

6 A doação, generica, para o matrimonio, não he *ob causam*, he liberalidade, e fica impulsiva; e quando respeita a certo, e determinado matrimonio, he *ob causam*, e causa final do matrimonio, Portug. praelud. 2. n. 72. Peg. tom 3 for d. cap. 33. n. 148. & 149. Barb. vot. 69. lib. 2. Moraes lib. 3. cap. 4. n. 6. & seqq. L. el. Atograd. lib. 1. conf. 7.

7 Privilegios do dote, antes do matrimonio, Guerr. tr. 2. lib. 7. cap. 1. constante o matrimonio, cap. 2. depois do matrimonio, cap. 3. Das doações antes, e arrhas, Ord. lib. 4. tit. 47. Guerr. d. lib. 7. cap. 7.

8 O contrato do matrimonio, he livre, e sem elle ficaõ os contrahentes por carta de ametade, Ord. lib. 4. tit. 46. Almeid. allegat 4. Maced. dec. 21. n. 4. Guerr. tr. 2. lib. 7. cap. 15.

9 e se comunica tudo o que he comunicavel, Guerr. d. tr. 2. lib. 6. cap. 1. n. 36. cap. 5. n. 1. & 38.

10 E constante o matrimonio, se não pôde mudar, por fugir á doação prohibida entre marido, e mulher, Ord. lib. 4. tit. 65. & tot. tit. ff. & Cod. donat. inter vir. & ux. dix. L. 1. §. 2.

11 num 9. & 10 ff. adq. poss. tom 8. que aliás se confirma com a morte, Ord. d. tit. 65. §. 1. d. L. 1. §. 2. n. 33. ff. adq. poss. tom 8. L. si id quod 28. §. si quis ff. donat. inter Phæb. dec. 179 n. 20. Valasc. conf. 103. n. 29. conf. 135. n. 16. Gam. dec. 118.

§. 4. Erat olim & alius modus civilis acquisitionis, per jus accrescendi, quod est tale: Si comunem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit vel vindicta, vel testamento: eo casu pars ejus amittebatur, & socio adcrecebat. Sed cum pessimum fuerat exemplo, & libertate servum defraudari, & ex ea humanioribus quidem dominis damnum inferri, servioribus autem dominis lucrum accedere: hoc quasi invidia plenum, pro remedio per nostram constitutionem

mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam & manumissor, & socius ejus, & qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur libertate cum effectu procedente (cujus favore antiquos legumlatores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est) & eo, qui eam libertatem imposuit, sua liberalitatis stabilitate gaudente: & socio indemni conservato, pretiumque servi secundum partem domini, quod nos definiimus, accipiente.

Antigamente havia outro modo de aquisição civil, pelo Direito de acrecer, que era deste modo: se o que tinha escravo commum com Titio lhe dava liberdade, ou na vida, ou no testamento, neste caso perdia a sua parte, e a crecia ao socio. Mas como era pessimo o fraudar a liberdade, e dar damno ao senhor mais humano, e lucro ao mais cruel; promovemos de remedio em nossa Constituição, achando meyo para o manumissor, e seu socio, e o que recebe a liberdade, receberem beneficio: havendo a liberdade seu effeito, (taõ favorecida pelos legisladores, contra as regras,) e o libertador gozasse da estabelidade della, e o socio conservado illesto; recebendo o preço conforme sua porção de dominio, como por nós está ordenado.

Remiss.

Constituição mencionada, de que he visto ser tirado este §. L. 1. Cod. comm servor. manum.

Favor da liberdade, a quem os antigos favorecerão, L. 24. §. si quis 10. ff. fideicom. libert. L. 20. L. 122. L. 176. §. fin. & L. 179. tom 5. dix. L. 9. eod. L. 10. §. 1. ff. man. test. am. Arouc. L. 4. n. 2. col. 2. ff. stat. hom.

Nos contratos não ha direito de acrecer, L. si mihi & Titio 110. ff. verb. oblig. L. unic. Cod. quand. non per

n. 59. Arouc. adn. L. 9. n. 46. ff. stat. hom. h. pr. Inst.

5 A herdade, ou especie dotal, dada em dote, antes do matrimonio, estimada, não he dote propriamente, mas he nome improprio de dote, d. L. unic. §. & cum Lex Julia vers. in fundo autem non aestimato qui & dotalis proprie nuncupatur Cod. rei ux. act. Joan Bapt. Schurva sent. de pign. cap. 31. num. 1. vers. dos quidem non aestimata proprie nomen dotis meretur: res autem in dotem data aestimata dos improprie appellatur.

6 Dada a cousa, ou especie, em dote, e estimada, faz venda, e passa dominio, d. L. unic. §. & cum Lex Julia vers. vel dotis quidem aestimatis, in quibus dominium & periculum mariti est Cod. rei ux. act. L. quotiens 5. Cod. jur. dot. ib. quotiens res aestimata in dotem datur, maritus dominium consecutus, summa velut pretij debitor efficitur, L. plerumque 10. vers. si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt - secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur, & fit vera venditio ff. de jur. dotium L. aestimatis 50. L. aestimatae 51. ff. solut. mat. dos quemad. pet. L. cum dotem 10. Cod. jur. dot. Carvalh. in cap. Raynald. p. 4. cap. 1. n. 194. vers. in quo tamen, de testam. Phab. dec. 120. addit. Cardoso. verb. emptio n. 66. Gam. dec. 114. & 295. Barb. d. L. 51. n. 1. Boss. de dot. cap. 16. n. 4. Joann Bapt. pign. d. cap. 31. Gom. L. 50. n. 44. Fontanel. claus. 5. glos. 8. p. 13. Menoch. lib. 3. praef. 74 Codex Fabr. de jur. dotium defn. 43. n. 1. o prazo, ou officio dado em dote, estimado, faz preço, e se confere, Carvalh. de testam. d. p. 4. cap. 1. n. 194. vers. in quo tamen ubi DD. Gam. dec. 114. da materia Barb. d. L. 51. ff. solut. Boss. dote d. cap. 16. a n. 33. Joan. Bap. pign. d. cap. 31. Arpr. h. pr. a cousa dada em pagamento, datio in solutum, faz venda, Reinos. obs. 34. Barb. ad Ord. lib. 4. tit. Tom. 1.

12. n. 7. Boss. dot. cap. 8. n. 70. & cap. 16. Castilh. lib. 4. cap. 59. n. 49. & 50.

As cousas moveis vindas no dote, se podem executar, como estimadas, Joan. Bapt. pign. d. cap. 31. n. 23. ib. at in dotales res aestimatas, praesertim mobiles, vel semoventes, res judicata executioni mandari potest: sunt enim haec res in patrimonio mariti, proinde ejus creditori cedunt. Arnald. Vin. in not. pr. Inst. quib. alien. licet vel non ib. nam aestimati in dotem dati, alienatio marito permissa est, L. 10. §. 4. ff. jur. dot. L. 5. L. 10. Cod. eod. sicut & rei mobiles L. 3. Cod. jur. dot. L. 3. §. 2. ff. suis & legit. haered. auth. sive a me Cod. ad S. C. Velleian. Cyprian. Regner. disp. pr. Inst. quib. alien. licet ib. queritur an maritus rerum dotalium dominus sit? Distinguendum arbitror, ut omnes rei mobiles, quae servando servari nequeunt, sive aestimatae, sive inaeestimatae, alienare queat L. res in dotem 42. ff. jur. dot. argum. L. 22. Cod. admin. tut. si vero aestimatae, etiam immobiles jure alienare potest, L. 10. §. 4. ff. jur. dot. L. 5. Cod. eod. juncta, L. cum potest 69. §. 7. fin. ff. de jur. dot. L. 11. ff. fund. dotal. Vvilhelm. Luduvel. Inst. lib. 2. exercit. 6. Thes. 12. pag. 123. ib. res mobiles autem sive servando servari possint, sive non, recte maritus alienat, argum. princ. Inst. quib. alien. licet ubi rerum immobilium tantum (hic) fit mentio: quod autem in uno prohibetur, in reliquis concessum intelligitur L. 12. ubi glos. ff. de judic. (Barb. ax. 196. n. 20.) Petr. Barb. in d. L. aestimatis 51. & aestimatis 50. ff. solut. n. 34. ib. plane in rebus mobilibus dotalibus alienandis nulla reperitur lex, quae prohibeat earum alienationem, ut colligitur in L. fin. Cod. serv. pign. dat. Azor in summ. Cod. fund. dotal. fin. glos. pr. Inst. quib. alien. licet - Novelo de dote p. 7. special. 1. n. 1.

- 10 A estimação foy inventada em favor da mulher, e facilitar o matrimonio, a causa da deterioração, *ut latiss. L. plerumque 10. ff. jur. dotium* e consiste no preço, *Fontanel. claus. 5. glos. 8. p. 13. n. 9.* e a este respeito as cousas dotaes, que consistem em conta, pezo, e medida, passão ao marido, e as pôde distribuir a seu arbitrio, *L. res in dotem 42. ff. jur. dot. Arpr h pr. Inst. n. 23.* e
- 11 desta natureza são, as que se podem consumir com o uso, ainda não estimadas, *Fontanel. supr. num. 4. Joan. Bapt. pign. cap. 31. n. 5. Boss. dote d. cap. 16. n. 29.*
- 12 O marido, he senhor dos frutos, *L. dotis fructus 7. ff. iur. dot. L. pro oneribus matrimonij Cod. jur. dot. L. si convenerit 4. Cod. pact. dotal. cap. salubriter de usur. Barb. ad rubr. p. 4. n. 12. ff. solut. Joan. Bapt. pign. cap. 25. n. 8. ex nostris, Pona cap. 4. n. 38.* e como seus, pôde dispor delles, satisfeitos os encargos do matrimonio, *Guerr. tr. 2 lib. 7. cap. 11. n. 44 & 45.* e por isso não obstante a *Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4.* pagando o marido pelos frutos adivida propria, anterior ao Matrimonio, senão dá á mulher, ou herdeiro, outro tanto no juizo divisorio; e assim o vi julgar, ainda que por vencimento de tençoens, em razão de ser senhor dos frutos, & *probat Pona cap. 4. d. n. 38.* o que não he assim na mulher, *Per. dec. 50. & 58. & 86. Pona d. cap. 4. n. 39.*
- 13 O que tinha dividas, quando entrou para o conforcio, não communica, na sua concurrente quantia, e *deducto are alieno*, e se paga primeiro pelos bens do devedor, *Peg. maior. cap. 6. sub n. 51. pag. 385. vers. secundus Peg. 3. for. cap. 35. ex num. 530. pag. 575. & 576. Guerr. tr. 2. lib. 6. cap. 4. á n. 34. Pona Transmontan. d. cap. 4. n. 15. & 36.*
- 14 A mulher, não paga a divida com que entrou no conforcio, constante o matrimonio, pelos bens adquiridos, e o marido he legitimo terceiro senhor, e possuidor contra a penhora, nem se attende a estes, sem se findar a sociedade legal, *Per. dec. 50. n. 6. & 9. dec. 86. num. 5. Per. prompt. verb. matrimonium n. 1232. Pona d. cap. 4. n. 40. Guerr. tr. 2. lib. 6. cap. 4. n. 37.* e obtive
- Neste Reyno, na falta de contrato, he o casamento por carta de ametade, *Ord. lib. 4. tit. 46. & tit. 95. §. 4. & tit. 69. & 95. §. 1.* em que ha plena liberdade, *Ord. d. tit. 46. pr.* antes do matrimonio, e não depois, por fugir á doação prohibida entre marido, e mulher; ainda dos bens de raiz communicados, não pôde o marido fazer alienação, sem consentimento de sua mulher, *Ord. lib. 4. tit. 48.* nem ainda litigar sem outorga da mulher, *Ord. lib. 3. tit. 47. tit. 63. §. 1. tit. 87. §. 1.* e desta nullidade, *Glz. d. tit. 63. §. 1. & seqq. & tit. 41. §. 8. n. 49. Moraes lib. 6. cap. 1. ex n. 35.*
- A nullidade simples, e nuda, não se attende, neste Reyno, e se julga pela verdade sabida, *Peg. for. cap. 2. á n. 28. & n. 35. Ord. lib. 3. tit. 63. pr. vers. pela verdade sabida Gonçal d. tit. 63. §. 4. n. 5.* optima praxe *Luzitania, Hontalb. jur. superv. quest. 3. n. 108. & n. 105.* ainda que seja pro defeito da citação, (e se pratica) *Barb. ad Ord. lib. 3. tit. 75. pr. n. 2. & 3. Valasc. allegat. 24. n. 4. Mend. p. 2 lib. 3. cap. 21. n. 111. Valasc. conf. 65. n. fin. de part. cap. 39. n. 72. Gam. dec. 314 & 237. n. pen. fin. Vant. nullit. tit. 14. qualiter sent. nulla n. 118. Altim. nullit. sent. rubr. 5. quest. 50. á n. 67. & rubr. 12. quest. 240. n. 34.* salvo se esta nullidade vier revestida, e fomentada com materia relevante, se ouvida fora, *DD. supr. Mend. Thom. Valasc. & Altim. Barb. vot. 51. n. 17. Guerr. recus. lib. 5. cap. 7 n. 39. & 40.*
- Não tira a acção da evicção, o dizer, nudamente, que não fora chamado para a authoria, como requer a *Ord.*

- a Ord. lib. 3. tit. 45. §. 2. se não tinha que allegar, se chamado fora, Peg. 3. for. cap. 34. á n. 84. Barb. in L. post perfectam n. 40. Cod. peric. & comm. rei vend. Fontanel. claus. 5. glos. 8. p. 14. n. 74. Gusm. evict. quest. 4. á n. 83. Altim. rubr. 12. quest. 24. á n. 37. Card. de Luc. de dot. disc. 4. n. 1. Hontalb. quest. 11. n. 111. Rocca select. cap. 101. n. 15.
- 27 A nullidade, póde ser renunciada por aquelle a cujo favor veyo, glos. recepta verb. nullam L. & eleganter ff. de dolo per DD. Phæb. dec. 24. n. 4. pr. e ainda que a Ley não póde ser abrogada pelas partes, de modo que não possaõ usar della, querendo, Reinos. obs. 74. n. 9. Moraes lib. 5. cap. 5. n. 20 & 21. Ord. lib. 4. tit. 13. §. 9. a cada hum he livre renunciar, no effeito, seu proprio direito, e fica sem regresso, L. pen. Cod. de pact. L. si quis in conscribendo Cod. Episc. & Cleric. Barb. ax. 135. n. 13. & 12. Rocca select. cap. 194. n. 9. & 10.
- 30 E a nullidade só a póde allegar aquelle a cujo favor veyo, e foy introduzida, Ord. lib. 1. tit. 62. §. 7. lib. 4. tit. 38. §. 1. Phæb. dec. 24. n. 5. Peg. for. cap. 9. n. 32. & possessor. n. 613. Moraes lib. 5. cap. 5. n. 21. vers. qua ratione Grat. cap. 27. n. 4. cap. 153. n. 9. cap. 202. n. 25. cap. 511. n. 6.
- 31 & ib. Ant. Car. de Luc. e recebido he, que a nullidade introduzida em favor de alguem, não opera, se não oppondo, e querendo esse usar della, Phæb. dec. 24. n. 4. Moraes lib. 5. cap. 5. n. 21. vers. secus Cald. potest. cap. 10. n. 7. Grat. cap. 27. n. 39. Mant. tacit. lib. 3. tit. 16. n. 12. Salgad. labir. p. 1. cap. fin. n. 41. cap. 24. n. 60. & 66. Hontalb. jur. super v. quest. 2. ex n. 33.
- 32 Nem se dá beneficio contra a vontade, L. 69. L. 156. §. 4. tom. 5. posto que passe outra cousa na causa publica: o contrato nullo, he contrato, no favor, em quanto se não annulla, Plot. de in lit. jur. §. 6. n. 47.

e o prazo bem vinculado, em quanto o Directo não oppoem, Peg. for. cap. 9. n. 32. & maior. poss. á n. 613.

A doutrina da L. loci corpus §. 34 competit ff. si servit. vendic. de que se póde allegar o direito de terceiro, se for exclusivo do agente, ut Portug. prælud. 2. num. 82. & possim DD. não procede quando não ex- 35 clue a intenção, sem vontade desse terceiro; porque em tal caso, nem se póde oppor, nem opera sem o terceiro querer, L. 2. ff. si ager ve-ctig. vel emphyt. pet. cum Bart. & aliis Portug. prælud. 2. n. 88. Cabed. dec. 63. p. 1. n. 6. Peg. maior. cap. 6. n. 436. pag. 485. Altim. quest. 38. num. 138. Cancer. 2. var. cap. 16. ad fin. & n. 131. Hontalb. tom. 2. quest. 14. n. 45. adn. 140.

§. 1. Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, quia ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores te merè suarum rerum dominium amittere viderentur: nostra constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utrique parti, creditorum & debitorum, satis abundè provisum est.

Pelo contrario, o credor, sem ser senhor, póde alienar o penhor, por força do contrato; isto he, pela vontade do devedor, e em razão do paccionado, de que pudesse vender, se lhe não pagasse. Mas para que nem os credores tivessem impedimento em proseguirem seu Direito, nem os devedores perdessem temerariamente o dominio das suas cousas, impusémos em nossa Consti-

tituição hum certo modo, pelo qual se póde proceder á alienação do penhor, e sua distração; no theor da qual está abundantemente provido, em favor do credor, e do devedor.

Remiss.

- 1 O credor, alheya sem ser senhor, *ut h. §.* O penhor, não he do credor, e fica nos bens do devedor, *L. pignus 11. Cod. pign. act. L. 9. Cod. eod. tit. pacto do devedor, L. si convenit 4. ff. pign. act. Doenh. regul. 166. Bart. in d. L. 4. Pinel. L. 2. p. 2. á n. 4. Cod. rescind. Menoch. arbitr. cas. 220. n. 31.* e he visto alienar o devedor mandante, *L. mandat 56. ff. de solut. & liber.*
- 2 Não he novo, que o que não tem dominio, o possa transferir em outro, como o credor vendendo o penhor, que transfere o que não tinha, *L. non est novum 46. ff. acq. rer. dom. tom. 8. & in L. id quod 11. tom. 5.*
- 3 O mesmo acontece na posse, e transferila o que a não tem, *L. interdum 21. ff. adq. poss. tom. 8. L. 6. vers. Julianus & L. fin. ff. de precar.*
- 4 mas tambem resulta do consentimento, *L. qua ratione 9. §. interdum ff. acq. rer. dom. d. L. interdum 21. ff. adq. poss. tom. 8. §. 44. Inst. de rer. divis. tom. 1.*
- 5 Na falta de convenção, é pacto, a Constituição, *L. fin. Cod. jur. dom. impetrand.* para nós a *Ord. lib. 4. tit. 56.* que tem o primeiro lugar, *vide, lib. 8. Cod. tit. 35. de pact. pign. & leg. comiss.*
- 6 Se o credor recorrer ao Juiz, este não póde tomar conhecimento sem ouvir a parte devedora, e ficará remittido o pacto, (antes o notificará para que rima em dez dias;) porque o que recorre ao Juiz, tendo contrato que lhe faculte executar por si v.g. tomar a posse, perde essa faculdade, em razão de que o Juiz deve de ouvir a parte adversa,

Cald. for. quest. 8. & de empt. cap. 25. n. 57. Moraes lib. 1. cap. 3. n. 48. vers. & sic á possessione & n. 50. & cap. 4. §. 3. Posth. dec. 26. á num. 9. 10. & 11. Subbast. inspect. 11. n. 71. Altim. null. sent.ubr. 12. quest. 22. á n. 68.

§. 2. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis, ideoque vindicari nummi possunt, sicubi extaret. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumpti sunt: condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest. At ex contrario, omnes res pupillo & pupillae sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est bebitori tutoris auctoritas, alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Casarienses advocatos ex suggestione Triboniani viri eminentissimi, quaestoris sacri palatii nostri, promulgavimus: qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarum solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata, hoc permittat, quo subsequente, si & iudex pronunciarit, & debitor solverit: sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, & adhuc eandem pecuniae summam petat: per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si malé consumpserit, aut furto, (aut vi) amiserit: nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur: quia temeré sine tutoris auctoritate, & non

secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso, pupilli vel pupillae solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id, quod solvunt, non fit accipientis: quum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

Agora se adverte, que nem o pupillo, ou pupilla póde alienar cousa sua, sem authoridade do tutor: e por isso se emprestar dinheiro sem auctoridade, não contrahe obrigação; porque não fica do que o recebe, e póde ser pedido, e reivindicado ao que o tiver: mas se o tomador delle o tiver gasto de boa fé, se póde cobrar pela acção *conditicia*, e se de má fé, pela acção *ad exhibendum*. Pelo contrario, todas as cousas pódem ser dadas ao pupillo, ou pupilla, sem authoridade do tutor: e por tanto, se o devedor pagar ao pupillo, he necessaria a authoridade do tutor, nem de outro modo fica livre da obrigação. E por isto publicámos, com razão, huma Constituição aos Advogados Cesarienses por parecer do grande Triboniano, na qual está disposto, que de tal modo seja licito ao devedor o pagar ao tutor do pupillo, ou curador, que proceda faculdade judicial, sem despeza, e então fique livre; e se pagar por outro modo, e o pupillo não tiver gasto o dinheiro, ou estiver mais utilizado por elle, e ainda assim se pedir, o poderá o solvente repellir pela exceção *do mão engano*: e se o pupillo o tiver mal gasto, ou lhe for roubado, ou tirado por força, não aproveitará ao devedor a exceção *do mão engano*, e será condemnado; porque pagou temerariamente, e sem authoridade, e não conforme á nossa Constituição. Pelo contrario, o pupillo, ou pupilla, não póde pagar sem authoridade do tutor; porque o que pagão não fica do que o recebeu, por essa alie-

nação ser nulla, sem authoridade do tutor.

Remiss.

