam quidem constitutionem à nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est: & sanximus, talibus nepotis ex filia, vel pronepotibus ex nepte, & deinceps, superstitibus, adgnatus nullam partem mortui successionis sibi vindicare: nehi, qui ex transversa linea veniunt, potiores ijs habeantur qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem & tempora, & nunc sancimus: ita tamen, ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hereditatem: similiter nos inter filios, & nepotes ex filia distributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes & alias deinceps personas: ut utraque progenies, matris vel patris, avie vel avi, portionem sine ulla deminutione consequatur: ut si fortè unus vel duo ex una parte, ex altera*

Tom. II.

tres aut quatuor existent: unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

Porèm, como ainda ficasse duvida entre os agnados, e ditos nêtos, porque tomavão a quarta parte dos bens do defunto, por authoridade de huma Constituição, a tiramos do nossoCodigo, nem quizémos que doCodigo Theodosiano fosse trasladada ao nosso, nem nelle fosse inserta, antes o Direito que por ella havia, foy tirado logo que nossa Constituição se publicou: emandamos, que ficando da filha nêtos, ou da nêta bisnêtos, e dahi em diante, os agnados não possaõ haver parte alguma da herança da defunta; para que não seja melhor o Direito dos transversaes, que o dos da linha recta. A qual Constituição queremos que tenha sua força, e vigor; e do modo que a Antiguidade determinou dividir a herança entre os filhos, e nêtos dos filhos, *in stirpes, non in capite*, em tronco, e não por cabeça: do mesmo modo mandamos se distribua entre os filhos, e nêtos da filha, e os mais dahi em diante; para que a geração, assim paterna, como materna, do avó, ou da avó, haja sua parte sem diminuição alguma: em tal fórma, que se de huma parte houver hum, ou dous, e da outra, tres, ou quatro; esse hum, ou dous leve ametade da herança, e os tres, ou quatro, a outra ametade.

Remiss.

He emmenda de Justiniano, entre os agnados, e os ditos nêtos. Aquella Constituição, *L. lege duodecim tabul.* 14. *Cod. legit. hered.*

Não consentimos que fosse inserta no nossoCodigo, scilicet, inteiramente; porque inserta está, tirada e clausula, pela qual os agna-

Q ij

dos

dos eraõ chamados á quarta parte,
L. si defunctus 9. Cod. suis & legit. liber.

- 3 Nossa Constituiçãõ, *L. fin. & ibi
 auth. in successione Cod. de suis & legit. liber.* no mais, §. 6. *Inst. h. t.* e
 4 se remete aos §§. aonde se diz, quando o divisorio deve ser *in stirpes*, e
 5 naõ *in capite*. Direito novissimo, *Novel. 118. cap. 1. & Novel. 18.*

TIT. 2.

De Legitima agnatorum successione.

Si nemo suus heres, vel eorum, quos inter suos heredes prætor, vel constitutiones vocant, existat, qui successione quoquo modo amplectatur: tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

Naõ existindo herdeiro seu, ou dos que o Pretor, ou Constituiçoens chamaõ entre os herdeiros seus, que de todo o modo, e com effeito aceitem a herança: em tão, por Ley das 12. taboas, pertence a herança ao agnato mais proximo.

Remiss.

- 1 Segunda ordem dos herdeiros, *legitimos*. Na falta de herdeiro seu, ou dos que o Pretor, ou as Constituiçoens chamaõ entre os herdeiros seus, pertence a herança ao
 2 agnato proximo. Pretor, ou Constituiçoens, quer dizer, emancipados, ou netos do sexo fememino, *ut §. 9 & §. fin. Inst. tit. præced.* a quem chamaõ.
 3 *Existat*: que naõ exista, nem se espere a sua existencia, *L. pen. §. 1. ff. und. legitim. Ulp. tit. 27. de le-*

git. hered. §. 2. quædiu suus heres speratur fieri posse, tandiu locus agnatis non est: veluti si uxor defuncti prægnans sit, aut filius apud hostes sit, L. antiqui 3. ff. si pars hered. petat. Porque, o que está no
 4 ventre, para o seu favor, he havido por nascido, *L. 7. ff. suis & legit. hered. L. 7. L. 26. & ibi Arouc. ff. stat. hom. dix. §. 8. Inst. tit. præced. & L. 135. & 231. tom. 6. Peg. for. cap. 4. n. 106.* E o filho, tornando
 5 do cativo dos inimigos, pelo Direito de *Postliminio*, se finge naõ esteve cativo, *ut in §. 4. Inst. quib. mod. jus patr. pot. sol. & §. 5. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. Arouc. adn. L. 5. §. 1. n. 19. ff. de stat. hom.*

Agnados: saõ os que descendem
 6 por baronia, scilicet, baraõ de baraõ, *ut §. 1. h. t. & dix. §. 13. tit. præced. & §. 1. Inst. legit. agnat. tutel. L. 195. §. familia tom. 6. L. 2. ver. agnati ff. suis & legit. hered. L. juris consult. §. inter agnatos ff. gradib. affinit. Peg. de maior. cap. 17. Molin. primog. lib. 3. cap. 5.* Odiõsa nos vincu-
 7 los, *Peg. maior. cap. 15. cap. 16. & cap. 17. Ord. lib. 4. tit. 100. e diz Peg. d. cap. 15.* que esta palavra *agnaçãõ*, he Italiana, e de poucos annos a esta parte conhecida neste Reyno, e Espanha.

Tunc ex leg. 12. tab. ad agnatum proximum pertinet hereditas: entãõ succede o proximo com preferencia *ex agnatis vel cognatis*, *L. 2. ff. suis & legit. hered.* Direito
 9 novo, *Novel. 118. Novel. 127. & Novel. 84. & §. 13. tit. præced. Ord. lib. 4. tit. 96. 91. 90.*

Proximo, he aquelle a que ne-
 10 nhum outro se antepoem, *L. qui duos 4. ff. reb. dub. L. ex duob. 32. ff. vulg. L. 1. §. proximus ff. und. cognat. L. 92. L. 155. tom. 6. §. 5. Inst. h. t. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 1. n. 7. cap. 7. n. 39.* e ainda que respeite a muitos, *11 dix. d. L. 92. tom. 6. d. L. 1. §. prox. L. 34. ff. vulg. & §. 5. h. t.* ou que seja
 12

elle só, L. 148. L. 149. L. 155. & 220. §. 2. tom. 6. & d. L. 92. Barb. appellat. 229.

13 E se conta pelo tempo da successão, dix. d. L. 92. & L. 151. tom. 6. & §. 1. & 6. Inst. h. t.

§. 1. Sunt autem adgnati (ut primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi à patre cognati. Itaque (ex) eodem patre nati fratres, adgnati sibi sunt, qui & consanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patruelles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. It etiam, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nascuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hereditatem: sed iis, qui tunc proximiores gradu sunt, cum certum esse coeperit aliquem intestatum decessisse.

Os agnados, são, como se disse no lib. 1. tit. 15. §. 1. os próximos pela parte de barão, como de Pay: assim, que os irmãos pela parte do mesmo Pay, são agnados delle, a que os Latinos chamaõ consanguíneos; e não he necessario serem da mesma mãy. Item o tio da parte do pay, he parente agnadõ do filho de seu irmão; e assim mesmo o sobrinho do tio da parte paterna. E do mesmo modo, se contaõ os primos filhos dos irmãos, a que os Latinos chamãõ Consobrinos; pela qual razão podemos vir nos mais grãos de parentesco da agnação. Tambem os que nascem depois da morte de seu pay, alcançaõ os direitos da consanguinidade. Porém, a Ley não dá a herança a todos os agnados, e

parentes da parte de barão, juntamente, se não sómente aos próximos em grão, ao tempo da successão, e morte do defunto, intestado.

Remiss.

Dos agnados, §. 1. Inst. de legit. & agn. tutel. supr. pr. Inst. h. t. n. 6. & §. 13. Inst. tit. preced.

Por nome generico, tambem comprehende os herdeiros seus, L. 2. ff. suis & legit. hered. L. fin. § 3. ff. gradib. affinit. Especifico, se atribue ao que he conjuncto da parte do barão; mais especialissimo, consanguíneos, conforme a L. 2. ff. suis & legit. hered. à patr. cognat.

Parentes pelo pay: d. L. fin. §. 2. 4 ff. gradib. affin. tambem se chamaõ, Consanguinos, L. 1. ad fin. & L. 2. pr. ff. suis & legit. hered. propriamente consobrinos, os filhos de duas irmans, §. 4. Inst. de grad. cognat.

Tambem os posthumos, nascidos depois da morte do pay, alcançaõ os direitos da consanguinidade, L. fin. ff. und. legit. L. 1. §. pen. ff. suis & legit. hered. pela concepção, e o que está no ventre ser havido por nascido, quanto ao seu commodo, pr. Inst. h. t. n. 4.

Mais proximo ao tempo da successão: que he quando for certo que começou a ficar intestado; porque se não houve testamento, he a proximidade pelo tempo da morte; e se o fez, he pelo tempo em que faltou o herdeiro, ut §. 6. h. t. & §. 4. Inst. hered. qualit. & difer. L. 92. & L. 151. tom. 6.

§. 2. Per adoptionem quoque adgnationis jus consistit: veluti inter filios naturales, & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin impropriè consanguinei appellentur. Item si quis ex ceteris adgnatis (tuis,) veluti frater, aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit

rit aliquem: adgnatus inter suos heredes esse non dubitatur.

O Direito da agnação, também tem sua força, por via de adopção: como entre os filhos naturaes, (legitimos) e os que o pay destes adoptou; no que não há duvida, posto que impropriamente se chamaõ *Consanguineos*. Também se algum dos outros agnados (teus) como irmão, tio, ou outro mais remoto em gão, adoptar algum, não há duvida que se conta entre os herdeiros seus, do que adoptou, ou entre os teus agnados.

Remiss.

1. *Agnado*, he nome Civil, assim como o nome de herdeiro seu, L. 2. §. 2. ff. suis & legit. hered. L. 23. ubi Arouc. ff. adopt. n. 6. mas a adopção não tira o Direito do sangue, Arouc.

2 n. 7. Também a herança, e a possessão de bens, he nome Civil, L. 119. L. 178. §. hereditas juris nomen est tom. 6.

3. *Agnação*, especie, *Cognação* genero: o que he agnado, he cognado, L. juris consult. 10. §. inter agnatos ff. gradib. cognat. Fabr. in Papin. tit. 10. pr. 2. illat. 1. Arouc. d. L. 23. n. 1.

4. Impropriamente, consanguineos; porque os proprios, os que são do sangue, L. 1. §. 1. ff. suis & legit. hered.

5. Em summa, que também o Direito da agnação tem sua força por via de adopção.

§. 3. *Ceteram inter masculos quidem adgnationis jure hereditas, etiam si longissimo gradu sint, ultró citroque capitur. Quod ad fœminas veró, attinet, ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint: ulterius non capiant, masculi autem ad earum hereditates (etiam si longissimo gradu sint) admittantur.*

Qua de causa fratris tui, aut patris tui filia, vel amicae tuae hæ-

reditas ad te pertinebat: tua veró ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sanè iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli: prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur, ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes adgnatos, si ve masculos, si ve fœminas, cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat quidem legem duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior: subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat, & penitus eas á successione adgnatorum repellebat: omni alia successione incognita, donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentis: si ve, quod deerat, implentes, humano proposito, alium ordinem suis edictis addiderunt: & cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum possessionem, quæ unde cognati appellatur. Nos veró, legem duodecim tabularum sequentes, & ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum (huic) causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, & adgnationis titulis, tam in masculis, quam infœminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum: ex adgnatis autem mul-

lieri-

licius nulli penitus, nisi soli forori, ad agnatorum successionem patebat aditus. Ideo (nos) in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eandem dispositionem exequantes, nostra constitutione sancimus omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes (sive masculini generis, sive foemini sint) simili modo ad iura successionis legitimè ab intestato vocari, secundum sui gradus prerogativam: nec ideo excludendas, quia consanguinitatis iura, sicut germanae, non habent.

Além do referido, a herança passa, pelo Direito da agnação, aos baroens, reciprocamente, ainda que estejaõ em grão longissimo. Pelo que respeita ás femeas se praticava deste modo, que sómente fossem herdeiras pelo Direito da consanguinidade, sendo irmãs, e não ultra: e os baroens herdassem as femeas, posto que estivessem em grão longissimo. Pela qual razaõ a herança da filha de teu irmão, ou tio da parte de teu pay, ati te pertence: a tua não pertencia a ella: o que assim estava constituido; porque parecia ser mais conveniente, que as heranças fossem, as mais das vezes, aos baroens, por ser injusto que fossem repellidas como estranhas: o Pretor as admittia á possessão dos bens, por aquella parte pela qual a permite aos proximos, se não houver parente agnado, ou outro cognado, mais proximo que ellas. Estas cousas não foraõ introduzidas por Ley das 12. taboas, antes abraçando a simplicidade amiga das Leys, chama do mesmo modo a todos os parentes de barão, ou baroens, ou femeas, de qualquer grão, para que se herdem huns aos outros. Mas a mediana jurisprudencia, mais moderna que a Ley das 12. taboas, e mais antiga que as disposições Imperiaes, excogitada por huma sub-

tileza, introduzio a differença referida, e totalmente as excluia da successão dos agnados; e isto sem reconhecer outro modo de successão: até que os Pretores, emendando, pouco a pouco, a aspereza do Direito Civil, ou acrescentando o que faltava, acrescentarão outra ordem em seus Edictos: e conhecida a linha da Cognação, introduzida com o nome de proximidade, as soccorriaõ, pela possessão de bens, e lha prometiaõ, chamada *Unde cognati*, pela qual saõ chamados á herança os parentes proximos. Porém, nós seguindo a Ley das 12. taboas, nesta parte, louvamos a benevolencia dos Pretores, ainda que achamos que não derão plena provizaõ a este negocio; porque concorrendo no mesmo grão natural, e sendo os grãos da agnação constituidos em toda a igualdade, assim nos baroens, como nas femeas, era permittido aos baroens serem herdeiros de seus parentes, por linha de barão, e não havia entrada para que a femea herdasse seus parentes por linha de barão, se não fosse irmãa. Por isto, reduzindo nós tudo á perfeição, e seguindo a Ley das 12. taboas, dispusimos em nossa Constituiçaõ, que todas as pessoas legitimas, scilicet, descendentes de barão, (ou machos, ou femeas) sejaõ chamados, do mesmo modo, aos direitos da herança legitima abintestato, conforme a prerrogativa do grão; e nem por isso serem exclusas, por não terem os direitos da consanguinidade, como as irmãas, carnaes.

