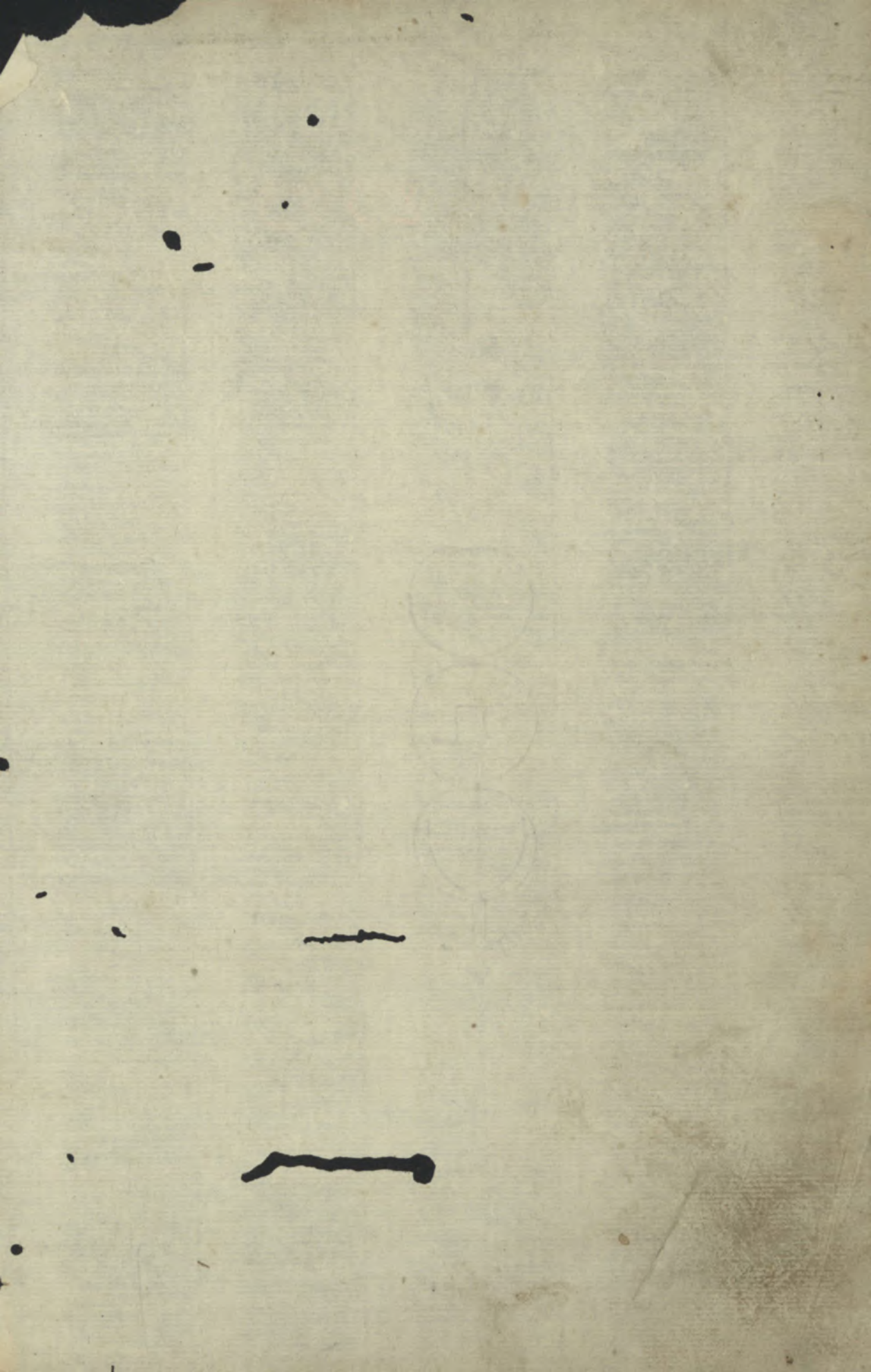


13

2

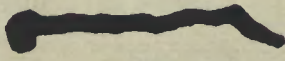


5a

D-4-91

A-A-9-34

2353



REPOSTA  
QV E FEZ  
CLEMENTE FELIX  
AOS OPPOSITORES DA  
CASA DE MAFRA.

EM FAVOR DO CONDE DE  
*Figueirò Francisco de Vasconcellos.*



*Com todas as licenças necessarias.*

EM LISBOA.

Por Antonio Aluarez Impressor De Rey

N. S. Anno de 1645.

S.O.  
2353

## LICENCAS.

**E**stã allegação não té coufa algũa colitra a fê, ou bons costumes, ou que possa impedir a licença que se pede para se imprimir. Sam Domingos de Lisboa 24. de Feuereiro de 1645.

*M. Fr. Ignacio Galvão.*

**V**ista a informação podese imprimir a allegação de direito de que se faz menção, & depois de impressa tornarã ao Conselho para se cõferir com o original, & se dar licença para correr, & sem ella não correrã. Lisboa 3. de Março de 1645.

*Fr. Ioaõ de Vasconcellos. Pedro da Silva.*

*Francisco Cardoso de Torneo.*

*Pantaleão Rodriguez Pacheco.*

*Diogo de Sousa.*

Podesse imprimir. Lisboa 9. de Março de 1645

*O Bispo de Targa.*

**Q**ue se possa imprimir esta allegação visto as licenças do Santo Officio, & Ordinario, que offerece. Lisboa 9. de Março de 1645.

*Carnalho.*

*Ribeiro.*

# INDEX.

## A



Cquirens primus potest præiudicare successoribus. n. 6  
 Allegatio debet conformari cum qualitate legis, n. 392  
 Alvarus. l. de Emph. q. 50. n. 40. refutatur. 260

Appellatione descendendum qui vocentur. 51.

Appellatione filiorum veniunt solum legitimi. 238. Idem appellatione descendendum.

Appellatione patris comprehenduntur auus, & proavus, & omnes ascendentes. 236.

Arboris ius ex radicibus æstimatur 240.

Argumentum à matrimonio carnali ad spirituale valet. 312.

Argumentum licet procedat a magis priuilegiato ad minus, non tamen è cõuerso. 348.

Argumentum procedit de feudis ad maioratus. 411

Antiquitas coadiuuat, sed nõ inducit probationem. 175. In antiquis probatio rigurosa non est necessaria, sed leuiores perfectæ esse debent in sua specie. 175. In antiquis probatur consanguinitas per memorialia, & scripturas priuatas, quatenus in ipsis continetur. 177.

## B

Bartolus in l. liberorum col. 5. ff. verb. sign. explicatur. 129

Bart. in l. 1. §. si sit nepos ff. collat. dot. explicatur. 132

## C

Caroli Magni in expeditione contra Mauros Hispaniæ notabilis successus. n. 400.

Castilho. lib. 2. c. 4. n. 13. & 14. explicatur 78 & seqq.

Causæ spirituales secundum ius canonicum decidendæ. 311. Etiam in materia peccati venialis.

Causatum regitur à causa suæ causæ. 349.

Clausulæ institutionum horum maioratum referuntur a. n. 10. vsq; ad. 24.

Collaterales non habent ius ad hereditatem alterius. n. 283

Confirmatio Regis Dionysij. n. 12.

Cõsuetudo nõ extenditur de casu ad casum. 349.

Consulentium merces periculosa. n. 92  
 Concessio limitata ad vitam non transit ad heredem. 291.  
 Cõtradictione cessate, præsumitur approbatio. 291.  
 Couas pract. c. 38. n. 12. explicatur. n. 217.

## D

Descendentium appellatione vocantur fratrum, & ab eis descendentes. 51.

Dictio (aliter) est repetitiua similium. 379.

Dictio nisi est exceptiua; & quid importet. 353.

Dictio (tali casu) inducit formam. 354

Dictio (talis) repetit præcedentia. n. 61.

Dictio (semper,) est idem quod omni casu, & omni tempore. 232.

Doctores qui extendunt fictionem vitæ gloriosæ ad successionem hereditariam referuntur a n. 369. & explicantur. & n. 373.

Dies incertus pro conditione habetur, 292.

## E

Effectus nõ potest produci maior sua causa; 349.

Ætas probatur per fidem inuentarij celebrati tempore mortis patris. 26.

Exemplo non creditur nisi constet de originali. 59.

Exclusa persona patris, censetur filius exclusus n. 96. 112. & 119.

Exclusus semel per alium, qui successionem occupauit, semper remanet exclusus. 193. & 213.

Extranei reputantur qui nõ sunt necessarij. 243.

Extensio non fit de casu ad casum, nec ex maiori parte rationis, quado extraordinarie fit concessio. 391

## F

Falsitatis coniectura inducitur ex varietate 64.

Fama non probatur per testes de penentes de auditu. 178.

Fama quomodo probanda, & quomodo tollatur vna per aliam. n. 139.

Filijs Regum defertur successio diuerso modo quam filijs particularium non primo genitis, nun 40 41. & seqq.

Filius illegitimus ex quibus cõiecturis excludatur. n. 108 109. 110 & 111.

Filius legitimus natus ex illegitimo non admittitur

# I N D E X.

- mittitur 113, & 114. cum seqq.
- Filius legitimatus alchimix similis, & dif-  
fert á filio. sicut imago ab illo, quem re-  
præsentat. n. 144.
- Filius non debet esse deterioris cõditionis,  
quã pater in bonis primogenij, debitis pri-  
mogenituræ. 365.
- Filius tertio genitus præfertur filio ex sec-  
undo genito præmortuo in vita primo-  
geniti. n. 206.
- Filiorum appellatione, in contractibus, non  
veniunt nepotes. n. 224.
- Filiorum mentionem quando lex facit, in-  
telligitur de legitimis. 241.
- Filij fratrum vtrinq; coniunctorum præfe-  
runtur filijs fratrum ex altero tantum la-  
tere in successioneibus hæreditarijs n. 301.  
& 411. & seq. secus in bonis maioratus  
n. 302. & 412.
- Fictio non potest induci ab homine n. 319.
- Fictio non egreditur casum suum. 344.
- Fictio est exorbitans, & stricte in ea indu-  
cenda, est procedendum. 350.
- Fictio vitæ gloriosæ quare, & ad quid indu-  
cta. n. 351, & 352.
- Fictio vitæ gloriosæ inducta ad effectum  
repræsentationis patris non extenditur  
ad casus, in quibus non datur repræsen-  
tatio. n. 358. 359 & 360. ad fin.
- Fictio non induitur super impossibili. 360.
- Fictio non admittitur ad ea, quæ habent vo-  
luntatem determinato modo, n. 386. &  
sufficit voluntas coniecturata.
- Fictio non procedit, non datis terminis ha-  
bilibus. num. 396.
- Fictio translaticia requirit extremum, a quo  
essentialiter habile. 397.
- Fingere non est necesse in his, quæ sunt iu-  
ris, num. 399. & lex semper fingit ea, quæ  
consistunt in facto. ibidem.
- Fictiones plures regulariter non possunt cõ-  
currere nu. 403. Secus si emanent ex di-  
uerso fonte, ibidem.
- Fictio fictionis dari nõ potest, sicut nec ser-  
uitus seruitutis. 403.
- Fratres vtrinq; coniuncti non præferuntur  
quando coniunctio procedit ex eo late-  
re, ex quo prouenit successio. 410. Vide  
vers. sup. verbo filij fratrum.
- Fundamenta Iustitiæ Actoris, á n. 25. 219.

## G

- Gabriel Pereira dec. 59 explicatur, n. 219.
- Geminatio est loco specialis nominationis

excludens omnem interpretationem.

n. 111.

Gonzales gl. n. 109. elucidatur, nu. 123. &  
seq.

Gradus proximitas non attenditur nisi in  
eadem linea, neq; sexus, nisi in eodẽ gra-  
du neq; ætas n. si in eodem sexu, n. 30

Gradus prærogatiua consideratur, quomo-  
do, & in linea, reip. & proximitatis. 209.

Gradus repræsentandus non debet esse ab  
alio occupatus vt repræsentetur. 468.

## H

Hæreditas materna non adita non transmit-  
titur, 283. & 329.

Hæreditas non adita iure suitatis transmit-  
titur. 328.

## I

Inhabilitas medij inducit inhabilitatem in  
extremo, n. 97-98. 113.

Inhabilitas accidentalis seu personalis non  
præiudicat filio. num. 99.