Fala este §. do menor de 14. annos, e da menor de 12. e que não podem alienar sem authoridade do tutor, *ut pr. Inst. auct. tut. tom. 1. §. pupillus 9. Inst. inutil. stip. tom. 3. L. in negociis 5. tom. 5. L. pupillus 11. ff. acq. rer. dom. tom. 8. L. quanvis 32. ff. adq. poss. tom. 8. L. 9. ff. auct. tut.*

Passando do genero á especie, exemplifica no mutuo, que he especie de alienação, *L. 2. §. 2. L. 16. L. pen. ff. reb. credit. d. L. 9. ff. auct. tut. pr. Inst. auct. tut. pr. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* porque todo o acto, pelo qual se transfere dominio, ainda o util, e proveitoso, he alienação, *L. 1. Cod. fund. dotal. Extravag. Ambitiosæ de reb. eccles. non alien. & ibi Aug. Barb. Ord. lib. 3. tit. 47. pr. lib. 4. tit. 48. §. 2. Moraes lib. 6. cap. 7. n. 9.* e a quantidade, dada para usar della, transfere dominio, *L. ubi 74. ff. verb. oblig. convem, L. 167. tom. 5. Ant. Matheu de obligat. disp. 8. n. 6. & pr. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. Moraes lib. 2. cap. 12. n. 69. cap. 7. n. 21.*

Se emprestar dinheiro, sem authoridade, póde ser pedido, e reivindicado a quaiquer que o tiver, *L. 11. §. fin. ff. reb. credit.* Consumpto em boa fé, concilia o mutuo, e produz acção *conditicia*, *L. 19. §. 1. ff. reb. credit. L. 2. §. pen. L. nam & si 13. §. 1. ff. eod. L. si quis pro eo 56. §. numos ff. fidejuss. L. si ita 126. §. super est ff. verb. oblig. Ant. Matheu oblig. disp. 8. d. n. 6.* (Da *conditicia* pessoal, §. *appellamus* 15. *Inst. act. tom. 4.*) E gasto com boa fé, pela acção *ad exhibendum*; porque se reputa possuidor, o que deixa de possuir, *L. quod si dolo 22. ff. reivind. L. qui dolo 131. L. 150. 157. §. 1. tom. 5. cap. pro possessore 36. tom. 7. Peg. for. cap. 24. num. 31.* e o affectado, não se apro-

- aproveita, antes prejudica, *Aronc. adn. L. 1. §. 1. ex n. 20. & seqq. ff. just. & jur. Ord. lib. 4. tit. 61. §. 3.*
- 9 Para adquirir, não necessita de authoridade do Tutor; porque pôde melhorar a sua condição, *pr. Inst. auct. tut. tom. 1. §. 9. Inst. inutil. stip. tom. 3. L. 11. ff. acq. rer. dom. tom. 8. L. 32. ff. adq. poss. tom. 8. Guerr. tr. 3. lib. 6. cap. 6. n. 18. & 37. L. 22. ff. de solut.* mas se algum pagar ao pupillo, he necessaria a authoridade do Tutor; porque se pudesse desobrigar ao devedor alienava, e extinguiu a obrigação, e acção, *L. pupillo solvi 15. ff. solut. & liber. L. filiusfam. 22. ff. eod. pr. Inst. quib. mod. toll. oblig. nem se livra, se não pagando ao pupillo com authoridade do Tutor, ou a este, L. Lucius 46. §. tutela ff. admin. tut. Guerr. tr. 2. lib. 6. cap. 22. n. 18. & 29.* porém, se pagar ao pupillo obrigado do Juiz, paga bem, *dix. cap. quod quis 24. tom. 7. Guerr. d. lib. 6. cap. 22. n. 24.*
- 13 nem com a authoridade judicial podia ficar decepto; *dix. d. cap. 24. tom. 7. & L. 167. §. 1. tom. 5.*
- 14 A Constituição *h. §.* está na *L. sancimus 25. Cod. admin. tut.* e augmenta, a que deve preceder authoridade do Juiz, e fica bellissima esta resolução, *ut h. §. Guerr. d. tr. 2. lib. 6. cap. 22. n. 30. cum d. L. sancimus 25. Cod. & alij & L. 27.* e traz algumas exceções.
- 15 He visto que aquelles Advogados Cesarientes a supplicação, e que Triboniano persuadio a resolução: e sendo na forma da Constituição, cessa a restituição, que não exclue a authoridade do tutor, ou curador, *tit. Cod. si tut. vel curat. integr. Guerr. d. cap. 22. num. 21.* porém, o contrario, e bem, *n. 19. & 20.* porque dá fiança.
- 16 *Pecuniam autem salvam - aut ex ea locupletior:* se o dinheiro estiver salvo no pupillo, ou por elle locupletado, a exceção do máo engano, contra o novo petitorio,

*ut h. §. L. pupillo solvi 15. ff. de solut. & liber. L. si pupilli debitor. 66. ff. eod. L. 4. §. 4. ff. doli mal. except. L. 14. ff. condit. indeb. L. 57. tom. 5. cap. 83. tom. 7. Guerr. tr. 3. lib. 6. cap. 11. n. 9 cap. 48. tom. 7. L. 206. tom. 5. e o pupillo, (e todos) devem de não usar de direito com dolo, em damno alheyo, *L. pen. fin. ff. reb. cor.* e esta exceção nasce da equidade, *L. qui equitate ff. dol. mal. except.* Quando se entende mais rico, e a que tempo se deva attender, *L. in pupillo 47. pr. & §. 5. ff. solut. & liber. d. L. 4. ff. except. dol. mal.**

Solução, he especie de alienação, *d. L. 9. §. 2. ff. auct. tut. L. pen. ff. reb. credit.* e assim o pupillo que paga, não se livra, e nasce a mesma condição, que no mutuo feito pelo pupillo, e consumpto, *d. L. 19. §. 1. ff. reb. credit. d. L. 9. §. 2. ff. auct. tut. L. quod si forte 14. fin. vers. sed si dederit numos, non fient accipientis ff. solut. & liber.* Os bens de raiz, nem com authoridade do Juiz, se podem alienar, *Ord. lib. 1. tit. 88. §. 26. ubi Barb. & Peg. Ord. lib. 3. tit. 42. ubi glosator.* Da authoridade judicial, generica, e que com ella nenhum deve ficar decepto, *Vallasc. allegat. 67. n. 31. Maced. dec. 71. Leit. tr. 2. quæst. 3. n. 8. & quæst. 8. n. 10. Themud. dec. 72. n. 9. Moraes lib. 6. cap. 13. n. 7. dix. L. 176. §. 1. tom. 5. cap. 27. tom. 7. Farinac. cons. 45. n. 49. cons. 59. n. 16.*

T I T. 9.

Per quas personas cuique acquiritur.

Acquiritur vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate, habetis: (item per servos, in quibus usumfructum habe-

habetis: (item per homines liberos, & per servos alienos quos bona fide possidetis, de quibus singulis diligentius dispiciamus.

Naõ só se adquiriré para vós, por vós mesmos, mas pelos que tendes no vosso poder; e tambem pelos escravos, em que tendes o usufruto; e por homens livres, e escravos alheios, que possuis de boa fé, de que se dirá separadamente.

Remiss.

1 TUDO o que se adquirir, ou he dominio, ou he posse, ou he abrigaçãõ: do dominio, e posse *h. t.* da obrigaçãõ, *tit. Inst. per quas pers. nobis.* O dominio das coufas, começa pela posse, *L. 1. ff. adq. poss. tom. 8.*

2 Este princ. se confirma, e parece copia, *ex L. acquiritur 10. pr. & §. igitur 1. & §. de his autem servis 2. ff. acq. rer. dom. tom. 8. pag. 151. & 159. & L. 1. §. 1. §. 3. & 4 ff. adq. poss. tom. 8. pag. 6. 20. & 23. & L. 49 ff. eod. pag. 103. L. neque 8. Cod. usufr. tit. Inst. per quas pers. nob. acquir. L. filiusfam. 93. tom. 5.*

3 Naõ diz, *intextu*, em dominio, mas em poder, no que comprehende ao filho familias, e escravo; e pela boa fé, senaõ requiere sujeiçãõ verdadeira, basta a sua boa opiniaõ, *vide, tit. 7. tom. 4.*

§. 1. *Igitur liberi nostri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus pecuniis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum adquisitum esset, alij filio, vel extraneo donare, vel vendere, vel quocunque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est:*

& generali constitutione emissa, & liberis pepercimus, & patribus honorem debitum reservavimus. Sanctum etenim à nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti adquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filius familias adquisivit: huius usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne quod ei suis laboribus, vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.

Porisso os vossos filhos de hum; e outro sexo, que tendes no poder, antigamente tudo o que adquiriaõ, excepto pela guerra, e peculio castrense, era para seus pays, e o podiaõ alienar como quizessem. O que nos pareceo coufa inhumana, e publicando Constituiçãõ geral, mandámos, favorecendo os filhos, e salvando a devida honra dos pays, que se adquirisse alguma coufa pelos bens do pay, isto seja adquirido para este, conforme a observancia antiga, por se naõ dever ter em mal, torne para o pay o que sahio dos seus rendimentos: e o que o filho familias por outra causa adquirir, seja o usufruto para seu pay, e o dominio, e propriedade fique no filho; para que naõ chore o passar a outrem, o adquirido pelo seu trabalho, e fortuna.

Remiss.

Por Direito antigo, tudo o que o filho familias adquiria, era para seu pay, plenamente, e sem distincãõ, excepto os bens castrenses, *L. placet 79. ff. acquir. hered. L. ex nota 10. ff. cast. pecul. L. 2. ff. ad S. C. Macedon. L. filius 93. tom. 5.* a exemplo, o quasi castrensi, *§. fin. Inst. milit.*

milit. testam. extensivo aos soldados veteranos, *pr. Inst. quib. non est permiss. fac. testam.*

2 *Quidquid ad eos pervenerat*: sem distincção; quer dizer de *peculio profecticio*, e *adventicio*, nem entre usufruto, e propriedade: dos quaes *peculios*, *Mend. in L. cum oportet 6 Cod. bon. quæ liber*: p. 1. de *bon. profectitiis*: p. 2. de *bon. adventitiis*: p. 3. de *bon. castrensibus*: p. 4. de *bon. quasi castrensibus* *Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 12. n. 2. 3. 4. 5. & 6. Portug. lib. 3. cap. 23. & 24.*

3 A Constituição geral que favorece aos filhos, *L. cum oportet 6. Cod. bon. quæ liber. & ibi Mend. coment. Pinel. L. 1. p. 1. a n. 31. Cod. bon. matern. Ord. lib. 4. tit. 97. pr. §. 16. 17. 18. & 19. & per tot. Mend. p. 1. d. L. 6. n. 22.* (em que havia tres sentenças, *n. 19. 20. & 21.*) *Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 12. n. 8. Valasc. cap. 13. n. 10. Gom. L. 29. n. 24. vide, L. 1. & 2. Cod. bon. matern. L. 1. & 4. Cod. bon. quæ liber.*

4 *Profectitio*: da substancia, e patrimonio do pay, *d. L. cum oportet 6. Cod. bon. quæ liber. Mend. in d. L. 6. pr. n. 6. Guerr. d. lib. 2. cap. 12. n. 3. Portug. d. cap. 23. Valasc. d. cap. 13.*

5 *n. 1.* mas se procede o mesmo no que o filho adquirio por contemplação de seu pay, *argum. L. 21. & seqq. ff. usufr. L. 10 §. 6. ff. vulg. & pupil. subst. affirma, Mend. n. 6. ubi DD.*

6 *pag. 54.* O mesmo no legado por contemplação do pay, *Grat. cap. 663. n. 10. & 13. vide, Giurb. obs. 6. Guerr. d. cap. 12. n. 9.* em que milita diversa razão.

7 *Adventicio*: o que não provem da substancia, ou patrimonio do pay, *Mend. coment. d. L. 6. num. 73. Guerr. d. cap. 12. n. 4. Valasc. d. cap.*

8 *13. n. 1. Ord. lib. 4. tit. 97. §. 19.* e neste, de que he tirado o nosso §. *ex d. L. 6. Cod.* tem o pay o usufruto, e o filho o dominio, *d. L. 6. Cod. Mend. p. 2. d. L. 6. n. 73. Ord. d. §. 19. & tit. 98. L. fin. Cod. bon. quæ liber.*

auth. excipitur & duab. seqq. Cod. eod. Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 3. ex n. 8. usq. 17. se os pays tiverem necessidade, não só os frutos, mas dos mesmos bns devem ser alimentados, *tot. tit. ff. agnoscend. & alend. liber. vide, Ord. lib. 4. tit. 101.*

Calos em que o pay não terá o usufruto: como sendo-lhe deixada, ou doada a cousa com essa condição, e cautela, *Ord. lib. 4. tit. 98. §. 1. auth. excipitur Cod. bon. quæ liber. in d. L. 6. Cod. Arouc. adn. L. libertas 4 §. servitus 1. n. 14. vers. in filiofam. ff. de stat. hom. Arouc. L. patre furioso 8. §. 1. n. 9. ff. his qui sunt sui vel alien. jur. Giurb. ad stat. cap. 7. glos. 3. n. 20.* E do Religioso, e escravo em que passa pelo contrario, salvo se for para alimentos, e livros, *Arouc. d. d. 4. §. 1. n. 14. vers. sed in Monacho & vers. nisi ponas pro alimentis & ibi Cald. ff. de stat. hom. Giurb. d. cap. 7. glos. 3. n. 24.* E o escravo, he capaz do mero facto, §. *Sed cum factum 2. Inst. stipul. serv. L. stipulatio ista §. hi qui ff. verb. oblig. Arouc. d. L. libertas 4. §. 1. n. 13. ff. stat. hom.* e por premissão, e ciencia, do senhor, póde ter alguma cousa, *Arouc. d. L. 4. n. 14. L. 4. ff. munumissioib.*

Quando o pay não tem o usufruto nos bens do filho, não he seu legitimo administrador, e não será citado, nem convindo, *Ubert. de citat. cap. 14. n. 308. cum h. §. 1. L. 1. Cod. castr. pecul. lib. 12. L. 1. & tot. tit. ff. castr. pecul. L. advocatus Cod. advoc. divers. judic. L. cum oportet & ibi Bart. Cod. bon. quæ liber. dix. pr. Inst. usufr. h. tom. 1.*

Todo o fundamento porque o pay tem o usufruto no adventicio, he por causa do patrio poder, *ut h. §. Ord. lib. 4. tit. 97. §. 19. & tit. 98. §. fin. Arouc. d. L. 8. §. 1. n. 1. ff. his qui sunt sui Castilh. usufr. cap. 3. n. 8. African. patr. pot. effect. 12. L. 48. Taur. n. 5. Fontanel. claus. 4. glos. 7. p. 3. n. 11. 29. & 42. Giurb. ad stat. cap. 7. glos. 3. n. 1. Pinel. L. 1. Cod. bon. matern.*

16 tern.p.2. n.1. exceptos os calos em que o filho tem o usufructo, Ord. lib.4. tit.98. Arouc.d.L.patre furioso §.n.1. ff. his qui sunt sui L. 6. Cod. bon. quæ liber.

17 Igualdade dos bens Castrenses, e quasi castrenses, Ord. lib.4. tit.81. §.3. & tit.83. §.1. tit.97. §.18. Guerr. tr.2. lib.3. cap.5. á n.64.

§. 2. Hoc quoque á nobis dispositum est, & in ea especie, ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere (si voluerat) licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quoadammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat, ut filius rerum suarum ex hac emancipatione dominio pro parte (tertia) defraudaretur, & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod sui juris effectus esset, hoc per rerum diminutionem decresceret. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominij, quam retinere poterat, dimidiam non dominij rerum, sed ususfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.

Tambem dispuzémos do caso específico, quando o pay emancipou seu filho, no qual, pelas Constituições antigas, podia reter a terça parte do que o filho adquirisse, como em paga da emancipação: e por ser alheyo da razaõ, que o filho perdesse aquella terça parte do dominio das suas cousas, e que o augmento de ficar o filho de seu direito produzisse diminuição; e por isso dispuzémos que em lugar da terça parte, retenha ametade do usufruto, e assim fiquem as cousas do filho salvas a este, e o pay goze mais proveito na meação do usufruto.

Tom. I.

Remiss.

Este §. he composto da L. cum oportet 6. §. cum autem constanti Cod. bon. quæ liber. Constituições antigas, L.1. L.2. Cod. bon. matern. que são de Constantino, d. §. cum autem ametade do usufruto, Guerr. tract.3. lib.2. cap.6. n.18.

A emancipação, faz adquirir para si, e ao filho de seu pleno poder, L.1. ff. si á patr. manum L.93. tom.5. Ord. lib.4. tit.97. §. 19. ubi Barb. Guerr.d.cap.6. n.22. a que não pôde contranger o pay, nem pelo contrario, Guerr. n.2. & 4. em alguns calos, fim, Guerr. num. 6. Arouc. L. fin ff his qui sunt sui. o pay tem o usufruto por força do patrio poder, ut §.1. n.15 Ord. lib.4. tit.98. §. fin. & tit.97. §. 19. Arouc. L. patre furioso §.§.1. n.1. ff. his qui sunt sui.

§. 3. Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione manciscuntur: siue quid stipulentur, siue ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa adquirant. Hoc enim vobis ignorantibus & invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit, non aliàs nisi vestro jussu, hereditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit: vobis hereditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur: sed etiam possessio. Cujuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio, vel longi temporis possessio vobis accedit.

Tambem adquiris pelos vossos escravos, o que alcançaraõ por entre-

Y

ga,

ga, estipulação, doação, legado, ou por outra qualquer causa, ainda que o não saibais; porque o escravo como está no dominio de outro, não pôde ter proprio. Mas se for instituido herdeiro, não pôde aceitar a herança sem vosso consentimento, e com este adquire para vós, como se vós fosseis o instituido. O mesmo he a respeito do legado. Não só adquiriz a propriedade da coisa, pelos que tendes em vosso dominio, mas a posse; por ser visto que possuis, o de que elles tomaraõ posse; e por isso mesmo vos aproveita a sua usucapiaõ, e posse de longo tempo.

Remiss.

- 1 Este §. da aquisição pelos escravos, he composto, ou descripta da *L. adquiritur 10 ff. acq. rer. dom. tom 8. L. 1. §. item adquirimus 3. ff. adq. vel amit. poss. tom. 8. L. 93. tom 5.*
- 2 Adquire pela estipulação para o senhor, *L. ea quæ 53. ff. acq. rer. dom. tom 8 tit. Inst. de stipulat. servor. & tit. Inst. per quas pers nob. adq.* Ainda contra vontade, ou ignorando, *L. etiam in vitis nobis 32. ff. acq. rer. dom tom 8. L. 1. § 3. ff. adq. poss. tom 8. § 1. & 2. Inst. hered. instit. tom 2. L. servus vetante domino 62. ff. verb oblig. L. 46 ff. de jur. dot. Arouc. adn. L. 4. §. 1. n. 10 ff. de stat. hom.*
- 3 Nem pôde reter coisa propria, hum momento, *ut h. § d L 10. §. igitur ff. acq. rer. dom. L. pater 182. vers. quemadmodum nec bona tom. 6. pag. 101. & hoc §. Arouc. adn. L. libertas 4. §. 1. n. 10 ff. de stat. hom. dix. pr. Inst. de jur pers. tom. 1.*
- 4 Consentimento do senhor, na herança, *d. L. 10. §. 1. ff. acq. rer. dom tom. 8. §. 1. & 2. Inst. hered. instit. tom. 2. L. si quis mihi bona 25 ff. acq. hered.*
- 5 porque pôde ser damnosa, por comprehensãõ, *L. hereditatis 119. vers. continet etiam damnosam hæ-*

reditatem tom. 6. e o legado não traz 7
damno como pôde trazer a herança, *L. si hereditatem 32. ff. mandat.*

Se o escravo estipula facto, como licença para ir pela herdade, não he para o senhor, fica no aceitante, §. 2. *Inst. stipul. serv. tom. 3. L. qui hæredi 44. vers. quia quæ facti sunt non transeunt ad dominum ff. condit. & demonstr. Arouc. L. 4. §. 1. n. 13. ff. stat. hom. & ibi jura supr. §. 1. n. 12. Inst. h. t.* mas ainda que a posse he mero facto, *L. denique 19. ff. ex quib. caus. maior. L. 1. §. 2. ff. adq. possess. tom. 8.* tambem he parte do dominio, *L. possessio 49. & ibi. Beima ff. adq. poss. tom 8. L. possessionem 29 ff. eod. L. denique 19. ff. ex quib. caus. e fica no senhor, & h. §. 3.* E he especial adquirir a posse com ignorancia, ou contra vontade, porque nos mais requiere sciencia, *L. 1. §. 3. n. 5. & seqq. & §. per procuratorem L. 3. §. 12. L. 44. §. quæsitum L. 49. §. & si ff. adq. poss. tom. 8.* aonde se mostra a razãõ de differença.

Nas cousas peculiares, ignorando se, usocape, de outro modo a posse ignorada, como do procurador, não aproveita, *L. 1. Cod. acquir. poss. tom. 8. pag. 109. L. 37. ff. usucap. vide, L. 2. ff. profolut. com ciencia superveniente.*

§. 4. *De ijs autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis adquirant, id vobis adjiciatur: quod verò extra eas causas, consequuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si his servus heres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit: non usufructuario, sed domino proprietatis adquiritur. Idem placet & de eo, qui à vobis bona fide possidetur, si ve is liber sit, si ve alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem placet & de bona fidei possessore. Itaque quod extra istas duas*

duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est: vel ad dominum, si servus est. Sed bona fidei possessor cum usuceperit servum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius vero usucapere non potest: primum, quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi; deinde quia scit servum alienum esse. Non solum autem proprietates per eos servos, in quibus usumfructum habetis vel quos bona fide possidetis, aut per liberam personam, quae bona fide vobis servit, vobis acquiritur: sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundum distinctionem, quam proximè exposuimus: id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

Dos escravos em que sómente tendes o usufruto, agradou que adquiriaõ para vds, o que provier de cousa vossa, ou trabalho seu: porém o que adquiem por outras causas fóra destas, ha de ser do seu proprio senhor; e assim se for intituido herdeiro, legatario, donatario, adquiere para o senhor, e não para o usufrutuário. O mesmo pareceo, a respeito do escravo que possuiz de boa fé, ou seja homem livre, ou escravo alheyo; porque o que pareceo do usufrutuário, agradou também no possuidor de boa fé; e assim o adquirido, fóra destas causas, ou pertence a elle, se era livre, ou ao senhor, se era escravo. Porém, o possuidor de boa fé usucapindo o escravo, (porque por este modo fica senhor) por todas as causas adquiere para si. O usufrutuário, não pôde prescrever, porque não possuiue, e só tem o direito de usar, e gozar; e porque sabe que o escravo he alheyo, de que resulta má fé. Não só aquis a propriedade por aquelles escravos em que tendes o usufruto, ou possuís

Tom. I.

de boa fé, ou pessoa livre que vos serve de boa fé, mas também a posse: porém falamos na pessoa de cada hum delles, conforme a distincão proximamente exposta, que quer dizer se alcançarem alguma possessão de cousa vossa, ou de trabalho seu.

Remiss.

Este §. do escravo em que se tem o usufruto, ou posse de boa fé, na mayor parte, he tirado da *L. acquiritur 10. §. de his autem servis 2. ff. acq. rer. dom. tom. 8. L. si servi 21. & seqq. ff. usufr. L. neque 8. Cod. usufr. L. quaesitum 40. ff. acq. rer. dom. L. servus 43. §. cum servus ff. eod. tom. 8.* E a ultima parte, da posse, *L. 1. §. item acquiritur 3. §. sed & per eum 4. & §. per eum 6. L. possessio 49 ff. adq. poss. tom. 8. L. bonorum 49. tom. 6. vide, §. 3. Inst. h. t. & tit. per quas pers. nob. adq.*

Sem posse não ha prescripção, *dix. cap. 3. tom. 7. & pr. Inst. usucap. nem com má fé, ut h. § & Ord lib. 4. tit. 79 fin. pr. lib. 2 tit. 27. §. 3. cap. 2. tom. 7 Peg for. cap. 9. n. 539. cap. 5. pag. 420. tom. 7. ad Ord lib. 1. tit. 87. §. 6. n. 43. nem contra o proprio titulo, e que em si tem, Ord d. tit. 27. §. 3. Reinos. obs. 65. n. 27. & ibi addit.*

§. 5. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam; nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem: & per hanc possessionem

Y ij nem

nem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit: vel usucapionem, aut longi temporis prescriptionem, si dominus non sit.

Destas cousas se infere, que não podeis adquirir nenhuma por homem livre, que nem o tendes sujeito ao vosso dominio, e direito, nem o possuís de boa fé: nem tambem por escravos alheyos em que nem tendes o usufruto, nem justa posse. E isto he o que vulgarmente se diz por pessoa estranha não se póde adquirir excepto o que podeis adquirir por pessoa livre, (como procurador,) e por este, podeis adquirir a posse, não só com ciencia vossa, mas com ignorancia, conforme a Constituiçãõ dos Emperadores Severo, e Antonino: e por esta posse tambem o dominio, se o que fez a tradiçãõ for senhor; ou a usocapiaõ de longo tempo, e prescripçãõ, se não for senhor.

Remiss.