Remiss.

Resolve a differença entre barão, e femea: *Legitimos*, quer dizer, descendentes de barão: *agnados*, se dizem pessoas do sexo masculino, *L. 2. ff. suis, & legit. hered.* Em nome de *proximos*: com que os *Cognatos* propriamente se assinalaõ; e não

naõ por outro Direito vem á herança, se naõ pela proximidade, *L. 2. & L. 4. ff. und. cognat.*

2. A Ley, amiga da simplicidade, e pureza, *d. §. 3. Inst. h. t. §. sed quia 7. Inst. fideic. hered.* e outros.

3. O Juiz, deve fugir das subtilidades, como reprovadas, *ut h. §. & in §. & quia 12. Inst. fideic. hered. Peg. for. tom. 4. cap. 78. n. 23.*

4. Este §. depois de contar o que foy, se vem a reduzir ao *vers. ideo nos in plenum omnia reducentes*, tirado da Constituiçãõ *in L. lege 12. tab. 14. Cod. legit. hered.*

5. Porém, tirada a prerrogativa de agnados, saõ chamados á herança do intestado, os cognados, igualmente, com os agnados, *Novel. 118.* cuja igualdade he tambem de Direito do Reyno. Do intestado, *Guerr. tract. 2. lib. 3. cap. 5.* Dos collateraes, *lib. 4. per tot.*

§. 4. *Hoc etiam addendum nostre constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam successionem: ut non solum fratris filius & filia (secundum quod jam definivimus) ad successionem patris sui vocentur: sed etiam germanæ consanguineæ vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ unæ cum his ad jura avunculi sui perveniant: & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filijs, avunculus autem sororis sui sobolis: simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes, legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.*

Tambem se acrescentou pela mesma Constituiçãõ, que hum só grão

se passasse do Direito da cõgnaçãõ, á successãõ legitima dos parentes da parte do barão: de modo, que não sómente o filho, e filha do irmão, (como fica dito,) sejaõ chamados á herança de seu tio; mas ainda o filho, ou filha da irmã paterna, ou da irmã nascida do mesmo ventre, e uterina; e naõ outra pessoa mais afastada em grão, (naõ os nêtos, ou nêtas da irmã) se admitta com os parentes proximos da parte do barão, á herança do tio da parte da mãy; e morto o tio irmão do pay, vá aos filhos de seu irmão; e morto o tio irmão da mãy, vá aos filhos de sua irmã: e do mesmo modo os de hum, e outro lado, como se todos descendessem de barão; e isto seja assim, naõ havendo irmão, ou irmã viva. Porque havendo estes, se admittem á herança, removidos, totalmente, os mais grãos; e succedem, e devidem por cabeça, e naõ em tronco.

Remiss.

Falla dos filhos das irmãs, e naõ dos nêtos, ou nêtas. Nossa Constituiçãõ, *L. lege duodec. tab. 14. Cod. legit. hered. vide Novel. 118. & cap. 3.* Em cabeça, e naõ em tronco, *L. 2. §. 2. ff. suis & legit. hered. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 1. & cap. 2.* dos de hum lado.

Representaçãõ no transversal; só entre os irmãos, e filhos de irmãos; *auth. de hered. abintest. ven. §. si igitur vers. hujusmodi vero, & auth. post fratres Cod. legit. hered. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 6. n. 25.* e naõ he preciso o concurso de tio, e sobrinho; bastaõ os primos, *Guerr. d. cap. 6. n. 35. ubi DD.* Que na descendencia, paterna, ou materna, se diz *in infenitum*, *Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 2. n. 50. & 51. ubi DD. & lib. 4. cap. 6. n. 11. vide, n. 9.*

§. 5. Si plures sint gradus agnatorum: a parte lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si (verbi gratia) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus: frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex (duodecim tabularum) proximum vocet, tamen dubium non est, quin, si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

Se houver muitos grãos de agnados: a Ley das 12. taboas chama ao mais proximo: como se houvesse hum irmão do defunto, e hum filho de irmão, ou tio da parte paterna, que em tal caso o irmão he de melhor Direito. E posto que a Ley das 12. taboas, usando do numero singular, chama ao mais proximo; com tudo, chama a muitos do mesmo grão, sem duvida; porque a proximidade, se entende dos grãos, e sendo muitos em hum grão, pertence a todos, sem duvida.

Remiss.

- 1 Falla da vocação do proximo á herança, e exclusiva do remoto: como o irmão ao filho do irmão.
- 2 Entre muitos, se defere a herança ao que está mais proximo em grão, L. 1. §. gradatim ff. unde cognat. L. 2. vers. & hac hereditas & vers. legitim. ff. suis & legit. hered. L. avunculus 6. Cod. com. de success. pr. Inst. & d. §. 5. h. t. & h. §. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 1. n. 6.
- 3 Proximo, he aquelle a que nenhum precede, L. 92. & 155. tom. 6. dix. pr. Inst. h. t. n. 10. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 1. n. 7. Portug. lib. 3. cap. 19. n. 43. assim como na legitima tutela, §. fin. Inst. capit. dimin. e ainda que seja elle só, L. 92. L. 148. Tom. II.

149. 155. 220. §. 2. tom. 6. A palavra proximo, aonde não tem lugar a representação, significa proximo na ordem da natureza, ut h. §. & L. 3. §. si duo ff. legit. tut. Reinos. obs. 25. n. 8. ubi addit. e aonde tem lugar a representação, se conta a proximidade com respeito á mesma pessoa representada, Reinos n. 8. vers. si vero omnibus Maced. dec. 16. n. 28. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 6. n. 40. Peg. maior. cap. 10. á n. 732. na linha recta, perpetua, no transversal, entre irmãos, e filhos de irmãos; e nestes, in stirpes.

A palavra proximo, se refere ao grão de que falla a Ley das 12. taboas; porque as palavras se devem entender conforme a materia sujeita, Dix. tom. 6. ad rubr. ex n. 29.

O plural pelo singular, e pelo contrario, L. 122. L. 158. L. 155. L. 162. tom. 6. L. Divus §. fin. ubi glos. ff. petit. hered. Valasc. cons. 135. n. 63. Rocca select. cap. 119. n. 40. & 45.

Das palavras, adgnatus proximus familiam habeto, trata a L. pronuntiatio 195. §. 1. tom. 6. O irmão, e a irmã consanguinea, L. 3. Cod. legit. hered.

§. 6. Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate queritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit: per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit, nullum ex testamento heredem exstiturum, tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis saepe accidit, ut proximio mortuo proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

A proximidade, do intestado, se regula pela morte do defunto, de
R
cuja

cuja herança se trata. E se morreo com testamento, se conta pelo tempo certo de que não ha herdeiro pelo testamento; porque entãõ começa a ser intestado: e pôde acontecer, pelo espaço de permeyo, que outro a este tempo seja o proximo, que o não era ao tempo da morte.

Remiss.

- 1 Falla este §. do tempo por onde se ha de regular a proximidade: se morreo intestado, por este modo, concorre o da morte, e o em que a herança se deferio, *L. 2. §. 5. ff. suis & legit. hered. L. 1. §. 6. ff. und. cognat. vide §. 1. fin. h. t. & §. 4. Inst. hered. qualit.*
- 2 Se morreo testado, conta-se de quando he certo não haver herdeiro pelo testamento, e o instituido desamparou a herança, *d. L. 2. §. 6. ff. suis & legit. hered. d. L. 1. §. 6. & 7. ff. und. cognat. vide §. 1. & 7. h. t. & d. §. 4. Inst. hered. qualit. pr. & §. 1. Inst. hered. que abintest. defer.*
- 3 Proximidade, capacidade, habilidade, e qualidade para a successão do morgado; no tempo da morte do ultimo possuidor legitimo, em que se devolve, *L. si cognati ff. reb. dub. L. intervenit ff. legat. prestand. L. eum qui 104. ff. condit. & demonstr. & ibi glos. L. 2. vers. proximus ff. suis & legit. hered. L. 92. & 151. tom. 6. Per. dec. 116. n. 2. Peg. for. cap. 4. n. 24. 27. 28. 31. & seqq. Molin. primog. lib. 3. cap. 10. n. 3. & 8. Giurb. de feud. §. 2. glos. 12. n. 59. vers. amplia tertio.* e ainda que a habilidade, ou qualidade, requerida na Ley do Testador, lhe sobrevenha ao outro, depois da devolução, e effeito consumado, não lhe utiliza: assim o vi julgado com repetição, em causas graves, e por graves Ministros do Senado.

§. 7. *Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum suc-*

cessionem non esse: id est, ut quamvis proximus, qui secundum ea, que diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat decesserit: nibilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum praetores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant: sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote adgnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, (sancimus) successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam: cum satis absurdum erat, quod cognatis a praetore apertum est, hoc adgnatis esse reclusum: maxime cum in onere quidem tutelarum & primo gradeficiente, sequens succedit: & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

Antigamente, não havia aquelle genero de successão, por via de parentesco, quer dizer, se o proximo repudiava a herança, ou morria antes de a aceitar, não se transferia ao agnado subsequente. Porém os Pretores o eniendaraõ, mas por hum Direito imperfecto, não dando a tudo provizão, e chamando os proximos por cognação, como desprezando a agnação. Porém, nós, por huma Constituição, *jure patronatus*, ordenámos, que se não denegasse a successão os parentes da parte de barão; porque não era conveniente, que se negasse aos agnados, o que o Pretor concedia aos cognados; principalmente quando o encargo da tutela, na falta do primeiro grão, entra o seguinte; e não era justo, que o que se lhe concede em trabalho, e perda, se lhe denegasse em cousa donde lhe proviesse lucro.

Remiss.

Remiss.

1 Falla do Edicto successorio, ex L. 2. pr. ff. suis & legit. hered. Edicto successorio, L. 1. ff. successor. edict.

2 Quanto á Constituiçãõ chamada do Padroado, ou patronato, dizem que se dezeja, e he lembrada em muitos lugares; e hoje naõ he necessaria, nem tem uso, depois que se tirou a differença entre agnados, e cognados na successãõ do intestado, Novel. 118. cum cap. 4. approvada pela nossa Ordenaçãõ.

3 O commodo deve seguir o incommodo, e este áquelle, L. 10. & L. quo tutela pr. tom. 5. L. 28. ff. testa. tutel. dix. §. 1. Inst. legit. agn. tutel. §. fin. Inst. capit. demin. Ord. lib. 4. tit. 102. § 6.

4 De quem he o perigo, deve ser o proveito, e augmento, §. item pretium. Inst. empt. L. 1. §. fin. ff. aqua plu. arcend. Barb. ax. 44. convem L. 14. ff. condit. indeb. L. 206. tom. 5.

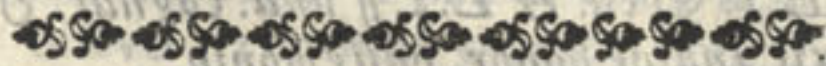
§. 8. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat, quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contracta fiducia fieri: cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

Do mesmo modo he chamado á legitima successãõ, o pay, que sem ir contra a confiança alguma, emancipa ao filho, ou filha, néto, ou neta, ou da hi emdiante; o que foy introduzido por Constituiçãõ nossa; porque as emancipaçoens dos filhos, he visto serem sempre feitas com acordada confiança; quando entre os antigos, naõ de outro modo valia, se o pay naõ emancipava com confiança especial.

Tom. II.

Este §. final, se explica pela mesma Constituiçãõ L. cum inspecimus 6. Cod. de emancipat. liber. que tirou a antiga observancia, e conserva os mesmos direitos da agnação pelos não tirar. Direito novo, Novel. 2 118. e outras já recitadas, e Ord. lib. 4. tit. 91. & 96. Como veyo o Direito das Novelas, principalmente 118. & 127. estas saõ o comentario do intestado.

A manumissãõ, no pay, he emancipar, e livrar do patrio poder: no senhor, he dar liberdade, e fazer libertino.



T I T. 3.

De Senatus Consulto Tertulliano.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & praeponabat masculorum progeniem: & eos, qui per femini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultró citroque hereditatis capiendae jus daret: nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione, unde cognati, accommodata, vocabant.

A Ley das 12. taboas era tão estricãta, que de nenhum modo admitia os descendentes de mulher; e tanto os repellia, que nem a filha herdava sua mãy, nem esta aquella; até que os Pretores as admittirão á herança, pelo parentesco tão proximo, conforme a possessãõ de bens, chamada Unde cognati.

R ij

Remiss.

Remiss.