Institutor potest reuocare institutionem  
etiam si sit facta in contractu, & iuramẽ-  
to vallata, nu. 74.

Illegitimus legitimatus nec legitimi ab eo  
descendentes admittuntur vocatis legiti-  
mis de legitimo matrimonio. 73.

Illegitimitatis vitium totam lineam inficit,  
n. 96 & 117.

Intellectus l. nisi 19. ff. vsu fructu. n. 353.

Interpretatio voluntatis plena periculis, &  
plerumq; in illa erratur. n. 82.

Intellectus l. si is qui pro tempore ff. vsu cap  
363.

Intellectus l. fundo mihi, legato 4. ff. ad le-  
gem falcid. n. 398.

Ius succedendi ante quam sit ad actum de-  
ductum non consideratur, 191

Ius singulare non extenditur ad alia. 377

Ius reuocabiliter competens non transmit-  
titur ad filios, 207. 319.

Iurisconsultorum munus est interpretari,  
non supplere. 319.

## L

Legitimatus obtinet vicem posthumi, & rû-  
pit testamentum, & donationem ante le-  
gitimationem factam. n. 69.

~~Legitimatus potest~~  
nem, quam matrimonium ad vitandum  
periculum. 309.

Lineæ appellatione vocantur masculi, & fæ-  
minæ. n. 51. Lineæ



# I N D E X.

- Lineæ prærogatiuæ non attenditur, vocatis proximioribus, 198. 199.
- Liberorum appellatione an niant legitimi, an solum legitimi. n. 102. 104. & 105
- Lege quod non cauetur, in practica non habetur, 195. Sine lege, & contra legem facere paria sunt. 381.
- Legitimorum vocatio est illegitimorum ex clusio. nu. 111.
- Legitimus à Principe valde differt à legitimitate per senatores. n. 146.
- Lineæ, quæ non incæpit, nulla qualitas consideranda est. 255.
- Linea recta non concurrit cum transuersali, nec é contra. 268.
- Lineam constituere diuersum est à contineri in linea. 272
- Lex non fingeret, nisi subesset æquitas, & ex quo fingit, iam æquitas præsumitur. 393.
- Legitimitas nihil operatur, quando vocantur legitimi, aut ex legitimo matrimonio procreati 150. quod an procedat in legitimitatis per sublequens matrimonium remissive. 151.
- Legitimitas cum clausula sine præiudicio venientium ab intestato) solum operatur ad id quod legitimitatis nominatim relinquitur, est omnino restringenda. 152.
- Legitimitas impetrata post fideicommissum nihil operatur ad tale fideicommissum. 154.
- Legitimitatis obstat præsumptio, & semper contra ipsos interpretandum, 155.
- Linea primogeniti, & linea possessoris solum sunt in consideratione. 183. ipsis extinctis quomodo alia linea formada ibidem, & 185 & seqq.
- Linea non potest considerari, nec incipere nisi ab eo, qui successionem occupauit. 195.
- Linea paterna est illa, cuius pater est caput, 196. & linea auita, cuius caput est auus.
- Linea paterna deficiente, recurritur ad auitam. 196.
- Lineæ eiusdem, proximior præfertur, & in eodem gradu, & sexu, maior ætate, 197. ad fin.
- Lineæ eiusdem dicuntur omnes, qui ab eadem linea descendunt. 197.
- Linea, quæ non incæpit in alios influere, non potest dici defecta, 200.
- Linea defecta, non habetur ratio iam deinceps. 240.
- Lineæ primogenitæ initium, non potest à non primogenito deriuari. 207.
- Linearum introductio strictè facienda, & qui eas admittunt, loquuntur in filiis institutorum. 210.
- Ludouicus Molina lib. 3. c. 5. a n. 56. expenditur. nu. 76. & 77.


## M

- Maior ætate præfertur ceteris, n. 30.
- Masculinitatis repetitio inducitur, si sæpius fiat mentio masculinitatis. 71.
- Mortui non mordent. 205.
- Mortuus præsumitur qui ingressus est bellum, & non reperitur. 323.
- Mortuus non consideratur ad conquiendum ius primogenituræ. 205.
- Mortuus in bello ad quid, & quare reputetur uiuus. 351. & seqq.
- Maritus præsumitur nemo, neq; ex cohabitatione, & honorifico tractatu inferitur. 305.
- Masculus ex masculo non præfertur masculo ex fæmina, quando maioratus non est agnationis. 294. Idem si masculus, interpositis pluribus fæminis, & alter vnica tantum. 295.
- Matrimonium non soluitur contrario consensu contrahentium. 313.
- Matrimonium certum cum altera subsecutum declarat voluntatem primi concubitus esse fornicariam. 313.
- Matrimonium potest testibus probari. 314.
- Matrimonij alterius titulus elidit quasi possessionem alterius matrimonij. 313.

## N

- Nepos non potest ingredi, locum patris uiuentis. 279.
- Nepos ex filio mortuo in bello repræsentat patrem ad successionem aui. 345.
- Nepos senior ex filio secundo præfertur nepoti iuniori ex primogenito, in successionem bonorum regie coronæ 366. idem est ubi non admittitur repræsentatio.

## O

- Opinio in lecturis præualet doctrinæ in consiliis præstitæ, 187.
- Opinio distinguens præfertur non distinguenti, 48.
- Ordo succedendi datus in primo instituto censetur repetitus in sequentibus, n. 75. quomodo id intelligatur nu. 76. & seqq.
- Ordo scripturæ non inducit prioritatem. 177.  Ordi-

# I M D E X.

Ordinatio lib. 4. tit. 100. in principio explicatur. 218.  
 Ordinatio lib. 4. tit. 100. voluit se conformare cum lege. 40. Tauri. 221.  
 Ord. lib. 4. tit. 100. in fine principij explicatur. 227.  
 Ord. lib. 4. tit. 100. an extendatur ad institutiones maioratum ea antiquiores. remissive num. 273.  
 Ord. lib. 2. tit. 35 §. 1. & 2. explicatur. num. 320. 321. 326. 340. 341. 342. & 345.

## P

Principis gratia non probatur nisi per originale. 62.  
 Princeps legitimando non potest præiudicare. 148. Nec potest solvere ius quæsitum ex contractu. 149. idem, quando Princeps, non fuit causa acquisitionis. ibidem,  
 Probatio de renore non admittitur, nisi concurrentibus his, de quibus remissive. num. 62. & 63.  
 Proximitas maior debet esse naturalis, & non fictitia, n. 31. & n. 407.  
 Proximioribus vocatis, non attenditur prærogativa lineæ, 198. & 199.  
 Proximior intelligitur, qui talis est, tempore delatæ successionis. 229. & 230.  
 Proximior ultimo possessori debet præferri n. 32. Præcipue quando vocatur proximior tempore mortuis, & n. 283.

## Q

Quasi caduca non transmittuntur. 257.

## R

Regulæ generales faciunt bonos discursantes, sed malos practicos. 266  
 Representatio in qualitate melioris lineæ nititur. 222.  
 Representatio cessat quando filij, & nepotes discretive vocantur. 227.  
 Representatio cessat, vocato proximior tempore mortis. 226. & 293.  
 Representatio inter parucles, etiam nullo concurrente patre, admittitur n. 45.  
 Representatio cessat, si neq; fratres, neq; filios fratrum defunctus reliquerit. 40. & 243. 244. & 246.  
 Representatio cessat in maioratu instituto in contractu. 223. & 224. item in instituto à transuersali ibidem.  
 Repetitionis inducendæ quæstio coniecturalis est. 81,

Repetitio non inducitur, quando nominatim fuit ab instituto relicta. 83.  
 Repetitio non admittitur, quando datur diversitas personarum, neq; quando sunt diversa capitula, & distinctæ conditiones. 87  
 Repetitio non inducitur in conditione, quæ non est totius testamenti. 89.  
 Representatio cessat quando vocantur successores proximior de gradu in gradum 233. 293. & eide 299. & 304.  
 Robles de representatione lib. 3. c. 6. n. 5. & 5. expenditur. n. 234.

Relatio non fit ad ea, in quibus datur ratio diversitatis num. 90.  
 Representatio cessat in descendentes ab illegitimis. 237. & 238.  
 Representationis ius est beneficium iuris, num. 242.  
 Representatio in transuersalibus non extenditur ultra fratres, fratrumq; filios. 243. & num. 46. 244. & 246.  
 Representatio ad summum extenditur ad avunculum, seu materteram. 244  
 Representatio facilius admittitur, quam transmissio. 248.  
 Representatio cessat quando pater prædefunctus, dum vixit, non habuit ius succedendi. 252.  
 Representationis, aut transmissionis ius non habet filius, cuius pater nunquam fuit primogenitus. 253.  
 Representatio est exorbitans, & extraordinaria, 265.  
 Representatio denegatur per legitimas coniecturas, 273.  
 Representatio cessat in his, quæ non deferuntur iure hæreditario. 289.  
 Representatio non instituti villo modo fieri nequit, id est, si persona representanda decessit ante adimpletam conditionem 291.

## S

Sententia lata contra patrem circa successionem maioratus nocet filio. 158.  
 Sententia Regni Siciliæ lata a S. P. Bonifacio in fauorẽ Regis Roberti defeditur. 208  
 Solemnitatis defectus non suppletur quando ex eodem instrumento constat defuisse talem solemnitatem. n. 65.  
 Successionis ius coniecturaliter determinatur, id, quod est, tempore, quo successio defertur, 94.  
 Succedentes ex propria persona considerantur vt tales, non vt filij talis. 182.  
 Spurius

# I N D E X.

Spurius non potest institui, & institutio de illo facta est nulla. nu. 68.  
 Spurio instituto, & caduca primo gradu, incipit valere institutio à secundo gradu 68.  
 Spurius neq; vulgariter neq; fideicommissarie potest à patre substitui nec capere à patre ex testamento, vel ab intestato, nec inter liberos. 104. & 120.  
 Spurius, & ipius descendentes, quo casu non excludantur. 123. & seq. & n. 126.  
 Spurius legitimatus solum dicitur dispensatus. 141.  
 Spurius non potest legitimari de potestate ordinaria. 142.  
 Spurius legitimatus assimilatur homini cicatrizato. ibidem,  
 Spurius non est de familia, domo, agnatione seu cognatione, nec illi competit nomen filij. 143.  
 Spurius non succedit in maioratu nisi expressè se vocetur. ibidem.  
 Successio in stirpes, aut in capita quando verificetur. 244 & 245;  
 Succedendi spes solum considerabilis, si fundatur in iure de presenti. 251. & 254.  
 Spes succedendi non transmittitur. 250  
 Substitutionis ius non est transmissibile, sed succeditur ex substitutione. 284  
 Successio magis debetur descendentibus, quàm transuersalibus 348.  
 Sententias ponderare melius est, quam numerare n. 2.

## T

Tale esse, & haberi pro tali aliud est. n. 91  
 Tenor inuestituræ attendendus, & secundum illum consulendum, & iudicandum. 8.  
 Transumptum ut præbet, debet deduci, citatis illis, quorum inter est n. 60: cū alijs requisitis, de quibus ibi.  
 Testis varius non probat. n. 63.  
 Testator videtur noluisse quod non expressè sit. 78.  
 Testator potest sua in mare projicere n. 155  
 Testator quod non dixit, nec nos dicere debemus. 76.

Testimonium de mente hominis nullum certum, quia soli Deo notum est. 82  
 Testes debent deponere de actis comprehensibili per sensum, nō per iudicium mentis 174.  
 Tiberius Decianus cons. 14. n. 28. vol. 5. explicatus. nu. n. 276.  
 Transmissio non consideratur in eo qui, dū viueret, non habuit ius iam quælitum inuariabile. 256. & 270.  
 Transmissio non habet locum etiam in dependentibus à contractu si vocatus decessit ante impletam conditionem n. 262. non transmittuntur quasi caduca. 257. nec spes incerta, & variabilis. 259. non transmittitur posse succedere. 250. non transmittitur ius personale. 261.  
 Transmissio iuris conditionalis quando, & quomodo locum habeat. 264.  
 Transmissio iuris si est dubium contra illud iudicandum. 255.  
 Transmissio non habet locum quando persona in cuius locum prætenditur ingressus, fuit exclusa. 278.  
 Transmissio non attenditur cum vocatio potest habere locum. 281. & 284.  
 Transmissio locus est quando filij sunt positi in conditione. 281.