1 De direito dos Romanos, regularmente, se não podia adquirir por pessoa estranha, *L. quaecunque 11. ff. oblig. & act. L. stipulatio ista 38. §. alteri L. si ita 126. §. Chrisogonus vers. per liberum hominem ff. verb. oblig. L. solutum 11. §. pen. ff. pign. act. Arpr. h. §. n. 1.*

2 Adquirimos a posse pelo nosso procurador, não só com ciencia, mas com ignorancia, *ut h. §. vers. excepto eo L. 1. Cod. per quas pers. nob. L. 1. §. per procuratorem 13. L. 42. §. procurator 1. L. possessio 49. fin. ff. adq. poss. tom. 8. L. si procurator 13. ff. acq. rer. dom. tom. 8. L. 73. §. 4 tom. 5. L. 1. Cod. acq. poss. tom. 8. L. traditio 20. & L. ea quæ 53. ff. acq. rer. dom. tom. 8.*

§. 6. *Haëtenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res vobis adquirantur, nam*

legatorum jus, quo & ipso singulæ res vobis adquiruntur: item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur: opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis adquirantur. Si cui ergo heredes facti sitis, sive cuius bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis, vel si cuius bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint: ejus res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est, nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obveniunt, qua in re necessarium est, initium de ordinandis testamentis exponere.

Baste o que fica dito da acquisiçãõ de cada cousa per si: porque dos legados, por onde adquiris cada huma das cousas, e dos fideicomissos, falarèmos mais ao diante em lugar oportuno. Vejamos agora porque modos adquiris pelo universal, que he pela instituiçãõ da herança: pela possessãõ dos bens: pela perfilhaçãõ: pela assignaçãõ dos bens, a causa de conservar a liberdade; pelos quaes quatro modos adquiris todas as cousas. Primeiro, tratarèmos das heranças: saõ de duas maneiras: ou por testamento, ou por intestado: primeiro pelo testamento, começando a expor o como se ha de ordenar.

Remiss.

Faz transito, *ut §. fin. Inst. 1. usu & habit. aos 4. modos de adquirir pelo universal: dos 4. modos só hum está em uso, que he por herança testamentaria, ou do intestado. Agora se trata do testamento; e quanto ao intestado, lib. 3. tit. 1. usq. 14. Legados, h. lib. 2. tit.*

Liv. 2. Tit. 9. Per quas personas cuique acquiritur. §. 6. 173
20. fideicomissos, tit. 23. & 24. a causa do testado faz cessar a do intestado.

2 Pacto de herança futura, ou pessoa viva, reprovado, L. 5. Cod. de pact. convent. L. 15. Cod. de pact. L. 4. Cod. inutil. stipul. L. 34. Cod.

transact. L. 31. ff. verb. oblig. L. 22. §. lites ff. jur. fisc. Ord. lib. 3. tit. 70. §. 3. Phab. dec. 102. & addit. Ant. Matheu de succession. disp. 8. num. 25. Jozé Schetin. de pact. success.

F I M

do primeiro Tomo.



ADVER-

173
 ...
 ...
 ...
 ...
 ...

F I M

do primeiro Tomo.



ADVERTENCIA

ESCOLASTICA.

NO Livro 1. *tit.* 2. §. 12. disse o Emperador Justiniano, que todo o Direito pertencia, ou às pessoas, ou às cousas, ou às acçoens: das pessoas, tratou *lib.* 1. das cousas, tanto do patrimonio, como fóra deste, *lib.* 2. *tit.* 1. pela ordem *pr. Inst. eod:* do §. 11. começa a tratar do modo de adquirir em particular, pelo Direito das Gentes, té ao *tit.* 6. *ut* §. 5. *fin.* no *tit.* 6. como se adquire por modo legitimo, e Direito Civil, em particular, té ao *tit.* 9. que acabamos de summar. Agora, passa à aquisição pelo universal das heranças, dos testados, e começa, o como se deve ordenar o testamento: e no *lib.* 3. da herança do intestado, té ao *tit.* 14.

No *tit.* 14. entra com as obrigaçoens té ao *tit.* 6. *lib.* 4. aonde passa ás acçoens. O mais, ao diante se exporá. O que duvidar da traducção, suba ao texto, e tire por utilidade a mesma duvida.



ADVERTENCIA

ESCOLASTICA

No se trata de um tratado de Jurisprudencia, que todo o Direito
 se refere a, ou as pessoas, ou as cou-
 sas, ou as accoes: das pessoas, tra-
 tou-se. I. das cousas, tanto do patrimonio, co-
 mo fora deste, lib. 2. tit. 1. pela ordem de
 cod: do 2. tit. 1. começa a tratar do modo de adqui-
 rir em particular, pelo Direito das Gentes, e so
 no 3. tit. 1. se trata de como se adquire por
 modo legitimo, e Direito Civil, em particular,
 e so no 4. tit. 1. que acabamos de summar. Agora
 passa a adquirir pelo universal das heranças
 dos testados, e começa, e como se deve ordenar o
 testamento: e no lib. 3. da herança do intestado,
 e so no 1. tit. 1.
 No lib. 4. trata com as obrigações e so
 no 1. tit. 1. onde passa as accoes. O mais, so
 de direito de exportar. O que duvida de traducção,
 subs ao texto, e tire por utilidade a tabelleira da
 vida.



S U M M A

D A

INSTITUTA

COM REMISSOENS AO DIREITO DE QUE
esta se deduz , Ordenaçoens com que se confór-
ma, e doutrinas praticas.

O F F E R E C I D A

A ELREY NOSSO SENHOR

D. JOAÕ V.

AUTOR O BACHAREL

AGOSTINHO DE BEM FERREIRA

Juiz de fóra eleito , que foy , de Trancofo , Advo-
gado na Corte , e feus Tribunaes.

T O M . II .

Das ultimas vontades.

*Correcto , e illustrado pelo mesmo Autor , nesta segunda impressãõ :
e com o Texto Latino inserto.*



LISBOA,

Na Officina de DOMINGOS GONSALVES.

MDCCLVI.

Com todas as licenças necessarias.

S U M M A

D A

INSTITUTA

COMMISSOENS AO DIREITO DE QUE

esta se trata, Ordenaçoes com que se con-

tra, e outras praticas

O F F E R E N D A

A REY NOSTRO SENHOR

D. JOAO V.

AUTOR O R A T O R

AGOSTINHO DA BEM

FERRERIA

Juz de fora eleito, que jaz, de Trancoso, Aavo

gado da Corte, e seu Tribuna

T O M . II

Das ultimas vozes

Correio, e illustrado pelo autor, e impresso em Lisboa

e com o Typo de Manoel de



L I S B O A

Na Officina de DOMINGOS GONCALVES

M D C C X V

Com o Typo de Manoel de



I N D E X

T I T U L O R U M.

Continuatio Lib. 2.

- T**itulo 10. De Testamentis ordinandis, pag. 1.
Tit. 11. De Militari testamento, pag. 10.
Tit. 12. Quibus non est permiffum facere testamen-
tum, pag. 14.
Tit. 13. De Exhæredatione liberorum, pag. 19.
Tit. 14. De Hæredibus instituendis, pag. 25.
Tit. 15. De Vulgari substitutione, pag. 33.
Tit. 16. De Pupulari substitutione, pag. 36.
Tit. 17. Quibus modis testamenta infirmentur, pag. 41.
Tit. 18. De Inofficioso testamento, pag. 46.
Tit. 19. De Hæredum qualitate, & differentia, pag. 50.
Tit. 20. De Legatis, pag. 58.
Tit. 21. De Ademptione legatorum, pag. 84.
Tit. 22. De Lege Falcidia, pag. 85.
Tit. 23. De Fideicommissariis hæreditatibus, & ad S. C. Tre-
bellianum, pag. 89.
Tit. 24. De Singulis rebus per fideicommissum relictis, pag. 101.
Tit. 25. De Codicillis, pag. 104.

LIBER TERTIUS.

- T**lt. 1. De Hæreditatibus quæ ab intestato deferuntur, pag. 107.
- Tit. 2. De Legitima agnatorum successione, pag. 124.
- Tit. 3. De Senatus Consulto Tertuliano, pag. 131.
- Tit. 4. De Senatus Consulto Orficiano, pag. 135.
- Tit. 5. De Successione cognatorum, pag. 137.
- Tit. 6. De Gradibus cognationum, pag. 141.
- Tit. 7. De Servili cognatione, pag. 144.
- Tit. 8. De Successione libertorum, pag. 146.
- Tit. 9. De Assignatione libertorum, pag. 150.
- Tit. 10. De Bonorum possessionibus, pag. 151.
- Tit. 11. De Acquisitione per arrogationem, pag. 157.
- Tit. 12. De Eo cui libertatis causa bona addicuntur, pag. 158.
- Tit. 13. De Successionibus sublatis quæ fiebant per bonorum venditiones, & Senatus Consulto Claudiano, pag. 161.



AGOSTINHO
 DE
 BEM-FERREIRA
 LIVRO SEGUNDO
 DAS
 INSTITUICOENS
 DE
 JUSTINIANO.

TIT. IO.

De Testamentis ordinandis.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.

O appellativo *Testamentum*, entre os Latinos, he aquelle, a que chamamos *Testamento*: e chama-se assim, por ser testificação do entendimento, e vontade.

Remiss.



QUANTO á definição, Modestino, in *L. 1. testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri* vul ff. qui testam. fac. Tom. II.

poss. & quemad testam. fiant.

Esta testificação, deve ser justa, 2 quer dizer, solemne, e conforme a direito; aliás morre intestado, *pr. Inst. hered. quæ abintest. defor.* cuja forma dá, a *Ord. lib. 4. tit. 80. L. hac consultissima 21. Cod. testam. & quemad. testam. ordin. vide, §. 3. & 4. Inst. h. t. Clar. §. testamentum*

Quanto á etymologia, de que trata *h. pr.* tambem a Novação se diz 3 á novato, *L. 1. ff. novat.* O mutuo, *de meo tuum, L. 2. §. 2. ff. reb. credit. si cert. petat. pr. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. Moraes lib. 2. cap. 12. n. 69.* Posse, *possessio á sedibus, quasi posito L. 1. pr. ff. adquir. poss. tom. 8.*

O argumento da etymologia conduz 4

A

2
 duz muito para a declaração da natureza, e essência da couza: he util, e frequente, *L. 2. §. appellata ff. si cert. petat. L. 1 ff. de furt. L. 1. ff. adq. poss. L. 1. ff. just. & jur. L. 1. de testam. L. 1. ff. novat. L. 1. ff. de pact. pr. Inst. quib. mod. re contrah. obligat. d. pr. Inst. de testam. §. furtum 2. Inst. oblig. que ex delict. nasc.* Contanto, que o uso commum de falar da Região, não signifique outra couza, *dix. ad rubr. tom. 6. L. ut Alfenus 87. & L. 132. ff. eod. & §. fin. Inst. qui testam tut. & §. 9. Inst. jur. nat. tom. 1. auth. de nupt. §. ex consuetudine pr. collat. 4. vers. secundum antiquam, & patriam linguam ita dicens Barb. ax. 222. n. 7.*

6 Os testamentos em que fôrma se farão, *L. hac consultissima 21. Cod. de testam. Ord. lib. 4. tit. 80. rubr. ib. dos testamentos, e em que fôrma se*

7 farão: que he texto, quando faz oração perfeita, *Maced. dec. 59. n. 8 n. 6. Rocca cap. 37. n. 25.* ou traz prohibição, *Rocca n. 26. Almeid. num. quin. allegat. 17.* e induz argumento valido, *Cordeir. for. ferq. dub. 11. n. 10. dub. 43. n. 28.* Conforme á qual se entende a Ley, *dix. rubr. tom. 5. Cordeir. dub. 43. d. n. 28. dub. 41. n. 13. dub. 36. n. 69. dub. 25. n. 82. & 85.*

10 E daqui deduzem, que tudo quanto esta *Ord.* dispoem, o introduzio para exclusiva da fraude, e pureza da verdade; e que o defeito minimo desta fôrma, vicia o testamento, *ex rubr. Peg. ad Ord. tit. 50. cap. 2. n. 66 Barb. d. tit. 80. n. 4. Maced. dec. 2. num. 12. Portug. lib. 3. cap. 16. n. 39. & 47.* e para a validade do testamento, devem intervir as solemnidades, e requezitos da dita *Ord. lib. 4. tit. 80. pr. §. 1. & 2. Peg. ad Ord. d. lib. 1. tit. 50. cap. 2. n. 62. pag. 244. tom. 4. Fragos. regim. reip. p. 3. lib. 5. disp. 8. §. 2. á n. 71.*

12 O primeiro defeito, he a falta da instituição de herdeiro, *dix. §. ante heredis 34. Inst. legat. Peg. d. tom. 4. tit. 50. cap. 2. n. 67.* e sem elle he nullo, *L. heredes palam 21. ff. qui*

testam. fac. L. 1 ff. hered. instit. L. proxime ff. his que testam. delent. Peg. d. tom. 4. pag. 245. n. 67. Reinos. obs. 55. n. 9

Do Laboniano, e que se escreve **13** herdeiro, ou legatario, *Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 3. n. 14.* Do que impe- **14** de fazer testamento, ou o constrange á factura, *Ord. lib. 4. tit. 84.* que limita nas persuasões brandas, entre marido, e mulher, §. 4. das importunas, *ibi Barb.*

Porém, a menos solemnidade, **15** não vicia o legado, fideicomisso, *P. Pinh. testam. disp. 2. sect. 2. n. 29.* e satisfaz o uso, e costume da terra posterior á Ordenação, *idem Pinh. n. 14.* nem na praterição offende os legados, *Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1.*

Nenhum pôde acautelar, que as **16** Leys não tenhaõ lugar no seu testamento, nem offender o Direito publico, *L. testamenti 3. ff. qui testam. fac. auth. praterea Cod. und. vir & ux. Novel. 53. §. 6. Novel. 117. cap. 1. L. nemo 55 ff. legat. 1. L. jubemus 11. §. 1. Cod. repud. L. 22. §. 1. & ibi Arouc. adn. num. 9 ff. adopt. auth. de nupt. §. sed hac collat. 4. L. 27. L. 45. §. 1. tom. 5. Guerr. tr. 1. lib. 1. cap. 5. n. 12. Odiern. in L. hac. edictal. quest. 19. n. 11.* maior razão hà na causa, **17** que no causado, *auth. multo magis Cod. sacros. eccles. Gutierr. tom. 8. in ex Ord.*

O testamento, he de Direito pu- **18** blico, e se não pôde offender com pacto, *L. testamenti factio non privati, sed publici juris est - ideoque fôrma ejus privatorum pactis non leditur 3. ff. qui testam. fac. poss. & quemad testa fiunt. Portug. lib. 3. cap. 16. n. 1.* e o que testa contra a Ley, **19** não pôde implorar o beneficio della, *L. auxilium 37. fin. ff. minor dix. cap. ex eo 38. tom. 7. Arouc. adn. L. contra legem 29. n. 1. ff. de legib. & n. seqq. Barb. ax. 136. n. 21.* e porisso a **20** definição lhe chama sentença, e quer dizer, não só do testador, mas da Ley, e legislador, e assim de Juiz, *Ar pr.*

Arpr h.pr. Inst. n. 39. costume posterior, P. Pinh disp. 2 sect. 2. n. 14.

- 21 O testamento, vem jure gentium, a forma, e solemnidade, do Civil, P. Pinh. proem. á n. 6. Arpr. pr. Inst. h. t. ex n. 62. 63. & 64. Portug. lib. 3. cap. 16. n. 2. & 3. & infra §. 3. h. t.
- 22 O testamento interliberos, vale sem aquellas solemnidades, L. hac consultissima 21. §. ex imperfecto Cod. de testam. P. Pinh disp. 2. sect. 7. §. 5. á n. 188. 195. 196. & 211. Gam dec. 61. Valasc. conf. 23. Val. alleg 61. Phæb. dec. 187. n. 17 & 20. & addit. Clar. §. testamentum. quest. 8 & seqq.
- 23 O mesmo do Pio, Clar. §. testam. q. 5. 6. & 7. Amastac. caus. piis cap. 5. 6. & seqq. com varias questoes ao intento.
- 24 Todos os actos humanos requerem tres cousas para sua perfeição, poder, vontade, e solemnidade, aonde esta se requiere, sem as quaes não produzem effeito legitimo, cap. super de offic. & potest. judic. de leg. L. si quæramus 4 ff. de testam. Cald. empt. cap. 9. n. 10. Arouc. adn. L. 4. n. 7. ff. stat. hom. e se no testamento não houver as ditas tres cousas, juntamente, não se pôde chamar testamento, ut eleganter Castilh. quotid. lib. 4. cap. 5. E neste Reyno toda aquella solemnidade se requiere por forma dada na Ord. lib. 4. tit. 80. e com alguma falta, ainda minima, he nullo, Fragos. regim. reip. p. 3. lib. 5. disp. 8. §. 3. ex n. 100. Per. dec. 81. Gam. dec. 69. 126. & 209. Reinos. obs. 39. & n. 3. & obs. 48. Valasc. alleg. 61. n. 29. Phæb. dec. 75 á n. 3. & dec. 187. Maced. dec. 2. n. 12. Portug. lib. 3. cap. 16. n. 39. 40. 41. & seqq. Peg. comen. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 50. cap. 2. n. 66.
- 27 A legitimidade da pessoa, no testamento, consiste em que tenha facção de jelle, e seja apta, e não reprova da, e he a primeira cousa de que se perquire; e depois se examina se o testamento está com os requesi-

Tom. II.

tos legaes, L. si quæramus an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus an is, qui fecit testamentum habuerit testamenti factionem: deinde, si habuerit, requirimus, an secundum regulas juris civilis testatus sit, 4. ff. de testam. Cujus facção no testador he activa, para poder testar; e no herdeiro instituido, passiva, e capaz de receber a herança, glos. d. L. 4. & infra, e esta he a potencia do acto de testar, vide, §. 24. Inst. legat. Dos que não podem testar, Ord. lib. 4. tit. 81. Portug. lib. 3. cap. 15.

Tambem deve ser conforme á vontade do testador, que neste caso he só, e deve de não depender da vontade, e arbitrio alheyo, L. illa institutio 32. ff. hered. inst. Arpr. h. princ. Inst. á n. 48. L. Senatus 43. §. 1. ver. legatum ff. legat. 1. L. 1. ff. legat. 2. DD. in L. captatorias 11. Cod. de testam. Valasc. conf. 145. num 4. Gom. 2. var. cap. 12. n. 47. Mantic. conject. lib. 4. tit. 3. n. 14. ainda que 30 tenha suas lemittações, como nos termos da L. Theopompus 14 ff. dot. prælegat. e modo de dispender, Valasc. n. 5. Mantic. n. 13. L. quem hæres & ibi Bart. ff. reb. dub. vide, Ord. lib. 1. tit. 62. §. 16.

O Testador, deve ter integridade de entendimento, e se não trata da corporal, L. in eo qui testatur, ejus tempus quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis exigenda est 2. ff. qui testam. fac. poss. Ord. lib. 4. tit. 81.

O Testamento cerrado, toma sua força da approvação do Notario, e não da escritura particular, Reinos. obs. 17. n. 1. & 3. ut Bart. & Gom. L. 3. Taur. n. 46. Peg. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 50. pag. 246. n. 70. Portug. lib. 3. cap. 16. n. 9. E o erro do Tabaliao, não vicia o testamento, L. errore 7. Cod. de testam. dix. L. 92. juncta L. 90. & 183. tom. 5. Arouc. L. 23. n. 2. ff. de legib. Clar. §. testamentum quest.

A ij

4

34 4.n.4. He interesse publico, que os testamentos se sustentem, e conservem as vontades dos que morrem, *L. vel negare 5. ff. quemad. testa. oper. L. 2. Cod. ut in poss. legat. Valasc. cons. 183. n. 4. Reinos. obs. 17. num. 8.* recebido no Senado.

§. 1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera Testamentorum in usu fuisse; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitijs appellabant: altero, cum in praedium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per aes & libram: scilicet quod per emancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus, & libripende, civibus Romanis puberibus praesentibus & eo, qui familiae emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt, quod vero per aes & libram fiebat, licet diutius permanserit, attamen partim & hoc in usu esse desijt.*

Para que se não ignore cousa antiga, he de saber, que antigamente se usavaõ dous generos de testamentos: hum na paz, chamado *Calatis comitis*, outro quando haviaõ de ir á guerra, chamado *Procinctum*: e ultimamente veyo hum terceiro genero, chamado *Per aes & libram* (por dinheiro, e pezo) que se fazia por via de emancipaçaõ, ou venda imaginaria, perante cinco testemunhas, varoens livres mayores de 14. annos, Cidadãos Romanos, presente o chamado comprador da Herança, e familia. Mas os dous primeiros ha muito tempo que se não usaõ; e o terceiro, ainda que durou mais tempo, tambem em parte já se não usa. (Os antigos chamavaõ familia á dos escravos,

L. 195. §. 3. & 4. & L. 166. tom. 6.)

§. 2. *Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad jus civile refererantur, postea vero ex edicto praetoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur: sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non essent necessaria.*

Mas os ditos nomes de testamentos eraõ escriptos por Direito Civil sómente: porèm ao depois por Edicto do Pretor, foy introduzida outra fórma de fazer testamento, e ficou desnecessaria a emancipaçaõ, ou venda imaginaria, e bastando os signaes de sette testemunhas, as quaes, por Direito Civil, não eraõ necessarias.

§. 3. *Sed cum paulatim tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus cepit in unam consonantiam jus civile & praetorium jungi: constitutum est, ut uno eodemque tempore (quod jus civile quodammodo exigebat) septem testibus adhibitis, & subscriptis testium (quod ex constitutionibus inventum est, & ex edicto praetoris) signacula testamentis imponerentur: ita, ut hoc jus triperitum esse videatur: & testes quidem & eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia, à jure civili descendant: subscriptiones autem testatoris & testium, ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur: signacula autem, & testium numerus, ex edicto praetoris.*

Mas como o Direito Civil, e Pretorio começassem a se conformar, pouco, a pouco, e a fazer-se hum só direito, e tanto pelo uso dos homens, como pelas emendas das Constituições,

rituiçoens , que cada dia se augmentavaõ ; se mandou , e està constituido que alèm das sette testemunhas , requeridas por direito Civil , e alèm das que assinassem , como foy inventado pelas Constituiçoens , e Ediçto do Pretor , se impusessem sellos nos testamentos : de modo que parece vem este Direito de testar assim , de tres partes : as testemunhas , e sua presença , de Direito Civil , sem interpolação : e o final do testador , e das testemunhas , por observancia das Constituiçoens : e os sellos , e o numero das testemunhas , pelo Ediçto do Pretor.

Remiss.

- 1 O testamento , e successão , vem do Direito das Gentes , pois todas usaraõ delle , §. 1. *Inst. jur. nat.* A fôrma , e solemnidade , a recebeo do Direito Civil , *Arpr. princ. Inst. h. t. n. 62. 63. & 64. P. Pinh. testa. proem. à n. 6. P. Molin. just. tr. 2. disp. 124. ad fin. Barb. ad Ord. lib. 4. tit. 80. pr. n. 2. Portug. lib. 3. cap. 16. n. 2. & 3. Molin. primog. lib. 1. cap. 2. n. 6. & lib. 3. cap. 3. n. 14. Clar. §. testamentum quæst. 2. n. 1.*
- 2 Testemunhas presentes , juntamente , e sem interpolação , *L. qui testamento 20. §. fin. & §. veteres L. heredes palam 21. §. in testamentis pen. & §. fin. uno contextu actionis testari oportet ff. qui testam. fac Ord. lib. 4. tit. 80. pr. §. 1. & §. fin.*
- 3 Subscrição do testador , e testemunhas , Constituição , *L. hac consultissima 21. Cod. testam. Ord. lib. 4. tit. 80. pr.* Sellos , e numero das testemunhas pelo Ediçto do Pretor , juntas , *d. §. 2. h. t. Ulp. tit. 24. §. si septem signis testium signatum sit. testamentum 5. sub tit. quemad. testam. rumpant.*

§. 4. *Sed his omnibus à nostra constitutione propter testamentorum*

sinceritatem , ut nulla fraus adhibeatur , hoc additum est : ut per manus testatoris vel testium nomen heredis exprimat , & omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

Mas todas estas cousas , a causa de pureza da verdade , e exclusiva de fraudes , se acrescentou por Constituição de Justiniano , que o nome do herdeiro seja escrito pelo testador , ou testemunhas , e se guarda-se tudo conforme ao theor da mesma Constituição.