- 1 **P** Or este Direito Pretorio, se diferem as heranças dos filhos às mãys, e destas aos filhos.
- 2 Agora se diz, que a successão he reciproca, e que procede a regra dos correlativos, *L. fin. ff. acceptil. L. si quis seruo Cod. defurt. L. 1. Cod. transact. L. 1. Cod. cupress. lib. 11. Portug. lib. 3. cap. 18. n. 57. Cordeir. for ferq. dub. 15. à n. 2. Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 1. ex n. 2. 4. & 46. & cap. 3. n. 2. Ord. lib. 4. tit. 96. pr. & tit. 91.*
- 3 mas não ha representaçãõ no ascendente, *Guerr. d. tr. 2. lib. 3. cap. 1. n. 84. Portug. d. lib. 3. cap. 19. n. 4.*
- 4 Possessaõ de bens *Unde cognati, L. 1. § pen. & L. 2. ff. und. cognat. & tit. Inst. de bonor. possessionib.*
- 5 A filha, ainda casada, reside no patrio poder, *L. uxor 5 Cod. condit. insert. & §. 2. Inst. h. t. Tiraq. ad legg. cunubial. glos. 1. p. 1. à n. 1. Guerr. tract. 3. lib. 2. cap. 1. n. 50.* O contrario neste Reyno, que por costume do mesmo sahem do patrio poder pelo Matrimonio, *Ord. lib. 1. tit. 88. §. 6. Valasc. allegat. 29. n. 25. & à n. 33. & ex n. 35. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 8. n. 17. & 18. lib. 7. cap. 2. n. 6. tr. 3. lib. 2. cap. 1. n. 51. & cap. 2. n. 50.*

§. 1. *Sed hæ juris angustia postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.*

Mas estas restricções foraõ depois emendadas: primeiro pelo Emperador Claudio, concedendo à mãy a herança dos filhos, por consolação da sua morte.

Remiss.

- 1 Succedem, hum ao outro pelo S. C. Tertuliano, e S. C. Orficiano, *h. t. & tit. seqq. dos quaes L. 2. vers.*

hoc autem & vers. denique mater ff. und. legit. Ord. lib. 4. tit. 91. & 96. Cordeir. dub. 15. à n. 2. Portug. lib. 3. cap. 18. à n. 57.

Ainda na illegitimidade, *§. fin. 2. Inst. h. t. Portug. d. cap. 18. Cordeir. dub. 14. & 15. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 3. n. 113. vide §. 4. Inst. de success. cognat.*

§. 2. *Postea autem Senatusconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factam est, plenissimè de tristi successione matri, non etiam avie deferenda cautum est: ut mater ingenua trium liberorum habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis sit; ut scilicet cum alieno juri subjecta est, jussu ejus odeat (hereditatem,) cujus juri subjecta est.*

Depois por declaraçãõ do S. C. Tertulliano, em tempo do Emperador Adriano, se concedeo à mãy a successão dos filhos intestados, e não a avò; e se acautelou, que era admittida á herança, e bens dos filhos mortos, se sendo livre de nascimento tinha tres filhos, e a libertina quatro, vivos, ainda que a mãy estivesse no patrio poder; e a que estivesse sujeita ao poder alheyo, faria aceitaçãõ da herança por mandato daquelle a que era sujeita.

Remiss.

A irmãa consanguinea preferia á avò; mas Justiniano dispoz outra cousa, *Novel. 118. cap. 2.* e deu a primeira ordem de succeder aos descendentes; e segunda aos ascendentes; e a terceira, aos irmãos de ambos os lados; e a quarta aos de hum só lado, *ut cap. 1. 2. & 3.*

Ainda que a mãy estivesse no patrio poder, *L. 6. Cod. ad S. C. Tertul. (supr. pr. h. t. n. 5.)* e adquiria pa-

ra si a propriedade, e para o avô o usufruto, L. 6. Cod. bon. quæ liber. no que agora nos vay pouco.

§. 3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed & filia sua mortua filius vel filia præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, avia sua. Pater verò utriusque, non etiam avus & proavus matri antiponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filij, quam filia excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis onerata: frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.*

Os descendentes do defuncto preferem á mãy, ou sejaõ herdeiros seus, ou estejaõ em lugar de herdeiros seus; ou sejaõ no primeiro gráo, ou em outro mais afastado; e ainda os filhos, ou filhas, da filha morta, se antepoem á mãy da defuncta, conforme as Constituições, quer dizer, a sua avó. Porém, o pay, e não o avó, ou bisavó, se antepoem á mãy, quando he lómente entre elles o concurso da herança. Mas hum irmão do mesmo ventre, exclue assim a filha, como a mãy da filha: e a irmã do mesmo ventre, era admittida com a mãy. Porém, se havia irmão, e irmã de hum ventre, e mãy com muitos filhos, o irmão excluia a mãy; e a herança se repartia entre os irmãos, e irmãs por partes iguaes.

Remiss.

Quanto ao principio do §. L. 2. §. 6. & 9. ff. h. t. ad. S. C. Tertull. Em

lugar de herdeiros seus, estão os filhos emancipados, ou os descendentes das filhas, §. fin. Inst. hered. quæ ab intest. defer.

O filho, ou filha da sua filha defuncta, scilicet, que estava no seu patrio poder, se antepoem á mãy, Constit. L. 4. Cod. ad S. C. Orfician. L. 11. Cod. suis & legit. liber. Que os netos, e nêtas lhe preferaõ tambem, L. 1. Cod. ad S. C. Orfician. §. 1. Inst. de Senat. Cons. Orfician.

O pay, a respeito do filho, ou filha se antepoem á mãy: falla o §. do natural, e não do adoptivo; porque este não prejudica á mãy, L. 2 §. 15. ff. h. t. e o natural remove á mãy, d. L. 2. §. 15. vers. objicitur matri pater. E não o avó, nem o bisavó, continua o text. vers. sed neque avus in Tertulliano matri nocent ff. ad S. C. Tertull.

Concurso da herança: não com o pay que sempre prefere, mas entre avó, e bisavó, com a mãy, d. L. 2. §. 15. ff. h. t. no mais em que o §. continua tres casos, vide d. L. 2. §. 15. ff. h. t.

§. 4. *Sed nostra Constitutione, quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus: respicientes ad naturam, & puerperium & periculum, & sæpè mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum, si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum: quid enim peccavit, si non plures sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus (sive ingenuis sive libertinis) & si non ter enixa fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

Mas nós, por Constituição inferta no nosso Código, provemos de socorro a mãe, havendo respeito á natureza materna, partos, perigos, e mortes em que ás vezes incorrem: e considerando ser crueldade admitirse o caso fortuito em detrimento; porque se a livre de seu nascimento não paria tres filhos, e a forra quatro, era privada da herança de seus filhos, e não tinha culpa em não parir mais, ou parir menos; e por isso demos ás mães hum Direito conforme ás Leys, para que as ingenuas, e livres de seu nascimento, ou as libertinas, ainda que não parissem aquellas tres, ou quatro vezes, e só o filho, ou filha defunto, sejaõ chamadas a sua legitima successão.

Remiss.

1 Falla do Direito novo. Constituição, *L. illam injuriam* 2. *Cod. de jur liberor.* que vem a dizer: a mãe succede ainda que não parisse tres, ou quatro, a que restringia o Terulliano.

2 Caso fortuito, he hum accidente, que o cuidado do homem não pôde evitar, *L. quæ fortuitis Cod. pign. act. dix. §. 16 Inst. legat. §. 2 Inst. quib. mod. re contrah. oblig. Peg. for. cap. 3. n. 27. Casareg. comert. disc. 23. n. 38.*

3 pelo qual ninguem está obrigado, *Peg. for. d. cap. 3. n. 28 L. quæ fortuitis Cod. pignor. act. L. contractus 23. fin. tom. 5. Ord. lib. 3. tit. 45. §. 4. lib. 4. tit. 53. §. 3. Actolin. resol. 64. & 65. Casareg. supr.* Que deve provar o

4 que nelle se funda, e o allega, e em fórmula especifica, *Peg. n. 29. & 30.*

§. 5. *Sed cum antea constitutiones jura legitime successionis preferentes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei par-*

tem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in alijs autem contrarium faciebant nobis visum est recta & simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere: excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes: ut quemadmodum eam toti alij ordine legitimo præposuimus, ita omnes fratres & sorores, sive legitimi sint, sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen, ut si quidem sola sorores adgnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ supersint: dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes sorores habeant. Si verò matre superstite & fratre, vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, si sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur: in capita distribuatur ejus hereditas.

Como até agora as Constituições da successão legitima, e abintestado, em parte favoreciaõ a mãe, e em parte não, deixando de a chamar de todo á herança dos filhos, e só em certos casos, nos quaes ainda lhe tiravaõ a terça parte, e a davaõ aos parentes, e em outros casos faziaõ o contrario: nos pareceo racionavel, que a mãe sempre preferisse, e herdasse seus filhos, sem deminuição, exceptuada a pessoa do irmão, e irmã, (ou os parentes sejaõ cognados, ou tenhaõ os direitos da cognação,) para que os irmãos, ou irmãs, (legítimos, ou não) sejaõ juntamente chamados á partilha da herança, de modo que a mãe foy por nós anteposta a outro qualquer parente: de sorte que, ficando sómente as irmãs, agnadas, ou cognadas, e a mãe do defunto, ou defunta, haja a mãe ametade da herança, e todas as irmãs a outra ametade.

de. Porém, se algum, ou alguma, morrer intestado, ficando a mãe viva, irmão, ou irmãos só, ou irmãs que tenham os direitos de herança, ou só de cognação, a herança do morto se dividia por cabeças, e não em tronco.

Remiss.

1 Mostra a preferencia da mãe; a quem prefere: e com quem he admittida. Das Constituições, vide, L. 1. L. 2. & L. pen. Cod. legit. hered.

2 Antepõem a mãe sem diminuição; porque as Constituições diminuíam o direito da mãe, admittindo os agnados na terça parte. as quaes foram abrogadas pela L. fin. Cod. h. t. de S. C. Tertul. vide, Novel. 118. & alia Direito novissimo.

§. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suae soboli consulere: scituris eis: quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati, intra annum petere neglexerint: ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

Mas assim como demos socorro ás mães, devem ellas decurar dos filhos: e faibão que se não pedirem tutores para elles, ou que se lhe dê outro em lugar do removido, ou excuso, dentro de hum anno, com razão seraõ repellidas da herança dos que forem impuberos.

Remiss.

1 Prova-se o §. ex L. 2. §. 1. & 2. ff. qui pet. tut. vel cur. L. 2. §. si mater 23. ff. h. t. & §. seq. Mas hoje, Novel. 118 cap. 5. vide, L. credendum 4. ff. qui pet. tut. L. 10. Cod. legit. hered.

§. 7. Licet autem vulgò quæsitus sit filius, filiæve: potest (ta-

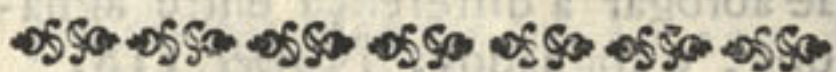
men) ab bona ejus mater ex Tertulliano senatusconsulto admitti.

Por determinação do S. C. Tertuliano, a mãe pôde ser admittida á successão dos bens de filho, ou filha, ainda que não saiba de quem o concebeo.

Remiss.

L. 2. §. 1. ff. h. t. vers. filium autem, vel filiam accipere debemus, sive juste sint procreati, vel vulgò quæsit. Arpr. h. §. fin.

São reciprocos na successão, ou a mãe seja plebea, nobre, ou illustre, P. Cordeir. dub. 14. & 15. Portug. lib. 3. cap. 18. ex n. 65. & ex n. 57. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 3. n. 113. lib. 3. cap. 1. á n. 2. cap. 3. á n. 2. vide, §. 3. Inst. de Senat. Cons. Orfic.



T I T. 4.

De Senatus Consulto Orficiano.

no.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatum admittuntur ex senatusconsulto Orphitiano, quod Orphitio & Rufo consulibus effectum est, divi Marci temporibus, & data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiam si alieno juri subjecti sint: & præferuntur consanguineis & adgnatis defunctæ matris.

Pelo contrario, os filhos são admittidos aos bens de suas mães intestadas, pelo S. C. Orficiano, feito em tempo do Emperador Marco, sendo Consules Orficio, e Refo; e lhe foy dada a herança ao filho, e filha, ainda que estejaõ no poder alheyo, e com preferencia a outro qual-

qualquer parente descendente de barão, e dos agnados da mãe defunta.

Remiss.

1 As reciprocas successoens, o filho á mãe, e esta aquelle, *tit. preced. Portug. lib. 3. cap. 18. Cordeir. dub. 15. & 14. Guerr. §. fin. tit. preced.*

2 Ainda que estivessem no poder alheyo: *L. pen. 9. ff. ht. ad S. Ter. & Orfic. ib. sacratissimi principis nostri oratione cavetur, ut matris intestate hereditas ad liberos, etiam si in aliena potestate erunt, pertineat.*

3 Preferem aos conconsanguineos da parte de barão, e aos agnados por linha de mulher: logo os filhos tem mais favor por este Confulto Orficiano, que a mais pelo Tertulliano §. 3. *tit. prox.* O que se tirou, com se abrogar a differença entre agnados, e cognados, *Novel. 118.*

§. 1. *Sed cum ex hoc senatusconsulto nepotes (& neptes) ad aviae successionem legitimo jure non vocarentur: postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.*

Por este S. Conf. Orficiano, não eraõ chamados, conforme a Direito, à successão da avò, os nêtos, ou nêtas: o que depois se emendou por Constituiçoens Imperiaes, para que fossem chamados á maneira de filhos.

Remiss.

1 Chama os nêtos à successão da avò. Tambem a avò lhe não succedia, *vide, L. 8. ff. und. cognat.* que admite os nêtos aos bens da avò pelo Edicto do Protor, *Unde cognat.*

2 Por aquellas Constituiçoens recebiaõ menos a terça parte, *§. fin. Inst.*

hered. que abintest. defer. L. 4. Cod. legit. hered.