## V

Verba testatoris, & cuiusvis, alterius dispositionis, ad intellectum iuris communis reducenda sunt. 80.  
 Vincula duo non videtur habere, qui habet alterum impertinens. 418;  
 Vitæ gloriôsæ consideratio habet locum in bonis regis coronæ. 343.  
 Vitæ gloriôsæ mortui in bello consideratio nō admittitur, quando representatio non habet locum.  
 Vitæ humanæ qualis sit incertitudo, & eius descriptio. n. 400.  
 Voluntas certa, & determinata debet attendi, non verò in certa, & fallibilis. 32.  
 Veritas consistit in paucis. 13.



QVI CVSTODIT IVSTITIAM,  
continebit sensum eius: Ecclesiastici,  
cap. 21.

ET QVI OPERATUR IVSTITIAM, IPSE  
exaltabitur: Ecclesiastici cap. 20.



OME C, OV esta causa, por hum libello fol. 2.  
que o Regedor da Iustiça Manoel de Vasconcellos  
offereceo em juizo em 6. de Feuereiro de 634. con-  
tra o Duque de Caminha; Conde de Atouguia; D.  
Affonso de Vasconcellos, & seu filho Dom Ioão  
Luis de Vasconcellos. Com os receos da dizima,  
tratou o Conde de Atouguia de ser oppositor fol.

113. & desistio da posse, que hauia tomado fol. 267. & 277. O mesmo fez  
Dom Ioão fol. 119. & tambem largou a posse fol. 122. & seq. Em lugar  
do Autor Originario se habilitou seu filho o Conde de Figueirò fol. 382.

2 A causa he tão grande, & está escrito tanto sobre apretenção della,  
que isso obriga à reduzirme ao precisamente substancial, por não repetir  
o que está dito por as outras partes, & actum agere: & tambem por não  
ser molesto a quem ouuer de ler esta allegação: *non enim conuenit authori-  
tatum numero decertare, potius quippè est ponderare sententias, quam nume-  
rare.*

3 *Veritas consistit in paucis, neque ad comprobationem ipsius multus ver-  
bis opus est, sed efficacibus. Cap. odi 23. q. 1. gl. in cap. cum sit de atate, &  
qualit. Porem se deue releuar se o discurso for mais largo, do que quizera  
aduertindose, que se não pode dizer muito em pouco. Et quòd rectè enū-  
riamus, quando secundum propriam materiam loquimur Crauet. cons. 202.  
nu. 38. lib. 2. Nem por affectat breuidade, se pode omittir o necessario. E  
como todos dissessem contra o A. tão copiosamente, he adequado fun-  
dar seu direito, & responder ao que os aduersarios allegarão em seu fauor;  
& ~~chegar a conclusão~~ desta informação, propondo primeiro a narratiua  
do facto, & proua delle.*

4 Vagarão por morte de Dom Ioão Luis de Vasconcellos, que falle-  
ceo sem

seu sem descendentes, os morgados de cuja successão se trata; dous delles instituidos per contrato, S. o que instituyo o Bispo de Lisboa Dom Ioão Martinz, sendo já eleito Arcebispo de Braga, de que vay o traslado da instituiçãõ, ex fol. 6. confirmada por ElRey Dom Dinis em 24. de Abril da era de 1353. que são annos de Christo 1318. com que se cuitão os enleyos de ser certo, que o d. instituidor falleceo no anno de 1355. como refere o Arcebispo Dom Rodrigo na Historia Pontifical de Braga 2.p. cap. 41. nu. 10 pag. 177. que deu occasião a dizerse, que não podia fazer as escrituras despois do anno de 325. porque esta conta he da era de Cesar, & se abatem della trinta, & oito annos, como aduertio Lara in compendio vitæ hominis cap. 15. nu. 43. pag. 127. E este embaraço propoem nas razõs de Dom Ioão nu. 235.

5 Outro morgado instituhio tambem por contrato inter viuos Este uão Rodriguez de Vasconcellos em seu irmaõ Mem Rodriguez de Vascellos, vay a instituiçãõ nestes autos ex fol. 293. & se fez sobre este morgado o artigo 18. na replica fol. 287. outro traslado vay fol. 556. & outro no app C. fol. 358.

6 O terceiro morgado instituhio Dona Leonor de Menezes em seu febrinho Dom Affonso filho de sua irmãa Dona Isabel, & de Dom Fernando, que foy filho de D. Affonso Senhor de Cascaes cõsta fol. 237. vers. in princip. Onde reuogou a primeira, & següda instituiçãõ, q̃ hauia feito em o Conde de Villa real, & em seu irmaõ Dom Ioão.

7 Outra instituiçãõ fez o dito Bispo em Sancha Annes no anno de 1342. que vay ex fol. 88. vers. incorporada na cõpra da quinta da Ribaldeira fol. 790. & outra à Gõçalo Médez fol. 598. vers. em outros criados seus, como consta no app. C. fol. 347. E criados chamou aos instituidos assi o instituidor, como o Arcebispo Dom Rodrigo d. 2. p. pag. 175; posto que despois lhes chamasse filhos na historia Ecclesiastica de Lisboa, 2. p. cap. 81. nu. 4. E como todos viessem a incorporar-se em hum sò successor, & as clausulas sejam quasi as mesmas, trataremos dellas promiscuamente, referindo primeiro as clausulas substanciaes, pellas quaes se deue regular, & definir a successãõ.


8 Porque cousa certa, & indubitauel he, que se deue aconselhar, & julgar conforme ao teor da instituiçãõ, Cap. 1. de duob. fratrib. ibi; secundum tenorẽ inuestituræ. Exornat Decian. lib. 4. conf. 16. n. 22. Peralt. in. Rub. de heredib. instit. n. 122. vers. 1. Gaspar Thesaur. lib. 2. q. 1. §. 4. q. 1. de tenor inuestituræ, seu fundacionis primogenituræ ante omnia sit attendendus; etiam contra naturam successionis de iure communi voluit Ludouicus Sacce, conf.

3

conf. 228. n. 36. pag. 178. E por assi ser disse *Fusar. conf. 10. n. 14. Verbis institutio-  
tionum adherendum esse, & conf. 17. num. 12. quod earum verba diligen-  
ter sunt inspicienda.* E Baldo in d. cap. 1. de duob. fratrib. quod secundum  
earum tenorem, consulendum est, & iudicandum. O mesmo disse. *Iasão conf.  
114 n. 4. Eas vontades das que dispoem se haõ de guardar como leys, l. 12  
Cod. Sacrosan. & Auth. de nupt. §. disponat.* E isso he o q̄ manda guardar a  
nossa *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3. ibi.* naõ declarando, ou dispondo o institui-  
dor em outra maneira, porque o q̄ elle ordenar, & dispozer, se cumprirá  
E quòd fit ad vnguem obseruanda dixit *Cabed. 1. p. decis. 121. n. 2.*

9 Em razão do q̄ proporei em primeiro lugar as clausulas das institui-  
çoens dos ditos morgados, reparando muito, em que atè na relação del-  
las, & do q̄ esta nos autos ha grande variedade nos Consulentes, q̄ tẽ escri-  
to na causa, que foi o fundamento, porque *Molino disse lib. 3. de pact. nupt.  
tom. 1 q. 8. nu. 21. pag. 159. periculosa consulentium merces, qui sepius pecunie  
auuiditate ducti supra modum à veritate declinant, videndus Belarminus  
de arte bene moriendi. 2. p. c. 11.* Trabalharei por me conformar com ella  
assi na relação do facto, como na allegação dos Doutores, e eleição das opi-  
niões, para que V. M; & quem vir esta informação me não imponha a  
mesma nota.

### *Clausulas da instituição do Bispo Dom Ioaõ Martinz*

**[10]**  O M tal condição, que o dito Vasque Annes tenha o dito  
morgado em sã vida, & despois sã morte, deue ficar ao pri-  
meiro seu filho lidimo, nos confirmamos, & outorgamos  
o dito morgado, como em elle he conteudo em esta ma-  
neira, que o haja o d. Vasque Annes, & seu filho Ruy Vasquez despois del-  
le, assi como aqui he conteudo em esta nossa carta.

E despois à morte delle hauelloa sempre o primeiro filho varão lidimo  
& neto, & bisneto, como for mais chegado sempre.


E se hy naõ houesse varão, hauelloa a polilha mais chegada lidima, atè  
que hy haja varão lidimo, a que se haja sempre de tornar por successão  
[16. vers.]

11 Et fol. 117. E se a carta de morgado, q̄ tem Vasque Annes se per-  
desse, ou naõ parecesse por algũa maneira, queremos, & mandamos, que  
esta ~~carta~~ & pareça, & valha por morgado, & que se tenha, &  
guarde, como em ella he conteudo: & se parecesse outra carta, ou cartas,  
estromento, ou estromentos, ou outra escritura contra esta, que ataqui

4  
fosse feita, mandamos, que non valha, nem tenha, & em testemunho da qual cousa mandamos dar, ao d. Ruy Vasquez esta nossa carta, &c.

12 Na era de mil, & trezentos cincoenta, & seis confirmou El Rey Dom Dinis esta doação, à pedimento do Arcebispo, & do tutor do dito Ruy Vasquez, consta no *app. C. fol. 241.* onde o Arcebispo disse. Porque vos peço senhor por merce, que se algúas cartas, ou instrumentos de doação, ou de outra ordenação qualquer, apparecerem, quer sejao dadas dante este tempo, quer despois, que tenhades por bem, que não valhão, que eu assi o quero, ottorgo, & mando, peçouos senhor por merce, que assi o guardedes, mantenhades, mandedes manter, & guardar para sempre, tambem no vosso tempo, como de todos os Reys, que de pos vos vierem. E El Rey assi o confirmou, & mandou de certa sciencia com conselho dos de sua Cotte, *d. app. fol. 342. vers.*

*Clausulas da instituição do morgado, que fez o Bispo Dom Ioão em Gó- calo Mendez de Vasconcellos no anno de 1367. na qual fol. 599. vers. o instituidor pôs a clausula seguinte.*

13  AZEMOS, estabalecemos, & ordenamos por regedor, governador, & mantedor deste morgado à nosso sobrinho Gonçalo Mendez filho de Mem Rodriguez de Vasconcellos, & de nossa irmã Constança Affonso &c. & despois de sã morte o haja, reja, & governe o seu filho baraõ mayor, que leigo for, ou o queira ser, & possa, & que seja nado de molher sua lidima.

E despois da morte do d. seu filho haja o d. morgado o seu netto mayor lidimamente nado, & deshy o bisnetto, & assi deshy em diante por a linha direita de sã geração lidimamente nados pellas maneiras de suso ditas.

E se acontecer que do d. Gonçalo Mendez, ou algum daquelles, que del descender pellas maneiras, que ditas son, non houesse filho lidimamente nado, que houesse de herdar o dito morgado, & houesse filho de mulher, sem casamento lidimo, posto que seja legitimado por El Rey, ou o Papa, ou por outra maneira qualquer, non queremos, nem he nossa vontade, que haja este morgado.


*E fol. 601. ibi.* E se acacer, que o dito Gonçalo Mendez, ou filho, ou netto, ou outro qualquer, que del descender per linha direita, & lidimamente pella maneira, que dissemos, non haja filho baraõ, nem neto, nem bisneto




bisneto lidimamente nados pellas ranciras, que de suso son ditas, & hou-  
uesse hi filha, ou neta lidimas per linha direita nadas, ou outra qualquer,  
que destas descendesse lidimamente, & por linha direita, queremos, que a  
cazem pellos ditos bens, &c.

E fol. 601. *vers.* Manda, que extincta a geraçã do d. Gonçalo  
Mendez torne este morgado àaquel, a quem der o morgado dos bens, q̄  
tem entre T. & S.adiana.

*Clausulas da Instituiçã do morgado de Esteuão Rodriguez de Vasconcellos na era de 1356. que são annos do Nascimento de nosso Senbor 1318. nestes autos ex fol. 290. outro treslado anda no app. fol. 358. & nestes autos fol. 556.*

14  A C, O doaçã a vos Mem Rodriguez de Vasconcellos meu  
irmão, & à vossa mulher Constança Affonso, &c. & à vossa  
morte de ambos fique à Gonçalo Mendez vosso filho sen-  
do leigo. E se Gonçalo Mendez morrer, & ficar del filho  
haja o seu filho mayor, que seja leigo, & que seja lidimo, como dito he  
& se não houuer filho lidimo, como dito he, a mayor filha, que houuer,  
deuco hauer; & se morrer o d. Gonçalo Mendez, que non haja filho, nê  
filha lidimos, fique ao vosso filho mayor, que houuerdes de Constança  
Affonso, que seja leigo, & se ahy não houuer filho à vossa morte de am-  
bos fique à mayor filha, que houuerdes de Constança Affonso; & assi vão  
estes bens pella geraçã para sempre em morgado, &c.