Remiss.

Esta Constituição , que manda escrever o nome do herdeiro pelo mesmo testador , ou testemunhas , extat in *L. jubemus omnino 29. Cod. testam. & quemad. ordin. hoje auth. & non observato sub d. L. 29. Correto , Novel. 119. cap. 9. quia vero hanc legem e nõs temos a Ord. lib. 4. tit. 80. pr.* que nõs dá fôrma : affina o testador , ou huma testemunha a seu rogo , por elle naõ poder , ou naõ saber.

De Direito Canonico , *cap. cum effes 10. cap. relatum 11. cap. cum tibi 13. de testam. ubi Aug. Barb. Clar. §. testam. quæst. 6.*

§. 5. *Possunt autem omnes testes & uno anulo signare testamentum : quid enim si septem anuli una sculptura fuerint , secundum quod Papiniano visum est ? Sed & alieno quoque anulo licet signare (testamentum.)*

Todas as testemunhas podem affinar com hum anel : e se houver sette aneis , que tenhaõ o mesmo fello ? Dizemos , que tambem he licito affinar com fello alheyo.

Remiss.

Remiss.

Este §. dos aneis, confirma, e explica *L. ad testium numerum 22. §. si ab ipso testatore ff. qui testam. fac. L. si unus de septem testib. 12. Cod. testam. & puemad. Ordin. em contrario, Ord. lib. 4. tit. 80. que manda assinar cada huma das testemunhas.*

§. 6. *Testes autem adhiberi possunt ij, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque iij quos leges jubent improbos intestabilesque esse: possunt in numerum testium adhiberi.*

Naõ só naõ pódem ser testemunhas, os que naõ pódem fazer testamento, nem serem instituidos; mas ainda se exceptua a mulher, o menor de 14. annos, o escravo, o furioso, o mudo, o surdo, o prodigo a que está interdita a administração dos bens, e o improbo, e o intestavel pelas Leys.

Remiss.

1 Dos que pódem adquirir para si, ou para outrem, pelo testamento, excepta a mulher, *L. qui testamento 20. §. mulier 6. ff. qui testa. fac. razão, cap. forus 10. fin & ibi glos. de verb. sign. Do impubero, L. 3. §. 5. L. 19. §. 1. ff. de test. e a razão, he clara. Do escravo, L. 9. Cod. h. t. 2*

3 *L. 20. §. servus ff. qui testa. fac. razão, L. 32. & 209. tom. 5. Furioso, d. L. 20. §. nec furiosus 4. nem o surdo, cego, e mudo, porque naõ pódem conhecer o testador, d. L. 9. Cod. h. t. Nem o prodigo, com interdição, L. is cui lege vers. merito ergo nec testis ad testamentum 18. ff. qui testam. fac. Do intestavel, d.*

L. 18. & L. cum lege quis in testabilis 26. ff. qui testam. fac. Clar. §. testam. quest. 55.

Direito do Reyno, *Ord. lib. 4. tit. 4. 85. ut in tubr. - dos que naõ pódem ser testemunhas no testamento; e por isso todos o pódem ser, naõ sendo exceptuados nesta Ord. Reinos. obs. 39 n. 18. & ibi addit. & judicat. Molin. just. disp. 127. L. 1. ff. de test. como de Edicto prohibitorio: e como esta Ley dispoz por modo 5 negativo, e de exceiçãõ, formou regra em contrario do naõ exceptuado, Valasc. conf. 45. n. 1. Peg. ad Ord. lib. 1. tit. 50. cap. 2. sub n. 13. P. Pinheir. testa. disp. 2. sect. 5. §. 2. à n. 108. & h. n. §.*

§. 7. *Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber estimabatur, postea autem servus apparuit: tam divus Hadrianus Catonio, quam postea divi Severus & Antoninus rescripserunt: subvenire se ex sua liberalitate testamento: ut si habeatur (firmum,) ac si, ut oportebat, factum esset, cum eo tempore quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, neque quisquam esset, qui status ei questionem moveret.*

Mas se alguma das testemunhas do testamento fortida por livre, ao tempo da sua factura, e depois se descobrir escravo, vale, como respondeo o Emperador Adriano a Catão, e depois os Emperadores Severo, e Antonino em favor do testamento; e por pessoa alguma o naõ contradizer de livre áquelle tempo.

Remiss.

Este §. do escravo tido por livre, erro commum, se confirma *L. 1. Cod. de testam. e approva, Ord. lib. 4. tit. 85. fin. pr. Peg. tom. 4. ad Ord. pag. 271. n. 283. Semelhante argumento,*

mento, *L. Barbarius Philippus 3. ff. offic. prator. Sanch. matr. lib. 3. disp. 22. per tot.*

§. 8. *Pater, nec non is, qui in potestate ejus est, item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.*

O pay, e o que está no poder deste, e os irmãos, que estão no mesmo patrio poder, podem ser testemunhas, juntamente, no testamento; porque nada offende serem muitas testemunhas de huma casa, em negocio alheyo.

Remiss.

1 Este §. que faculta muitas testemunhas de huma casa, no testamento, he á letra da *L. pater & filius 17. ff. de test. & ibi glos b §.* convem com a razão, *L. qui testamento 20. ff. qui testa fac.* e a *Ord. lib. 4. tit. 85.* o não contradiz, e fica no caso omisso, ut §. 4. *Inst. mil. testam. n. 2. & 3.*

§. 9. *In testibus autem non debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias de castrensis peculio post missionem faciat testamentum; nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate ejusdem patris est, reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.*

Os que estão no poder do testador, não podem ser testemunhas do testamento: nem o Pay; nem os que estão no poder deste, o podem ser, no testamento do filho Soldado, quando o faz do seu peculio, depois de vir da guerra, porque está reprovada testemunha domestica neste caso.

Remiss.

Este §. dos que estão no poder do testador, he tirado da *L. qui testamento 20 ff. qui testam. fac. L. testis 9. L. nullus 10. ff. de test. L. omnibus 10. Cod. test. L. pen. ff. recept. arbitr. Ord. lib. 4. tit. 85 §. 1.* A dignidade militar, livra do patrio poder, por direito novo, *Novel. 81. vide §. 4 Inst. quib. mod. jus patr. pot. solu. & infra tit. 11.*

In ea re: a idoneidade dos domesticos, em outros casos, e comprehensão em caso domestico, de que só elles sabem, e tem razão de saber, *Plot. de inlit. jur. §. 4. n. 23. 24. & 32. Reinos. obs. 39. addit. n. 16. Valasc. cons. 45.* E não exceptuados na *Ord. lib. 4. tit. 85. ut dix. §. 6. h. t.*

§. 10. *Sed neque hæres scriptus, neque is, qui in potestate ejus est, neque pater ejus qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt: quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodiè inter testatorem & heredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiae emptorem, & eos qui per potestatem ei conjuncti fuerant, à testamentarijs testimonijs repellabant: heredi (autem,) & iis, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare: licet ij, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti eos debere suadebant: tamen nos eandem observationem corrigentes, & quod ab illis suatum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiae emptoris merito nec heredi, (qui imaginem vetutissimi familiae emptoris obtinet) neque alijs personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo*

modo testimonia prestare, ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

Mas nem o herdeiro escripto, nem o que tem no seu poder, nem o Pay do herdeiro, em cujo poder está, nem seus irmãos, que estão no poder do mesmo pay, podem ser testemunhas; porque o negocio do testamento, hoje se reputa tratado entre o testador, e o herdeiro. E como os antigos tinhaõ neste alguma confusão, pois repelliaõ de testemunhas ao chamado comprador da herança, pela venda imaginaria (3. genero) e os conjunctos, por causa do poder que nelles tinhaõ; e admittiaõ ao herdeiro, e seus conjunctos pelo poder, ainda que os mesmos que lho concediaõ, lhe aconselhavaõ que não usassem mal da concessão: nós emmendando, e fazendo Ley necessaria do conselho, negamos esta licença ao herdeiro, e aos que tem na sua familia; e por isso as Constituições antigas, não foraõ insertas em nosso Codigo.

Remiss.

I Este §. do herdeiro, e sua familia não poderem ser testemunhas, se confirma, *L. qui testamento haeres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest 20. ff. qui testa. fac. L. si is qui 14. §. 1. ff. reb. dub. Ord. lib. 4. tit. 85. §. 1.* convem, *L. nullus idoneus in re sua intelligitur 10. ff. de test. Barb. ad Ord. d. §. 1.*

§. 11. *Legatariis autem & fidei commissariis, quia non juris successores sunt, & alijs personis eis conjunctis testimonium non denegamus: immo in quadam nostra constitutione & hoc specialiter eis concessimus. Et multo magis ijs, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.*

Aos legatarios, e Fideicomissarios, porque não succedem no universal, e outros seus familiares, não se lhe nega o serem testemunhas no testamento; antes se lhe concede por huma Constituição; e muito mais, aos que estão no seu poder, e familia.

Remiss.

Os Legatarios, e Fideicomissarios, (successores singulares) não só por Justiniano, mas por Direito antigo eraõ admittidos a testemunhas do testamento, *L. qui testamento 20. vers. quod in legatario, ff. qui testam. fac. L. si quis ita 15. ff. reb. dub. L. si is qui 14. §. 1. ff. eod.* Constituição mencionada, *L. dictantibus 22. Cod. de testam. & quemad testa Ordin.* O mesmo, *Ord. lib. 4. tit. 85. §. 1. & ibi Barb. P. Pinh. testam. disp. 2. sect. 5. §. 2. n. 113. h. §. & n. 116.* do fideicomissario; e conta algumas limittaçoens. Os Legatarios, são interessados em consequencia, *L. 1. ff. auct. tutor. Familia, L. 195. tom. 6.*

§. 12. *Nilil autem interest, testamentum in tabulis, an in chartis, membranisque, vel in alia materia fiat.*

Não importa, nem faz differença, ser o testamento escripto em taboas, papel, ou pergaminho, ou qualquer outra materia.

Remiss.

Esté §. da materia em que o testamento se escreve, se confirma, *L. 1. juncta L. charta 4. ff. bonor. poss. sec. tab. & L. 19. ff. bon. poss. contr. tab.* Com tanto que esteja idoneo, *L. quoniam. 15. Cod. de testam. L. 1. ff. quemad. testam. aper. vide, L. 73. §. 3. quæ in testamento tom. 5.*

§. 13. Sed & unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis, quod interdum etiam necessarium est: veluti si quis navigaturus & secum ferre, & (domi) relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminet.

Mais he, que póde fazer testamento em muitas escrituras, com tanto que guarde as cousas ordenadas pela Ley, o que ás vezes he necessario: como ao que embarca, que quer levar hum, e deixar outro, e por outras causas innumeraveis, que movem a necessidade.

Remiss.

Este §. de muitos cadernos, ou escrituras, e hum só testamento, *L. unum testamentum pluribus exemplis consignare quis potest 24. ff. qui testam. fac. poss.* Convem *L. 1. verfi. si quis in duobus exemplaribus fecerit testamentum ff. bon. poss. sec. tab. L. pluribus tabulis eodem exemplo scriptis 4. si ve fin. ff. his quæ in testam. delent. induc. vel inscribunt.*

§. 14. Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, (sufficiunt,) si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum: septem testibus adhibitis, & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc per fectissimum testamentum jure civili, firmumque constitutum.

Baste o que fica dito dos testamentos em escrito. Se algum quizer testar sem escritura, conforme o Direito Civil, o faz perfeitoissimo, perante sette testemunhas, ás quaes declare sua vontade.

Remiss.

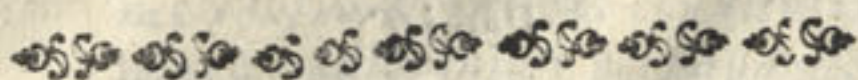
Este §. do testamento nuncupativo, se confirma, e explica, *L. hæredes palam 21. pr. ff. qui testam. fac. poss. L. si ita scriptum sit 8. fin. ff. bon. poss. sec. tab. L. bonorum 2. verfi. Verum si eundem numerum Cod. bon. poss. sec. tab. L. fin. verfi. ubi autem Cod. testam. L. in testamentis 26. Cod. testam. e a canonizada Ley, dos Juizos, L. hac consultissima 21. §. per nuncupationem quoque, hoc est sine escriptura Cod. de testam. & quemad. testam. ordin.*

Testamento nuncupativo, se diz **2** aquelle que se faz com palavras sómente, e sem alguma escriptura, que chamamos verbal, *d. L. 21. §. per nuncupationem Cod. testa. & quemad. Ord. lib. 4. tit. 80. §. fin. Reinos. obs. 39. & addit. Peg. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 50. cap. 2. n. 1. 2. 42. 65. P. Pinh. disp. 2. de testa. sect. 3. n. 37. & sect. 4. morrendo della doença, Ord. d. §. fin.*

Tambem deve ter herdeiro, **Reinos. obs. 39. n. 20. & addit. n. 21. Peg. ad Ord. d. tom. 4. pag. 245. n. 67.** e seis testemunhas, *Ord. d. §. fin. naõ require dia, mez, e anno, Maced. dec. 3. P. Pinh. supr. num. 40. & 41. Guerr. tr. 1. lib. 2. cap. 7. 8.*

A redução, se faz citados os interessados na herança intestada, **Reinos. obs. 39. n. 21. & seqq.** e tem lugar tẽ 30. annos, *L. omnes Cod. præscript. 30. L. cum in rem Cod. eod. Menoch. adp. remed. 4. à n. 769.*

Convalecendo, fica nenhum, **Ord. lib. 4. tit. 80. §. fin.** e assim a eleição da sepultura, ou doação, no perigo da morte, *Antonel. temp. legal. lib. 2. cap. 6. n. 6. & 7. vide, n. 8.*



T I T. II.

Remiss.

De Militare testamento.

Supra dicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus, propter nimiam imperitiam eorum, constitutionibus (principalibus) remissa est. Nam quamvis ij neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint: rectè nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta, sive sine scriptura: valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per que citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis ædibus degunt: minimè ad vendicandum tale privilegium adjuvantur, sed testari quidem, etsi filij familiarum sint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem observatione & in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proxime exposuimus.

Aquella observancia taõ exacta, que fica dita, sobre a factura dos testamentos, naõ he taõ estriccta no soldado, conforme as Constituições Imperiaes, a causa da sua impericia; porque este ainda que naõ tenha aquelle numero de testemunhas, nem aquellas solemnidades, he valido: o que nossa Constituição introduzio, racionavelmente, em razao de estarem occupados na expedição da guerra: de forte, que de qualquer modo que conste da sua vontade, vale. Mas naõ gozaõ deste privilegio fóra da expedição. Porém, pòde fazer testamento, ain-

da que seja filho familias, com tanto que o faça com as solemnidades de Paizano.

OS soldados, pela impericia, lhe foy remettida a solemne observancia dos testamentos, (como quizerem, ou puderem) *L. 1. vers. simplicitati eorum consulendum existimavi: ut quoque modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas ff. testam. milit. L. milites 15. vers. quomodo possint ac velint testentur Cod. testam. milit. & §. 1. b. t. e* pela mesma razao de simplicidade, se lhe concedeo o beneficio de inventario, ainda que falta-se ás solemnidades da *L. fin. Cod. jur. de liber. vers. ut milites & si propter simplicitatem.*

De qualquer modo: ou no escudo, ou bainha, ou pó da terra, e areya, *d. L. milites 15. Cod. testam. milit. vers. si quid in vagina, aut clypeo, Ord. lib. 4. tit. 83 §. 5. vers. estando no confito da batalha.*

Razao principal, pelo trabalho, e perigo, nas arrayas, e expedição, *ut h. §. Inst. & Ord. lib. 4. tit. 83. pr. vers. pelos trabalhos, e perigos da vida &c. e comprehende* ainda a qualquer particular, que ahi se acha em acção militar, por mar, e terra, *L. unic. ff. bon. poss. ex testam. milit. vers. non dubium est, Ord. lib. 4. tit. 83 §. 8.*

Nostra constitutio: a causa de estarem occupados na guerra, L. ne quidam putant 17. sive pen. Cod. testam. mil. e diz que o soldado que naõ melira, naõ goza do privilegio, a cuja causa foy introduzido. Neste Reyno, Ord. lib. 4. tit. 83. Va-7. lasc. conf. 104. P. Pinh. disp. 2. sect. 7. §. 3. ex n. 172. (do prisioneiro, disp. 1. sect. 2. §. 1.) vide, Ord. §. 5. que requere duas testemunhas.

O soldado, goza do privilegio do foro, depois de alistado, *Regim. cap.*

cap. 3. §. 23. & cap. 4. §. 20. 21. 30. 31. que exceptua casos, & §. 45. que transcreve Peg. coment tom. 12. pag. 264. trata Valasc. reform. just. §. 10.

- 9 O filho familias não pôde fazer testamento, nem de consenfo do pay, Ord. lib. 4. tit. 81. §. 3. & tit. 82. §. 1. dix. pr. Inst. quib. non est permiff. fac. test. porém do castrense, e quasi castrense, fim, Ord. d. tit. 83. §. 1. & tit. 81. §. 3. & §. 6. h. t. mas sem offensa do Pay, Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 5. n. 64. & 65.

§. 1. Plane de testamentis militum divus Trajanus Catilio Severo ita rescripsit: Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoque modo facta ab his testamenta rata sint: sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat, testamentum factum esse, quod & sine escriptura & à non militantibus fieri potest. Si ergo miles, de cuius bonis apud te queritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita loquutus est, ut declararet, quem vellet sibi heredem esse, & cui libertatem tribueret: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Ceterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui, ego te heredem facio, aut, bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioqui non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui adfirmerent se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cui visum sit, & per hoc vera judicia subverterentur.

O Emperador Trajano respondeo a Catilio, sobre o testamento do soldado, o seguinte: O privilegio que damos ao soldado, para de qual-

Tom. II.

quer modo valer o seu testamento, se deve de entender de modo, que primeiro conste como o fez; porque tambem o Paizano o pôde fazer sem escriptura, e vocal: e assim te constar que chamou homens para declarar quem fazia herdeiro, e a quem dava liberdade, vale, verbalmente; mas se disse jocosamente, ou empratica, eu te faço herdeiro, ou eu te deixo meus bens; não vale por testamento: e que a ninguem convinha mais esta repulsa, que ao mesmo soldado, que tem o dito privilegio, para que depois da sua morte não houvesse testemunhas, que affirmassem daquella ouvida, e assim se perverte-se a verdade.

Remiss.

Este §. (que quer acto de testar) he tirado á letra da L. Divus Trajanus 24. ff. h. t. testam. milit. O Paizano o pôde fazer vocal, §. fin. tit. preced. Inst. testam. ordin. Ord. lib. 4. tit. 80. §. fin.

Convocados homens (ad actum) para declarar, a quem fazia herdeiro, e dava liberdade, ao menos dous, ex regul. L. ubi numerus 12. ff. de test. cap. 4. & 23. de test. ubi Aug. Barb. e a Ord. lib. 4. tit. 83. §. 5. require duas, convocadas para o acto. e no conflito se conforma com a L. milites 15. Cod. h. n. t.

Escrevendo o soldado sem testemunhas, L. 1. fin. pr. L. Titius 25. ff. h. t. e com ellas, sem rogo, L. 21 §. pen. ff. eod. tit.

As palavras geraes, e adulatorias nenhuma obrigaçã induzem, Cald. nomin. quest. 1. n. 39. Cabed dec. 186. n. 1. Peg. 5. for. cap. 107. n. 61. L. obligationem substantie §. 1. ff. oblig. & act. DD. in L. generaliter ff. usufr. dix. ad rubr. tom. 6. num. 48. Nem os actos operaõ ultra a intençã, L. 16. ff. ac. rer. dom. tom. 8. Barb. ax. 12. n. 7.

S O soldado, pôde, querendo, testar de parte de seus bens, e em parte, morrer intestado, §. *hereditas 5. Inst. hered. instit. L. 37. ff. testam. mil. L. 2. Cod. testam. mil. dix. L. 7. tom. 5. Ord. lib. 4. tit. 83. §. 3.* o que não pôde fazer o pagaõ, ou paizano.

§. 2. *Quinimo & mutus, & surdus miles testamentum facere potest.*

Ainda o mudo, e o surdo, pelo Direito militar, pôde fazer testamento.

Remiss.

I Este §. do surdo, e do mudo, se confirma, e illustra, *L. jure militari 4. ff. testam. milit. L. 6. §. 1. surdus & mutus & L. 7. ff. qui testam. fac. poss.* Direito novo, *L. discreptis 10. Cod. qui testam. fac.* que he a Constituiçãõ mencionada, §. *item surdus 3. Inst. quib. non est permiss. fac. testa per tractat Michalor. de Cac. surd & mut.*

§. 3. *Sed hætenus hoc illis à principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant, & in castris degunt. Post missionem verò veterani, vel extra castra (alij) si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum, non communi jure, sed quomodo voluerint: post mentionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem heredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.*

O referido, concedido aos soldados, pelas Constituiçoens dos Emperadores, he sómente pelo tempo que estaõ na expediçãõ militar, e

nos seus Arrayaes; porque os retirados da guerra, reformados, e aposentados, devem testar como paizanos, e Cidadoens Romanos: e o testamento feito na campanha, e Exercito, sómente dura hum anno, depois da expediçãõ da Guerra: e morrendo dentro do anno, ainda que a condiçãõ com que institutio o herdeiro se purifique depois, vale.

Remiss.

Que o testamento feito nos arrayaes, valha por hum anno, posto que morra fóra da guerra, *L. quod constitutum est 21. ff. h. t. Ord. lib. 4. tit. 83. §. 6.* e ainda que a condiçãõ do herdeiro se cumpra depois do anno, *L. quod dicitur 38 ff. h. t. Ord. d. t. 83. §. 7.* a condiçãõ, se retrotrahe ao tempo da morte, e fica pura, *L. si pupillus 26. ff. condit. instit. L. 11. §. 1. ff. qui potior in pign.*

Porém, para valer o dito anno, he necessario que sahisse da guerra com honra, e não sem ella, aliás não valerá, *Ord. lib. 4. d. tit. 83. §. 6. vers. sendo a despedida honesta, e necessaria, e não por erros, ou culpas suas, L. testamenta 26 ff. h. t. L. 2. §. 2. ff. his qui not. infam. L. 13 ff. re milit. glos. in L. 1. Cod. exped. veter. verb. missione dix. §. 14 Inst. excus. tut. §. 5. Inst. capit. demin. Guerr. tr. 3. lib. 2. cap. 2. n. 101. Veterano, o escuso, L. 1. Cod. excus. veter. L. 2. ff. de veteran. mas com honra, e honestamente, ut n. 4. L. 8. ff. excus. tut. Guerr. d. n. 101.*

§. 4. *Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quedam adjecit, sive detraxit, vel aliàs manifesto est militis voluntas hoc valere volentis: dicendum est valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.*

Se fez testamento antes de soldado, menos solemne de Direito, e constar que na expedição da guerra quiz vale-se, ou com augmento, ou com deminuição, vale, como nova vontade do soldado.

Remiss.

1 Se por facto, ou palavras, quiz que valesse como testamento de soldado, o menos solemne feito antes, vale como feito na expedição, *L. idem quoque erit 9. vers. nam videtur vers. qui cum esset paganus fecit testamentum ff. testam. milit. L. Tribunus 20. vers. cum aliquis facto testamento militare ceperit ff. testam. milit. L. Titius 25. ff. eod. & ibi expresse.*

2 Este caso, parece se não acha acautelado na *Ord. lib. 4. tit. 83. §. 9.* cuja rubrica he do testamento do soldado, e pessoas que morrem na guerra: e no que não dispoz, he visto se quiz conformar com o Direito commum, *L. commodissime 10. ff. liber. & posth. L. quoties 22. ff. condit. & demonst. Bort in L. si extraneis 6. ff. condit. caus. dat. Maced dec. 16. n. 4. Peg. for. cap. 4. n. 158. Portug. lib. 3. cap. 21. n. 19. & 20. convem, Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3.*

§. 5. *Denique si in adrogationem datus fuerit miles, vel filius familias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet, nec videtur capitis diminutione irritum fieri.*

Finalmente, o testamento do soldado, que se havia dado em perfilhação, ou sendo filhofamilias foy emancipado, vale, como se de novo fora feito, e nova vontade: nem he visto ficar irritado pela deminuição da cabeça.