Direito novo, *Novel. 118. cap. 3. 1. & 2. Ord. lib. 4. tit. 96. & 91.*

§. 2. *Sciendum autem est hujusmodi successiones, quæ ex Tertulliano & Orphitiano senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.*

As heranças deferidas pelo S. C. Tertulliano, e Orficiano, não parecem pela *capitis deminuição*, por aquella regra, que as heranças legitimas, por Direito novo, não parecem pela deminuição da cabeça, mas só as que se deferem por Ley das 12. taboas.

Remiss.

Falla da deminuição da cabeça *minima*, pela qual não perde a Cidade; porque perdida a liberdade, ou Cidade, não póde perquirir da successão, *L. 1. §. 8. ff. h. t.*

Regra pela qual as novas heranças não perecem, *L. 7. ff. capit. dimin. L. 11. ff. suis & legit. hered.*

§. 3. *Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo questiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti.*

Finalmente, ainda os filhos concebidos de pay incerto, são admitidos á herança materna, por este Senado Confulto.

Remiss.

Havido de pay incerto, *Portug. lib. 3. cap. 18. n. 73.* Se a mãe for illustre, *idem Portug. n. 84. L. si qua illustris Cod. ad Orfic.* a mãe succeder

der ao filho, §. *fin. tit. preced. n. 2.* como se reciproca, vide, §. 4. *Inst. de success. cognat.*

4 Coito damnado, e punivel, *Ord. lib. 4. tit. 93. Portug. lib. 3. cap. 18. n. 76.* Como he o casado com a soluta, *Portug. n. 82. & 83. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 6. n. 114. Arouc. L. 9 n. 148. ff. de stat. hom. Pinh. testam. disp. 5. sect. 1. §. 2. á n. 39.*

§. 4. *Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte, vel alia causa impediti fuerint, quo minus adeant reliquis, qui adierint, ad crescit illorum portio: & licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

Se algum, de muitos herdeiros legitimados, omettir a herança, e ou pela morte, ou por outra causa a não aceitar, acrece a sua porção hereditaria, para os outros que ficaram herdeiros; e ainda que morraõ antes, o augmento pertence aos herdeiros dos que a aceitaraõ.

Remiss.

1 Direito de accreter entre os herdeiros legitimados. Quanto ao princ. do §. *ex L. 9. ff. suis & legit. hered.*

2 Accreter para os coherdeiros: *d. L. 9. & L. 1. §. 9. ff. ad S. C. Tert. & Orfic. vers. itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio accretet. Gom. 1. var. cap. 10. n. 22. Grat. cap. 533 L. heredis sine partib. ff. hered. instit.*

3 Razão; porque nenhum pôde aceitar a herança em parte, e em parte não; nem o testador morrer testado, e intestado, *L. unic. vers. his ita definitis Cod. caduc. toll. L. 7. tom. 5. §. 5. Inst. hered. instit. L. 20. Cod. jur. deliber.*

4 Ainda que morraõ antes, passa a seus herdeiros, *d. L. 9. ff. suis & legit. hered.* porque o Direito de Tom. II.

accreter he real, *L. si totam §. ff. acq. vel omit. hered.* e o prova *h. §. Gom. 1. var. cap. 10. num. 35. vide, Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 11. & 12.* e tem lugar no intestado, *Guerr. d. cap. 11. n. 1. & 4.* Cujõ direiro de acrecer, não tem lugar nos contratos, *Gom. d. cap. 10. á n. 1. Portug. lib. 1. cap. 3. n. 21.* que limita na doação, e concessão do Principe *n. 22.* e outros casos.

O beneficio que vem da cousa, e não respeita á pessoa, passa para o herdeiro, *L. 196 tom 5 Arpr. h. §. n. 6. Ph. eb. dec. 33. n. 5 & 8 Oliva for. Eccles. quest. 13 & n. 26. Reinos. obs. 8. n. 8 Barb. ad Ord. lib. 1. tit. 98. n. 2. Cald. empt. cap. 18 n. 6 Valens. conf. 79 & 155. n. 7 Castilb. lib. 5. cap. 89. ex n. 91. Cancer. 2. var. cap. 3. n. 153. & 154 Galo de fruct. disp. 5. art. 3. á n. 29. & ex n. 31.* Tambem o onus real segue a cousa, *L. 7. ff. pub. vectig. Peg. for. cap. 3. n. 153. & 154 pag. 138. & 165.*

TIT. 5.

De Successione cognatorum.

Post suos heredes, eosque quos inter suos heredes praetor & constitutiones vocant, & post legitimos (quo numero sunt adgnati, & hi, quos in locum adgnatorum tam supradicta senatusconsulta, quam nostra erexit constitutio) proximos cognatos praetor vocat.

O Pretor chama aos proximos cognados, depois dos herdeiros seus, e dos que o Pretor, e Constituições chamão entre os herdeiros seus, e depois dos herdeiros legitimados, (no qual numero estaõ os agnados, e os que em lugar de agnados, os ditos Senatos Consultos, e nossa Constituição, chamaõ.

Remiss.

1 **T**erceira ordem de succeder ao intestado, que he chamar o Pretor aos *cognados* proximos, depois dos herdeiros *seus*, e dos que o Pretor, e Constituiçoens chamaõ entre os herdeiros *seus*, e depois dos herdeiros *legitimos*, (em que entraõ os *agnados*.)

2 O Pretor, e Constituiçoens chamaõ: *Vide, pr. Inst. legit. agnat. success. & §. fin. Inst. hered. quæ ab intest. defer.*

3 Os ditos Juris Consultos, e nossa Constituiçaõ: chamaõ na ordem dos *agnados*, á mãy, e filhos; Justiniano, irmãos, e irmãs uterinas, e os filhos, e filhas dos irmãos, e irmãs consanguineas, *L. pen §. 1. Cod. legit. hered.* (que he a nossa Constituiçaõ) §. 4 *Inst. legit. agnat. success. vide princip. Inst. eod. tit. & §. fin. Inst. hered. quæ ab intest. defer. & Novel. 118.* que he o que se usa.

4 Constituiçaõ, Anastasiana, os irmãos, e irmãs emancipados, *ut §. 1. inst. b. t.*

5 O Pretor chama: quer dizer à possessão dos bens (*infra tit. 10.*) porque os *cognados* por Direito Civil, não são herdeiros; mas agora succedem pelo Direito Civil, tirada a differença, de *agnados*, e *cognados*, d *Novel. 118.* sem soccorro do Pretor, nem outro.

§. 1. *Qua parte naturalis cognatio spectatur, nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à prætorè tertio ordine vocantur: exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis, non etiam libertis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis, vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, sive sororis: non equis tamen partibus,*

sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere. Alijs verò adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen antepone eos & proculdubio cognatis.

Pela qual parte, se attende ao parentesco natural; porque os *agnados* emancipados, e os que destes descendem, não são havidos por herdeiros legitimos (abintestados) conforme a Ley das 12. taboas mas são chamados pelo pretor na terceira ordem; exceptuados sómente o irmão, e irmãa emancipados, e não os filhos destes, aos quaes a Ley Anastasiana chama juntamente à herança do irmão, com os irmãos não emancipados: não por iguaes partes, mas com alguma deminuiçaõ, como se pôde colher das palavras da mesma Constituiçaõ. Porém, aos outros *agnados* de grão mais remoto, ainda que não sejaõ emancipados, com tudo os antepoem aos *cognados*.

Remiss.

Nesta terceira ordem de succeder, vem em primeiro lugar os *agnados* deminutos da cabeça, quer dizer, os emancipados, ou adrogados, e os que delles nasceraõ, *L. legitimis 5. ff. und. cognat.* porque a media, ou maxima tiraõ todo o jus da successão, *L. 1. §. 8. ff. ad S. C. Tert. L. 1. Cod. hered. instic.* Razaõ; 2. ainda que pela emancipaçaõ fique extinta a *agnação*, no emancipado, e seus descendentes, e mais se não conte entre os herdeiros legitimos, ficaõ *cognados*; e a emancipaçaõ provem de Direito Civil, e não pôde tirar a *cognação* descendente de Direito natural; e a razaõ civil pôde corromper o Direito Civil, e não o natural, §. *minus ergo 11. Inst. hered. quæ abint. defer. §. fin. Inst. legit. agnat. tutel. §. 11. Inst. jur. nat. L. 8.*

tom. 5. L. 1. §. 2. ff. adq. poss. tom. 8.

4 A Ley Anastasiana, que refere, dizem que não foy inferta no Codigo; e parece ser a razão a superveniencia da L. fin. Cod. legit. hered. porém noticia-se L. 4. Cod. legit. tut.

5 Com alguma deminuição: era recebendo os irmãos de inteiro Direito, (não emancipados) o dobro, L. si ab eo 11. & d L. fin. §. 1. Cod. legit. hered. d. L. frater 4. Cod. legit. tut.

6 Porém; Justiniano na L. fin. Cod. legit. hered. deu a todos igual successão, e sem deminuição dos filhos, e filhas; e ultimamente, Novel. 118.

§. 2. *Eos etiam, qui per feminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine praetor ad successionem vocat.*

O Pretor, tambem chama á herança, em nome de terceiro gráo de proximidade, aos proximos por parte de mulher, e cognação transversal.

Remiss.

1 O Pretor, nesta terceira ordem, chama, em segundo lugar, á possessão dos bens *Unde cognati*, os conjunctos por sexo feminino no transversal, *ut h. §. 2. L. 1. & 2. ff. und. cognat. vide, §. 15. & 16. Inst. hered. qua ab intest. defer.*

2 Em nome de proximidade: falla dos *cognados*; porque os *agnados*, e *legitimos*, ainda que sejaõ mais afastados em gráo, preferem aos *cognados*, L. 3. & L. si spurius 4. Cod. unde cognat. L. ad intestati. 5. Cod. legit. hered. §. 4. & 5. Inst. h. t. & pr. Inst. de servil. cognat.

§. 3. *Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.*

Tom. II.

Tambem os filhos, que estaõ na familia adoptiva, saõ chamados á herança dos pays naturaes, por esta ordem, e gráo de cognação.

Remiss.

Os filhos adoptivos, saõ chamados, nesta terceira ordem a herança do pay natural; porque retém o Direito da cognação, e se prova, L. 1. §. cognationem 4. ff. und. cognat. vide, *Arpr. in §. 9 & 10. Inst. hered. qua ab intest. defer.*

§. 4. *Vulgo quaesitos, nullos habere agnatos manifestum est: quum adgnatio a patre sit, cognatio a matre, hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est adgnationis. Tantum ergo cognati sunt sibi, sicut & matre cognati sunt. Itaque omnibus istis (ex) ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.*

Os que não tem pay certo, não tem *agnados*; porque a *agnação* provem de pay, a *cognação* de mãy, e estes saõ havidos por sem pay. E pela mesma razão não tem parentes consanguineos, entre si; porque a consanguinidade he especie de *agnação*. sómente saõ *cognados* para si; e assim como o saõ a respeito da mãy: assim, que a todos estes compete a possessão de bens, pela parte que saõ chamados como proximos *cognados*.

Remiss.

De pay incerto, *vulgo quaesiti*, não tem *agnados*; porque o Direito da *agnação* nasce do pay, e a *cognação* da mãy, *ut in §. & §. 1. Inst. legit. agnat. tutel.* e os *vulgo concepti*, na censura de Direito, não tem

S ij

pay,

- pay, ut hoc §. L. 4. ff. und. cognat. L. vulgo 23. ff. stat. hom. & ibi Arouc. n. 1. & 2. & h. §. Portug. lib. 3. cap. 18. n. 54. & h. §. Gom. L. 9. Taur. n. 47. Michalor. de fratr. p. 3. cap. 19. n. 31. verl. cum non sint proprie agnati.
- 3 São espurios, dix. §. pen. Inst. nupt. Portug. lib. 3. cap. 18. n. 65. L. vulgo 23. & ibi Arouc. ff. stat. hom. vide Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 6. & Arouc. prox.
- 4 Sómente são parentes cognados entre si, e se succedem, L. 2. ff. und. cognat. ubi glos. L. si spurii ff. eod. Michalor fratr. p. 3. d. cap. 19. n. 31. No exposto, de quo Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 7. também a mãy he incerta, Arouc. adn. L. 19. n. 11. ff. stat. hom.
- 6 A mãy, dizem que sempre he certa, e o pay, incerto fora do Matrimónio, L. quia semper ff. de injus vocand. L. vulgo concepti 23. ff. stat. hom. Michalor. d. cap. 19. n. 29. fin. Arouc. L. cum legitim. e 19. ff. stat. hom. e por isso o filho natural succede á mãy, e esta ao filho, como reciprocos, (pelo contrario no pay) e os irmãos uterinos, se succedem.
- 8 Os irmãos da parte paterna, illegitimos, scilicet, de hum pay, e diversas mãys, não se succedem no intestado, porque não são agnados, propriamente, §. filium auth. quib. nat. effic. sui L. de sard. de natur. liber. p. 3. de success. natur. Michalor. fratr. p. 3. cap. 19. n. 31. verl. aut vero Gom. L. 9. Taur. n. 47. Portug. lib. 3. cap. 18. ex n. 54. (aonde responde á duvida da cognação) Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 3. ex n. 13 & cap. 6. n. 16. & 68. Cordeir. dub. 11. com a destinação do plebeo, e nobre Ord. lib. 4. tit. 92.
- 9 Se o filho de damnado, ou punivel coito, a que o pay, ou mãy não pôde succeder, por assim nascido, morrer intestado, succeder-lhe há seu irmão filho de sua mãy, posto que de illicito, e damnado coito, ou punivel, não havendo

outro impedimento, Ord. lib. 4. tit. 93. vide, Novel. 74. cap. fin. Novel. 89. cap. ult. Portug. lib. 3. cap. 18. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 6. auth. ex complexu Cod. incest. nupt. Valasc. conf. 29. Per. dec. 12. Phad. dec. 44. Almeida. num. quin alleg. 2. & vide, §. 12. Inst. nupt. Arouc. L. 9. á 148. ff. stat. hom. Aug. Barb. d. auth. ex complexu Cod. incest. nupt. P. Pinh. de de cens. disp. 5. sect. 5. §. 2. n. 121. & 22. Surd. dec. 249.