*Clausula da instituiçã de Sancha Annes, de que acima se fez mençã  
n.7. confirmada por El Rey Dom Dinis in app. fol. 347. vers. ibi,*

15  V E se Sancha Annes houuesse filho lidimo, ou filha, ha-  
jao por logo de morgado, & guardaricha assi, para todo  
sempre em filhos, eem netos, & bisnetos, como de suso  
dito he, & de guiza, que o haja sempre por maneira de  
morgado hum sò. S. o mayor filho baraõ leigo, & lidi-  
mo, ou neto, ou bisneto, ou filha lidima, quando a hy não houuer baraõ  
por sua morte, &c.

*Clausulas da instituiçã do morgado de Dona Leonor de Meneses, ex  
fol. 207. em fauor de Dom Pedro Conde de Viana fol. 216. ibi.*



Corraõ estes bens por toda sua linhagem, conuem a saber ao seu filho primeiro chamandose de Meneſes, & trazendo as armas direitas, que meu Padre trazia, & assi venha á seu neto, & corra da hiem diante por toda sua direita linha, cõ tanto, que sejaõ baroens lidimos, & naõ legitimados.

17 *Et fol. 216. vers.* em falta do d. Dom Pedro diz: entãõ quero, & mando, que venhaõ os ditos bens a seu irmão Dom ~~...~~ da d. minha irmã, chamandose de Meneſes, trazendo as armas direitas de meu Padre, & corra por sua direita linha em baroẽs lidimos, & naõ legitimados. E isto torna a repetir fol. 217. no chamamento de Dom Fernando seu sobrinho; & fol. 223. quando admitio bastardos, declarou, que fossem naturaes, & naõ adulterinos, & em desfalecimento dos legitimos. E tendo acabado este primeiro testamento a fol. 232. fez outro, que corre até fol. 236. no qual mudou a forma da Capella, que tinha ordenado no mosteiro de S. Agostinho da Villa de Sanctarem, & em falta de filhos, ou filhas suas tornou a ratificar o primeiro chamamento, fol. 235.

18 Porem fez despois terceiro testamento, fol. 236. vers. & nelle fol. 237. vers. pos a clausula seguinte.

Eu reuogo o d. Conde de Villa Real meu sobrinho da dita administração, & todos os seus descendentes, & isso meſmo a Dom Ioão seu irmão, & todos os seus descendentes, & não me praz, que por elles andem, & adou a Dom Affonso meu sobrinho, mudandoa em elle, & em todos seus descendentes pella guiza, & ordenança, & condição, que pello Conde, & seus descendentes deuia de andar. *Et fol. 238. ibi.* E em desfalecimento do dito Dom Affonso, & seus descendentes venha a administração a aquelles, que he ordenado em meu principal testamento.

19 Reconheço, que se ajuntou ex fol. 161. o traslado de hũa instituição, que diz ser feita na era de 1342. em 13. de Mayo, *vt fol. 169.* que he hum traslado por certidão de Belchior de Faria Correa, passada em 21. de Janeiro no anno de 634. *vt fol. 172. vers.* despois de pender esta causa, & forsan despois de ser morto Diogo Brauo; & diz Belchior de Faria Correa a sobescreui, & o traslado desta doação naõ o concertei por a propria a levar Diogo Brauo, que corria com as cousas de Dom Ioão Luis de Meneſes, & não mã tornar, & assinar de como alevou, mãs o traslado esta na verdade, porque o concertei com ella, & esta he a verdade. Belchior de Faria Correa.

20 Contra esta instituição tem dito os oppoentes daſtamente, como se pode ver na allegação do Conde da Castanheira, *ex fol. 1243. à nu. 8*

7  
& na allegação do Conde de S. João *ex fol. 1291. à nu. 212.* & abaixo em seu lugar direi em favor do A. contra ella. Porem com a supposição de se lhe não deuer dar credito, referirei tambem as clausulas della, que são as em que o oppoente Dom João se funda, & com que pretende ser admitido a esta successão.

21. Dizem pois, que se continha na d. doação conforme ao traslado della, *ex d. fol. 164. vers.* que o honrado Padre, & senhor D. Ioanne, pella ~~mar~~ de Deos Bispo de Lisboa, deu, & doou, & fez doação perfeita, & comprida para todo sempre a Vasque Annes criado do honrado padre, & senhor D. Giraldo pella graça de Deos Bispo do Porto, com as condições seguintes, as cousas ahi nomeadas.

22 *Et fol. 164. vers.* pos a clausula seguinte, *ibi.* E à morte do d. Vasque Annes se acontecer, que haja filho, ou neto, ou grao, o qual ao diante he escrito, & diuisado, todas as cousas de suso ditas fiquem ao filho lidimo barão leigo, que ouuer de sua mulher lidima, & outrosi esse filho haja & possua, & logre os lugares, & cousas de suso ditas sob as mesmas condições, & maneiras, mandou, & outorgou, que assi se guarde no filho, & neto, & bisneto, & em toda a geração delle, descédendo sempre per direita linha de grao em grao, assi como suso he estabelecido no filho de Vasq Annes, & assi herdem todas, os que delle descenderem por direito de morgado, & de guiza, que sempre herde o filho mayor, leigo, barão, & de lidimo matrimonio, & casamento.

23 *Et fol. 165. in princip. ibi.* E se por ventura acontecer, que o dito Vasque Annes não haja a sua morte filho barão, & leigo de sua mulher lidima, todas as cousas suzoditas fiquem ao dito neto barão, leigo, de lidimo casamento, se ahi o ouuer de filho lidimo, & se tal neto não ouuer de filho lidimo, & hy tal neto ouuer de lidimo casamento, fica lhehaõ todas as cousas de suso ditas, para assi irem de grao em grao para sempre, como dito he, em direita linha, & per direito de morgado, & se por ventura em algum tempo extinguir a geração do d. Vasque Annes, ou for extincta, & que não haja hi nenhum tal filho, ou neto, ou bisneto, ou elle morrer sem elles, todas as sobreditas cousas manda o dito Bispo de Lisboa, q̄ fique ao filho barão, & leigo mayor de João Schola, & de Constança Annes sua lher, &c.

24 Nesta clausula fundou o oppoente D. João o direito de sua opposição: alem das respostas que lhe estão dadas, tambem em seu lugar se respondera por parte do A. quando lhe couber; por hora em primeiro lugar fundaremos a justiça do A. & despois responderemos a cada hũ dos oppoentes, pella ordẽ, com q̄ escreverão nestes autos.

*Justiça*



VND A o A. sua justiça, em que como consta de sua inquirição, *ex fol. 491. & 519. vers. he o A. filho de Dona Anna de Atayde, neto de Dona Anna de Tauora, bisneto de Dona Ioanna da Sylua filha do primeiro Conde de Penella; isto juraõ as testemunhas fol. 491. vers. affirmo, que ainda conhecco a primeira Condessa da Castanheira neta do ditto Conde de Penella testes fol. 494. vers. 497. Gaspar de Faria Seuerim fol. 498. vers. Antonio de Tauares fol. 500. alter 502. 504. vers. 510. vers. 520. vers. 522. 523. vers. 533. in fin 534. optimus 544. vers. O Senhor Arcebispo D. Rodrigo fol. 594 o Conde da Castanheira em seu depoimento fol. 546.*

26 Juraõ as mesmas testemunhas, que he o A. o parente varaõ legitimo, mais chegado, & mais velho, respeito do vltimo possuidor, que se achou ao tempo de seu falecimẽto, *fol. 495. 496. vers. 501. vers. in fin, & seq. 520. 521. vers. 523. E tambem o jurou D. Carlos em seu depoimento. fol. 586.*

27 Prouase, que era o A. de 81. annos ao tempo, q̄ faleceo o vltimo possuidor, *ut fol. 496. 505. Aytes de Miranda Enriquez fol. 508. alius 509. & 509. vers. & que era de 81. para 82. annos jurã a madrinha do A. fol. 544 vers. confessa o Conde da Castanheira ser o A. mais velho, q̄ elle fol. 546. vers. in fin. & o jura o senhor Arcebispo D. Rodrigo fol. 595.*

28 Comproouase o sobredito pella certidaõ do inuentario, q̄ se fez por morte do pay do A. fol. 561. onde se declara, q̄ no anno de 83. era o A. de 22. annos, & pella dita conta era ao presente de 85. annos, que he o com que se conformaõ as ditas testemunhas, & pella outra certidaõ fol. 553. cõsta do baptismo do irmaõ do A. mais moço, q̄ elle, q̄ foy baptizado no anno de 1557, o qual pella dita conta ficaua agora de 87. annos, & assi se cõuençe por todas as vias ser o A. mais velho, que todos os oppoentes.

29 E conforme a direito a idade se proua pella dita certidaõ do inuentario, & testemunho da madrinha *Masiard. concl. 668. n. 15. Menoch. de arbitrar. cas. 116. n. 4 & 5. Sforc. Od. de restit. p. 1. q. 37. Crauet. de antiquit. tēp. 1. p. insect. vidimus, & abundē, n. 34. & 36. latē Garc. de benef. 6. p. c. 2. à n. 186. Menoch. lib. 2. prāsump. 51. n. 33. & n. 54. E neste particular he notorio entre todos a maior ancianidade do A; & nenhun dos oppoentes a cõtradiz, o que basta, *ex his, que tradit Imo in l. omnes. & ibi Paul. Cod. his, qui veniam atat. gl. in l. 2. verbo legitimis ff. excus. tut. & in l. 2. verbo atates. ff. de ferijs.**

30 Do que resulta, que por a dita qualidade de mais velho, sendo barão, legitimo, & estando no mesmo grao, & na mesma linha dos mais oppoentes legitimos, fica preferindo a todos; etenim conforme a direito na vocação dos mais chegados, estando muitos no mesmo grao, se prefere o mais velho, como he commum resolução de todos os que allega *Ferrario de substit q 356 n. 5.* & isto he o que considerão os *Abolutores de Molin. de primog. lib. 3. c. 4. n. 14 vers. de secū de obseruatione;* onde dizem; *Et hinc infertur, quod cum lex privilegiat lineam, postea gradum, statim sexum, deinde etatem, non est curandum de gradu, nisi in linea, neque de sexu, nisi in gradu, neque de etate, nisi in sexu,* para o que allego à *Bald. Greg. Lop. à Gam. na decis. 364.* & ao mesmo *Molin. lib. 3. c. 6. nu. 50.*

31 Pello que estando o A. na mesma linha do primeiro Conde de Penella, a que se ha de fazer recurso, extincta a linha do segundo Conde; & estando nesta linha no grao mais chegado, & sendo barão, & mais velho em idade; a elle sem duuida se deferio esta successão, conforme aos chamamentos das ditas instituições; & isso he o que diz o *text. in l. Ult. ff. de fid. instrum. ibi Senioreni iuniori preferemus l. cum pater §. pater filium ff. de leg. 2. Ord. lib. 4. tit. 36. §. 2. iunct. alia lib. 4. tit. 100. §. 2. resoluit Val. conf. 82. nu. 5. Mantio. de coniect. lib. 8. tit. 10.* Esta qualidade de mais chegado, & mais velho ao tempo da morte, exclue toda a ficção, *quia vera, & naturalis, non fictitia esse debet Robl. lib. 3. c. 11. n. 12.*

32 E que o mais chegado ao ultimo possuidor deua succeder, prova *Molin. lib. 1. c. 5.* & com elle passa *A ponte, tom. 2. conf. 12. nu. 5. Aluarad. de coniect. ment. lib. 2. c. 3. §. 3 nu. 44.* & aquella qualidade, & relação de mais chegado ao tempo da morte se não pode verificar, senão em o A. que era o mais chegado ao tempo da morte do ultimo possuidor, como he *tex. in §. proximus cum similibus Inst. de leg. agnat. succes.* & he a razão, porque como a successão tenha natureza de relação ao tempo da morte, não se entende chamado, senão aquelle, que ao tempo da morte he mais chegado, como he, *tex. in l. ex facto §. penult. in prin ff. ad Trebel. & he tex. expresso in l. cum pater 79. §. Hereditatem, ff. de leg. 2.* & como no caso presente concorrão no A. todas as ditas qualidades, de estar na mesma linha, no mesmo grao, no mesmo sexo, em maior idade ao tempo, que se deferio a successão, não se deve deixar de guardar a regra verdadeira, em que concorre a vontade, & palauras dos instituidores, por hua tacita, & presumpta interpretação de vontade incerta, & fallivel, como em termos argumenta *Mench. conf. 200. nu. 41. &*

*cons. 269. nu. 61. & lib. 4. presump. 95 nu. 3. tene certum relinque incertum disse Pacian. lib. 1. cons. 17. nu. 15. onde ensina, quod semper iudicaturus debet in partem claram, que tuta est, & non in dubiam inclinare.* para o que he, *tex. in l. qui non militabat §. Lucio ff. de hered. inst. l. utrum ff. de petit. hered. l. quemadmodum, ff. ad leg. Aquil.*

33 E he tão grande a prerogatiua do A. por estar mais chegado ao ultimo possuidor na forma declarada, que todos os Opposites preten- dem fazer-se mais chegados para excluir ao A. hum arguindo, que a suc- cessaõ de Dona Leonor de Menezes retrocede aos primeiros chamados descendentes do Conde de Villa Real, entendendo, que a descendencia de Dom Affonso se acabou no ultimo possuidor Dom Ioão Luis de Me- neses, & este he Dom Carlos de Noronha, que se oppos com este fun- damento fol. 262.