Remiss.

Este §. do soldado perfilhado, ou emancipado, he composto da *L. miles fil. fam. 23. L. idem & si paterfam. miles 23. ff. testam. milit. convem, L. si quis 6 §. fin. ff. injust. rupt. & irrit. fact. test. L. 1. §. exigit. vers. sed si fil. fam. ff. bon. poss. sec. tab. Quid 2 & cur secus in paganis? vide, L. 11. §. fin. ff. eod. §. 5. Inst. quib. mod. testam. infirm. Direito novo, Novel. 81. cap. 1. §. 1. Quem he o Pagaõ, L. 7. tom. 5.*

§. 6. *Sciendum tamen est, quod cum ad exemplam castrensis peculij, tam anteriores leges, quam principales constitutiones quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permittum fuerat etiam in potestate degentibus testari: nostra (id) constitutio latius extendens, permiseri omnibus in hujusmodi peculij testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore prospecto; licentia est, nihil eorum, quae ad praefatum jus pertinent ignorare.*

Ultimamente, he de saber, que a exemplo do peculio *Castrense*, tanto as Leys antigas, como as Constituições Imperiaes, admittiraõ peculio *quasi castrense*, e que alguns pudestem delle testar, ainda vivendo no poder de outrem; o que nossa Constituição concedeo mais largamente, permitindo-o a todos, que pudestem testar deste peculio; testando conforme a Direito commum. A qual Constituição vista toda, e entendida, não deixará ignorancia.

Remiss.

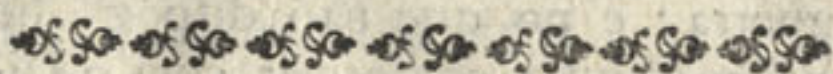
Constituições Imperiaes modernas, *L. 7. Cod. de adcess. L. 4. Cod. de advocat. divers. judic. L. 34. Cod. Episc.*

- Episc & Cleric. L. unic. Cod. castrens. omni. Palatin. L. fin. Cod. castr. pecul. lib. 12. eraõ peiloas limitadas, L. fin. Cod. inoffic testam. Nossã Constituição: que extendeo a todos, d. L. fin Cod in officios testam.*
- 2 O filho familias (de idade competente para testar, e puberdade, *L. qua etate 5. ff. qui testam. fac. poss. Ord. lib. 4 tit. 81. pr.*) pòde fazer testamento, naõ só do castrense, mas do quasi castrense, *Ord. lib. 4. tit. 81. §. 3. vers. porèm dos bens castrenses, e quasi castrenses & tit. 83. §. 1. vers. o filho familias que soldado for poderã livremente testar dos bens castrenses, ou quasi castrenses: e isto se entenderã daquelles soldados que tem legitima idade de 14. annos para fazer testamento; porèm no quasi castrense, deve testar conforme a Direito commum, e com a solemnidade civil da Ord. lib. 4. tit 80. ex Ord. d. tit 81. §. 3. & h. n. § L. fin Cod. qui testam fac. poss. L. fin Cod. in offic testam. Arpr h. §. n. 5. e guardar a L. hac consultissima 21. Cod. de testam. & quemad test. ordin.*
- 4 Os peculios, tem 4. denominaçoens, scilicet, *bona profectitia*, outros, *adventitia*, outros, *castrensia*, outros *quasi castrensia*, como bem mostra, *Valasc. part cap. cap. 13. n. 1. Mend. in L. cum oportet 6. n. 2. Cod. bon. quæ liber Guerr tract. 2. lib 2. cap. 12 n. 1. Conciol. verb. confiscatio resolut. § 9. 10. 11. 12. 13. e a Ord lib. 4 tit 97 fin. pr. & §. 17. reconhece o profecticio; e no §. 19 & tit 98. pr. o adventio; e o castrense, e quasi castrense, d. tit. 97. §. 18. & lib. 3. & tit. 9 §. 3 & supr. n. 2.*
- 5 Peculio castrense, argumento defere titulo, se define na *L. castrense peculium est ff castr. pecul.* o que o filho adquire por razaõ da guerra, *Valasc. d. cap. 13. n. 1. Mend. d. L. 6. Cod. n. 140. Guerr d cap. 12 n. 5. Portug. lib. 3. cap. 24. à n. 1. Ord d. §. 3. & d. §. 18.*

Quasi castrense: o que adquireo pelas letras, Mestre, Magistrado, Advocacia, Medicina, Clericato, Cirurgia, e arte liberal, L. fin. Cod. inoffic testam. L. sacrosanta 32. L. cum lege 49 Cod Episc. & cleric. L. 14. Cod. advocat. Portug. d. cap. 24 n. 41. 42. 43. (aonde os equipara) Valasc. d. cap. 13. n. 1. fin. Guerr. d. cap. 12. n. 6.

Profectitio: o que provem dos bens, e substancia paterna (ou sua contemplaçoõ) d. L. cum oportet 6. ubi Mend. à n. 6. Cod. bon. quæ liber. Valasc. d. cap. 13. n. 1. Guerr. d. cap. 12. n. 3. Pertug. d. lib. 3. cap. 23.

Adventicio: pelo contrario, o que nada tem de seu Pay, bens, ou substancia, e he alheya delle, d. L. cum oportet 6. vers. non ex substancia, Mend. d. L. 6. n. 73. Guerr. n. 4. Valasc. d. n. 1. dix. §. 1. Inst. per quas pers. cuiq. adquir. tom. 1.



T I T. 12.

Quibus non est permissum facere testamentum.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ij, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis ijs, quos antea enumeravimus, & præcipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris adquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate divi Augusti, quam Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea vero subscriptione divi Hadriani, etiam

Liv. 2. Tit. 12. Quibus non est permiffum facere testament. pr. 15
 tiam dimiffis á militia, id est, ve-
 teranis concessum est. Itaque si qui-
 dem fecerint de castrensi peculio tes-
 tamentum; pertinebit hoc ad eum,
 quem heredem reliquerunt, si vero
 intestati decesserint, nullis liberis
 vel fratribus superstitionibus: ad pa-
 rentes eorum jure communi pertine-
 bit. Ex hoc intelligere possumus:
 quod in castris adquisierit miles,
 qui in potestate patris est neque ip-
 sum patrem adimere posse, neque
 patris creditores id vendere, vel
 aliter inquietare, neque patre mor-
 tuo cum fratribus commune esse: sed
 scilicet proprium ejus esse, qui id in
 castris adquisierit: quanquam jure
 civili omnium, qui in potestate pa-
 rentum sunt, peculia perinde in bo-
 nis parentum computentur, ac ser-
 vorum peculia in bonis dominorum
 numerantur: exceptis videlicet ijs,
 quæ ex sacris constitutionibus, &
 præcipue nostris, propter diversas
 causas non adquiruntur, præter hoc
 igitur, qui castrense peculium vel
 quasi castrense, habent, si quis
 alius filiusfamilias testamentum fe-
 cerit, inutile est, licet sua potesta-
 tis factus decesserit.

Nem todos podem fazer testa-
 mento; porque o filhofamilias o não
 pôde fazer, ainda que seu pay con-
 sinta; exceptuando aquelles de que
 agora acabámos de falar, e principal-
 mente o soldado, ao qual he per-
 mettido, por Constituições dos Em-
 peradores, fazer testamento do que
 adquire na guerra: o que antiga-
 mente só se concedia aos que me-
 litavaõ, por determinação dos Em-
 peradores Augusto, Nerva, e grande
 Trajano, e depois se concedeo aos
 jubilados na guerra, e veteranos, ou
 aposentados pelos seus serviços, por
 Adriano. Assim que, se fizerem tes-
 tamento do peculio castrense, a He-
 rança pertence ao herdeiro institui-
 do: se morrerem intestados, sem fi-
 lhos, nem irmãos, pertencerá aos

pays, conforme o Direito commum.
 Donde se entende, que o que o fi-
 lho adquire pela guerra, estando
 no patrio poder, nem o mesmo pay
 lho pôde tirar, nem os credores pa-
 ternos, (por adquirido na Guer-
 ra) nem por outro modo se pôde in-
 quietar; nem pelos irmãos, morto
 o pay; por não ficar commum, mas
 proprio do que o adquirio na guer-
 ra: ainda que por Direito Civil, os
 peculios, de todos os que estão no
 patrio poder, se contaõ entre os
 bens paternos, e os dos escravos,
 bens dos senhores; excepto aquel-
 las cousas, que conforme as Con-
 tituições, principalmente as nos-
 sas, se não podem adquirir por di-
 versas causas. Se o filhofamilias tes-
 tar, além do peculio castrense, e
 quasi castrense, o faz inutilmente,
 ainda que morra em tempo, que es-
 teja no seu poder.

Remiff.

O Que está no poder de seu pay, e
 (filhofamilias) não pôde fa-
 zer testamento, ainda que o pay lho
 permitta, *L. qui in potestate paren-
 tis est, testamenti faciendi jus non
 habet, adeo ut quanvis pater ei
 permittat 6. ff. qui testam. fac. poss.
 Ord. lib. 4. tit. 81. §. 3. & tit. 83. §. 1.
 vers. por tanto & vers. ainda que lho
 seu pay consinta Portug. prælud. 2.
 §. 3. n. 107. P. Pinh. testam. disp. 1.
 sect. 4. n. 117.* e a ley das 12. taboas 2
 de que descende o direito de testar,
 só Jallou do pay de familias, e não
 do filhofamilias.

E o patrio poder, dura em toda 3
 a vida, e em quanto se não disol-
 ve, por algum dos modos de o re-
 solver, *Ord. lib. 4. d. tit. 81. §. 3. ibi-
 item não pôde fazer testamento o
 filhofamilias, que he aquelle que
 está debaixo do poder de seu pay;
 e isto de qualquer idade que seja,
 posto que o Pay lho permitta, e
 consinta, Arouca adn. L. 3. n. 2. ff.*
 his

- his qui sunt sui* dix. pr. *Inst. patr. postest. Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 5. n. 57.*
4. He visto que o § não falla do escravo que está em dominio, nem podia vir em duvida; porque o Direito Civil o tem por nada, *L. 32. tom. 5. & dix. L. 22.* e por morto, *L. 209. eod.* nem tem vontade, *L. 4. eod.* nem dominio, nem posse, ou obrigação sua, *dix. tit. Inst. per quas pers. cuiq. & tit. per quas pers. nob. & §. 1. Inst. his qui sui vel alien. jur.* nem ainda pôde ser testemna no testamento alheyo, por não ter comunidade civil, *L. qui testamento 20. §. servus quoque ff. qui testam. fac. poss. §. testes 6. Inst. testam. ordin. Ord. lib. 4. tit. 85. pr. ver. nem o escravo.*
5. No filhofamilias, poderia haver duvida; porque tem habilidade para a acção, e obrigação, *L. filiusfam. ex omnibus causis tam quam paterfam. obligatur ff. oblig. & act. L. tam ex contractib. 57. ff. de judic.* e por isso se acatou, e lhe he prohibido, (posto que pôde doar a causa da morte, com consentimento paterno, *Portug. prælud. 2. §. 3. num. 107.*) porque onexo do patrio poder lhe impede a plena liberdade, e ser pessoa integra, *Civil, Mesing. h. §. n. 2. Arpr. h. §. n. 4.* nem tem querer, o que está no poder paterno, *d. L. 4. tom 5.* e o testar, deve de não depender do arbitrio alheo, *L. illa institutio 32 ff. hered. instit. dix. pr. Inst. testam ordin. n. 29.*
7. Nem, em verdade, tem de que possa testar, *Ulpian. fragm. tit. 21. de testam. §. 9. filiusfam. testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit L. Lex. Cornelia 28 ver. si vivo patre, & ver. quia non efficitur per eam ut is qui nulla bona in civitate reliquit, heredes habeat ff. vulg. & pupil. subst. Arpr. h. §. n. 6. Cald. tit. Inst. de inoffic. testa. n. 29. Portug. d. prælud. 2. §. 3. n. 107.* e de Direito antigo tudo adquiria para seu pay, *ut §. 1. Inst. per quas pers. cuiq. ubi*

dix. e do direito novo.

O filhofamilias, soldado do seu adquirido pela guerra, bem pôde testar, *ut h. pr. Inst. & dix. tit. præced. Ulp. d. §. 9. sed Divus Augustus Marcus constituit ut filiusfamilie miles de eo peculio quod in castris acquisivi testamentum facere posse Ord. lib. 4. d. tit. 81. §. 3. & tit. 83. §. 1.* porém he sujeito á *Ord. lib. 4. tit. 91. & tit. 82. Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 5. n. 64. 65. cum P. Pinheir. & Portug.*

De volver aos pays: *argum. L. 3. & L. 4. Cod. bon. quæ liber. L. fin. Cod. comm. de success. Novel. 118. cap. 2. dos irmãos infra lib. 3. tit. primo.*

Nem os credores, paternos, podem vender os bens do filho soldado, nem são communs aos irmãos, *L. ex nota 10 ff. castr. pecul. L. 3. §. pen. ff. de minor. L. 1. §. nec castrense 15. de collat.*

Se o filhofamilia testar fóra dos peculios, ainda que morra já de seu direito, he inutil, *ut h. pr. Inst. fin. L. si filiusfam. 19. ver. quia nullæ sunt tabulæ testamenti ff. qui testam. fac. poss. aonde o mesmo do escravo, que morre livre, vide, §. 1. h. t. porque o vicio ao principio, se não pôde convalidar, §. 1. h. t. pr. dix. L. quod initio 29. L. 201. & L. 210. tom. 5. P. Pinheir. de testam. disp. 1. sect. 1. §. 1. n. 4. (dos peculios, tit. præced. fin.) se com clausula codicillar, ou doação a causa da morte, poderá, com permissão paterna? defende *Portug. prælud. 2. §. 3. n. 107. Molin. tr. 2. disp. 268. n. 26. Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 5. n. 61. 62. & 63. vide, P. Pinheir. testam. disp. 1. sect. 4. à n. 132. & 136.**

§. 1. Præterea testamentum facere non possunt impuberes: quia nullum eorum animi iudicium est. Item furiosi: quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes, postea pubes: aut furiosus, postea compos mentis factus fuerit, & decesserit.

Liv. 2. Tit. 12. Quibus non est permiffum facere testament. §. 1. 17
cesserit. Furiosi autem, si per id
tempus fecerint, testamentum, quo
furor eorum intermissus est: jure
testati esse videntur, certé eo, quod
ante furorem fecerint, testamento
valente. Nam neque testamentum
recte factum, neque ullum aliud
negotium recte gestum, postea fu-
ror interveniens perimit.

O menor de 14. annos, e a femea
menor de 12. não pôde fazer testa-
mento, pela total falta de juizo:
nem o furioso, por carecer de enten-
dimento; nem lhe aproveita mor-
rer na puberdade, ou ao furioso o
tornar a seu juizo: ainda que o fu-
rioso se fizer testamento fóra do
furor, testa legitimamente; porque
vale o que fez antes do furor. E
tanto o testamento, como qualquer
outro negocio legitimo, feito an-
tes do furor, se não perime pelo fu-
ror superveniente.

Remiff.

1 O menor de 14. annos, e femea
menor de 12. ou pupillo, não pôde
fazer testamento legitimo, *L. qua
etate 5. ff. qui testam. fac. L. si fra-
ter 4. Cod. eod. L. 19. §. 1. ff. capt. &
postl. revers. adde L. 9. 10. & 11. ff.
qui testam. fac. Ord. lib. 4. tit. 81. pr.
Portug. lib. 3. cap. 15. P. Pinheir. tes-
tam. disp. 1. sect. 1. §. 1. n. 2. & 3. não
tem juizo, L. fin. Cod. de testam. mi-
lit.*

2 He inutil, ainda que morra na
puberdade, *h. §. 1. Inst. & supr. fin.
pr. & n. 13. & 14. Portug. d. cap. 15.
n. 36. P. Pinheir. prox. n. 4. Guerr.*

3 *tr. 2. lib. 3. cap. 5. num. 55. O mes-
mo no furioso, L. furiosum 9. Cod.
qui testam. dix. L. in negociis 5. &
L. 40. tom. 5. Ord. lib. 4. tit. 81. pr.*

4 *P. Pinh. d. sect. 1. §. 2. n. 5. e pertence
a todos os que carecem de entendi-
mento, L. 2. L. 13. ff. inoffic. testam.*

5 Razaõ, pelo vicio ao principio, *ut
h. §. Inst. & pr. h. t. & pr. Inst. ex hæ-*

red. liber. & L. 29. tom. 5.

O feito antes do furor, ou ou- 6
tro negocio, vale, *ut h. §. L. 9. Cod.
qui testam. fac. poss. d. L. 2. §. 4. dix. d.
L. 5. tom. 5. L. fin. ff. injust. rupt. tes-
tam. L. 1. §. 9. ff. bon. poss. sec. tab. Ord.
lib. 4. tit. 81. pr. e a razaõ he, por- 7
que o acto huma vez util, perfei-
to, e consumado, se não vicia,
ainda que chegue o caso, em que
não podia ter principio, *L. 85. §. 1.
tom. 5. dix. d. L. 5. & L. 29. eod. & in-
fra §. 14. Inst. legat. & in cap. factum
73. tom. 7. Peg for. cap. 4. n. 32.**

O furor superveniente, não dis- 8
solve o Matrimonio, ainda que com
elle se não pôde contrahir, *cap. hi
qui matrimonium Jani 25. cap. ne-
que furiosus 26. caus. 37. quest. 7:
cap. dilectus de sponsalib. L. furor 8.
ff. sponsal. L. patre furioso 8. & ibi
Arouc. adn. n. 36 ff. his qui sunt sui
dix. d. cap. 73. tom. 7. n. 2 & 4. não se 9
confidera a qualidade que concorre
*extra propositum, dix. d. L. cap. 73.
tom. 7. num. 4. L. fin. §. fin. ff. precar.
Arouc. adn. d. L. 8. n. 35. O aprezen- 10
tado pelo padroeiro possuidor, não
se remove, ainda que o padroeiro
decahia do padroado, cap. consul-
tationibus 19. & ibi glos. jur. patr.
dix. d. cap. 73. n. 3. tom. 7. Cessando a 11
causa, sim cessa o effeito, Barb.
*ax. 40. n. 4. & 20. porém não cessa, 12
se tinha produzido effeito consu-
mado, Barb. d. ax. 40. n. 21. Cancer.
2. var. cap. 11. n. 95. & 96. como nos
ditos casos:***

Nos contratos do furioso, deve- 13
mos entender dos já perfeitos; por-
que muitos se trataõ, e se não con-
cluem, *Almeid. num. quin. allegat. 8.
Peg 2 for. pag. 602. col. 2. e da sua 14
conclusaõ, devem jurar as teste-
munhas, para prova delle, Car-
dos. verb. testis n. 83. Gam. dec. 82.
n. 3. Reinos. obs. 48. n. 11. Nogueirol.
allegat. 26. n. 68. Actolin. resolut. 5.
n. 27.*

Testamento do furioso, que pro- 15
vas de actos extrinsecos requiere: das

testemunhas reprovadas : do con-
curto de humas o affirmarem, e ou-
tras o negarem, Gam. dec. 98. dec.
100. & 302. Reinos. obs. 32. Maced.
dec. 2. Phab. dec. 78. Arouc. allegat.
82. P. Pinh. testam. disp. 1. sect. 1. §. 2.
Cald. conf. 24. Valasc. conf. 145. Por-
tug. lib. 3. cap. 15. Peg. ad Ord. lib. 1.
tit. 50. pr. glos. 3. cap. 6. pag. 251. tom.
4. sentenças, e tençoens de Peg. 2.
for. cap. 20. ex pag. 1177. 1179. &
seqq. Farinac. fragm. verb. furor n.
275. Actolin. resol. 26.

§. 2. Item prodigus, cui bono-
rum suorum administratio interdi-
cta est, testamentum facere non po-
test: sed id, quod antè fecerit,
quam interdictio bonorum suorum
ei fiat, ratum est.

O Prodigio, a que está interdi-
cta a administraçãõ dos bens, não
põde testar; mas o testamento, fei-
to antes da interdiçãõ, he firme.

Remiss.

Este §. do Prodigio interdicto,
he tresladado da *L. si cui lege bonis
interdictum est, testamentum face-
re non potest: & si fecerit ipso ju-
re non valet: quod tamen interdi-
ctione vetustius habuerit testamen-
tum, hoc valebit* 18 ff. qui testam.
fac. poss. Ord. lib. 4. tit. 81. §. 4. (vide
Novel. Leon. 39.) Peg. tom. 4. ad Ord.
lib. 1. tit. 50. n. 292. 293. ubi judicat.
cum d. L. 18. & h. §. pag. 272. Cobed.
dec. 171. cum d. L. 18 & h. §. P. Pinh.
testam. disp. 1. sect. 2. à n. 32. tanto
antes da interdiçãõ, como do furor,
supr. d. §. 1. & Ord. d. tit. 81. Dos pro-
digos proveo a Ord. lib. 1. tit. 88. §.
45. & lib. 4. tit. 103.

§. 3. Item surdus, & mutus non
semper testamentum facere possunt.
Utique autem de eo surdo loqui-
mur, qui omninõ non exaudit, non
qui tardè exaudit, nam & mutus

is intelligitur, qui eloqui nihil po-
test, non qui tardè loquitur, sepè
enim etiam literati & eruditi homi-
nes varijs casibus & audiendi &
loquendi facultatem amittunt. Un-
de nostra constitutio etiam his sub-
venit, ut certis casibus & modis se-
cundum normam ejus possint testari,
aliaque facere, quæ eis permissa
sunt. Sed si quis post testamentum
factum, adversa valetudine, aut
quolibet alio casu mutus aut surdus
esse cæperit, ratum nihilominus ma-
net ejus testamentum.

O Surdo, e Mudo, nem sempre
põdem fazer testamento : falla do
que totalmente não ouve, e não do
que ouve tardamente. O mesmo he
a respeito do Mudo. E porque al-
gumas vezes a contece, que ho-
mens letrados, e eruditos perdem
a faculdade de ouvir, e falar; nos-
sa Constituiçãõ os soccorre, para
que em certos casos possaõ testar,
e fazer outras cousas, conforme dis-
poem : mas a surdez, ou mudez ao
testamento, o não infirma.

Remiss.

Este §. do Surdo, e Mudo, par-
te, he tirado da *L. qui in potestate
6. §. surdus & mutus ff. qui testam.
fac. poss.* e parte, da *L. discretis
surdo & muto 10. Cod. qui testam.
fac. poss. vel non.* em que está in-
serta aquella Constituiçãõ mencio-
nada no §. comprova a Ord. lib. 4.
tit. 81. §. 5. que na segunda parte
attendeo á Constituiçãõ. Do modo
antigo, *L. si mutus, aut surdus ut
liceret sibi testamentum facere à
Principe impetraverit: valet tes-
tamentum 7. ff. qui testam. fac.* P. Pi-
nh. de testam. disp. 1. sect. 1. §. 3. à n.
21. A superveniencia não vicia o
testamento, ut §. 1. 2. & h. §. 3. do
furioso, e prodigo.

§. 4. *Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex divi Justinii patris nostri introduxit.*

O cego, não pôde fazer testamento, salvo conforme a Ley do Emperador Justino nosso Pay.

Remiss.