§. 5. Hoc loco & illud necessario admonendi sumus; adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit: sive de lege duodecim tabularum queramus, sive de edicto, quo praetor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine eius solis praetor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo sobrino sobrinaque nato nataeve.

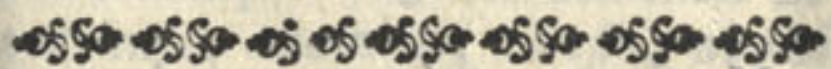
Adverte-se neste lugar, que pelo Direito da agnação, se admite á herança, ainda em decimo grão, ou seja pela Ley das 12. taboas, ou pela possessão de bens do Pretor, dada aos herdeiros legitimos por Edicto seu. Porém, o Pretor, em nome de proximidade, só promete a possessão tẽ ao sexto grão de cognação; e no setimo, aos sobrinhos direitos, filho, ou filha de primo.

Remiss.

Os agnados, in infinitum, ainda que por exemplo falle em decimo, ou longissimo grão, §. 3. Inst. legit. agnat. success. §. fin. Inst. servi. cognat. Arpr. h. §. n. 1. L. 2. §. 1. ff. suis & legit. hered. ao sexo femenino, sexto, e setimo grão, L. 1. §. hac autem ff. und. cognat.

Hoje como está tirada a differença de agnação, e cognação, Novel.

- vel. 118. cap. 3. §. fin. auth. de hered. abintest. ven. §. nullam Portug. lib. 3. cap. 18. n. 55. Succedem os agnados, e cognados in infinitum, salva a prerogativa do grão; porque quem primeiro está, primeiro succede, Novel. 118. cap. 4. de modo, que na falta de descendentes, e dos ascendentes, entra a linha dos collateraes; e nesta a proximidade, e nesta, agnados, e cognados, salva a prerogativa do grão, Portug. lib. 3. cap. 19. á n. 41. & h. §. n. 45. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 1. usq. n. 9.
- 6 Na falta té o decimo grão, succede o conjuge que supervive, Ord. lib. 4. tit. 94. Portug. d. cap. 19. á n. 49. Valasc. alleg. 37. n. 2. Lagun. fruct. p. 1. cap. 27. n. 123. ainda sem consumação, e com divortio, pela culpa desse, Lagun. n. 124. & 125. Portug. d. cap. 19. á n. 49. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 13. e na falta do conjuge, succede o Fisco, Ord. lib. 2. tit. 26. §. 17. Valasc. alleg. 37. n. 1. Portug. lib. 3. cap. 20. & 21. & cap. 14. & 15. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 14. de que fez merce aos cativos, Ord. lib. 1. tit. 90. §. 1. ut lib. 2. tit. 32. Oliveir. muner. addit. cap. 1. n. 6. vide Portug. lib. 3. cap. 14. & 15. 20. & 21. Guerr. tr. 1. lib. 4. cap. 9. & tr. 2. lib. 1. cap. 6. & lib. 4. cap. 14. & cap. 7. cum num 12. Arouc. L. 1. n. 24. ff. rer. divis. Valasc. d. alleg. 37.



T I T. 6.

De Gradibus cognationum.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quae etiam á latere dicitur. Superior cognatio est parentum, inferior liberorum, ex

transverso fratrum sororumve, & eorum qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amita, avunculi, matertera. Et superior quidem & inferior cognatio á primo gradu incipit: at ea, quae ex transverso numeratur, á secundo.

Pareceo necessario expor neste lugar, o como se contaõ os grãos de cognação: e se adverte, que hum parentesco se conta para cima, e outro para baixo, e outro por transversal, que tambem se chama collateral. O superior, pays, e avós: inferior, filhos, e nétos: transversal, irmãos, e irmãas, e os que destes descendem; e pelo conseguinte, os tios, ou tias do pay, ou mãy. Outro fim se adverte, que na superior, ou inferior, começo do primeiro grão; no transversal, do segundo.

Remiss.

O S grãos, e proximidade para accuiação, se contão conforme a Direito Canonico, e exclue, Ord. lib. 5. tit. 124. §. 9. & tit. 131. §. 1. porém para a successão se contão pelo Civil, Phab. dec. 9. Portug. lib. 3. cap. 19. n. 44. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 7. n. 7. & 8. Jacob. comitib. dec. Florent. 26. n. 28. & 29. Giurb. feud. glos. 10. §. 2. n. 20. Altograd. lib. 2. conf. 46. á n. 31.

O que se funda em grão, de cognação, (ou agnação) o deve provar, Lara cappellan. lib. 2. cap. 4. n. 13. Peg. maior. cap. 9. n. 83. Castilh. lib. 5. cap. 122. Masc. concl. 410. n. 21. e destinto, principalmente, se pede como descendente, cap. licet. ex quadam de test. vers. singulos gradus, Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 7. n. 9. & 14. Phab. dec. 142. n. 3. ubi addit. dix. L. 8. tom. 5. Marescet. 1. var. cap. 70. á n. 1. Para exclusiva da devo- lução da Coroa, havida por estranha, admittem prova generica, Guerr.

Guerr. tr. 2. lib. 4. d. cap. 7. n. 13. Portug. lib. 3. cap. 21. Peg. maior. cap. 9. n. 657. & 660. fin. & cap. 20. n. 79. dix. L. 8. tom. 5.

- 6 Com existencia do 1. grão, cessa o 2. e com a deste o 3. L. peto à fratre ff. legat. 2. L. Galus § recte ff. liber. & posth. Giurb. feud glos. 10. §. 2. n. 25. fin. nem ha questaõ de grão fóra da linha, Per. dec. 59. n. 6. Valasc. conf. 97. n. 13. Phab. dec. 22. n. 12. Peg. maior. cap. 10. n. 8. 32. 202. & 390. fin. pag. 343. Maced. dec. 16. à n. 6. Guerr. tr. 2. lib. 4. d. cap. 7. num. 51. 56. & 58. Giurb. ad stat. cap. 12. glos. 3. p. 1. n. 9. Quanto aos grãos de afinidade, lib. 8. tit. 11. Digestor. ff. gradib. affinit.

§. 1. Primo gradu est suprã pater, mater: infrã filius, filia.

No primeiro grão, para cima, pay, e mãy: para baixo, filho, e filha.

§. 2. Secundo (gradu) suprã avus, avia: infrã nepos, neptis: ex transverso frater, soror.

No segundo grão, para cima, avó, avó: para baixo, nêto, e nêta; no transversal, irmão, e irmãa.

§. 3. Tertio (gradu) suprã proavus, proavia: infrã pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui Gracè appellatur. Avunculus est frater matris, qui Gracè dicitur, & uterque promiscuè, appellatur: amita est patris soror, (quæ Gracè appellatur.) Matertera verò matris soror, (quæ Gracè dicitur) & utraque promiscuè appellatur.

No terceiro grão para cima, bisavó, bisavó: para baixo, bisnêto, bisnêta: e aos lados, filho, ou fi-

lha do irmão, ou irmãa: e pelo conseqüente, o tio, e tia da parte do pay, ou mãy. O irmão do pay, nos Latinos, Patruus nos Gregos, Patradelphos. O irmão da mãy, Avunculus, em Grego, propriamente, Matradelphos; hum, e outro, por nome commum, tios: A irmãa do pay, amita, os Gregos Patradelphos: a irmãa da mãy, Matertera em Grego, Matradelphos, e por nome commum tia.

§. 4. Quarto gradu suprã abavus, abavia: infrã abnepos abneptis, ex transverso fratris sororisque nepos, neptisve: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror; item avunculus magnus & matertera magna, id est, avia frater & soror; consobrina, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos; eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patruales vocari. Si autem ex duobus fratribus filia nascuntur, sorores patruales appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, ammitinos propriè dici (putant) Amitæ tuæ filij, consobrimum te appellant, tu illos ammitinos.

No quarto grão, para cima, o terceiro avó, e terceira avó: para baixo, terceiro nêto, e nêta: no transversal, nêto, ou nêta do irmão: e pelo conseqüente, o tio irmão do avó, e tia irmãa do avó. Patruus magnus, amita magna, irmão, e irmãa do avó: avunculus magnus, matertera magna, irmão, e irmãa da a avó: consobrinus & consobrina, aquelles, ou aquellas, que nascem dos irmãos, ou irmãas, chamados, primos, e primas. Outros dizem, que propriamente consobri-

nos, os filhos de duas irmãs, como se dissemos *consororinos*; e que os filhos dos irmãos, propriamente, *Fatres patruales*. Item, os filhos de hum irmão, e irmã, *amitinos*; e os filhos de tua tia irmã de teu pay, *consobrinum*, e tu a elles *amitinos*.

§. 5. Quinto (gradu) *suprà atavus, atavia: infrá adnepos, adneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror: (&) proavunculus & promatertera, id est, proavia frater & soror, item fratris Patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrinae, amittini & amitinae filius filia, propius sobrino, propius sobrina, hi sunt patru magni, amita magna, avunculi magni, matertera magna filius filia.*

No quinto grão, para cima, quarto avó, ou avó: para baixo, quarto nêto, ou nêta: aos lados, bisnêto, bisnêta do irmão, ou irmã; e pelo conseguinte o irmão do bisavó, ou bisavó: item o filho, e filha de teus primos, filhos de irmãos.

§. 6. Sexto gradu *suprà tritavus, tritavia: infrá trinepos trineptis: ex transverso fratris sororisque abnepos, abneptis, & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater & soror: abavunculus, abmatertera, id est, abavia frater & soror, (item propatruus, proamita, provunculi, promatertera filius filia, item propius sobrino sobrinae filius filia:) item sobrini, sobrinae, id est, qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus vel consobrinis vel amitinis progenerantur.*

No sexto grão, para cima, o quinto avó, e quinta avó, que he o terceiro avó, ou avó, de teu avó: para baixo quinto nêto, ou nêta, quer

dizer, tataranêto, ou tataranêta: e aos lados, o nêto, ou nêta de irmã, e irmão de quarto avó. Item o filho, ou filha do tio, ou tia, irmão, ou irmã do bisavó. Item os sobrinhos filhos de primos irmãos.

§. 7. *Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ultiores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adjicit, ut longe facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.*

Baste o referido, do modo de contar os grãos de cogação; porque daqui se entende, como se devem contar os mais remotos. Finalmente a pessoa gerada sempre accreenta hum grão; e ferá mais facil dizer em que grão está cada hum, que darlhe o nome de parentesco que lhe convem.

§. 8. *Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

Os grãos de agnação, e baronia, se contaõ do mesmo modo.

§. 9. *Sed cum magis veritas oculata fide, quam per aures animis hominum insignatur: ideo necessarium duximus post narrationem graduum, eos etiam presenti libro inscribi, quatenus possint & auribus, & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.*

Mas como a verdade mais se imprime pela vista, que pelos ouvidos, (como mais propinqua, e recta) pareceo necessario imprimir neste lugar a arvore dos grãos, em favor dos Estudantes,

Remiss.

- 1 Vide, tit. ff. de gradib. affinit. donde he visto que este foy tirado. Nenhuma prova se tem por mais certa, que a que se faz por evidencia da couza, e inspecção de lugar, *L. si irruptione §. officium ff. fin. regund. L. 2. fin. ff. de feriis, L. testium Cod. de testit. glos. concipitur in L. satis que ff. injus vocand. cap. evidencia de accusat. Arpr. h. §. n. 4. Post. manut. obs. 101. Giurb. obs. 47. num. 22.*
- 2 *Peg. 5. for. cap. 93. n. 60.* e esta prova nunca se diz exclufa, *Arpr. d. n. 4. Mend lib. 3. cap. 12. n. 17. Barb. ad Ord. lib. 3. tit. 62. pr. n. 2. Cancer. 3. var. cap. 17. n. 129. vide Reinos. obs. 29. addit. n. 27.*
- 3 Mas se a veltaria naõ serve para a decisaõ do caso, se denega *Posth. dec. 21. n. 5. De Luc. ad Grat. cap. 57. n. 1. Tusch. lit. P. concl. 776. n. 18. & 28. expresse, Casareg comert. disc. 99. n. 80. Fontanel. dec. 382. da materia dec. 381. vide, Peg. mior. poss. n. 501. & 672. Fontanel. d. dec. 382. à n. 16. e huma, e outra couza vi julgada com repetiçaõ. Aprova, que naõ percute ao ponto, naõ sufraga, ut ex Bart. Mascard. Grat. & aliis Salgad libert. benefic. art. 3. n. 9.*
- 5 Para a veltoria se citaõ as partes, *Peg. proam. Ord. glos. 43. n. 42. & ad Ord. lib. 1. tit. 68. §. 22. glos. 24. n. 27. pag. 38. Hermosilh. glos. 6. L. 56 tit. 5. partit. 5. n. 44. tom. 2.* O procurador, naõ basta, nem este se pòde louvar, sem ter poder especial para ella, *cap. per tuas 10. de arbitr. L. transactionis Cod. transact. Cardos. verb. procurator n. 26. Borrell. tit. 66. n. 176. Valer. transact. tit. 4. quest. 5. n. 42. vide Grat. cap. 600. à n. 28. Fontanel. dec. 382. à n. 22. se pòde haver segunda.*

TIT. 7.