34 Dom Ioão Luis de Vasconcellos, & Menezes se oppos fol. 187. fazendo-se tambem mais chegado na linha do segúdo Conde de Penella. Porem confessa no 33. artig. de sua opposição a illegitimidade de seu Auo.

A Condessa da Castanheira se oppos fol. 141. fazendo-se descen- dente legitima do Arcebispo Dom Fernando filho do primeiro Conde de Penella, e sua neta por ser filha de Dom Luis Fernandez de Menezes filho do d. Arcebispo, & assi mais chegada.

35 O Conde da Castanheira se oppos fol. 148. até fol. 154. queren- dose fazer mais chegado, por representaçãõ de seu pay, dizendo, q̃ neste caso se deuia admitir, allegando tambem, que D. Ioanna da Sylua, de quem descende, era a filha mais velha do primeiro Conde de Penella, & constituia melhor linha para si, & seus descendentes; & para prouar, que o mais chegado, & mais velho deuia ser preferido, allegou muitos em suas rezoês à nu. 54.

36 Com o mesmo fundamento se opposerão Fernão Martinz Frei- re, fol. 130. a Condessa de Atalaya fol. 139, Tristão da Cunha de Atai- de fol. 330. o Conde de Atouguia fol. 279. & as Freiras de Sancta Mar- tha fol. 199. D. Francisco Mascarenhas fol. 385. & o Alcayde mór de Pal- mella fol. 408.

37 O Conde de S. Ioão Luis Alurez de Tauora se oppos cõ o mes- mo fundamento. fol. 137. acrescentando mais, que seu Pai morrera na batalha de Alcacer, & viue per gloria, & assi era mais chegado ao tempo da morte do ultimo possuidor, & acrescenta, que tem outro parente- co cõ a casa de Penella, porque tambem he descendente de Dona Ma- ria da

ria da Silua, que era outra filha do primeiro Conde de Penella, de quem procede Fernão Martinz Freire, & os mais contudos na aruore, que se ajuntou fol. 774. & na que anda appensa em hum canudo de folha de Flandes.

38 Não trato de provar, que o parentesco do A. está assas comprovado, porque basta que, acerca das descendencias das tres filhas do primeiro Conde de Penella, prouaraõ todos os Oppositores; & o que acerca d'isso escreueraõ seus consulentes. S. Tristão da Cunha nas suas razões ex fol. 1207. no 7. art. à n. 101. o Conde da Castanheira nas suas ex fol. 1243. a n 7. & nas razões do Conde de S. Ioaõ à n. 298. & o que tambem se allegou em fauor de Fernão Martinz Freire fol, 1398. & só o Aduogado de D. Ioaõ quiz por contradicção em tudo, negando todos os parentescos em suas razões à n. 219. com nenhum fundamento, porque no tempo do nascimento de D. Ioaõ Luis de Menezes ultimo possuidor, que Deos perdoe fez o bisauo do Conde de S. Ioaõ, neto do Conde de Penella, filho de sua filha Dona Ioanna da Sylua as diligencias ex fol. 696. sobre o ventre, como quem naquelle tempo era o parente legitimo mais chegado, se não nascera D. Ioaõ filho de D. Antonio de Menezes, que foy o filho 2. do 2. Conde de Penella, por não ficar filho capaz de succeder por morte de D. Affonso primogenito do d. 2. Conde de Penella, de quem so ficou D. Ioaõ filho spurio adulterino, hauido, sendo od. Dom Affonso cazado, como se declarou na sua legitimação in app. C. fol. 52. & assi não era decente contradizer à verdade de tantos, & negar o que legitimamente está assas prouado, & he notorio à todos.

39 *Hoc igitur pro constanti habito; iam ad certamen properamus, Licet. tamen ante omnia pedes figere.* Por quanto nas razões de Fernão Martinz Freire fol. 1401. se allegou à allegação feita em fauor da serenissima Infanta Dona Catherina; & querem authorizar as linhas, & preordinação dellas com o exemplo da successão do Reyno; Porem com pouco fundamento. Por quanto na successão dos Reynos ha muy diuersa razão nos filhos dos Reys, do que ha nos filhos dos particulares, que não são primogeniros.

40 Esta differença prouão em termos. *Paulo de Castro cons. 164. n. 6. vers. item non obstat; quod in primogenijs Regum vol. 2. Hugo Grot. de iure belli lib. 2. c. 7. n. 22 pag. 167. ibi.*

*Frequens autem in rebus est alia quadam successio, non hereditaria seu que linealis dicitur, &c.*

O mesmo proua *Peregr. lib. 2. cons. 1. n. 28. ibi statim acquiritur istis quidam quasi status regalis.*

Com a mesma distincção falla em os Reynos, & filhos dos Reys o mesmo *Pereg. lib. 4. conf. 1. n. 21.*

E *Aguirre no Conselho pro Philippo 2. n. 21.* disse o mesmo dâdo por razão, que nos filhos dos Reys, vem implicito com elles em nascendo hum estado real no habito, ainda que não seja in a<sup>o</sup>, como disse. *Tiraq. in repet. l. si vnquam. n. 15. in prafat. Cod. reuocand. de primog. q. 32. & 33. Mol. de primog. lib. 3. c. 6. n. 18. obseruat Costa. de reg. success. n. 64. vbi quod in regum primog. fit alia ratio, quam in primogenijs aliorum.*

41 E em outro parecer, q' fez a Vniuersidade de Alcala por Felippe, 2. pag. 46. vers. se poem a mesma distincção, *ibi.*

*Est enim regni successio, & hereditas præcipua quedam, & eximia successio, & quæ (omnibus consentibus) multa habet singularia & propria, neque cum alijs successioneibus communia; ut inciuile fit constituta in priuatis, & particularibus hereditatibus ad hanc publicam, & eorégiam quasi hereditatem producere, cum fit regula iuris, disposita generaliter, non comprehendere species, peculiari aliqua qualitate præditas, etiam si proprietate verborum contineri posse videantur. Cap. quia periculosum de sent. excom. lib. 6. allega à Costa pag. 89. & a Valasc. q. 50. n. 35. & outros.*

42



MESMA differença proua *Guilhel. Bened. in Cap. Raynuntius verb. & eod. testamento relinquens 1. n. 199.* onde considera, que os filhos do Rey, ainda em vida do Rey habent specialem prerogatiuam, & nomen speciale

&c.

43 E o *Doctor Francisco Valasco* in sua doctissima justa acclamatione 2. p. punct. 1. §. 1. n. 2. ad fin. assi o exprimo, *ibi:* E principalmente por que na successão dos Reynos, estão expressamente admitidas as linhas.

44 O *Doctor Ioan. Bapt. Larrea. dec. Granat. 32. n. 52.* faz a mesma differença *ibi.* quippè longè dissimilis est regni successio & maioratuus, cū in eis specialiter prouisum fit &c. E o mesmo he na successão deste Reyno por prouimento particular nas cortes de Lamego l. 3. & 4. & por os testamentos Del Rey D. Ioaõ o 1. & Del Rey D. Affonso 5. as quais disposições tem força de ley *Ex tex in l. si Imperialis Cod. de legib.*

Insuper a allegação entre a Senhora Infanta, & Felippe II. era entre primos com irmãos, & sua A. tratava de entrar no lugar do Senhor Infante D. Duarte seu pay, & aqui querem representar tres aucs, & quatro

tro



ros auòs, que nunca entraraõ na successãõ, nem tuerãõ direito algu formado, q̄ podessem transferir a sua posteridade, nê estaõ chamados, senãõ os mais chegados ao tempo da morte do vltimo possuidor.

45 E no caso inter patruales he cõmuni opiniãõ, que se admitta representaçãõ, ainda sem concorrer tio, como se prouou na d. allegaçãõ por a fadhora D. Catharina, q. 4. n. 5. & mais largamente o Doutor Valasco *in d. titam* ponto 1. § 1. n. 17. § 5. n. 7. & n. 20. pag. 203. onde se restringio aos filhos dos irmaõs, *quod etiã tradit Rozent de feud. c. 7. cõcl. 56. n. 20.* E assi sendo os pretẽsores desta successãõ quartos, & quintos netos das irmãs filhas do 1. Conde de Penella, despois do qual succedeo o 2. Conde, & despois seu filho, & despois o filho 2. do Conde, & despois seu neto, sendo ellas mortas em vida de todõs os ditos possuidores, naõ ha lugar de equiparaçãõ para argumentar do caso da successãõ do Reyno & se se permitisse representar os mortos, que naõ adquiriraõ direito em vida, so por serem descendentes, facil cousa seria induzir a representaçãõ ate Noê, & dahi passar à Adãõ.

46 E ficamos nos termos da *Auth. de heredib. ab intest. in §. si vero neq vbi Iustinianus in hac verba.*

*Si neq fratres, neq filios fratrum (vt diximus) defunctus reliquerit omnes ex transuerso cognatos ordine vocamus ad hereditatem secundum vniuscuiusq̄ gradus prerogatiuam, vt qui gradu proximi sunt, ceteris preferantur*

*Vel vt vetus versio habet (ex Forstero de success. ab intest. 40. cas. principal. in 1. ordine transversal. pag. 340.) Omnes à latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum vniuscuiusque prerogatiuam, vt viciniores gradu ipsi reliquis preponantur, vt supra diximus.*


47 O mesmo decidem os *tex. in Auth post fratres, fratrumq̄ filios Cod. legit. hered. & como diz Forstero vbi proxime 2. cas. concl. 6. vers. hoc igitur pag. 338. hoc igitur priuilegium solum fratrum filijs concessum, porrigi non debet ad alios. ius singulare 15. ff. de legib. Matthesilan. art. 3. n. 10. circa finem. Rozental. d. concl. 56. n. 20.*

48 Com o q̄ ficamos liures deste escrupulo, que se quera oppor, & nãõ manquejamos deste pẽ; seja tambem licito segurar o outro declarando; q̄ nãõ leuamos intento, *cum pluribus DD. Saxum Sisyphi euoluendi, nec diuagari in quaestione, qua potest comparari aqua tenebrose in nubibus aeris & assi nãõ disputar se questeões, em que ha comuns opinioes pro vtraq̄ parte, & separarei o certo do incerto com as distincões, que approuãõ os DD. porque cousa certa he que a opiniãõ, que dtingue, preuale-*

Affonso Pay do d'oppoente D. Ioaõ; & se não pode considerar senão odi reito, q' o d. seu Pay tinha ao tempo, q' a successão se deferio; vt infra.

54 E não he nouo este modo de litigar nos antecessores do oppoente, antes parece hereditario nelle, porque no feito app. C. vzeu seu Pay desta cautella oppondo se contra seu auo fol. 65 v. l. & ahi se defendeo seu auo cõ a instituiçãõ do anno. de 1353 vt fol. 68. & isto vzeu estau do ja julgado no app. B. fol. 547. que restituisse D. Affonso Pay do oppoente ao vltimo possuidor os bens do morgado, & fol. 594. se julgou o mesmo contra o d. D. Affonso Pay do oppoente, & se dà a razao de se auer a instituiçãõ por justificada, por se não haucr podido ler em tempo do Conde de Penella, consta da d. sentença ibi.