I Este §. do cego, e Ley de Justino, he summado da mesma Constituição, *L. hac consultissima lege sancimus ut carentes oculis §. Cod. qui testam. fac. poss. Michalor. tract. de cæc. Surd. & mut. cap. 5. P. Pinh. testam. disp. 2. sect. 7. §. 7. n. 216. da praxi n. 220.*

§. 5. *Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit, sed quod, dum in civitate fuerat, fecit: sive redierit, valet jure postliminij: sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.*

O presoneiro, cativo dos inimigos, não pôde testar, nem vale, ainda que torne á liberdade; mas o testamento feito antes, he valido; se tornar, pelo Direito do *Postliminio*, e morrendo cativo pela Ley *Cornelia*.

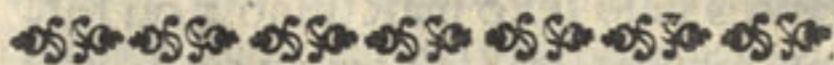
Remiss.

I Este §. dos que estão no poder dos inimigos, se confirma, *L. ejus qui apud hostes, testamentum quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit §. pr. ff. qui testam. fac. poss. L. lege Cornelia testamenta 12. ff. qui testam. fac. L. 1. & L. captum ab hostibus 9. Cod. de postlim. revers. P. Pinh. testam. disp. 1. sect. 2. §. 1. à n. 25. sed à n. 28. Arouc. adn. L. & servorum 5. §. 1. n. 19. med. & seqq. & n. 4. ff. stat. hom. vide, Valasc. quest. 37. & à n. 9. Peg. for. cap. 20. n. 64.*

Tom. II.

Fingisse morto, logo que foy cativo, se morreo no cativo, pela Ley *Cornelia*, *dix. §. si ab hostibus 5. Inst. quib. mod. jus patr. potest. solvit.* E se tornou do cativo, fingesse, que não esteve cativo, *ut h. §. & dix. d. §. 5. Inst. quib. mod. jus patr. Arouc. d. L. & servorum 5. §. 1. sub n. 19. ff. stat. hom. dix. L. 141. n. 2. tom. 6.*

Este direito, não está em uso, ainda que o Christão esteja cativo em Turquia, nem he cativo, pela guerra justa da parte do Christão; *Valasc. conf. 30 n. 3. P. Pinheir. testam. disp. 1. sect. 2. §. 1. num. 29. & 30.* De outros cativos falla a *Ord. lib. 4. tit. 81. §. 4. vers. nem o escravo*, e daquelles que não podem testar, por se reputarem os bens de seus senhores, *jure gentium*, e lhe succedem como intestado, *Mesinger. cent. 2. obs. 23.*



T I T. 13.

De Exheredatione Liberosum.

Non tamen ut omnino valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat: alioqui si eum silentio preterierit, inuliter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus, & alijs per virilem sexum descendantibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observandum: sed si non fuerant scripti heredes scriptæve, vel exheredati exheredatæve: testamen-

C ij

tum

tum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur, sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredati videtur, siue ita exheredetur, Titius filius meus exheers esto: siue ita, filius meus exheres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.

Naõ basta a observancia do que fica dito, para a validade do testamento: porque, o que tem filho, no seu poder, o deve instituir herdeiro, ou desherdalo, nomeadamente; e se o preterir, testa inutilmente: tanto, que sobrevivendo o Pay, fica intestado, por naõ valer desde o principio. Porém a Antiquidade, o naõ observa assim, a respeito das filhas, nem dos mais descendentes pelo sexo masculino; ou fossem baroens, ou femeas; e ainda que naõ fossem escritos herdeiros, ou herdeiras, desherdados, ou desherdadas, naõ se annullava. Com tudo o Direito de accrescer os soccorria tẽ certa porçãõ: nem era necessario aos pays desherdar aos ditos, nomeadamente, por lhe ser licito desherdar, entre outros modos, por este modo nomeadamente: *Ticio meu filho seja desherdado*: naõ expressando o nome: *meu filho seja desherdado*, se naõ tinha outro.

Remiss.

- 1 **O** Que tem filho, no poder, o deve instituir herdeiro, ou desherdar, e nomeadamente, tendo mais de hum, aliãs naõ ficará desherdado, *L. 1. & L. 2. & L. 3. ff. liber. & posth. hered. inst. vel exhered.*
- 2 que he huma exclusãõ da herança, como devida pela Ley, *Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 1. n. 1 & 2. & 102.* Com
- 3 tanto que o seja pelas causas da *Auth.*

cum de appellationib. §. illud quoque capitulum & trib. seqq. & Ord. lib. 4. tit. 88. Guerr. d. lib. 2. cap. 1. n. 4. & 113.

O herdeiro instituido, querendo a herança, deve de provar a causa da desherdação, *L. omnimodo 30. Cod. inoffic. testam. Novel. 115. cap. 3. Ord. lib. 4. tit. 82. §. 2. Guerr. d. cap. 1. n. 121. & 123.* mas basta provar huma causa, *Guerr. n. 122. ubi DD.*

He visto desherdar por aquellas 6 palavras, *L. 2. ff. liber. & posth.* expresso o nome, e cognome, *L. 1. ff. eod. tit.*

Se naõ instituiu, nem desherdou, e o preterio, he nullo, e roto, *L. inter cætera 30. ff. liber. & posth. L. 1. L. filio 17. ff. injust. rupt. irrit. fact. testa. Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1.* e he nullo ipso jure, *glos. in d. L. inter cætera 30. ff. liber. & posth. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 4.* o filho, he quasi senhor, vivo o pay, *L. in suis heredibus 11. ff. liber. & post.*

Nem se convalida, ainda que o pay lhe superviva, *L. si filius in potestate 7. ff. liber. & posth.* pelo vicio ao principio, *pr. Inst. & §. 1. quib. non est permiff. fac. testa. L. 29. L. 201. & 210. tom. 5. Arpr. h. pr. n. 9. & 10. Gom. 1. var. cap. 11. num. 4. vers. quartus effectus.*

Direito novo, *§. sed hæc 5. Inst. h. t.* Do Reyno, *Ord. lib. 4. tit. 82.* nem perquerimos do patrio poder; e por esta *Ord.* pòde o pay dispor lómente da terça; e as duas partes saõ do filho, ou filhos.

Na preterição, he nullo, quanto á instituição, mas os legados valem, na concurrente quantia de que pòde testar, *Ord. d. tit. 82. §. 1.* posto que resista a *L. 1. L. preterito 17. ff. injust. rupt. L. inter cætera ff. liber. & post. L. maximum vitium Cod. liber. prat.* nem nos obsta a *L. 7. tom. 5.* nem se diga mudado; *Novel. 115. cap. 3. fin. Cujac. d. L. 17. Ant. Matheu de success. disp. §. n. 4.* Causas do Pay para o filho, *Ord. lib. 4. tit. 88.*

Do filho para o pay, Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1. *Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 1.*

15 Se deve valer a nomeação do prazo na preterição, e se a Ord. lib. 4. tit. 37. §. 4. falla do *absolutè nullo*, e se entenda pela Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1. visto que a nomeação he legavel, Peg. for. cap. 9. ex n. 295. & ex n. 503. Peg. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 62. cap. 3. glos. 5. n. 17. & 18. *Fragos regim. reip. tom. 3. lib. 6. §. 23. num. 10. & 11. Valasc. allegat. 61. Peg. for. d. cap. 9. num. 517. & 518. Cald. for. quest. 26. Phab. dec. 30 & 123. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 3. n. 28. & cap. 4. n. 98. Valasc. conf. 61. Phab. dec. 13. n. 32. P. Pinh. emphit. disp. 4. sect. 7. §. 3. n. 130. disp. 6. sect. 5. §. 7. n. 94. 95. & 96. P. Molin. tr. 2. disp. 315.*

16 Tendo clausula codicillar, Peg. for. cap. 9. num. 296. ubi DD. Phab. dec. 13. num. 34. *Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 19. n. 4. vide, tom. 5. L. 8.*

17 & ibi §. *Emphiteuta*: em hum, e outro caso, julgara a nomeação, visto ser legavel.

§. 1. *Posthumi quoque liberi, vel heredes institui debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod & filio posthumo, & quolibet ex ceteris liberis, siue femini sexus, siue masculini, preterito: valet quidem testamentum, sed postea adgnatione posthumi siue posthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua postumus aut posthuma sparabatur, abortum fecerit: nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed femini quidem sexus personæ vel nominatim, vel inter ceteros exheredari solebant: dum tamen, si inter ceteros exheredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur preterite esse per oblivionem. Masculos verò posthumos, id est, filios, & deinceps, placuit non aliter rectè exheredari nisi nominatim exheredarentur: hoc scilicet*

modo, quincunque mihi filius genitus fuerit, exheres esto.

Os filhos posthumos, rambem devem ser instituidos, ou desherdados: e nisto todos são iguaes, que preterido o Posthumo, ou qualquer outro descendente, de ambos os sexos, vale o testamento; porèm depois pelo nascimento do Posthumo, ou Posthuma, se rompe. E por isso, se a mulher, de que se esperava o parto, abortar, não ha impedimento para os herdeiros instituidos aceitarem a herança: mas as femeas se costumavaõ desherdar, ou com nomeação particular, ou entre os mais; com tanto, que sendo desherdadas entre os mais, lhe fosse legada alguma cousa, para não ser visto serem preteridas por esquecimento. E quanto aos baroens posthumos, filhos, ou netos, ou bisnetos, não de outro modo se desherdavaõ, se não expressamente nomeados, como deste modo: *Qualquer filho meu, que nascer depois de minha morte, fique desherdado.*

Remiss.

Este §. do postumo dever ser instituido, ou desherdado, e que pelo nascimento rompe o que estava valido, se confirma, *L. quod dicitur 12. ff. liber. & posth. L. 1. & 3. Cod. eod. L. 3. & 8. ff. injust. rupt.*

Direito novo, §. 5. *Inst. h. t. Ord. lib. 4. tit. 82. §. fin. vers. e he vivo ao tempo da morte do pay, Gom. 1. var. cap. 11. & n. 4.*

Do filho exciso do ventre, *dix. L. 141. tom. 6. cum d. L. quod dicitur 12. ff. liber. & posth. Arouc. L. 7. n. 14. & L. 12. n. 8. ff. stat. hom.*

A Ord. d. lib. 4. tit. 82. pr. & §. 1. falla do que o sabia; e no §. fin. do que ignorava o filho: e no §. pen. faz reciproco, a respeito do ascendente, como o he a successão, *Cordeir. dub. 15. n. 2.*

§. 2. *Posthumorum autem loco sunt & hi, qui in sui heredis locum succedendo, quasi adgnascendo fiunt parentibus sui heredes: ut ecce, si quis filium, & ex eo nepotem neptemve in potestate habeat: quia filius gradu præcedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos, quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus: incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum heredum quasi adgnatione nansciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum: sicut ipsum filium vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debet testator, ne non jure faciat testamentum: ita & nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere. vel exheredare: ne forté eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve, quasi adgnatione rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleia provisum est, in qua similis exheredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.*

Estaõ em lugar de posthumos, os que succedem em lugar de herdeiros seus, como por via de se succederem huns aos outros: como neste exemplo, se algum tem filhos em seu poder, e deste filho, nêto, ou nêta, pelo filho ser primeiro em grão, tem os direitos de herdeiro seu, ainda que tambem o nêto, ou nêta estejaõ no seu poder. Mas se o filho morrer, ficando o avo vivo, ou por outra razaõ o filho sair do patrio poder, começa o nêto, ou nêta a estar no lugar de succeder, e deste modo alcança os direitos de herdeiro seu, como por via de agnação. Pois para que seu testamento se não rompa, pelo dito modo, deve o testador, assim como se fora filho, instituilo herdeiro, ou des-

herdalo, nomeadamente, ao nêto, ou nêta; porque morto o filho, com nêto, ou nêta, tompem o testamento, como por via de agnação: como proveo a Ley Julia Velleia, na qual se mostra semelhante modo de desherdar, à semelhança de posthumos.

Remiss.

Este §. dos quasi posthumos, ou nêtos, he á letra da *L. posthumorum loco sunt 13. ff. injust. rupt. irrit. fac. testa.* da Ley Velleia, *L. Gallus 29. ff. liber. & posth. vide, Ord. lib. 4. tit. 82. §. 4.*

O Summario de *Bart. in d. L. 13. 2* diz, que tirado o filho do meyo, entra o nêto em lugar de herdeiro seu; e que o testamento se rompe, se não for instituido, o desherdado.

Na falta de filho, succede o nêto, ou outro descendente do defuncto, *ut lib. 3. tit. 1. Novel. 118. Ord. lib. 4. tit. 96.*

§. 3. *Emancipatos liberos jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est: quia non sunt sui heredes. Sed prætor omnes, tam fæmini sexus, quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari jubet: virilis sexus nominatim: fæminini veró inter ceteros: quia si neque heredes instituti fuerint, neque ita (ut diximus) exheredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

Por Direito Civil, não he necessario instituir, nem desherdar aos filhos, emancipados; porque não são herdeiros seus: mas o Pretor manda que todos sejaõ desherdados, ou machos, ou femeas, se não forem instituidos; e os baroens, nomeadamente, e ás femeas, entre os mais; porque a não ser assim, instituir,

tituir, ou desherdar, como dissémos, lhes promette a possessão de bens contra as taboas, (ou escriptura) do testamento.

Remiss.

1 Este §. dos emancipados, se confirma, *L. si emancipatus 6. ff. bon. poss. cont. tab.* e aquidade pretoria he clara, *L. cum ratio 7 ff. bon. damnat.* aonde diz, que a legiti se deve *jure naturæ*: e o direito do sangue não pôde ser derogado *jure civili*, *dix. L. 8. tom. 5.*

§. 4. *Adoptivi liberi, quandiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptijs quæsi, itaque heredes instituendi, vel exheredandi sunt secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero à patre adoptivo, neque jure civili, neque (eo jure,) quod ad edictum prætoris atinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso (quod ad naturalem parentem atinet) quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur: ut eos neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit, cum vero emancipati fuerint ab adoptivo parte: tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si à naturali patre emancipati fuissent.*

Os filhos adoptivos, em quanto estão no poder do pay adoptivo, tem o mesmo Direito que os nascidos de Matrimónio; e assim devem de os instituir, ou desherdar, como dissémos dos naturaes. Porém sendo emancipados pelo pay adoptivo, nem por Direito Civil, nem Pretorio, se contaõ entre os filhos; pela qual razaõ passa o contrario no pay natural, por serem havidos por estranhos, em quanto estão na familia adoptiva; e não ha necessida-

de de os instituir, ou desherdar. E sendo emancipados pelo pay adoptivo, tornaõ a ser de Direito em que haviaõ de ficar, se fossem emancipados pelo pay natural.

Remiss.

Este §. dos adoptivos, se confirma *L. 1. & tot. tit. ff. adopt. & ibi Arouc. adn tom. 1. tit. 7. & L. si te parens 5. Cod. suis & legit liber. L. 1. pr. & § 6. L. 3. §. 2 ff. bon. poss. cont. tab.*

Limita-se, e se emenda, §. 5. *2 Inst. h. t. L. pen. Cod. adopt. L. 1 §. 4 ff. und. cognat. emancip. L. 4. ff. si tab. testam. §. admonendi 13. Inst. hered. quæ ab intest. defer.*

§. 5. *Sed hæc quidem vetustas introducebat, nostra verò constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimans: quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua (duodecim tabularum) omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & prætores postea secuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & filijs, & in filiabus, & in cæteris descendantibus per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam posthumis, introduxit: ut omnes, sive sui, sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmamanda, & hereditatem auferendam, quem filij sui vel emancipati habent sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem (filios) certam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.*

A antiguidade, introduzia estas cousas: porém nossa Constituiçaõ, enten-

entendeo não haver differença entre baroens, e femeas, quanto a este Direito; por serem iguaes na procreação, e a Ley das doze taboas chamar a todos igualmente para a successão do intestado, o que he visto seguiraõ os Pretores; por isso introduzio hum Direito simples, e semelhante, tanto nos filhos, como nas filhas, e mais descendentes por linha de barão, não só nascidos, mas posthumos; para que todos, ou sejaõ herdeiros *seus*, ou emancipados, os instituaõ, ou desherdem, nomeadamente, e tenhaõ as filhas o mesmo Direito contra o testamento de seus pays, que tem os filhos herdeiros *seus*, ou emancipados, ou nascidos, ou postumos. Quanto a os filhos adoptivos fizemos certa differença, em outra Constituição, sobre elles feita.

Remiss.

1 Este §. do Direito novo, correctivo do antigo, acima contado, se prova da grande *L. maximum vitium antiquae subtilitatis praesenti lege corrigimus 4. Cod. liber. praeter.* e pela *L. lege duodecim tab. bene humano generi prospectum est 14. Cod. legit. hered. vide, Novel. 115. cap. 3. pr. Novel. 118. cap. 1. & L. 5. Cod. legit. hered. L. 7. §. 1. ff. und. liber. L. 7. pr. ff. bon. damnat. d. Novel. 115. cap. 5.*

2 Quanto á nova divisaõ dos Adoptivos, *L. pen. sive, L. cum in adoptivis filiis 10. Cod. de adopt.* que he a outra Constituição o que o §. se refere.

§. 6. *Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos, vel posthumos nominatim non exheredaverit, sed (silentio) praeterierit, non ignorans, an habeat liberos; silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere, constitutionibus principum cautum est.*

Se o soldado, occupado na expedição militar, fizer testamento, e não desherdar seus filhos nascidos, ou posthumos, nomeadamente, mas os preterir, passando-os em silencio, sabendo que os tinha; a pretiricaõ, e silencio, valha por desherdação, nomeadamente feita, como está acautelado nas Constituições Imperiaes.

Remiss.

Este §. do soldado, se prova, e explica, *ex L. qui jure militari testatur 7. ff. testam. milit. L. sicut 9. & L. 10. Cod. eod.* Mas parece correcto, *Novel. 115. cap. 3. pr.* ou que o pôde ser *ratione §. preced. Constituições L. 9. & L. 10. Cod. testam. milit.*

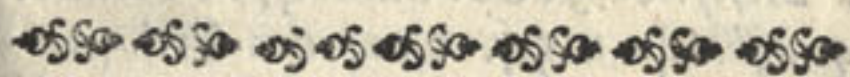
§. 7. *Mater, vel avus maternus, necesse non habent liberos suos, aut heredes instituere, aut exheredare: sed possunt eos silentio omittere, nam silentium matris, aut avi materni, & ceterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium familiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare necesse est: sive de jure civili queramus, sive de edicto praetoris, quo (praetor) praeteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem permittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.*

A mãy, ou avó materno, não tem necessidade de instituir, ou desherdar seus filhos, ou netos: mas os podem preterir; porque o silencio da mãy, e avó materno, e mais ascendentes maternos, faz tanto como a desherdação paterna: ou se perquirá do Direito Civil, ou Pretorio, pelo qual o Pretor admitte

te á possessão dos bens aos filhos preteridos, contra o testamento; porque outro socorro tem, como abaixo se dirá.

Remiss.

- 1 Este §. do testamento da mãy, e avó materno, se corrobora, L. 4. §. 2. ff. bon. poss. cont. tab. L. 27. §. fin. ff. inoffic. testam. L. 3. & L. 15. Cod. eod. tit. Correto, Novel. 115. cap. 3. pr. Direito Civil, §. 5. Inst. h. t. Edicto do Pretor, L. 3. L. 1. & L. 4. ff. bon. poss. cont. tab. mais abaixo se dirá, tit. 18. Inst. inoffic. testam. L. 8. ff. bon. poss. cont. tab.



T I T. 14.

De Heredibus instituendis.

Heredes instituere permissum est tam liberos homines, quam servos: & tam proprios quam alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter, quam cum libertate, recte instituere licebat: hodie vero etiam sine libertate, ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam equius erat, & Atillicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. Proprium autem servum etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est tamen casus, in quo nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi & Antonino cavetur, cujus verba haec sunt: Servum adulterio maculatum, non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerat ejus-

Tom. II.

dem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eundem à domina collata heredis institutio, nullius momenti habeatur. *Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet.*

He permittido instituir por herdeiros, tanto aos homens livres, como aos escravos: e tanto aos escravos proprios, como aos alheios. Antigamente, no parecer de muitos, não era licito instituir aos escravos proprios, sem liberdade, e agora o he por huma nossa Constituição; o que introduzimos, não por innovação, mas por justo, e haver agradado a Attilino, como escreveo Paulo. Tambem he escravo proprio, aquelle em que o testador tem a nuda propriedade, e outro o usufruto. Da-se caso, em que, nem com liberdade, se pôde instituir pela senhora, como se acautelou em Constituição dos Emperadores Severo, e Antonino, cujas palavras são estas: *Razão há para que o escravo maculado de adultério, não seja visto ficar manumetido no testamento dessa mulher, ré do mesmo crime, antes da sentença; e porque assim he, porque não será o mesmo na instituição de herdeiro que ella lhe fez? Escravo alheio he tambem, o em que o testador tem sómente o usufruto.*

Remiss.

I Nstituir herdeiro, ou numcupativo, L. 1. ff. hered. instit. Ord. lib. 4 tit. 80. & §. fin.

A instituição de herdeiro, de qualquer dos modos, he cabeça, e fundamento do testamento, §. 34. Inst. legat. porque não ha testamento sem herdeiro, d. L. 1. ff. h. t. §. 2. Inst. fideic. hered. Peg. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 50. cap. 2 n. 67. pag. 245. ubi jur. & DD. tanto, que se não aceitar a herança, morre intestado, pr. Inst. hered. quae abintest. difer. L. si

D

nemo.

- nemo subit hereditatem 181. tom. 5.
L. intestatus 64. tom. 6. *Ord. lib. 4. tit. 87. §. 8. Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 5. n. 196. pr.*
- 5 Quanto ao modo das palavras, hoje pouco importa, com tanto que conste da vontade, e sua intenção, *L. quoniam indignum est* 15. *vers. placuit ademptibus Cod. testam. & quemad. ordin.* nem na instituição de herdeiro se requiere solemnidade de palavras, *notat Alex. in d. L. 15. Cod.*
- 7 Quanto á primeira parte deste princ. que não menos os escravos que os livres, *L. non minus servos, quam liberos instituere possumus: si modo eorum scilicet sint, quos ipsos heredes instituere possumus* 31 *ff. hered. instit.* com tanto que o senhor do escravo tenha facção de testamento, scilicet, que possa ser instituido, *d. L. 31. vers. si modo eorum ff. h. t.*
- 9 porque a facção no escravo, se introduzio pela pessoa de seu senhor, *d. L. non minus* 31. *vers. cum testamenti factio cum servis, ex persona dominorum introducta est ff. h. t.*
- 10 E se for instituido, o escravo da herança jacente, he a herança havida por senhora, que representa o defuncto, *d. L. 31. vers. hereditarium servum, pr. Inst. stipul. serv. & infra §. 2. Inst. h. t.* para o qual senhor, e herança, acquite o escravo alheyo; e o proprio, para si a liberdade, e herança. E he regra civil, que o escravo he capaz de legado, ou herança, se o he seu senhor, *L. si mihi, & tibi §. 2. regula juris civilis est, ubi Bart. ff. de legat. 1.*
- 12 O escravo, póde agora ser instituido sem liberdade, e adquire esta juntamente, *§. idemque 2. Inst. cui & quib. ex caus. man. non licet.* Constituição, *L. pen. Cod. necess. hered. instit.* e deixado tutor, adquire a liberdade, *§. 1. Inst. qui testam. tut. dar. poss.*
- 14 He escravo proprio, aquelle em que hum tem anuda propriedade,

e outro o usufruto, havido este por servidão, *§. 4. Inst. per quas pers. cuiq. §. 9. Inst. legat. L. recte* 25. tom. 6. *& h. n. princ.*

Est tamen casus: em que nem com liberdade póde ser instituido pela senhora, accusado de adulterio, he descripto da *L. his verbis* 48. *§. interdum nec cum libertate utiliter servus á domina heres instituitur ff. h. t.* A mulher acusada de adulterio, e absoluta por defeito de prova, se morto o marido casar com o mesmo arguido, ou o tratar illicitamente, he ré de culpa, *Ord. lib. 5. tit. 25. §. 10. Barb. p. 1. rubr. n. 85. ff. solut. mat. Novel. 134. cap. 6. §. fin. Valens. cons. 80. num. 47. Farinac. quest. 141. n. 54.* e como a *Ord. pre-* zume, e dispoem, he presumpção *juris & jure*, que não admite prova em contrario.