Servili cognatione.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua legalis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum, atque nube plenum & undique confusum fuerat) & hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili constitutus consortio, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex servilis conditionis muliere: vel contra, serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscunque sexus: & ad libertatem his pervenientibus, ij, qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberae erant, ipsi in servitute eos habuerint, & postea ad libertatem pervenerint: ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem, mutuam vocavimus, ex illa lege specialiter eos vocantes: sive soli inveniantur, qui in servitute nati, & postea manumissi sunt: sive uná cum alijs, qui post libertatem parentum concepti sunt: sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex alijs nuptijs, ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptijs procreati sunt.

He certo, que àquella parte do Edicto Pretorio, (na qual se promette

mette a possessão de bens, pela proximidade, ou cognação) não pertence aos parentes dos escravos, ou cognados servís; porque tal parentesco, ou cognação servil, não era contado em Ley antiga. Porém, por nossa Constituição do Direito do patronato, ou patrono, (atè nosso tempo escuro, intrincado, confuso) concedemos também este Direito, por nos parecer cousa humana, e piedosa, De modo que se o escravo casado tiver filho, ou filhos, ou de mulher livre, ou escrava: ou pelo contrario, a mulher escrava tiver filhos, ou filhas de homem livre, ou escravo, e estes pays vierem a ser forros, e os que nascerem do ventre escravo forem manumettidos; ordenamos que todos estes fossem herdeiros do pay, e mãy; cessando nesta parte o Direito que os senhores, e patronos tem sobre os escravos que forraõ, e seus libertos. E não só chamamos os taes filhos à herança de seus pays, mas a que succedaõ huns aos outros, conforme a dita Constituição, que os chama particularmente, ou sejaõ achados sómente os nascidos em escravidão, que depois foraõ forros, ou juntamente com os concebidos em liberdade; ou sejaõ do mesmo pay, ou mãy, ou de outro casamento, à semelhança dos nascidos de justas nupcias.

Remiss.

TRata da cognação dos escravos: desta Constituição do patronato se fez menção, §. 7. *Inst. legit. agn. success.* §. 3. *Inst. success. libert. dezeja-se sub tit. Cod. bon. libert. & 2 jur. patronat.* Os escravos, por Direito Civil, e ainda Pretorio, são havidos por nada, ainda que pelo natural todos nasciam livres, *dix. L. 22. & 32. tom 5. & pr. Inst. libertin.*
 3 Justiniano, movido de humanidade, fez huma Constituição, con-
 Tom. II.

cedendo aos nascidos dos escravos, se os pays fossem manumettidos, e os filhos nascidos em escravidão forros, e estes lhe supervivessem, o Direito de succeder na herança dos pays; e fraternal, como concebidos de justas vodas. Quanto á liberdade do nascimento: se a mãy he livre, nasce livre; se he escrava, nasce servo; porque o parto segue o ventre, §. 4. *Inst. jur. pers. dix pr. Inst. de ingen. Arouc. L. 5. §. 1. n. 34 §. 2. á n. 1. ff. stat. hom.*

A respeito de fallar pela pluralidade de filhos, vide, *L. 148. & L. 149. tom. 6.* e a este §. com a *Ord. lib 4 tit. 92 vide Ægyd. privileg. honest. art. 13. & n 44.*

§. 1. *Repetitis itaque omnibus, que jam tradidimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari, eoq; amplius, ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiozem esse. Cum enim prima causa sit suorum heredum, & eorum, quos inter suos heredes enumeravimus: apparet pronepotem vel abnepotem defuncti potiozem esse, quam fratrem aut patrem matremque defuncti: cum alioqui pater quidem & mater (ut supra quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato, aut ex femineo sexu propagatus est. Amoris quoque suis heredibus, & quos inter suos heredes vocari diximus: adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis, etiam si longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus. Nam patris nepos vel pronepos avunculo vel matertera præfertur. Totiens igitur dicimus aut potiozem haberi eum, qui proximiozem gradum cog-*
 T gnatio-

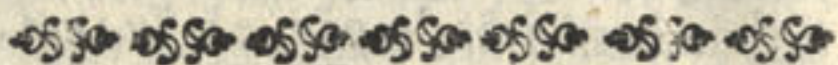
gnationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt: quotiens neque suorum heredum, quique inter suos heredes sunt, neque adgnationis (jure,) aliquis præferri debeat, secundum ea quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus adgnatis.

Fazendo, finalmente, colleção de todas as referidas cousas, se mostra que nem sempre são chamados os que estão em igual grão, nem o mais proximo tenha o melhor direito; porque como o primeiro lugar he dos herdeiros seus, e dos que se contaõ entre os herdelros seus; fica manifesto, que o bisnêto, ou tresnêto do defunto, he de melhor Direito que o irmão, ou pay, e mãy do defunto: ainda que, (como dissemos) o pay, e mãy tem o primeiro grão de cogação, e o irmão, o segundo: e o bisnêto, o terceiro, e o tresnêto, o quarto. E não faz diferença estar no poder do defunto, ou emancipado, ou ser nascido de emancipado, ou descendente de sexo femenino. Na falta de herdeiros seus, e dos que tem este lugar, como dissemos, o agnado, que tem inteiros os direitos da agnação, as mais das vezes tem melhor Direito, que o cognado mais proximo; porque o nêto, prefere ao tio paterno, que está em quinto grão, ou bisnêto, ao tio, ou tia materna. E assim diremos, que he primeiro, o que tem mais proximo grão de cogação, ou que chama os cognados igualmente, todas as vezes que lhe não prefere herdeiro seu, ou que tinha os direitos de herdeiro seu, conforme o que fica dito (tit. 5.) exceptuados o irmão, e irmãa emancipados, que são chamados á successão dos irmãos, e irmãas, os quaes ainda que

emancipados, preferem aos agnados mais remotos em grão.

Remiss.

Faz colleção de succeder, conforme ao dito tit. de success. cognat. exceptuando os irmãos, ainda que emancipados. Constituição Anattiana, §. 1. Inst success. cognat. § 4. Inst. legit. agn. success. Hoje confusa, Novel. 118. que traz as ordens de succeder: 1. descendentes, aonde não há grãos; 2. nos ascendentes, aonde não ha representação, Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 1. n. 84. a terceira, dos transverlaes, collateraes, de quib. Ord. lib. 4. tit. 96. & 92. 91. & 90.



TIT. 8.

De Successione libertorum.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberti patronum suum impunè testamento præterire: nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, herede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberti, si is suum heredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela: si verò adoptivus filius fuisset, apertè iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

Antigamente, era livre ao liberti o preterir no testamento a seu Patrono, sem resultar querela: e depois a Ley das 12. taboas chamava o Patrono à herança do liberti intestado, não lhe ficando a este herdeiro seu; e assim morto o liberti intef-

intestado, se deixava herdeiro seu, o patrono nada tinha em seus bens: e se deixava dos filhos naturaes herdeiro seu, o Patrono não podia que- relar o testamento: porém se dei- xava filho adoptivo, notoriamente pareceo iniquo, que faltasse soccor- ro do Direito do Patrono, que lhe deu a liberdade.

Remiss.

P Rimeiro se deferia a herança do liberto, aos herdeiros seus, *L. 3. pr. ff. suis & legit. hered.* A Ley das 12. taboas não dava a herança do liberto ao Patrono, se não morren- do intestado, e sem herdeiros seus: a que se seguiu a emenda do Pretor, §. 1. *h. t.* e a esta a da *Ley Papia §. 2. h. t.* dentro dos cem mil *sestercios* da *L. 26. ff. bon. libert. L. 16. ff. jur. pa- tron.* scilicet, admittia em parte, se morria com menos de tres filhos, testado, ou intestado: como mor- rendo testado sem filho, ou filha, (ainda que o texto diga *intestado*;) porque o liberto *intestado*, e sem fi- lhos, o patrono lhe succede em tu- do, *pr. Inst. h. t. & §. 1. eod.*

§. 1. *Qua de causa postea Præ- toris edicto hæc juris iniquitas emandata est: siue enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret: & si aut nihil, aut minus parte dimidia relin- querat: dabatur patrono contra ta- bulas testamenti partis dimidiæ bo- norum possessio. Siue intestatus moriebatur, suo hærede relicto filio ado- ptivo: dabatur æquè patrono, contra hunc suum hæredem, partis dimi- diæ bonorum possessio. Prodesse au- tem liberto solebant ad excludendum patronum naturales liberi, non so- lum quos in potestate mortis tempo- re habebat, sed etiam emancipati; & in adoptionem dati: si modo ex aliqua parte scripti hæredes erant,*
Tom. II.

aut præteriti, contra tabulas, bo- norum possessionem ex edicto (præ- torio) petierant, nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

Esta iniquidade foy emendada por Edicto do Pretor; porque se fazia testamento, devia deixar ametade dos bens ao patrono; e se lha não deixava, ou menos, dava-se ao pa- tronno ametade, pela possessão dos bens contra o testamento; e se mor- ria intestado, deixando filho ado- ptivo, tambem se lhe dava ametade, pela mesma possessão de bens contra este seu herdeiro; Porém, os filhos naturaes, ou emancipados, ou da- dos em perfilhação, lhe aproveita- vaõ para a exclusiva do patrono, e filho adoptivo, se de algum modo os deixava escritos herdeiros em al- guma parte, ou sendo preteridos, pediaõ a possessão de bens pelo Edi- cto do Pretor contra o testamento; porque sendo de todo desherdados, de nenhum modo tiravaõ a herança ao patrono.

§. 2. *Postea (veró) lege Papia adauçta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cau- tum est enim, ut ex bonis ejus, qui sestertium centum millium patrimo- nium reliquerat, & pauciores, quam tres liberos habebat: siue is testa- mento factó, siue intestatus mortuus erat: virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum (quidem) filium filiamve heredem reliquerat, liber- tus: perinde pars dimidia debeba- tur patrono, ac si is sine ullo filio filiãve intestatus decessisset, cum (ve- ró) duos duãsvve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: si tres reliquerat, repellebatur patronus.*

Depois foraõ estes Direitos dos patronos augmentados pela Ley Pa- pia, a respeito dos libertos ricos: acautelando esta, que dos bens do liberto, que deixava mais de cem mil

mil sestercios de patrimonio, e menos de tres filhos (morresse testado, ou intestado) se dêsse huma igual porção ao patrono; e assim, quando deixava hum filho, ou filha por herdeiro, competia ao patrono metade; se deixava dous, dava-se-lhe a terça parte; mas se lhe ficavaõ tres filhos, se repelia de herdeiro. *Vide, L.16. tom.5. L.26. ff.bon.libert. L.16. ff.jur.patron. sobre o sestercio: libra nossa 30. reis. Soldo, hum real e quatro feitiz: seis feitiz, hum real.*

§. 3. *Sed nostra constitutio, quam pro omni natione, Græca lingua compendioſo tractatu habito composuimus, ita hujusmodi causam definiuit: ut si quidem libertus vel liberta minores centenarijs sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertijs unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione: si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto: tunc patronatus jus (quod erat ex lege duodecim tabularum) integrum reservavit. Cum verò majores centenarijs sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant; siue unum, siue plures, cujuscunque sexus vel gradus: ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis una cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint: si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus, si verò testamentum quidem fecerint, patronus autem aut patronas præterint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater siue avus maternus eos præterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta: tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam (ut an-*

tea) sed tertiam partem bonorum liberti consequantur: vel quod deest, eis constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit: ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad cohæredes eorum hoc onus redundet: multis alijs casibus à nobis in præfata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi dispositionem juris perspeximus, ut tam patroni patronasque, quam liberi eorum, necnon qui ex transverso latere veniunt, usque ad quintum gradum ad successionem libertorum libertarumve vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est: & si ejusdem patroni vel patronas, vel duorum duarumque pluriùmve liberi sint: qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocetur successionem, & in capita non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in ijs, qui ex transverso latere veniunt, servando. Penè enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successione fecimus.

Porém, nossa Constituição, (feita em lingua Grega para toda a Nação, e de hum compendioſo tratado) descedio este negocio deste modo: que se o liberto, ou liberta, tivesse menos de cem cruzados (interpretando a summa da Ley Papiæ por cruzado mil sestercios) não entrasse o patrono na successão, se fizessem testamento. Porém, se o liberto morrer intestado, e sem filhos, se reservou ao patrono o Direito, (que tinha pela Ley das 12. taboas) inteiramente. Quando tiver mais de cem cruzados de patrimonio, e tiver filhos herdeiros seus, ou emancipados, ou hum, ou muitos, de qualquer dos sexos, lhe pertence a herança, excluido o patrono, e seus descendentes. Porém, morrendo sem filhos, e intestado, chama á herança

ça o patrono, ou patrona. E se morrer testado, e preterir o patrono, ou patrona, sem deixar filhos, ou desherdando-os, ou preterir a mãe ou avô materno, de modo que o testamento não possa ser arguido de inofficioso, em tal caso, alcançaõ, por nossa Constituiçaõ, a terça parte dos bens do liberto, pela posse- saõ de bens contra as taboas do tes- tamento, e não ametade, como an- tes se costumava; ou o que lhe fal- ta para ella, se satisfaça conforme huma nossa Constituiçaõ, e quan- do o liberto, ou liberta, lhe dei- xar menos da terça parte de seus bens seja livre dos legados, ou fideico- missos, antes esse onus seja em dan- no dos herdeiros. Outros muitos ca- sos, que pareceraõ necessarios, se ponderaõ na dita Constituiçaõ, pa- ra que o patrono, e patrona, ou seus filhos, ou transverfaes, tẽ ao quin- to grão, sejaõ chamados á succes- saõ dos libertos, como se pòde ver da mesma Constituiçaõ. E se hou- ver do mesmo patrono, dous, ou mais filhos, succeda ao liberto o que for mais proximo, por cabeça, e não em tronco: e se guarde o mes- mo nos transverfaes; porque fizẽ- mos quasi os mesmos direitos, nas heranças dos libertinos, que dos li- vres de seu nascimento.