55 E como a instituiçãõ do morgado de Soalbães he muy antiga feita em tempo Del Rey D. Dinis, & adoaçãõ do R. do tempo Del Rey D. Fernando seu bisneto, & pella antiguidade della não se poder pro uar em melhor forma, do q'õ A. a tem prouadõ cõ as testemunhas de sua inquiriçãõ, escrituras de aforamentos à fol. 101, ate fol. 160. & cõ o instrumento fol. 205. & fol. 214. & prouisaõ Del Rey D. Manoel fol. 163. & 235. & declaraçãõ, que fizeraõ as vesoas, que sabiram à carta de excomunhaõ fol. 343. & como o A. nasceo despois da morte de seu pay, & ficou debaixo da tutela do R. originario, & por sera instituiçãõ do morgado taõ antiga, que ja por morte do Conde de Penella se não pode ler para se dar por ella posse deste morgado de Soalbães a seu filbo D. Affonso, como consta fol. 408. podia facilmente perderse, &c. No qual caso fica bastante proua, a que o A. tem dado condeno ao R. abra maõ das ditas quintas, & cazaes pedidas no libello do A. de q' confessa estar de posse, por serẽ pertencças do morgado de Soalbães, & lhas deixeliuremente com os rendimentos da lide con testada em diante, &c.

56  E N D O isto verdade notoria, de q' consta pella d. sentença, & hauendose D. Affonso defendido na d. causa, & no app. C. em sua replica fol. 70. vers. com o mesmo direito, que agora D. Ioaõ alega, he muito alargar se seu Ad uogado tanto assli no que diz acerca da verdade do traslado da instituiçãõ do anno de 342. como em reprouar a do anno de ~~352.~~ & he requiro de peor condiçãõ querer persuadir a n. 119, que ainda nos termos da instituiçãõ do d. anno de 353, deuia o oppoente ser admitido, estando ja excluido

excluido nas sentenças do app. sed adhuc deterius est dizer a n. 163, que por morte do 2. Conde de Penella se deuolveo a successão ao Auó do oppoente, sendo lpurio, em virtude de sua legitimação nestes autos ex fol. 1028. que tambem se juntou no app. fol. 52: & assi como entã lhe não valeo, valerã menos agora.

57 Como o oppoente faça tanto fundamento no primeiro ponto de seu recurso a numero 21. em q se ha de regular esta successão por o traslado da chamada instituição do anno de 342. responderemos a isto em primeiro lugar sem repetir o que ja contra ella disse o Conde da Castanheira em sua allegação fol. 1243, à n. 28 nem o que disse o Conde de S. Ioaõ em suas razões ex fol. 1291. n. 212. & seq. advertindo, que os outros oppoentes a não contradisserão, por cuidar, q lhe ficauão mais a seu proposito os chamamentos della, para seus damnados intentos, que tem nas representações, & fundamentos de linhas.

58 Et primò, se não deve fazer caso do d. traslado da chamada instituição por q Belchior de Faria Correa, jurou fol. 917. vers. que não vira a propria instituição, quando sobescreueo o traslado, que o oppoente apresentou, & de que se tirarão todos os outros, que andão nestes autos, isto se comproua, porque no app. C. jurou o Auó do oppoente, como consta nestes autos fol. 170. vers. que não vira as instituições, & o meimo jurou o vltimo possuidor, como cõsta nestes autos fol. 172; & no d. app. fol. 71 in fin. o Pay do oppoente pediu as instituições, & tambem as pediu o A. fol. 44. & se pediu juramento sobre quem as tinha fol. 47. & sendo isto cousa taõ antiga, & que já na d. sentença do d. app. C. fol. 594. se declarou, que se não podera achar a tal instituição, & que ao tempo da morte do Conde de Penella se não podera ler, como consta in eodem app. fol. 408. temeraria cousa foi, querer introduzir o chamado traslado, & fazer tantos traslados extrajudiciaes, & tantas inquirições de testemunhas nullamente perguntadas, sendo que nenhũa conclueo necessario, para a proua, que intentão fazer.

59 Porque conforme a direito não se dà credito à nenhum traslado, sem constar do original pello *tex. in l. 2. ff. de probat. latè Couar. pract. c. 21. nu. 2.* he commú opiniaõ ex *Gabriel. lib. 5. to. 1. fol. 314. vers. exemplum non probat.* E isto procede ainda que hum cento de notarios afirmem, que viraõ o instrumento original sem macula, & que tirarão o traslado, & concorda com o original. *Mascard. concl. 711. n. 11, onde refere à Iason. dicentem hoc esse albo lapillo signandum, eo suppoem, como couja sem duuida. Menoch. l. 2. praesumpt. 78. n. 6.* & por assi ser disse *Camil. Bor*

rel. conf. 35. nu. 5. *exemplar. si deficit, deficit exemplatum. eleganter Intriguiol. decis. 16. nu. 14. Castilh. controuers. lib. 2. n. 16. n. 52. optimè Menchac. de succes. resol. tom. 3. lib. 2. §. 17. nu. 11. & seq. pag. 92. latissimè Trentacinq. lib. 2. variar. tit. de probat. resol. 6. fol. 209.*

60 E ainda para se tirarem os taes traslados de não ser citados aquelles, a quem podião prejudicar, & interuir licença de *Tusc. concl. 374. verb. transumptum à princip. & nu. 50. & 58.* & ainda no mesmo tabalião, que deu o traslado, de que elle escreueo o original, se require que seja todo o traslado escrito, por mão do mesmo notario, & não por mão alhea. *Tusc. ubi proximè nu. 33. & 35. Paz de tenuta c. 26. à nu. 12. Pereira decis. 26. à nu. 8.* onde poem os requisitos necessarios para se dar credito aos traslados.

61 Nem obsta o que se quiz dizer, que o dito traslado teve obseruancia, & se lhe deu credito, por serem tantos, & de cousa tão antiga, porque se responde, que antes sempre se contradisse o d. traslado, & se lhe não deu credito in app. & no anno de 1598. vt fol. 388. in princip. declarou o escriuão fol. 391. que o traslado daquella instituição não estava autorizado, que he muito antes de acharem a Belchior de Faria Correa, que era muito pobre, & muito velho, & seruia hum officio de seruentia, para poder fazer aquelles concertos, ou desconcertos, que o trasladou em 21. de Janeiro de 634. A testemunha fol. 898. vers. diz, que se não lembra, se a que chamão propria, era assinada em publico, o mesmo Belchior Correa de Faria jurou fol. 917. vers. que não vio a propria; & Antonio Machado, que moraua ao Relogio, jurou 971. vers. & não diz ser a propria; & nenhúa das testemunhas he conforme no que virão, & no de que testemunhaõ, & jurão de comparação da letra de cousa do tempo Del Rey D. Dinis, & não se pode dar credito ao que depois jurou o dito Belchior de Faria, *quia agit ad sui exonerationem.*

62 Insuper o traslado, que D. João juntou fol. 975. diz ser confirmado por El Rey em 2. de feueireiro de 1343. conforme a direito se não pode prouar a tal confirmação do Principe, senão pello original. *Tusc. d. concl. 374 n. 46. & he texto in l. i. Cod. mandat. Princip. l. sancimus. l. Sacri affarus Cod. diuers. rescrip. nem basta aprova de tenore sem cõ correrem os requisitos, de quibus per Auendanb. l. 41. Taur. gl. 4. per totam.* E não interuieraõ no caso presente, nem os que require a *Ord. lib. 3. tit. 60. §. 6. ibi,* que digaõ como foi notado, & pedido, & ~~\_\_\_\_\_~~

63 E para defender a proua de húa instituição, de que se apresenta ua o traslado cõsiderou a Chancellaria de Granada teste, *Larrea decis. 53.*

n. 14. p. 2. hauei tres escripturas publicas tiradas das notas, & que o traslado fora feito por mão do mesmo tabaliaõ protocoli authore, ante quem foy celebrada, & que o mesmo traslado se apresentara em outra demanda por as mesmas partes, & nenhum destes requisitos ha no caso presente, antes ex co, que se ha tanta variedade no que disse o d. escriptuõ Belchior de Faria, fica na mesma maneira suspeito, como a testemunha varia, l. qui falso ff. de testib. l. eos in fin. Cod. ad leg. Cornel. de fals. obseruãrunt. Bald. in l. cum proponeretur ff. de leg. 2. Gramat. cons. 34. n. 5. Mascard. concl. 740. n. 41.

64 E não he pequena conjectura de falsidade a que considera Casbinate cons. 38. n. 41. por a clausula, em que o oppoente se funda ser contraria a toda a disposiçãõ do mesmo instituidor, & ex vero similimente se não poder presumir, q̃ in continenti quizesse variar sua disposiçãõ.

65 Nem se pode admittir o que dizem, que são os traslados muytos, & de coula muyto antiga, porq̃ isso tiuera logar, quando o traslado fora muyto antigo, como considera Tusc. d. concl. 374. lit. T. n. 14. Porem foi feito ha muy poucos tempos no anno de 634. vt sup. n. 18. despois de começada esta cauza por hũa pessoa, que todos conhecemos, & sempre se buscarão os escriptuões menos escriptulosos, & que tinham fama que dauão bom auimento às partes, & serem muitos os traslados, he por serem todos tirados do que se produzio, no appenso, onde se lhe não deu credito, como confessa o Aduogado de D. Ioão n. 38. em suas razões. E quando do mesmo traslado consta, que se não guardou a solenidade deuida na extracçãõ d'elle, nem o tempo, nem outra algũa circumstancia o pode autorizar: isto proua cõ muitos. Tusc. d. concl. 347. n. 29. quod etiam comprobatur. Molin. de primog. lib. 2. c. 6. n. 73. onde refere à Paulo de Castro cons. 81. n. 7. cum seq. lib. 2. ubi inquit solemnitatis defectum non suppleri ex temporis antiquitate; quando ex ipso instrumento constat eã solemnitatem non interuenisse. Omnino Gaspar Thesaur. 4. p. q. 46. n. 21. & seqq. eleganter Altogradus cons. 26. n. 23. & n. 26. E como dos mesmos traslados conste, q̃ não os mandou fazer o juiz, nem vio o original: & o mesmo escriptuão, que fez o traslado, assi o declarasse; & as partes não fossem citadas; & no app. se não desse credito ao tal traslado, de que cl. toutros emanarão, bem se conuence, que se não deue, nem pode fazer caso d'elle.

Porem passemos adiante; & em caso, que constara do original, & este tal traslado fora autentico, he fora de toda a questãõ, que a tal instituiçãõ era nulla; & que por essa causa o instituidor fez a outra do an-

no de 1353. que El Rey D. Dinis confirmou de certa sciencia, mandando, que se não vuisse de nenhũa outra, feita antes de aquella.

66 Este discurso se proua, porque no anno de 1289. estava o Bispo em Roma, & havia sido Conego de Coimbra, Euora, & Lisboa, consta na *Historia Ecclesiastica de Lisboa* 2. p. c. 76. §. 2. e §. 5. E se fez esta instituição, de que se presenta o traslado, que impugna nos, & se continua feito no anno de 1343. diz nella, que por ser Vasque Annes menor lhe da por guardador o Bispo do Porto, & El Rey diz, q' legitima ao d. Vasque Annes anno de 1343. in app. C. fol. 57.

67 Do que resulta, que se o Bispo já havia tido tantas concessões no anno de 1289. & no anno de 1243. erão passados cincoenta & quatro annos, & Vasque Annes era nesse tempo menor, & por isso lhe nomeou guardador era sem duvida o d. Vasque Annes (se era filho do Instituidor como ex aduerso pretendem para seus intentos, & como o diz a historia de Lisboa 2. p. c. 81) filho spurio, hauido despois de o instituidor ser conego nas ditas Igrejas, & conforme ao tempo, em que foy eleito Bispo de Lisboa, porque em Dezembro de 1293. o acha o Senhor Arcebispo Dõ Rodrigo feito já Bispo nella Cidade d. 2. p. c. 77. in princip. fol. 220. vers. E em oito de Mayo de 1392, o elegeo o Cabido de Braga primeira vez para Arcebispo Primaz, consta na mesma Historia c. 76. §. 7. & assi era Vasque Annes de cincoenta & hum annos, se nascera antes de o instituidor ser Bispo, & ficava muy taludo, para lhe darem guardador, principalmente, dizendose fol. 166. vers. que o dito Vasque Annes era mancebo, &c.