Se o usufruto he parte do dominio? Que não, *d. L. recte* 25. tom. 6. *L. falsus creditor* 44. *§. fin. ff. de furt. L. Mævius §. fundo ff. legat. 2. & h. n. pr. §. 9. Inst. legat. L. 1. pr. ff. ad Sillanian. Que sim, L. 4. ff. usufr. L. qui usumfructum* 58. *ff. verb. oblig. L. cum filius §. dominus ff. legat. 2. L. in venditione ff. bon. auct. judic. L. Mævius §. pen. ff. legat. 2. concilia Genoa conciliat. legum pag. 505.* e seguimos a negativa, por ser de Triboniano, e compiladores.

§. 1. *Servus autem á domino suo heres institutus, siquidem in eadem causa manserit: sit ex testamento liber, heresque ei necessarius. Si veró á vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hereditate potest: quia non fit heres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit: jussu novi domini adire hereditatem debet, & ea ratione per eum dominus fit heres nam ipse alienatus, neque liber neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit: des-*
 titisse

titisse enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hereditatem.

O escravo, instituido herdeiro pelo senhor, ficando na mesma escravidaõ, he livre pelo testamento, e seu herdeiro necessario. E se for forro em vida do testador, pôde aceitar a herança a seu arbitrio; porque não he herdeiro necessario, por não alcançar pelo testamento de seu senhor, a herança, e liberdade juntamente. E se for alienado, deve de aceitar a herança por mandado do novo senhor, e este fica o herdeiro; porque alienado elle, nem he livre, nem herdeiro, ainda que fosse instituido com liberdade; por ser visto tirarlhe a liberdade que havia de ter, quando o alienou. Tambem o escravo alheyo instituido herdeiro, existindo na escravidaõ, deve de aceitar a herança por mandado de seu senhor: porém se for alienado, pelo mesmo senhor, ou vivo o testador, ou depois da sua morte, antes de aceitar a herança, a deve de aceitar por mandado do mesmo novo senhor. E se o forrar, vivo o testador, ou depois da sua morte, antes de aceitar a herança, a poderá aceitar, se quizer, e a seu arbitrio.

Remiss.

1 Herdeiro necessario, he o servo, instituido herdeiro pelo senhor, ut h. §. 1. & §. 1. Inst. hered. qual. & differ. Recebe a liberdade de si mesmo, L. sed si conditione 6. fin. vers. Tom. II.

servus autem heres institutus, à se ipso libertatem accipit, ff. hered. instit. Não he herdeiro, necessario, se não conseguir a liberdade, e herança, juntamente, pelo testamento, ut h. §. 1. & d. §. 1. vers. omnimodo Inst. de hered. qual. & differ. d. L. 6. §. 3. ff. h. t. Aonde se requerem coulas copulativé, para algum acto, não basta o concurso de huma, ut h. §. 1. & §. 2. Inst. auct. tut. e na Ord. lib. 5. tit. 117. §. 1. vers. se mostrar feridas abertas, e sanguentas, & Ord. lib. 4. tit. 37. §. 1. (nomear, e traspassar.)

Huma vez instituido, e com liberdade, se lhe tirar a herança, sustentada a liberdade, ou lhe tirar esta, e não a herança, terá a herança, e a liberdade, L. si ita scriptum 13. §. 1. regula est juris civilis ff. liber. & posth. ubi Bart. d. L. 6. §. fin. ff. h. t.

Aceitar a herança por mandado do senhor, em cujo dominio estiver, L. si quis mihi bona 25. ff. acquir. hered. L. 2. ad fin. vers. si servus heres ff. bon. poss. sec. tab. L. Antistius 62. §. si servus heres institutus 1. ff. acq. vel omit. hered. L. servus comm. 7. ff. h. t. L. servo 84. ff. eod. L. 1. §. fin. ff. bon. poss. sec. tab. L. quoties 9. §. 8. vers. servus cum libert. ff. h. t.

Se o testador, depois de alienado, o recobrar a si, revive a liberdade, e instituiçaõ, L. quoties 9. §. 16. servus cum libertate heres institutus, si sit alienatus, juberi adire ab eo potest cui alienatus est: sed si redemptus sit à testatore: institutio valet, & necessarius heres erit ff. hered. instit. L. sed si conditione 6. §. si servum communem ff. h. t. L. servum meum 50. ff. h. t. e não obsta o tempo de permeyo. Mas se o novo senhor não tinha facçaõ, morria intestado; e se a tinha, e não foy removido, aceitaria a herança por mandado do novo senhor.

§. 2. *Servus etiam alienus post domini mortem rectè heres instituitur: quia & cum hereditarijs servis est testamenti factio. Nondum enim adita hereditas, personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti, cum etiam ejus, qui in utero est, servus rectè heres instituitur.*

O escravo alheyo, pôde ser instituido herdeiro depois da morte de seu senhor, estando a herança jacente; porque pôde ser instituido o escravo hereditario, e da herança de outro, e que no tempo da factura do testamento não era de algum, porque a herança antes de aceita, faz as vezes de huma pessoa, não a do herdeiro que há de ser, mas sómente a do defunto, havida a herança jacente por senhora.

Remiss.

1 Este §. do escravo hereditario, ou da herança jacente, he empreitado da *L. minus 31. vers. hereditarium servum ante aditam hereditatem, ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse, & defuncti locum obtinere ff. de hered. instit. L. servus hereditarius 52. L. ejus servum 64. ff. eod. L. in eo 33. L. hereditas 34. L. hereditas 61. ff. acq. rer. dom. tom. 8. L. 1. §. veteres 11. ff. adq. poss. tom. 8. dix. pr. Inst. h. t. n. 10.*

2 A herança, chamada jacente, em quanto se não aceita, he havida por senhora, e representa o defunto, e não ao futuro herdeiro, *ut §. §. & jura supr. n. 1. L. 33. L. 34. L. 61. ff. acq. rer. dom. tom. 8. & d. L. 1. §. 11. ff. adq. poss. tom. 8. & pr. Inst. stipulat. servor.* as mais das vezes, e não

3 sempre, *dix. pr. Inst. stipulat. serv. Arouc. adn. L. 4. §. 1. num. 5. ff. de stat. hom.* Depois de aceita, he patrimonio do herdeiro, §. 1. *Inst. de hæ-*

4

red. qual. dix. pr. Inst. stip. servor. L. sed si plures §. filio ff. de verb. Gam. dec. 9. pr. Menoch. casu 256. num. 8. Surd. dec. 310. n. 9. Portug. lib. 3. cap. 14. n. 14.

E por isso a herança jacente do Clerigo, que o representa, e não ao herdeiro leigo, *L. si mihi & Titio 57. ff. legat. 2.* não deve gabel-la, *Carlev. de judic. tit. 1. disp. 2. à n. 322. Salgad. Labir. p. 1. cap. 2. n. 50. vide, Barb. ad Ord. lib. 1. tit. 78. §. 14. n. 7. 8. & 9.* e no juizo Ecclesiastico deve ser o concurso dos credores, e o inventario, *Pona cap. 1. n. 8. ubi DD.* mas com aceitação do herdeiro leigo, no secular, *idem Pona n. 6. & 7.* como já patrimonio deste, *ut n. 4.*

§. 3. *Servus (autem) plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus heres, unicuique dominorum, cujus jussu adierit, pro portione dominij acquirit hereditatem.*

O escravo de muitos, que podem ser instituidos herdeiros, sendo instituido herdeiro pelo estranho, acquire a herança para cada hum dos senhores, por cujo mandado a aceitou, conforme a porção do dominio.

Remiss.

Este §. do escravo commum instituido herdeiro pelo que não he senhor, he tirado da *L. servus communis ab extero heres institutus 67. ff. acq. vel omit. hered.*

Se poderá ser herdeiro necessario, 2 a respeito dos senhores, *L. si servus 66. ff. acq. hered.* Instituido herdeiro por hum dos senhores, acquire para os outros, *L. verum est 63. §. si servo communi pen. ff. pro soc.* e não comprehende ao herdeiro do senhor, que lhe legou v g.

O que he legado ao escravo commum,

hum, se adquire para cada hum dos senhores, conforme a porção dominical; mas he dos que podem aceitar, e adquirir, *L. Plautius 49. ff. ad Leg. Falcid. vide §. 6. Inst. h. t.*

§. 4. *Et unum hominem, & plures usque in infinitum, quot quis heredes velit, facere, licet.*

He licito instituir hum, e muitos herdeiros, e quantos quizer, como sem conto.

Remiss.

Este §. da faculdade de instituir muitos herdeiros, e quantos quizer, *L. interdum 13. & tot tit ff. hæred instit.* e aos Cidadãos, e Cida-
de, *L. 2. & L. 20. ff. de reb. dub. L. hereditatis 12. Cod. hæred. instit.*

§. 5. *Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, que assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem hæc: sextans, quadrans, triens quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, deunx. Non autem utique (semper) duodecim uncias esse oportet, nam tot uncia assem efficiunt, quot testator voluerit, & si unum tantum quis ex semisse (verbi gratia) heredem scripserit: totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest: nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. Et è contrario potest quis in quotcumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.*

A herança, as mais das vezes, se divide em onze onças, comprehendidas neste appellativo *Assis*, as quaes tem seus nomes proprios: *Sextans*, pela sexta parte, que são duas das doze; *Quadrans*, pela

quarta parte, que são trez: *Triens*, pela terça parte, que são quatro: *Quincunx*, pela terça, e undecima, que são cinco: *Semis*, pela metade, que são seis: *Septunx*, pela metade com a parte duodecima, que são sette: *Bes*, por de tres partes as duas, que são oito: *Dodrans*, por de tres partes as duas, e meya, que valem nove: *Dextans*, por terceira parte as duas com a sexta, que valem dez: *Deunx*, da terceira parte as duas com a quarta, que valem onze: *As*, ou *Assis*, as doze onças. Mas não he necessario, que haja sempre as doze onças; porque haverà as que o testador quizer: como se instituísse em seis parte a hum só herdeiro, nestas consiste a herança; porque não pôde morrer em parte testado, e em parte intestado, se não for soldado, cuja vontade sómente se attende. E pelo contrario, cada hum pôde dividir sua herança em quantas onças, ou partes quizer.

Remiss.

Este §. da divisaõ da herança pelo modo contado, quanto á primeira parte, he trasladado da *L. servum meum heredem 50. §. hereditas plerumque fin. ff. hæred. instit.* e se confirma, *L. interdum 13. ff. eod. tit.*

O como o instituido in semesse, se entenda herdeiro ex asse, *L. si quis ita scripserit 33. ff. hæred. instit.* semelhante, *L. 1. §. 4. L. 9. §. 13. ff. h. t. L. cohæredi 41. fin. ff. vulg. & pup. subst.* pela razão de que não pôde morrer em parte testado, e em parte intestado, *L. jus nostrum 7. tom. 5.* excepto se for soldado, cuja vontade sómente se attende, *ut h. §. & d. L. 7. tom. 5. L. si duobus 37. ff. milit. testam. dix. pr. Inst. & §. 1. de milit. testam. juncta L. 2. Cod. eod.* Em duvida, conforme a Direito commum, *d. L. 2. L. quamquam*

3. *L. in testamento 6. ubi DD. Cod. dix. d. L. 7. tom. 5.*

§. 6. *Si plures instituantur heredes: ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse, satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit: si quidem aliqua pars assi deerit: ex ea parte heres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrunt. Si verò totus as completus sit: ij, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur: & ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest primus, an medius, an novissimus, sine parte heres scriptus sit, ea enim pars data intelligitur, quae vocat.*

Se instituir muitos herdeiros, neste caso he necessaria a distribuição das partes, se o testador os não fez iguaes: e não nomeando partes, ficaõ igualmente herdeiros. E se nomear partes em alguns, e houver outro instituido, e ficar alguma parte da herança fóra das nomeadas, será herdeiro dessa parte: se forem muitos instituidos sem parte, todos concorreraõ á mesma parte. Porém, se os nomeados absorvem todos a herança, levaõ sómente ametade, e aquelle, ou aquelles sem parte, levaõ a outra ametade. Nem faz differença ser o herdeiro sem parte, instituido no principio, no meyo, ou fim; porque he visto darlhe a parte que não tem herdeiro.

Remiss.

Todos os herdeiros instituidos, sem desigualdade, são iguaes nas partilhas, e porções hereditarias,

L. quoties 9. §. heredes juris successorum sunt ff. hered. instit. L. legata inutilia 19. §. fin. ff. legat. 1. o mesmo na sociedade legal do Matrimonio, na falta do contrato, *Ord. lib. 4. tit. 46. & tit. 95. cum §. 3. & tit. 47. pr. & 65. pr. Maced. dec. 21. & n. 4. Guerr. tr. 2. lib. 7. cap. 15. & n. 3.* o mesmo na particular, se não declaraõ as partes, *Ord. lib. 4. tit. 44. §. 9. & §. 1. Inst. societ.* e quem diz parte entre dous, se entende ametade, *L. nomen 164. §. partitionis tom. 6.* e não talando em quota certa, *L. plune 34. §. fin. ff. de legat. 1. dix. d. L. 164. tom. 6.* porque a igualdade he hum dos requisitos da sociedade, *dix. d. §. 1. Inst. societ. Ansaldo. de Ansaldo. disc. 87 n. 37. & 83.*

Não se diz herança, sem se tirar o alheyo, e o que della se deve, *§. 4. Inst. legat. Falcid. L. 39. §. bona L. 49. L. 165. L. 213. §. 1. tom. 6. Guerr. tr. 1. lib. 1. cap. 10. n. 20. Salgad labir. p. 1. cap. 24 n. 17.*

Feita a partilha, cada hum dos coherdeiros paga conforme sua porção hereditaria, *L. 1. Cod. si cert petat. L. pacto 26. Cod. de pact. L. 1. Cod. famil. arcisc. Lea que Cod jur. deliber. L. pro hereditariis Cod. de hered act. L. 3. ff. comm. de legat. Valasc part cap. 27 num. 5. Peg. maior. cap 4. n. 22. usq. 36. & §. 3. Inst. h. t.* Ao herdeiro universal, toda a obrigação; porque representa o defuncto, *L. 2. §. ex his ff. verb. oblig. L. praeterea a 1. §. incertum ff. eod. L. hereditas 62. tom. 5. supr. §. 2. h. t. & L. 65. tom 6. & L. 170.*

Omnes in eandem partem: todos herdeiros naquelle remanecente, por haver dado parte a outro, *L. item quod Sabinus 17. §. 1. & ibi glos. ff. hered. instit.* no caso de todos os nomeados absorverem a herança, ametade, *d. L. item quod 17. §. sed si asse 3. ff. h. t.*

Nec interest primus: ultima parte deste §. do lugar do herdeiro, parece descripta da *L. quo loco scibatur*

batur heres, utrum primo, an medio, vel novissimo, nihil interest 20. ff. hæred. instit. reprovado o modo antigo, ut §. ante hæredis 34. Inst. legat.

13 Quando o testador diz, que igualmente, L. interdum 13. ff. h. t. hæred. instit.

§. 7. Videamus, si pras aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid juris sit, veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertijs partibus heredes scripti essent, & ex diverso, si plures heres scripti in portionibus sint: tacite singulis decrescere: ut si (verbi gratia) quatuor extertijs partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.

Se houver parte sem herdeiro, e não houver herdeiro sem parte: como se forem instituidos tres, em quatro partes, a parte vaga he para todos tres, tacitamente, á maneira de terças partes. Pelo contrario, se houver mais herdeiros, instituidos, que partes, ou porçoens, se diminue entre todos: como sendo quatro instituidos em terças partes, que ficaõ á maneira de instituidos em quartas partes.

Remiss.

3 Este §. de quando alguma parte os excede, parece tirado da L. interdum 13 §. 1. vers. denique si minus distribuit ff. hæred. instit. vide, L. cum quaestio 23. Cod. legat. se Justiniano tirou o jus accrecendi. Nem o testador podia ser testado, no que dispoz, e intestado, no que não dispoz, §. 5. h. t. fin. & L. 7. tom. 5.

§. 8. Et si plures uncia, quam duodecim distributæ sint: is qui sine parte institutus est, quod dupondio de est, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit, quæ omnes partes ad assen postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.

Se o testador tiver distribuido mais de 12. onças, o instituido sem parte, succede no que faltar para complemento de 24. as quaes partes todas, depois pôdem ser reduzidas a 12. ainda que hajaõ fido mais

Remiss.

Este §. se forem mais partes que 12. he colhido da L. item quod sabinus est 17. §. 1. fin. & L. Sabinus 18. ff. h. t. hæred. instit. Razaõ, §. 6. Inst. h. t.

§. 9. Heres, & purè & sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest: veluti, post quinquennium quam moriar, vel ex Calendis illis, vel usque ad Calendas illas heres esto. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet: & perinde esse, ac si purè heres institutus esset.

O herdeiro pôde ser instituido; ou puramente, ou debaixo de condiçaõ; mas não o pôde ser desde certo tempo, ou até certo tempo: como cinco annos depois da minha morte, ou do primeiro de tal dia, ou tẽ tal dia. Finalmente, nos agradeu, que o dia fosse superfluo, e por isso fique herdeiro puro.

Remiss.

O herdeiro ex die, vel indiem, 1 tirado o vicio do tempo, logo fica herdeiro, ut h. §. 9. L. hereditas ex die

die vel in diem, non recte datur; sed vitio temporis sublato manet institutio ff. h. t. hered. instit. Razaõ, naõ morrer testado, e intestado, ut §. 5. ad fin. h. t. L. 7. tom. 5. e huma
 2 vez herdeito, naõ pòde deixar de o ser, L. qui solvendo 88. fin. vers. cum autem semel hæres extiterit ff. hered. inst. §. 5. Inst. hered. qual. Arouc L. 25. n. 9. ff. stat. hom. Oliveir. muner. cap 3. sub n. 7. infra, tit. seq. pr.

3 A condiçaõ, purificada, retrotrahe á morte do testador, como se testara puramente, e o finge herdeiro desde o principio, Bart. in L. plane §. si conjunctum n. 2. ff. legat. 1. Farinac. p. 2 dec. 75. n. 9. Ruin. cons. 97. n. 7. lib. 2. convem, Portug. prælud. 2. n. 3. prova L. si pupillus 26. & fin. ff. condit. instit. L. petior §. 1. ff. qui pot. in pign. Moraes lib. 3. cap. 4. n. 16. & 17. Peg for. cap. 4. n. 33. e cessa a razaõ de duvidar da L. 7. tom. 5. vide, tit. 23. & 24. dos fideicommissos, e herança vitalicia.

§. 10. Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, necnon in fideicommissis & libertatibus, pro non scripta habetur.

A condiçaõ impossivel, nas instituicoens, legados, fideicommissos, e liberdades, he como se naõ fora escrita.

Remiss.

Este §. da condiçaõ impossivel, havida por naõ escrita, nas ultimas vontades, se confirma, L. 1. L. mulier 20. fin. pr. ff. condit. instit. L. ab omnibus 104. §. 1. ff. legat. 1. L. 5. §. 4. ff. quemad. dies legat. Cod. L. cum in secundo 16. fin. vers. si vero impossibiles - placet perinde esse, quasi conditio adscripta non sit ff. injust. rupt. irrit. testa. L. si servo 58. ff. condit. indeb. L. si Mævia 45. vers. quid id quod impossibile in testamento scri-

ptum esset, nullam vim habere ff. hered. instit. razaõ, L. 12. tom. 5. nas 2 ultimas vontades, he ella aviciada, ut h. §. Inst. & jura n. 1 P. Pinheir. testam disp. 3. sect. 8. §. 2. n. 168. 169. & 170.

Nos contratos, vicia estes, §. 11. 3 Inst. inutil. stipul ubi dix. excepto no Matrimonio, ut tradit. P. Pinh. vide, Bart. L. 91 ff. legat. 2. dix. §. fin. Inst. legat. L. 31. 135. 188. §. 1. tom. 5.

§. 11. Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt: siquidem conjunctim, ut puta, si illud & illud factum fuerit: omnibus parendum est, si separatim, veluti si illud aut illud factum erit: cuilibet (conditioni) obtemperare satis est.

Se forem impostas muitas condiçoens na instituicaõ, sendo conjuntas, se aquillo, e aquillo se fizer, todas se devem purificar; e sendo separadas, como se aquillo, ou aquillo se fizer, basta adimplir qualquer dellas.

Remiss.

Este §. das muitas condiçoens 1 na instituicaõ, parece tirado da L. si heredi plures conditiones conjunctim datae sint, omnibus parendum est: qui unius loco habentur, si disjunctim sint, cuilibet ff. condit. instit. e se confirma, L. si is 13. ff. reb. dub. §. 3. & L. si quis 129. ff. verb. oblig.

O testamento, he Ley do testador, L. verbis legis 120. tom. 6. L. in conditionibus 19. ff. condit. & demonstr. Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. Reinos. obs. 7. n. 9. Peg. maior. cap. 9. pag. 202. col. 1. & tom. 2. for. cap. 11. pag. 895. col. 1.

A Ley que falla com qualidades, 3 naõ procede sem concorrerem todas, juntamente, e se purificarem,
 Va-

Valasc. conf. 149 n. 12. Maced. dec. 28 n. 5. Phab. p. 1. ar. 83. Cortiad. dec. 30 n. 78. Peg. ad Ord. lib. 1. tit. 65. §. 31. n. 19. Castilh. tom. 7. cap. 13. n. 2. 3. 8. & lib. 5. cap. 83. n. 5. 6. e por ifo o instituido, deve obedecer a todas as condiçoens.

§. 12. *Li, quos numquam testator vidit, heredes institui possunt, veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans qui essent, heredes instituerit, ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.*

Os que o testador nunca vio, pòdem ser instituidos herdeiros: como se instituir os filhos de seu irmão auzente; porque a ignorancia do testador, não faz a instituiçãõ inutil.

Remiss.

1 Este §. fin. dos que o testador nunca vio, se confirma *L. extraneum, etiam penitus ignotum, heredem quis instituere potest 11. Cod. hered. inst. favet, L. quidam 46. vers. atque ita testamento amicus filij ignotus testatoris ff. h. t. vide, §. in certis 25. Inst. legat. e a ignorancia Ord. lib. 4. tit. 82. per tot.*

2 A incerteza vicia o acto, se não pòde virificar-se, *L. duo sunt Titii ff. testam. tutel. Reinos. obs. 29. & addit. Peg. 3. for. cap. 26. n. 31. Altim. null. contr. quest. 8. & n. 20. & 39.*

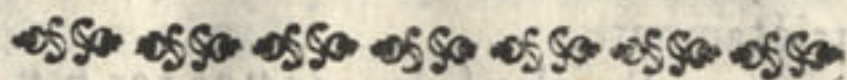
3 Se instituir hum de seus irmãos, ou hum dos filhos de seu irmão, sem nome, todos o ficaõ, *Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 6. n. 105. & 106. P. Pinh.*

4 *emphit. disp. 6. sect. 6. §. 5. num. 133. e quanto á nomeaçãõ do Prazo, P. Pinh. d. disp. 6. sect. 3. 28. Reinos. obs.*

5 *14 à n. 17. Contra, Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 6. n. 7. cap. 8. num. 124. & 24. Card. verb. emphit. n. 41. mas vi julgar no Senado por Pinheir.*

6 Se instituir como irmão, sem o ser, he nulla, *L. si pater 4. Cod. Tom. II.*

hered. instit. Arouc. L. 3. n. 24. ff. just. & jur. e obtive no Senado.