Remiss.

1 Esta Constituiçaõ Justiniana, dizem que não existe. Quanto á se- gunda Constituiçaõ, de que o lem- brado no testamento, o não pòde impugnar, *L. omnimodo 30. Cod. in offic. testam.* vide, *L. 149. tom. 5.*

2 Sem encargo dos legados, ou fi- deicomissos, *L. 32. Cod. in offic. tes- tam.* O mais proximo: porque vem à maneira de agnados, *L. 2. §. 1. ff. und. legit.* e não como herdeiros seus. vide *P. Pinh. de testam. disp. 5. sect. 3. §. 17. n. 509. 510. 511.*

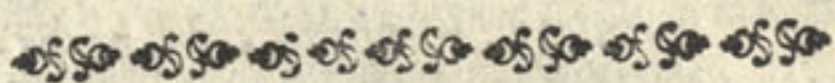
§. 4. *Sed hæc de ijs libertinis ho- die dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt: cum nec sint alij liberti, simul & Dediti- tijs & Latinis sublati; cum La- tinorum legitima successiones nullæ penitus erant, quia licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, & quasi servorum bona eorum jure quodammodo peculij ex lege Junia (Norbana) manumissores detine- bant. Postea verò senasconsulto Largiano cautum fuerat, ut libe- ri manumissoris non nominatim ex- heredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præpo- nerentur. Quibus etiam supervenit Divi Trajani edictum, quod eun- dem hominem, si invito vel igno- rante patrono ad civitatem Roma- nam venire ex beneficio principis festinarat, faciebat quidem vivum civem Romanam, Latinum verò morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionum vi- ces, & alias difficultates, cum ip- sis Latinis etiam legem Juniam, & senatusconsultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpe- tuum deleri censuimus: ut omnes li- berti civitate Romana fruantur, & mirabili modo quibusdam adjectio- nibus ipsas vias, que in Latinita- tem ducebant, ad civitatem Roma- nam capiendam transposuimus.*

Estas cousas respeitaõ aos liber- tinos Cidadoens Romanos, nem já ha outros, por estarem tirados os *Dediticios*, e os *Latinos*. Nem ha- via successoens legitimas dos *Latino*s; porque supposto viviaõ como livres, quando morriaõ perdiaõ a vida, e liberdade, juntamente; e os patronos retinhaõ seus bens, qua- si por hum direito particular da *Ley Junia Norbona*, como se foraõ es- cravos. Depois pelo *S. C. Largiano*, foy acutelado que os filhos do pa- tronno

trono, não desherdados expressamente, precedessem aos herdeiros estranhos, nos bens dos *Latinos*. Ao que tudo sobreveio hum Edicto do Emperador Trajano, que ao mesmo homem, (se contra vontade, ou ignorancia do patrono, por beneficio do Principe se fazia Cidadão Romano) o fazia, vivo, Cidadão Romano, e na morte, *Latino*. Porém, por nossa Constituição riscamos essas diferenças de condições, Ley Junia Narbona, S. C. Largiano, e Edicto do Pretor, para que todos os libertos gozem do privilegio de Cidadão Romano.

Remiss.

Mostra a que libertos se succede. Tirada a condição de *Deditios*, e *Latinos*, *L.unic. Cod. de dedit. libert. toll. L.unic. Cod. latin libert. toll. dix. §. 3. Inst. libert.* O S. C. riscado por Justiniano, *Novel. 78. prefact.* menção deste Edicto, *L.unic. pr. & §. fin. ff. latin libert. toll.* Nossa Constituição *L.unic. Cod. latin. libert. toll.*



T I T. 9.

De Assignatione libertorum.

In summa, (quo ad bona libertorum attinet) admonendi sumus, censuisse senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, equaliter bona libertorum pertineant: tamen licere parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est: & ceteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente pariter admitterentur. Nihil juris in his bonis habent: sed ita demum pristinum jus

recipiant, si is, cui assignatus est, deceaserit nullis liberis relictis.

Finalmente, he de saber, que pelo que respeita aos bens do libertto, ainda que o Senado dertermina, que os bens deste pertençaõ a todos os filhos do patrono do mesmo grão; com tudo he licito ao pay assignar hum libertto, a hum de seus filhos, para que depois da sua morte, só elle seja patrono; e os mais filhos, que na falta de assignação haviaõ de concorrer com elle á herança, nada tenhaõ nella. Porém, se este assignado morrer sem filhos, recuperaõ seu prestino direito.

Remiss.

HE licito ao pay, e só a este, assignar libertto, *L. 8. ff. h. t.* O assignar, he testeficar qual he o filho de quem ha de ser libertto, *L. assignare 107. tom. 6.* quer dizer o direito de patrono: sem assignação pertencia a todos, ou a muitos descendentes do patrono, sem differença de sexo, *L. 1. L. 3. §. 1. ff. h. t.*

Recuperaõ seu prestino direito: porque o Direito da assignação adquirido se transfere aos filhos, e não aos estranhos, como se entende das palavras do Consulto, *L. 1. fin. pr. ff. h. t.* e requiere falta de filhos para se recuperar.

§. 1. *Nec tantum libertum, sed etiam libertam, & non tantum filio, nepotivæ, sed etiam, filiaæ nepтивæ assignare permittitur.*

Não taõ sómente se lhe permite assignar libertto, mas liberta; e não só ao filho, ou neto, mas á filha, ou neta.

Remiss.

Diz, que se póde assignar libertta; e tambem á filha, ou neta, *L. 1. ff. h. t. vide L. 3. ff. eod.*

§. 2.

§. 2. Datur autem hæc assignandi facultas, ei qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, assignare libertum libertamve liceat. Unde querebatur, si eum, cui assignavit, postea emancipaverit: num evanescit assignatio? Sed placuit evanescere, quod & Juliano & alijs plerisque visum est.

Esta faculdade de assignar, se dá ao que tem dous, ou mais filhos no seu poder, para que esse possa assignar liberto, ou liberta aos que tem no patrio poder. Donde se excitou a questãõ, se havia de desvanecer-se sendo depois emancipado aquelle filho? E pareceo que sim, e o mesmo a Juliano, e outros.

Remiss.

1 O filho em poder, ou emancipado, L. 1. fin. ff. h. t. vide, L. 9. ff. 2 cod. & L. fin. ff. de liber. & post. Oppoem-se a d. L. utrum ei ff. assign. libert. a que responde Genoa concil. legg. pag. 411.

3 A resoluçãõ do §. parece dura; porque o acto perfeito, não se retrata, ainda que venha ao caso em que não podia ter principio, ut §. 1. & 2. Inst. quib. non est permiff. fac. testam. & §. 14. Inst. legat. E o effeito consumado, não necessita da perseverança na causa, L. 8. ff. his qui sunt sui & ibi Aronc. n. 38. & L. 20. n. 49. fin. ff. stat. hom. E he visto se considera, que ainda o não havia.

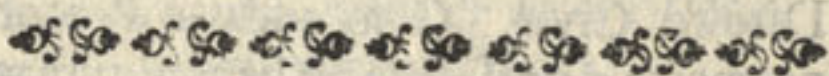
§. 3. Nec interest, (an) testamento quis assignet, an sine testamento, sed etiam quibuscunque verbis patronis hoc permittitur facere, ipso senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rifo & Asterio Scapula consulibus.

Não faz differença, o fazer-se a assignaçãõ no testamento, ou fóra

delle; e se permite ao patrono o fazella por quaesquer palavras, como está ordenado pelo S. C. feito em tempo de Claudio, sendo Consulles Sabellio Rupho, e Asterio Scapula.

Remiss.

Diz, que se pôde fazer a assignaçãõ no testamento, ou fóra delle, e ainda por quaesquer palavras, e mais amplo, nutu, L. 1. §. 3. & L. 7. ff. h. t.



TIT. 10.

De Bonorum possessionibus.

Jus bonorum possessionis introductum est à prætoribus emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est: sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus hæres fuerit institutus: quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat: honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum à prætoribus adjuvabatur, sed & is à nostra constitutione hodiè rectè hæres instituitur, quasi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen, neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia (prætor) pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque qui rectè testamento facto hæres instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos hæres, & adgnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remota quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.

O Direito da possessão de bens, foy introduzido pelo Pretor, a causa de emandar o Direito antigo. E não fômente o emendou nos testados, como se disse, mas nos intestados; porque sendo instituido o posthumo alheyo, ainda que não podia aceitar a herança por Direito Civil, conforme ao qual não valia a instituição; se fazia herdeiro pelo Direito Pretorio, e possessão de bens pedida ao Pretor: mas este (posthumo alheyo) hoje he instituido directamente por nossa Constituição, como se fora reconhecido herdeiro por Direito Civil. Com tudo o Pretor promette a possessão de bens algumas vezes, não por emenda, nem por contradizer o Direito antigo, mas para o confirmar mais; porque também dá a possessão de bens, aos instituidos directamente no testamento. Item, chama á possessão de bens do intestado, aos herdeiros seus, e aos agnados, que ainda que não houvera possessão de bens, lhe pertencia a herança por Direito Civil.

Remiss.

1. **T** Rata das possessões de bens: he segundo genero de adquirir pelo universal, *ut §. fin. Inst. per quas pers. cuiq. acquir.*
2. Possessão de bens; he o mesmo que herança. *L. 2. & L. 3. ff. h. t. L. 117. tom. 5. L. 128. §. 1. L. 62. L. 24. & L. 204. tom. 6.* E passaõ as acçoens, activas, e passivas contra o possuidor, *L. 5. ff. alien. jud. mut. dix. d. L. 117. tom. 5.* e que he o mesmo; ao menos quanto ao effeito, commodo, e incommodo, *§. 2. Inst. h. t. & L. 1. & 2. ff. eod.*
3. O Pretor emendar: *L. non est 12. & ibi glos. ff. h. t. L. 12. §. 4. ff. public. in rem act.* scilicet não emenda; porque não pôde dar o prohibido, nem operar, directamente, contra as Leys, *d. L. non est 12. fin. vers. ubi cunque*
4. *Lex ff. h. t.* o que faz, he adoçar o

rigor do Direito Civil, despezando-o, *§. 2. Inst. h. t.*

Posthumo alheyo: he aquelle que sendo nascido de herdeiro seu, não ha de ser herdeiro do testador, *§. 26. & §. 28. Inst. legat.*

Por Direito honorario, ou Pretorio, possuidor de bens, *L. 3. ff. bon. poss. sec. tab. L. 6. ff. inoffic. testam.* Herdeiros seus, a possessão unde liber: aos agnados, a possessão, unde legit. A Constituição mencionada não aparece, *§. 28. & 26. Inst. legat.*

§. 2. Quos autem solus vocat Prætor ad hereditatem, hæredes quidem ipso jure non fiunt, nam prætor hæredem facere non potest: per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem hæredes fiunt, veluti per senatusconsulta & constitutiones principales: sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, loco hæredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, nequis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum, prætor ex bono & equo dilatavit.

Os que só o Pretor chama á herança, verdadeiramente, não são herdeiros *ipso jure*; porque o Pretor não pôde fazer herdeiro, e sómente se fazem por Ley, ou Constituição com força de Ley, como deliberação do S. C. ou Constituições Imperiaes. Mas aquelles a que o Pretor dá a possessão de bens, se constituem no lugar de herdeiros, e se chamão *bonorum possessores*. O Pretor ainda fez outros grãos de dar a possessão de bens, para que nenhum morresse sem herdeiro; e amplexou, *ex bono & equo*, o estriicto Direito, de perceber as heranças, da Ley das 12. taboas.

Remiss.

Remiss.

- 1 A herança, logo faz senhor, sem persecução, § fin. Inst. hered. qualit. & difer. L. legatum 80. ff. legat. 2.
- 2 A possessão de bens, require persecução pela acção util do Pretor, L. 1. L. 2. & 3. ff. bon. poss. O Pretor não pôde fazer herdeiro, que he fazer senhor, § fin. Inst. hered. qualit. porque he hum nudo Magistrado, e não pôde fazer Ley; e só a Ley, ou o que tem sua força pôde fazer herdeiro, ut h. §. e o fazer Ley, he poder Real, Portug. lib. 2. cap. 10. à n. 2. usq. 5.
- 5 Com tudo, quanto ao effeito, commodo, e incommodo, o possuidor dos bens se reputa herdeiro, L. 2. & L. 3. ver. hereditatis ff. bon. poss. dix. pr. Inst. h. t. & L. 117. tom. 5.
- 6 e o nosso §. o constitue em lugar de herdeiro, & L. 138. tom. 6. ainda que para o fazer herdeiro require Ley mandante, L. 2. & ibi Arouc. n. 3. ff. de legib. dix. d. L. 117. tom. 5.
- 7 Senado Consulto, L. 9. §. 1. ff. usufr. quemad. cau. & tit. ff. ad S. C. Tert. & Orfic.
- 8 Constituições dos Principes, e Imperiaes, § 3 & 4. Inst. legit. agnat. success. L. pen. & L. fin. Cod. legit. hered.
- 9 Outros muitos grãos de dar possessão de bens, e ordens de successão, L. 1. §. 1. ff. und. liber. L. 5. Cod. und. cognat. L. unic. Cod. quis Ord. bon. poss. & tit. ff. success. edict. vide infra h. t.