68 Sendo pois filho spurio, ficava a instituição, q' d'elle se fez nulla *tanquam indubitatum supponit Fusar. q. 51. nu. 3. vers. sed pulchrum oritur dubium; ibi. Institutio de spurio, tanquam incapace, est nulla. Et est optima additio ad eundem Fusar. d. q. 51. post consilia eiusdem Fusarij pag. 1. onde allega a Ruin. cons. 93. nu. 1. & 2. lib. 2. Hieron. Gabriel. cons. 104. lib. 1. Peregr. de fideicom. lib. 3. tit. 18. nu. 100. E diz na dita addição, que sendo instituido hum spurio, & morrendo elle sem filhos, substituido outrem, valeo a substituição, annullado o primeiro grao, refere hum Conselho de Cesar Barzio posito post eius decisiones Bononienses n. 80. vsq. ad 93. eleganter Surd. cons. 250. nu. 40. ibi; quod in spurio penitus incapaci procedit contrarium, quia cum non possit esse haeres, & ita verificetur conditio vulgaris substitutionis, erit locus substituto; &c.*

69 Com que se verifica, que quando se fez a instituição no anno de 1353. de qua fol. 6. & fol. 116. estava ja feita a legitimação do d. Vasque

que Annes inda p. D. fol. 57. & nestes autos fol. 1026. vers. que diz ser feita em 28. de Janeiro de 1346. & assi foi a instituiçãõ valiosa feita no anno de 353, sete annos despois da legitimaçãõ do d. Vaque Annes, & consentida por Rey Vasquez, que dizem era o substituto, na outra instituiçãõ do anno de 342, & por este respeito primeiro acquirente, no qual sentença se fez a allegaçãõ do Conde da Castanheira n. 41. & 42. & ultra ibi allegatos. *resolue o Sancto Padre Gregorio 15. dec. 529. E Viuiano de iure patronat. lib. 14. post. c. 2. n. 21. & 33. cum seqq.* os quais ensinaõ, q̃ o primeiro acquirente pode prejudicar aos successores renunciando, & alterando a forma da inueltidura; com o que cessa o q̃ se disse nas razões de D. Ioão ex fol. 1158. n. 32. & toda allegaçãõ ex n. 21. de ser doaçãõ perfeita, que se não podia mudar. *E conforme a direito o legitimado obtinet vicem posthumi, & rompe o testamento, & doaçãõ feita antes da legitimaçãõ. Tiraq. l. si unquam verbo suscepit liberos n. 80 & 81. & ante Cod. renouand; onde allega infinitos.*

70 E o que se diz n. 35. q̃ na instituiçãõ do anno de 353 havia clausula que em caso, que não apparecesse outra instituiçãõ; & que agora era já apparecida: não he bastante, porque se houuera de prouar, ser bastante o apparecimento, & ser o traslado legitimo, & deuera reparar se mais na carta de El Rey D. Dinis app. C. fol. 341. onde de certa sciencia, deo por nullas todas as outras doaçõs, & instituiçõs, & houuerase de aduertir, que era Vasque Annes incapaz por ser spurio, & não estar legitimado, & que por isto despois da legitimaçãõ se fez a instituiçãõ do anno de 1353.

71 Insuper na instituiçãõ do anno de 1342 não estauãõ admitidas femeas, antes em todas as vocaçõs, & substituiçõs se fez mençãõ de filho varão, lidimo, leigo, que houuer de sua mulher lidima, & se ordena ua, que assi se guardasse no neto, e bisneto, vt sup. n. 22. & 23. & conforme a direito, *si sepius facta est mentio masculinitatis, censetur illa qualitas repetita. Surd. conf. 564. n. 7. Pereg. art. 25. n. 36.* & não tinhaõ intrancia as femeas, nem ainda os varoens filhos de femeas *Larrea decus. 34. n. 46. p. 2. e leganter Pereg. cons. 5. n. 10. lib. 5. Fusar. q. 346. n. 10. & seq. post Molin. de primog. lib. 3. c. 5. n. 25. resoluit Valenquel. conf. 40. n. 26.* & assi o reconhecco o Aduogado de Tristão da Cunha, em suas razões fol. 1207. n. 83. posto que seruido a causa hauia dito o contrario n. 35; & não he muita differença, porque aqui foi prouando, que era morgado de baronia regular, & despois reconhecco n. 45. que succederaõ nelles femeas, & n. 46.

72 E por assi ser na verdade, que succedeo Teresa Rodriguez, que foy casada com Goncallo Mendes de Vasconcellos, & tambem succedeo Dona Maria de Vasconcellos, que foy casada com D. Affonso de Cascaes como reconhece Tristaõ da Cunha em suas razoes fol. 1207. n. 4. se verifica, que a instituiçãõ, que teue observancia na successão destes morgados foy a do anno de 1353. em q a falta de varoẽs esta chamada a apolilha mais chegada, como tambem em todas as outras estaõ admitidas às fêmeas, & estas confirmou El Rey D. Dinis. d. app. C. fol. 341.

73 Attendendo se pois à esta instituiçãõ do anno de 353. & as mais que como fica dito confirmou El Rey D. Dinis, reuogando, & annullando, quaesquer outras, que apparecessem, por âqual se deferio a tegora a successão, & naqual não ha duuida; hê certo; que não tem por ella intrancia algũa os illegitimos, nê legitimados, & cõseguintemête não pode entrar o oppoente D. Joãõ, porquanto está chamado nella o primeiro filho varão lidimo, & neto, & bisneto como for mais chegado sempre, & se ahi não houesse varão, haue-lo a polilha mais chegada, & lidimo, ate que ahi haja varão lidimo; & assi não pode entrar o illegitimo, ou descendente delle. *Mol lib. 3. c. 3. nu. 29. & 31. Couar. 3. var. cap. 6. n. 7. in respons. ad quartum P. Molin. disp. 174. lit. B. pag. 1011. ubi id solidissimis rationibus cõprobat.* Porem isto toca ao outro ponto, quando tratarmos da exclusão do Auô do oppoete, e da sua, e da interpretação da clausula, em q elle quiz fundar sua pretensão, porque ainda agora vamos mostrando, que se hade regular a successão por a instituiçãõ do anno de 353, & que essa se presentou no appenso: & se observou nas occasiões em que vagou a successão, vt in app. C. fol. 341. & esta he a que se approuou sempre por os successores desta Casa.

74 Mas dado (sem prejuizo da verdade) que a instituiçãõ do anno de 342. se celebrara conforme ao trallado, que se presentou, & que nam fora ipso jure nulla, por ser instituido o spurio incapaz, como temos mostrado sup. n. 67. & 68. & que senão podesse reuogar, como se reuogou, & o podia fazer, o instituidor, posto que a instituiçãõ fosse feita por contrato, e jurada, como com muitos proua Molino de pact. nupt. lib. 3. q. 6. n. 12. & confirmat. n. 17. por ser doaçãõ simplez, ainda assi não tinha o oppoente D. Joãõ chamamento, como seu aduogado tentou no terceiro ponto de sua allegaçãõ, à n. 97.

75 Refere o Aduogado de D. Joãõ n. 95, de suas ~~razões~~ ~~da~~ chamada instituiçãõ; & he o mesmo, que acima referi n. 22. & despois de explicar o sentido, & significaçãõ das palauras à seu modo (ao q está respon-



respondido em as razões do Conde da Castanheira à n. 28. usq. ad n. 37. & nas do Conde de S. João a n. 200. & seq.] nos quer persuadir, que o favor feito a Vasque Annes filho do instituidor, & ao seu neto, se hade repetir em todas as mais substituições, não o hauendo o instituidor assí disposto, antes repeti sempre o contrario. Não se allega por parte do seu oppoente outra doutrina para conseguir seu intento, mais que a regra geral, que se presume, querer o testador; que seguarde a ordem, que deu nos primeiros instituidos em todos os substitutos, para isto allega *ultra alios a Molin. de primog. lib. 3. c. 5. à n. 56. a Castilb. lib. 2. c. 4. n. 13. & 14.*

76 Esta allegação he tão errada, como he incerta a conclusão, que se pretende prouar com ella, porque ainda que seja verdade, que Molina disse, que se deue presumir, que a ventade do instituidor foi a mesma nas substituições, como declarou na instituição: com tudo se aparta o mesmo Molina desta opinião no mesmo nu. 56. verſ. *Sed quamuis tot viri grauiſſimi prædictam opinionem sequantur, plures tamen, atque maximi nominis iuris interpretes contrariam sententiam veriore esse profitentur, &c.*

77 Allega Molina muitos, que dizem ser common, & verdadeira esta segunda opinião contra o para que ex aduerso o allegarão, & acreſcêta nu. 57. *In hac autem opinionum varietate hac secunda opinio mihi magis placet, & poem os fundamentos della; & os Addicionadores ao mesmo Molina d. nu. 56. pag. 229. tem esta mesma resolução, & fazem húa larga addição, que referirei, assí para demonſtração da justiça do A. como para confusão da allegação do oppoente: Dizem os Addicionadores así.*

*De hac re plura cumulat Rota dec. 514. n. 6. in collectis per Ludo vicū, ubi dixit hanc conclusionem veriore esse, & autorem refert, & sequitur, & ibi additio n. 17. ubi cum Ammania tenet, & aliquas Rota decisiones adducit, subdens semper pro negativa Rotam sensisse, & tantum ab hac opinione discedere, casu, quo tacite, siue expressè contrarium colligi possit, ut hic n. 8. & quamuis Decius cons. 15 sup. relatus n. 56 contrarium teneat. hanc opinionem contra Decium tuetur eius Additionator ibi, dicens, quod male, & pecunia corruptus consuluit, & iterum eius Additionator ad eundem Dec. cons. 515. & contra illum consuluit Socin. Junior cons. 26. nu. 11. lib. 4. & cons. 128 n. 233 lib. 1. & idem Additionator ad Alex. cons. 38. nu. 4. lib. 6. Hieron. Gabr. cons. 96. nu. 36. ad fin. & quòd contra Decium sit ista magis cõ-*

munis opinio, & quòd pecunia corruptus fuerit, tradit Tiber. Decian  
 conf. 1. ex nu. 218. lib. 2. & in idem plura ablutunt Riminald. conf.  
 112. nu. 15. & nu. 160. idem conf. 112. nu. 59. & nu. 23. Honded. conf.  
 75. nu. 32. lib. 1. Mantica lib. 6. de coniect. c. 13. nu. 8. Peregr. de  
 fideicom. art. 25. nu. 33. Mier. de maiorat. 2. §. 6. & outros muitos  
 com os quaes tambem allegão Castilh. tom. 2. c. 4.

78



A allegação deste Doutor, que tambem ex aduerso alle-  
 garão, me deterei tambem mais, para que conste o pou-  
 co que se considera no que se escreue: He verdade, que  
 nos numeros 13. & 14. disse Castilh. o para que ex aduer-  
 so o allegão com estas breues palauras: *Quia vnus gra-  
 dus substitutionis alium declarat l. qui liberis §. ult. ff. de vulg. & ordo  
 datus inter primò nominatos, seruari debet inter reliquos substitutos*; Porẽ  
 logo allega os cõtrarios, & n. 27. entrãdo na questão diz. *Videamus ergo:  
 an hæc secũda pars Annania verior sit, et fortioribus fũdamẽtis munita?* E vai  
 propondo os fundamentos por esta opinião. Primeiro. O que os Dou-  
 tores costumão dizer em mil lugares por o *tex. l. vnica. §. sin autem ad  
 deficientis Cod. caduc. tol.* que o testador em duuida he visto não querer  
 dispor, *cũm facile illi fuit aliqua de re disponere, & non disposuit, quia se  
 voluisset, expressisset.*

79 E acresenta Castilh. d. c. 4. nu. 30. & inde solet etiam dici, testa-  
 tor hoc non dixit, hoc non expressit: ergo neque nos dicere debemus per *text.  
 in l. si seruum §. non dixit prætor ff. acq. hered.* para o que allega muitos.