T I T. 15.

De Vulgari substitutione.

A nossa Ord. lib. 4. tit. 87. conta as substituiçoens: *Vulgar*, ou *directa* té ao §. 4. *reciproca*, §. 5. & 6. *pupillar*, do §. 7. *exemplar*, §. 1. *compendiosa*, §. 12. *Barb. subst. rubr. à n. 88. cum 93.*

Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere: ut puta, Si ille heres non erit, ille heres esto: & deinceps, in quantum velit testator: ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere (possit.)

O testador, pòde fazer muitos grãos de herdeiro: como, *se N. não for meu herdeiro, o seja N.* e dahi em diante, quantos o testador quizer: e em ultimo lugar pòde instituir o escravo, herdeiro necessario, para soccorro.

Remiss.

E Ste princ. de muitos grãos de herdeiros, he colhido da *L. potest quis testamento plures gradus heredum facere: puta, si ille heres non erit, ille heres esto: & deinceps plures, ut novissimo loco in subsidium vel servum heredem necessarium instituat 36. ff. h. n. t. Arpr. n. 37. saõ muitos grãos, na ordem de dizer, L. 2. ff. bon. poss. sec. tab. Razaõ, a liberdade de dispor, L. 3. verbis legis 120. tom. 6. dix. §. 11. tit. prox.*

O substituir, geralmente falan- do, he hum soblocar, sobmeter, e

E

sub-

- sobrogar hum em lugar de outro, ut §. 38. *Inst. rer. divis. Arpr. h. pr. n. 3. ubi jura & DD.* ainda que mais estrictamente.
- 5 Aquella clausula, *se não for herdeiro*, comprehende o caso de o não querer ser, e o de o não poder ser, e he a condiçã da substituição vulgar, *Ord. lib. 4. tit. 87. §. 1. Barb. d. §. 1. Castilh lib. 5. cap. 63. n. 39. facit, L. 56. ff. solut. mat. Menoch. lib. 4. præf. 36. & 41. Gom. 1. var. cap. 3. n. 10 ubi latiss.*
- 6 Herança não deferida, não se pôde adquirir, *L. delata 151. tom. 76.* nem pôde dizer, que não quer, legitimamente, em quanto não pôde querer, *L. nulla 4 ff. acq. hered. L. pater Severin. 101. ff. condit. & dem. ubi Bart. L. 3. & L. 174. §. 1. tom. 5.* Se a repudiar antes de se purificar a condiçã, nada faz, *dix. d. L. 3. tom. 5. L. 45. §. 1. ff. legat. 2. L. 17. §. si pupillo ff. de usur. da pupillar, tit. 16. fideicomissaria tit. 23.*
- 9 A herança, depois de aceita, se não pôde repudiar, ou fazer abstenção, *L. ei qui 13 ff. cond. & dem. L. sicut Cod. de repud. hered. L. ei qui 88 ff. hered. instit. Arouc. L. 25. n. 9 ff. stat. hom. Oliveir. mun. cap. 4. §. 3. sub n. 7. dix. §. 9. Inst. hered. instit. §. extraneis 5 Inst. hered. qualit.*
- 10 O menor de 25. annos, pôde revogar a aceitação da herança, em tempo legitimo, da menoridade, *L. ait prætor 7. §. sed & si ff. de min. L. necessario 57. ff. acquir. hered. L. 1. Cod. si min. ab hered. se abst. §. extraneis 5. Inst. hered. qual. & ibi. Arpr. n. 8. Ord. lib. 4. tit. 87. §. 3. Valasc. conf. 87. Marin. lib. 2. resol. 96. á n. 7. Rubeus de confus. jur. cap. 3. n. 17.*
- 11 Aquella citação da *Auth. si omnes Cod. si min. ab hered. se abint.* de que trata *Valasc. d. conf. 88. n. 3. Ododo rest. p. 1. quæst. 34. art. 8. & 9. & p. 122. quæst. 62. art. 5.* não tem pratica neste Reyno: e assim como a não

tem a da citação dos credores para a factura do inventario, como vi julgado em 732. em agravo de Evora, vide, §. fin. *Inst. hered. qualit. & difer.*

Novissimo loco: ultimo socorro, 13 o escravo herdeiro necessario, *L. 6. pr. ff. interrog. injur. fac. L. paterfam. 23. ff. quæ in fraud. cred. §. 1. Inst. quib. ex caus. man. §. 1. Inst. hered. instit. §. 1. Inst. hered. qualit.* a interesse dos defuntos, que tenhaõ successores, e com quem se letigue.

§. 1. *Et plures in unius locum possunt substitui, vel unius in plurium, vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt.*

Muitos podem ser substituidos no lugar de hum, e hum no de muitos: ou tantos, no lugar de tantos; ou os instituidos, substituidos huns aos outros.

Remiss.

Este §. de substituir muitos em cada hum dos grãos, he tambem tirado da *d. L. potest quis 36. vers. & vel plures in unius locum possunt substitui ff. h. t. & L. cum intestam. 37. §. hæc verba ff. hered. instit. dá luz, e explicação, L. qui plures 23. & L. si pater 25. ff. h. t. vide, L. jam hoc jure 4. ff. h. t. L. cum perponebatur 64 §. 2. ff. legat. 2. se he reciproca, ou mutua.*

Estas palavras deixo a terça a 2 quatro filhas, e por morte de humas ás outras, e por morte da ultima ficará em morgado. o mostra julgado, e o comprova; *Peg. maior. cap. 5. n. 153. pag 232.*

§. 2. *Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit, & nullam mentionem in substitutione partium habuerit: eas videtur in substitutione partes dedisse,*

disse, quas in institutione expressit: & ita divus Pius rescripsit.

Se substituir aos instituidos em partes desiguaes, sem fazer distincão, he visto dar na substituição, as mesmas partes expressas na instituição, como escreveo o Emperador Pio.

Remiss.

1 Este §. da parte que toca a cada hum dos substitutos, na falta de expressão, ex *L. si plures sint instituti 24. ff. vulg. & pup. subst. L. 1. Cod. impub. & alius subst.* aonde mostra o Rescripto do Emperador Pio; vide *L. 23. & seqq. ff. ad S. C. Tert. L. si heredes 124. ff. legat. 1.* Reciproca, *Ord. lib. 4. tit. 87. §. 5. & 6.*

2 A condição, posta na instituição, se diz repetida na substituição, *L. licet imperator ff. legat. 1. L. cum pater §. ab instituto ff. legat. 2. L. unic. §. pro secundo & §. ne autem Cod. caduc. toll. L. 3. §. 1. ff. fund. instr. Gam. dec. 224. n. 4 & 13. dec. 354. n. 4. dec. 160. n. 9. Phæb. dec. 141. n. 6. 7. 8. & 9. Pereir. dec. 21. n. 3. Reynos. obs 64. n. 36.*

3 A forma de succeder dada no primeiro, se diz repetida nos seguintes, *L. qui liberis §. fin. pr. ff. vulg. & pup. subst. L. qui filiabus 17. ff. legat. 1. Phæb. dec. 104. num 62. & 63. dec. 141. ex n. 6. Valasc. conf. 171. n. 2. & 6. Gam. dec. 307. n. 5. dec. 354. n. 4. dec. 160. n. 6. Per. dec. 21. n. 3. Mant. coniect. lib. 6. tit. 13. n. 5.*

4 Mas a faculdade de nomear, no morgado, não passa dos expressados, em favor da successão regular, *Per. dec. 21. n. 4. Peg. maior. cap. 2. n. 24. cap. 4. n. 436. cap. 6. pag. 389 ubi DD. Larr. dec. 31. dix. rubr. & L. 8. tom. 5. e obtive no Senado, repetidas vezes.*

§. 3. Sed si institutio heredi, coherede substituto dato, alius ei

Tom. II.

substitutus fuerit: divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramque patrem substitutum admitti.

Se instituir dois herdeiros, ou coherdeiros, substituindo hum ao outro, e a este substituido der outro substituto; neste caso, se nenhum dos herdeiros aceitar a herança, o segundo substituto, será admittido ás partes ambas, como escreveraõ Severo, e Antonino, sem distincão da morte, e testamento.

Remiss.

Este §. do herdeiro substituido, e outro a este, he descripto da *L. si Titius coheredi suo substitutus fuerat, deinde ei Sempronius: verius puto in utramque partem Sempronium substitutum esse 27. ff. h. t. vulg. & pup. subst. L. coheredi 41. ff. eod. vide, L. qui habebat. 47. ff. eod. an adverteretur?*

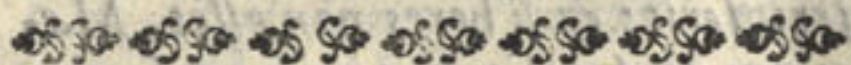
§. 4. *Servum alienum quis patremfamilias arbitratus, heredem scripserit: & si heres non esset, Mævium ei substituerit, isque servus jussu domini adierit hereditatem: (Mævius) substitutus, in partem admittitur. Illa enim verba: si heres non erit, in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit, in eo vero, quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant: si hereditatem sibi, vel ei, cujus juri postea subjectus esse ceperit, non adquisierit. Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenij servi sui constituit.*

Se instituir herdeiro ao escravo alheyo, imaginando que he pay de familias, e que se não for herdeiro, lhe substituirá Mevio, e este escravo aceitar a herança por manda-

to do senhor, Mevio tenha ameta-
de; Porque aquellas palavras: *se
naõ for herdeiro*, quando o testa-
dor sabe que naõ he pay de fami-
lias, e que he sujeito ao poder de
outro, se tomaõ deste modo, *se
naõ adquirir para si, nem para
aquelle, em cujo dominio està*; po-
rém quando o testador considera
que he livre, e de seu direito, ou
pay de familias, significaõ outra
couza, e querem dizer, *se naõ ad-
quirir a herança para si, ou para
aquelle em cujo poder estiver, ou
começar a estar*. E isto mesmo he
o que constituhio Thiberio Cesar
na pessoa de Parthenio seu escravo.

Remiss.

Este §. do escravo, considerado
livre, instituido com substituiçaõ,
parece tirado da *L. si paterfam. 40.*
& *L. hoc Tiberius Cesar constituit
in persona Parthenii 41. ff. hered. in-
stit.* aonde se explicaõ as palavras,
si heres non erit. Da partilha, *L. no-
men 164. tom. 6.*



T I T. 16.

De Pupillari substitutione.

*Liberis suis impuberibus, quos
in potestate quis habet, non solum
ita, ut supra diximus substituere
potest: id est, ut si heredes ei non
extiterint, alius sit ei heres: sed
eo amplius ut si heredes extiterint,
& adhuc impuberes mortui fuerint,
sit eis aliquis heres: veluti si quis
dicat hoc modo, Titius filius meus
heres mihi esto. Et si filius meus he-
res mihi non erit: sive heres erit, &
prius moriatur, quam in suam tute-
lam venerit: tunc Sejus heres esto,
quo casu, siquidem non extiterit
heres filius, tunc substitutus patri*

*fit heres: si vero extiterit heres
filius, & ante pubertatem decesserit:
ipsi filio sit heres substitutus, nam
moribus institutum est, ut, quum
ejus ætatis filij sint, in qua ipsi
sibi testamentum facere non possunt:
parentes eis faciant.*

O Pay naõ só pôde dar substi-
tuto ao filho impubero, que tem
no patrio poder, pelo modo refe-
rido, (vulgar) scilicet, *se naõ for
herdeiro, seja outro no seu lugar*;
mas ainda pôde dizer mais, scili-
cet, que sendo herdeiro, se mor-
rer na pupillar idade, e dentro de
14. annos, outro seja o seu herdei-
ro, como se differ deste modo: *Ti-
tio meu filho, seja meu herdeiro, e
se meu filho naõ for herdeiro, ou
morrer antes da puberdade, seja
seu herdeiro Seyo*. No qual caso, se
o filho naõ for herdeiro, o he o
substituto: e se o for, e morrer an-
tes da puberdade, o substituto he o
herdeiro do filho; porque de cos-
tume antigo he, que quando os fi-
lhos, pelo defeito da idade, naõ
põdem fazer testamento, o façãõ
seus pays.

Remiss.

Este princ. fórma, effeito, ori-
gem, e razaõ da substituiçaõ
pupillar, se confirma, prova, e il-
lustra, ex *L. moribus introductum
est 2. ff. vulg. & pupil. subst. L. sed &
si 10. §. 2. & 5. ff. eod.* Razaõ, d. pr.
*Inst. fin. d. L. moribus pr. arg. L. 42. pr.
ff. adq. hered.* ainda que pugne, *L.
120. tom. 6.* relata, pr. *Inst. leg. Fal-
cid. & L. in re mandata 21. Cod. man-
dat.*

O pay, e naõ a mãy, que naõ 2
tem patrio poder, faz a substitui-
çaõ a seu filho pupillo, que tem
no patrio poder; e assim naõ ao fi-
lho, ou filha casada, nem ao eman-
cipado, por ser da substancia o pa-
trio poder, *Ord. lib. 4. tit. 87. §. 7.*

E he

- 3 E he necessario que o pay faça primeiro seu proprio testamento, com herdeiro, e que este aceite a herança, aliás se desvanece, *ut Ord. §. 8.* e tambem espira tanto que o filho entra na puberdade, e dia ultimo dos 14. annos, *ut §. 9.* e ainda no codicillo, *ut §. 10.* vide, *Menoch. lib. 4. præf. 34. & 39. usq. 70.*
- 4 Papillo, he aquelle, que sendo menor de 14. annos, deixa de estar no patrio poder, ou pela morte do pay, ou pela emancipação, *L. pupillus 239. tom. 6. L. pronuntiatio 195. §. 2. eod. §. 6. Inst. patr. pot. Valasc. alleg. 65. n. 9.* imprpropriamente, o que está no poder paterno, e tem nome de filho familias, *Valasc. n. 10.*
- 5 Naõ tem no patrio poder ao filho illegitimo, *§. 12. Inst. de nupt. ubi dix. Arouc. adn. L. invit. 11. n. 2. ff. his qui sunt sui;* e por isso lhe naõ pòde fazer substituição, *Ord. d. §. 7. Arouc. n. 5.*

§. 1. *Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscunque sexus vel gradus, liceat eis, & si puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis, certas personas substituere; sin autem respuerint, eandem substitutionem infirmari sancimus: & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, que postquam pupillus adoleverit, infirmatur.*

Pela mesma razão, se fez huma Constituição inferta noCodigo, em que se proveo, que se tiverem filhos, ou outros descendentes de ambos os sexos, mentecaptos, lhes possaõ dar substitutos, a exemplo da substituição pupillar, posto que estejaõ em puberdade: porém, se vierem a seu juizo, se desvanece, assim como a pupillar com a puberdade.

Remiss.

A Constituição, a respeito dos mentecaptos, está na *L. humanitatis intuito Cod. impub. & aliis subst.* O mesmo proveo a *Ord. lib. 4. tit. 87. §. 11. ib. substituição exemplar, he a que hum ascendente faz a seu descendente, o qual naõ pòde fazer testamento, por causa de algum impedimento natural, e perpetuo: assim como se fosse furioso, mentecapto, surdo, e mudo de nascimento. E chama-se exemplar, porque se faz a exemplo da pupillar nesta forma: Instituo a meu filho, ou a meu neto Pedro por meu herdeiro, se falecer durando o furor que tem, seja seu herdeiro Paulo: o mesmo será de outro qualquer impedimento.*

Esta forma, e qualidade de substituição, pòde tambem fazer a mãy, ou outro ascendente, continua a mesma *Ord. tit. 87 §. 11. ib. e esta substituição pòde tambem fazer a mãy, ou outro qualquer ascendente por linha feminina. vide Phæb. dec. 197. & ibi addit. Castilh. lib. 5. cap. 63. n. 40. Menoch. lib. 4. præf. 65. á num. 6.* porém, a mãy que casou segunda vez, naõ a pòde fazer, *tenet Arouc. adn. L. 9. n. 124. ff. de stat. hom.*

Este §. e a dita *L. humanitatis Cod. 5 impuber.* se restringem a certas pessoas, filhos, e irmãos do mentecapto, *ut Gam. dec. 367. n. 3. P. Pinh. disp. 4. sect. 4. §. 6. n. 848. Fusar. subst. quest. 189. pr. & n. 11. Costa de substit. agendo de exemplari n. 726. 727. 728. Molin. de just. disp. 185 num. 2. tom. 1. Gom. 1. var. cap. 6. sub n. 6. e o vi julgado.*

Antigamente, era necessario privilegio, e faculdade do Principe, *L. 4. L. ex facto quæritur 43. ff. vulg. & pupil. subst.*

E assim como a pupillar se desvanece com a puberdade, *Ord. d. tit.*

87. §. 9. princ. *Inst. h. t.* e assim tam-
bem a exemplar, pela restituição
do entendimento, *d. L. ex facto 43.*
pr. ver. *auferret enim & ver. ea-*
tenus, com o mesmo exemplo do
pupillo, e puerdade, e que neste
sentido se devia tomar a concessão
do Principe; e que não queria ti-
rar a facção do testamento ao de
seu juizo. E por isso não tem lu-
gar a exemplar, sem perpetua lo-
cura, ou sandice, e havendo luci-
dos intervalos, *P. Pinh. testam. disp.*
4. sect. 4 §. 2. n. 780. Bard. d. L. ex fa-
cto 43. num. 57. ff. vulg. Fusar. subst.
quest. 185. n. 7. & 11.

§. 2. *Igitur in pupillari substi-*
tutione secundum præ fatum modum
ordinata, duo quodammodo sunt
testamenta: alterum patris, alte-
rum filij, tanquam si ipse filius si-
bi heredem instituisset: aut certè
unum testamentum est duarum cau-
sarum, id est, duarum hereditatum.

Na substituição pupillar, a vis-
ta do que fica dito, vem a haver,
de algum modo, dous testamentos:
hum do pay, outro do filho, como
se o filho tivesse instituido a outro
por seu herdeiro: ou he hum tes-
tamento de duas heranças.

Remiss.

1 Este §. do proprio da substitui-
ção pupillar, em quanto diz, que
há dous testamentos, hum do Pay,
e outro do filho, *L. 2. ver. quisquis*
autem L. si is qui 13. ff. vulg. & pup.
subst. L. 11. §. 1. ff. ad Treb. Ord. d. tit.
87. §. 8. Duas aberturas, *L. 8. ff.*
quemad. testam. aper. Cada hum sua
hora, *L. si quis eum 16. §. si suo tes-*
tamento perfecto ff. vulg. & pup.
subst.

2 *Aut certè unum testamentum:*
hum testamento duas heranças: por-
que tem hum autor, e huma so-
lenidade, *L. 2. §. 4. L. patris & fi-*

lij testamentum pro uno habetur 20.
ff. vulg. & pup. subst. ubi Barb. a 3
pupillar, he accessorio, ou sequel-
la do testamento do Pay, *ut in §.*
Liberis autem 5. Inst. h. t. Huma pes-
soa pode fazer diversas figuras, a
diversos respeitos, e por diversos
titulos, *Maced. dec. 63. Peg. for. cap.*
5. n. 112. & 113. Rocca cap. 118. n. 9.
ut §. 4. & 5. Inst. in offic. testam. do
tutor, e pupillo. No successor sin-
gular, *Maced. d. dec. 63. Valer. tit.*
4 q. 2. n. 48. & 49. Valasc. cons. 69. n.
19. mas se for successor singular,
e herdeiro, he huma, e obrigada,
Scapacin. successor. singul. ampl. 5.
n. 13. Peg. for. cap. 4. n. 66. Pacion.
locat. cap. 61.

§. 3. *Sin autem quis ita formi-*
dulosus sit, ut timeat, ne filius
suus pupillus adhuc, ex eo, quod
palam substitutum acceperit, post
obitum ejus periculo insidiarum sub-
jaceat: vulgarem quidem substitui-
tionem palam facere, & in primis
testamenti partibus (ordinare) de-
bet: illam autem substitutionem,
per quam, si heres extiterit pupil-
lus, & intra pubertatem deceffe-
rit, substitutus vocatur: separa-
tim in inferioribus partibus scribere
debet, eamque partem proprio lino,
propriaque cera consignare: & in
priore parte testamenti cavere, ne
inferiores tabula vivo filio & ad-
huc impubere aperiantur. Illud pa-
lam est, non ideò minus valere sub-
stitutionem impuberis filij, quod in
eisdem tabulis scripta sit, quibus
sibi quisque heredem instituisse,
quamvis pupillo hoc periculosum
sit.

Porém, se algum temer, que o
substituto insedie a morte de seu
filho, para o herdar, deve fazer
substituição vulgar expressa, na pri-
meira parte do testamento: e a sub-
stituição, se o pupillo for herdei-
ro, e morrer na pupillar idade, se-
parada,

parada, e mais abaixo, sellada em particular, e acautelar na primeira parte referida, que a segunda se não abra, vivo seu filho, na pupillar idade; porque não vale menos que a outra.

Remiss.

- 1 Este §. que admite outra forma, conclue conselho, e não percebeito, ou necessidade: e o conselho he livre o tomalo, §. 6. *Inst. mandat. L. 2. fin. ff. eod.* e não obriga a quem o dá, *dix. d. §. 6.*
- 2 Quando o testador no seu testamento se remette a algum rol, ou papel, para que se lhe dê credito, tem o mesmo effeito, *ut h. §. L. si ita scripsero & ibi Bart. ff. condit. & demonstr. L. hoc articulo 29. L. si quis ita 26. L. asse toto 77. ff. hered. instit. Mantic. conject. lib. 4. tit. 13. n. 13. C. riac. contr. 444. n. 111. Grat. cap. 973. n. 33. 48. & 57. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 6. n. 64.*

§. 4. *Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exheredaris. Itaque eo casu si quid (exheredato) pupillo exhereditatibus, legatisve, aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit: id omne ad substitutum pertinebit. Quaecunque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum, vel exheredatorum: eadem etiam de posthumis intelligimus.*

O Pay, não só pôde substituir para o caso de seu filho impubero, sendo seu herdeiro, morrer antes da puberdade; mas ainda desherdando-o: e neste caso, se o pupillo adquirir alguma cousa de seus

parentes, ou amigos, por heranças, legados, doações, tudo pertence ao substituto. Tudo o que fica dito, procede no Posthumo; assim dos instituidos, como dos desherdados, a respeito da substituição.

Remiss.

Este §. de que ainda sendo desherdado, se confirma, *L. sed si 10. §. mihi si ex asse vers. sed impuberibus, cum exheredato substituere quis possit ff. vulg. & pup. & ibi glos. lit. G. h. §. L. 1. §. 1. substituere liberis tam heredibus quam exhereditatis possumus L. 2. vers. ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint, vel exhereditati ff. h. t. vulg. & pup. subst. vide, Novel. 115. cap. 3.* se está correto este §. do impubero, por não poder dar causa justa da exheredação.

§. 5. *Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat, nam pupillare testamentum, pars & sequela est patris testamenti: adeo, ut si patris testamentum non valeat: nec filij quidem valebit.*

Nenhum pôde fazer testamento para seus filhos, sem o fazer para si tambem; porque o testamento pupillar he parte, e consequencia do paterno: em tanto, que se este não vale, nem aquelle.

Remiss.

Este §. que requiere validade no testamento do pay, se confirma, *ex d. L. 2. vers. não si principale ruptum sit testamentum, & pupillare evanuit ff. vulg. & pup. & d. L. 2. vers. ceterum L. pen. ff. quemadm. testam. aper supr. pr. n. 2. & §. 2. n. 3.* e o mesmo da dita *L. 2.* tem a *Ord. lib. 4. tit. 87. §. 8.* que em muito se regulou pela Instituta, vista a sua geral concordancia. §. 6.