§. 3. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ. Prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque contra tabulas. Secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur secundum tabulas. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus, & ijs,
Tom. II.

qui ex edicto prætoris inter suos hæredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur unde liberi: Secundo, legitimis heredibus. Tertio, decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. sunt autem decem personæ hæ: pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni: item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia: frater, sororve, consanguinei, vel uterini. Quarto, cognatis proximis. Quinto, tanquam ex familia. Sexto, patrono patronæque, liberisque eorum, & parentibus. Septimo, viro & uxori. Octavo, cognatis manumissoris.

As possessões de bens pelo testamento, são estas: primeira a que se dà aos filhos preteridos nelle, contra tabulas: secunda a que o Pretor promette aos herdeiros instituidos, chama secundum tabulas. Dos que morrem intestados, primeiro concede achamada unde liberi, aos herdeiros seus, e aos que por Edicto Pretorio são contados entre os herdeiros seus: segundo aos herdeiros legitimos: terceira a que dava ás dez pessoas, que preferião ao estranho manumissor, cujas dez pessoas são estas: pay, mãy, avó, avò, assim paterno, como materno. Item, o filho, filha, nêto, nêta, tanto do filho, como da filha. Item, irmão, irmã, tanto consanguineos, como uterinos (de hum mesmo ventre) quarta aos parentes proximos: quinta, como aos que eraõ de huma mesma familia; sexta o Patrono, e patrona, e filhos destes, e mais descendentes, e aos pays. Settima, ao marido, e à mulher: oitava, aos parentes cognados do que dava a liberdade.

Remiss.

Conta as possessões de bens, no testado, e intestado: diz primeiro do

- do Direito antigo, e conta dez: as duas primeiras, do testado; as mais no intestado, *Ulp. tit. de possess. dand. tit. 29.* A primeira, aos filhos, *L. unic. ff. ord. bon. poss. vide, § 3 Inst. ex hered. liber. tit. ff. bon. poss. contr. tab. Ulp. d. tit. 29. §. 1. 2. 3. Ord. lib. 4. tit. 82.* contra as taboas do testamento. A segunda, conforme as taboas do testamento, *Ulp. d. tit. 29. §. 4 & 5. & tit. ff. bon. poss. secund. tab.* ou segundo a numcupação, no testamento numcupativo, *L. 2. Cod. bon. poss. secund. tab. Ord. lib. 4. tit. 80. §. fin.*
- 3 Quanto ao intestado, e da primeira possessão *Unde liberi § 9. & 12. Inst. hered. qualit. L. 1. § 6. ff. und. liber. Ulp. d. tit. 29. §. 6. intestati datur bonorum possessio per septem gradus & c. §. 7. unde liber. §. 8. unde cognat.* Segunda aos herdeiros legítimos, unde legítimi, geralmente, *L. 2. §. fin. & L. 3. ff. und. legitim.*
- 4 Marido, e mulher, reciprocamente, unde vir, & uxor, *ff. & Cod. und. vir & ux. Ord. lib. 4. tit. 94. Valasc. allegat. 37. n. 2. Lagun. fruct. p. 1. cap. 27. á n. 123. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 13.* na falta de parente té ao decimo grão.
- 5 Cognados do manumissor, *h §. fine §. fin. Inst. success. libert.* que no pay he emancipar, e no senhor, forrar: segundo as pessoas sujeitas.

§. 4. Sed eas quidem prætoria introduxit iurisdicção: à nobis tamen nihil incuriosum prætermisum est, sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, contra tabulas quidem & secundum tabulas bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato unde liberi & unde legítimi bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est, unde decem personæ, eam pio proposito, & compendioso sermone supervacua ostendimus. Cum enim præfata bonorum possessio

decem personas præponebat extraneo manumissori: nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit: ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat suprædicta bonorum possessio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus: & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio tanquam ex familia, & octavo unde patroni patronæque & parentes eorum utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia: sufficit eis tam contra tabulas bonorum possessio, quam unde legítimi, & unde cognati, ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluta. Aliam verò bonorum possessionem, quæ unde vir & uxor appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque bonorum possessione, quæ erat unde cognati manumissoris, propter causas enumeratas merito sublata: ut sextantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes. Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissimè enim promittitur edicto ijs etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessio-

possessionibus, quae ab intestato veniunt, neque ijs, quae ex testamento sunt, praetor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exgit) accommodavit, scilicet ijs, qui ex legibus, senatusconsultis, constitutionibusve principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt. Cum igitur plures species successio- num praetor introduxisset, easque per ordinem disposuisset: & in unaquaque specie successio- nis saepe plures existunt dispari gradu personae: ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulere- rent: ideo petendae bonorum possessione certum tempus praefinivit: Liberis itaque & parentibus, tam naturalibus, quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, caeteris (autem) adgnatis, vel cognatis, centum dedit.

Mas ainda que a jurisdicção pretoria introduzio aquellas possessões; com tudo, o nosso costumado cuidado, emendou todas estas cousas em nossas Constituições; porém, admittimos as possessões *contra tabulas* & *secundum tabulas*, como necessarias: e do mesmo modo no intestado, aquellas *unde liberi*, & *unde legitimi* mas a do quinto lugar *undem decem personae*, se mostrou superflua, porque antepunha dez pessoas ao emancipador estranho; e a nossa Constituição, sobre a emancipação dos filhos, permittio a todos os pays (manumissores) ficasse a successão salva; e a mesma emancipação tinha em si o privilegio, e fica superflua a possessão quinta: e pusemos em quinto lugar a que era sexta, *unde cognati*, por onde o Pretor chama aos proximos cognados. E como estava em settimo lugar a possessão, *tamquam ex familia*,

Tom. II.

e em oitavo, a *unde patroni*, *patroneque* & *parentes eorum*; huma, e outra se tirou por nossa Constituição, feita sobre os libertos, quasi igualando estes, á successão dos livres de seu nascimento, restringindo-os ao quinto lugar, como por differença: e a estes lhe basta a possessão *contra tabulas*, *unde legitimi*, & *unde cognati*, pelas quaes podem reivindicar, o que por Direito lhe pertencer; resoluto assim todo o erro intrincado, destas duas possessões. A outra chamada *Unde vir*, & *uxor* que estava em nono lugar, a conservamos, e a pusemos no sexto, e tiramos a decima, *unde cognati manumissoris*, por onde succedião os parentes do que dava a liberdade, pelas causas acima ditas: de modo que fiquem sómente seis possessões de bens ordinarias, com a força que cada huma tem no seu lugar. Depois das quaes se segue a settima, (especies extraordinarias) que os Pretores introduzirão com razão, (a que se pôde chamar *quibus ex legibus*, *L.unic.tit.15.lib.38. Digest.*) que he a possessão de bens por Ley, Senado consulto, ou Constituição, a qual não he contada, nem no testado, nem no intestado, antes aderao como hum soccorro, aos que por Direito novo são successores do intestado, ou por testamento. (Outras extraordinarias, *Arpr.h.t.pr.án.14.*) Como o Pretor introduzio muitas especies de successão, e as dispoz por ordem, e muitas vezes em huma, e outra especie haja pessoas em differente grão para que as acções dos credores se não demorem, e estes tenhaõ a quem convir, e para que se não metessem com facilidade de posse dos bens do defunto, e deste modo tratasem de seu proveito, limitou tempo certo á possessão, ou petição da posse dos bens, e deu aos pays, e filhos, ou naturaes, ou adoptivos, hum anno; e aos outros, ou agnados, ou cognados, cem dias.

V ij

Remiss.

Remiss.

1 Direito novo. Quanto áquellas Constituições, a que o §. se refere, no exordio, parece que não existem. Quanto á Constituição que regeita a possessão quinta, *L. fin Cod emancip. liber.* vide §. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. sol.* E quanto á que reprova a settima, e oitava possessão, he a mesma na lingua Grega §. 3. *Inst. success. libert.* de qua *Cujac. 20. obs. 34.* Quanto ao marido, e mulher, *supr. § 3. b. t. n 7. Ord. lib. 4. tit. 94.* são correlativos, *Portug. lib. 1. prelud. 2. § 6. ex n. 9 Barb. ax. 61.* Palla o §. ás especies, e extraordinario, e ultimamente ao Edicto successorio, *L. 1. ff. successor. edict.*

2 Seis sómente: duas *contra tab. & secundum tab.* testando: quatro, não testando, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir & uxor.* Ordinarias, na ordem do Edicto; as mais, extraordinarias.

3 Hum anno, ou cem dias: para pedir a possessão, *Ulp. d. tit. 29. §. 9. de possessionib. dand. ib. bonorum possessio datur parentibus, & liberis intra annum, ex quo petere poterunt; ceteris intra centum dies agnados, ou cognados.*

4 Seu proveito: o herdeiro beneficiato, faz seus os frutos, em quanto os credores não instão pelo seu pagamento, *dix. L. 1. §. 2. n. 189 ff. adq. poss. tom. 8. ubi DD.*

§. 5. *Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit: ejusdem gradus personis accrescit: vel si nullus sit, deinceps ceteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui precedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quoque tempus bonorum possessioni praefinitum excesserit expectatur: sed statim ceteri ex eodem*

edicto admittuntur. In petenda autem bonorum possessione, dies utiles singuli considerantur.

E se houver algum, que não peça a possessão dos bens dentro deste tempo; accrece, o que havia de haver, aos do mesmo grão. E se não há nenhum dahi em diante, se dá a mesma possessão de bens aos outros, que succedem pelo Edicto successorio, como se aquelle que era parente mais proximo, não fóra do numero dos successores. E se algum repudia a herança, sem esperar o tempo, logo em repudiando são admittidos a ella os outros, por virtude do mesmo Edicto. E o tempo de a pedir, he util, e não continuo, quer dizer, começa do dia da sciencia, de que a póde aceitar.

Remiss.

Accrece ás pessoas do mesmo grão, o que elle havia de haver pela possessão pedida em tempo, *L. 3. fin. & L. 4. & L. 5. ff. h. t. bon. poss. L. unic. Cod. quand. non pet. pars.* vide §. *fin. Inst. ad S. C. Orfic.* Repudiando os primeiros, logo corre o tempo aos segundos, e seguintes, *L. 1. §. 6. & 10. ff. successor. edict.*

Do tempo util, e não continuo, *dix. §. 6. Inst. interd. edict.* que aonde o he, requiere sciencia, e esteja removido todo o impedimento. Ao ignorante, impedido (da parte do A. R. Juiz) não corre, *L. 2. pr. & §. 1. ff. quis ord. bon. poss. L. 1. ff. divers. & temp. praescript. Barb. ad Ord. lib. 3. tit. 48. n. 2. & 2. Portug. lib. 2. cap. 13. n. 133. Peg. 2. for. cap. 11. pag. 919. Per. man. reg. p. 2. cap. 29. n. 8. Valasc. allegat. 58.*

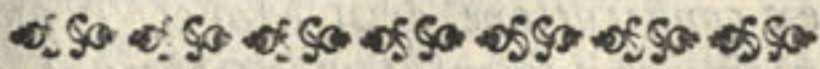
§. 6. *Sed benè anteriores principes & huic causae providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet: sed quocunque modo admittentis eam iudicium (intra statuta tamen*

Liv. 3. Tit. 11. de Acquisitione per adrogationem. pr. §. 1. 2. 157
tamen tempora) ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

Os Principes antigos, proveraõ, e bem, para naõ haver pressa empedir a possessaõ de bens; antes de qualquer modo que mostrar sua vontade, dentro dos tempos estatuidos, tenha o pleno beneficio das possessõens.

Remiss.

Do modo de pedir a possessaõ: Constantino, *L. fin. Cod. qui admitt. ad bon. poss.* Agora se pede pelo grão, segundo lhe compete, ex *Novel. 118.* e outras vocaçoens de Direito.



T I T. 11.

De Acquisitione per adrogationem.

Est & alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

Há outro genero de successaõ pelo universal, que nem he da Ley das 12. toboas, nem pelo Edicto do Pretor; mas foy introduzida por hum Direito do costume recebido. Contado no 3. lugar, §. *fin. Inst. per quas pers. cuiq. acquir. lib. 2. tit. 9.*

§. 1. *Ecce enim cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debite sunt, adrogatori antea quidem pleno jure acquirerebantur: exceptis ijs, quæ per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes, & jus agnationis. Usus etenim & usufructus, licet his antea connumerarentur,*

attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra constitutio.

Neste caso: quando o pay de familias, se dava a si em atrogaçaõ, (adopçaõ *lib. 1. tit. 11.*) ou adrogaçaõ, todas as suas cousas corporaes, e incorporaes, e quaesquer outras que lhe fossem devidas, conforme ao Direito antigo, se adquirirão plenamente para o adrogador, exceptas aquellas que pereciaõ pela diminuiçaõ da cabeça, como saõ as obrigaçoens das obras, e Direito da agnaçaõ. E ainda que antigamente o uso, e o usufruto se contava entre estas cousas, com tudo nós defendemos por nossa Constituiçaõ, se naõ perdessem pela diminuiçaõ da cabeça, *minima.*

Remiss.

Constituiçaõ, *L. pen. Cod. usufr. vide §. 3. Inst. usufr.* que se naõ perde pela minima.

§. 2. *Nunc autem nos eadem adquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo usufructus tam naturalibus parentibus quam adoptivis per filios familiarum acquiritur in ijs rebus, quæ extrinsecus filijs obveniunt, dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium (rerum) ejus ad adrogatorem pertransit: nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra, patrem in ijs, quæ acquiri non possunt, antecedant.*

Nós restringimos agora a mesma aquisição por adrogaçaõ, á semelhança dos pays naturaes; porque nenhuma outra cousa se adquire pelo filho familias para o pay natural, ou adoptivo, se naõ o usufruto, nas
cou-