80 Toma Castilho outro fundamento n. 32. dizendo, quòd *verba  
 testatoris, & cuiuslibet alterius disponentis in dubio, ad intellectum iuris  
 communis reducenda sunt Cap. causam, quæ de præscrip. Cap. cum dilectus de  
 consuetud.* E este fundamento foi o que mais moueo à Molin. d. lib. 3. c.  
 5. nu. 56. vers. *sed quamuis, & nu. 57.* o que repete o mesmo Castilh.  
 vbi. proximè nu. 37. & seqq.

81 Por as quaes regras, & outros principios, que allega conclue n.  
 47. que nesta duuida se nam pode dar regra certa, ou gèral, *sed qualita-  
 res, & circumstantias casuum occurrentium considerandas esse, ex quibus  
 quid testator voluerit, quid vè præsenferit possit deduci, & iuxta ea vo-  
 luntatem testatoris interpretari.* E nisto conclue nu. 51. constituindo, que  
 a questão *repetitionis inducendæ, vel non inducendæ, totam causam*  
 esse, para o que allega muitos: Com o que fica a sãaz manifesto, quam te-  
 meraria fosse a allegação do consulente de D. Ioão, affirmando por cer-  
 to, o que he tão duuidoso.

82 Episto que Menoch. conf. 117. n. 48. lib. 2. diga, quod interpretatio voluntatis plena periculis est, & persapè in illius cognitione errare solemus, o que tambem disserão, Simon de Pretis de interp. ultim. vol. lib. 1. interp. 1. solut. 2. n. 5. fol. 11. E Petr. Ant. de petr. de fideicom. q. 9. n. 28 fol. 180. & Aluarad. de coniect. mente lib. 1. c. 1. nu. 1. E por assi ser disse Tiber. Decian. co. 10. nu. 71. vol. 3. referindo a Baldo, quod de mente hominis nullum certum est testimonium, quia soli Deo nota est, ideo magis in herendum esse verbis certis, quam menti imaginariæ.

83 Com tudo tratando os Doutores, por que clausulas, & palauras se entendera que tem, ou nam tem lugar a repetição, fez Menoch. hum capitulo inteiro lib. 4. presump. 108. & diz que he diligens, & accurata explanatio, & entre algúas presunções faz muito ao nosso caso; o que diz n. 24. ibi quando fuit relictum ab instituto nominatim, por que diz, q neste caso se não induz repetição: allega o tex. in l. si plures ff. de leg. 3. onde o juris consulto Paulo disse.

*Si plures gradus sint heredum, & scriptum sit, heres meus dato, ad omnes gradus hic sermo pertinet, sicuti hæc verba; quisquis mihi heres erit: itaq, si quis velit non omnes heredes onerare. sed aliquos ex his, nominatim damnare debet.*

**P**OSTO que poz Menoch. as razões de duuidar, que hauiã contra esta resolução, com tudo responde n. 33. quod expressio proprii nominis est loco taxatiua, sicut. tradit Bart, & alij multi in l. licet. Imperator ff. leg. 1. & in l. 1. §. id, quod ff. ad leg. falcid, & acrescenta, est itaq, retinenda communis illa sententia.

84 Do que resulta, que hauendose escrito na clausula fol. 164 vers. ut sup. n. 22. que à morte de Vasque Anes ficasse tudo ao seu filho lidimo barão leigo, que houesse de sua mulher lidima, & que esse filho haja, logre, & possua os lugares, & cousas susoditas, sob as mesmas condições, & que assi se guardasse no filho, neto, & bisneto, & em toda a geração delle descendendo sempre por direita linha de grao em grao, assi como de suso he estabelecido no filho de Vasque Annes, & que assi herdem todos os que delle descenderem por direito de morgado, & de guisa, que sempre herde o filho mayor, leigo, barão, & de lidimo matrimonio, & casamento.

Enclausurado, ou limitando na clausula fol. 165. in prin, como se refere n. 23. que se por ventura acontecesse que o dito Vasque Annes não haja à sua morte filho varão, & leigo de sua mulher lidima: todas as ditas cou

fas fiquem ao neto varão leigo de lidimo casamento, se abi obouuer de filho lidimo, & se tal neto não houuer de filho lidimo, & hi tal neto houuer de lidimo casamento ficar lhe baõ todas as cousas susoditas para assi birem de grao em grao para sempre; como dito he em direita linba; & pör direito de morgado.

86 Destes chamamentos; & dos que despois se declarã, em fauor dos filhos de Ioaõ Escola, & Constança Annes, & nos filhos, & netos de Ioaõ Rodriguez filho de Ruy Lourenço de Porto Carreiro, & Maria Annes sua molher, vt fol. 166. nos quais todos se chamaraõ filhos legitimos de legitimo matrimonio, le segue, que aquella limitaçã (se tal neto não houuer de filho lidimo, & hi tal neto houuer de lidimo casamento) se deue necessariamente restringir ao neto de Vasque Annes, de quem nomeadamente fallou ibi que od. Vasque Annes não baja a sua morte filho varão fiquem ao neto varão lidimo, & ibi se tal neto não houuer de filho lidimo, & ibi; E hi tal neto houuer de lidimo casamento. E se não pode repetir nẽ extender aos q̄ não são taes netos filhos do filho de Vasque Annes.

87 Prouase o sobredito, porque as condiçoẽs, modos, & qualidades postas na primeira substituiçã, não se entẽde repetidas na 2. quãdo se poseraõ em capitulos, separados, & distintos; com Menoch, d. presump. 108. n. 32. & muitos outros o resolve Fusar. q. 450. n. 3. o qual n. 5. declara que quando fosse feita substituiçã fideicommissaria com algũa condiçã, & despois se fizesse substituiçã vulgar de outra pessoa, tunc conditio apposita fideicommissaria nõ censetur repetita in vulgari, allegat Mantica. de coniect. ult. vol. lib. 10. tit. 6. n. 3. & em effeito conclue n. 10. quod quando datur diuersitas personarum non admittitur repetitio.

88 Secundo probatur ex eo, que a condiçã de os successores serẽ legitimos nascidos de legitimo matrimonio, he de toda a disposiçã posta assi no principio na vocaçã dos filhos, & netos, & bisnetos de Vasque Annes, como em todos os mais substitutos; & a limitaçã, de que não hauendo neto legitimo de filho legitimo, & abi tal neto houuer de lidimo casamento, na forma, em que ex aduerso querem explicala, he hũa clausula particular naquelle caso, & assi não se pode repetir, nem extender fora delle.

89 Para isto he texto expresso in l. que conditio 39. ff. cond. & dem: onde Iabolenõ disse, que conditio ad genus personarum, non ad certas, & notas personas pertineat, eam existimamus totius esse testamenti, & ad omnes heredes institutos pertinere: at que conditio ad certas personas accommodata fuerit, eam refert debemus ad eum duntaxat gradum, quo hæ personæ instituta

*stituta fuerunt.* E como a dita clausula sò se referisse ao tal neto de Valque Annes de lidimo casamento, ainda que não fosse de filho legitimo (que he o que querem interpretar) não se pode applicar, nem repetir esta clausula a diuersas pessoas: *explicat Costa in cap. verbo si absque liberis nu. 10. Socin. in l. i. nu. 1. ff. de vulg.* Onde ensina, que a clausula, q̄ não toca a todos herdeiros, nem he de todo o testamento, & se refere a certo, & determinado grao, & a certas, & determinadas pessoas, se não extende a outras mais.

90 Nem obsta o *texto in l. licet Imperator ff. leg. 1.* porque aiem de ser a decisaõ conjectural, procede ex eo, porque quando o testador amou mais ao primeiro instituido, & sem embargo disso o grauo, *à fortiori censetur voluisse grauare substitutum, quem minus dilexit,* assi interpretão Cuman. & Iason. d. l. licet Imperator. nu. 29. pello *tex. in l. Publius 36. §. 1. ff. cond. & dem. Molin. de primog. lib. 3. c. 5. nu. 51. docet Alciat. reg. 2. præsumpt. 35. in princ.*

Não he assi no caso presente, onde os mais amados, forão os primeiros chamados, & por isso se lhe fez aquelle fauor special, que em nenhũ dos outros se repetio, nem tem lugar; *neque enim fit ratio ad ea, in quibus ratio diuersitatis consistit, tradit cum plurimis Valenc. conf. 67. n. 28.*

91 Insuper, aquellas palauras. Se tal neto não houuer de filho lidimo, & tal neto houuer de lidimo casamento. São relativas ao neto de Valque Annes, porque a palaura (*talis*) he relativa, & *repetit præcedentiã Surd. conf. 509. nu. 17.* E não se pode verificar, senão em tal neto de Valque Annes, *aliud enim est esse tale, & aliud haberi pro tali. mercis ff. verb. sign. Bart. in l. si maritus §. legis Iulia ff. de adulter. Igneus in Auth. ex causa Cod. liber. præter. per tex. in l. 1. Cod. suis, & legit. l. patris, & filij, ff. de vulg. Surd. conf. 362. nu. 13. Cancer. tom. 3. c. 3. nu. 254.* E assi fica assias manifesto, que a dita clausula foi limitada ao tal neto, & a aquelle grao, & se não pode repetir na decima geração, principalmente sendo o chamamẽto por via de contrato, no qual non impropriantur verba, como reconhece o Aduogado de D. Ioaõ n. 114. & nos infra latiùs.

92 Com aquella resoluçãõ tão mal assecurada, se deo por satisfeito o Aduogado do Oppoente, & se passou ao quarto ponto, em que preten de mostrar, que ainda attenda a disposiçãõ do anno de 1353. lhe pertencia a successãõ; *sed hoc truffa est,* & não ha de que espantar, porque à n. 169. se quiz persuadir, que por morte do filho do segundo Conde de Pennella se deuoluerã a successãõ à Dom Ioaõ seu filho spurio adulterino, auo do Oppoente: à tudo responderemos. Porem antes que chegue à il

fo, me não satisfazo com as respostas dadas ao traslado da chamada instituição do anno de 342. porque ainda que mostrey, que se não deuia dar credito ao d. traslado; & que caso, que fora authenticico, a d. instituição fora nulla, por ser feita à favor de hum incapaz, & por esse respeito se podia romper, & annullar, como se reuogou por a d. anno de 353. confirmada pello Senhor Rey D. Dinis, & em caso, que ainda podesse valer o chamamento de tal neto nascido de legitimo matrimonio, não excedia à outros graos, mais que ao neto de Vasque Annes, que nomeadamente foi admitido, sendo em todas as mais vocações excluidos para sempre os illegitimos, que são resoluções, que bastauão para repellir o Oppoente.

93 Ainda fica por notar outra cousa, a que a tegorase não aduertio em todo o processo, a qual he, que o Oppoente D. Ioão não pode considerar-se com mais direito, do que tinha; quando falleceo o vltimo possuidor D. Ioão Luis de Menses de Vasconcellos, no qual tempo era ainda viuo D. Affonso de Vasconcellos Pay do oppoente, como acima ponderamos n. 53.

94 E que se haja de considerar o direito, que cada hum tem, tẽpore delatæ successiois, he conclusão certa pello, *texto in l. cum pater §. hereditatem ibi qui eo tempore vixerint. ff. leg. 2. Pereira dec. 116. n. 2. Menoch. conf. 269. n. 8. & n. 10. & 11. Decian. lib. 4. conf. 16. n. 33. & seq. Robl. de represent. lib. 3. c. 14. n. 27. & 28. ibi, quod cum successio naturam habeat relationis ad tempus mortis, non intelligitur vocari quasi primogenitus, nisi qui mortis tempore maior reperitur; allegat plures, latius prosequitur Pereg. lib. 2. conf. 33. n. 21, pag. 170. ibi idcirco habilitas consideratur in persona; eo tempore, quocedit dies relicti pellos textos in l. interuenit ff. legat. præst. l. eum qui post ff. cond; & dem, & l. non oportet ff. leg. 2. allegat quamplurimos e he doutrina recebida apud Cabed. decis. 208. n. 8 p. 1. & nos infra dicemus, quando tratarmos da fundação, ou confusão das linhas dos mais Oppoentes.*

95 Supposto pois, que se hade atender o direito de cada hum ao tempo da successão, não podia entrar o Oppoente D. Ioão, ainda que fosse tal neto de legitimo casamento, porque estaua seu Pay viuo, q̄ nos termos do d. traslado da chamada instituição do anno de 342. não estaua chamado, & impedia a intrancia ao filho.

96 Que o Pay do Oppoente não estiuesse admitido, o mesmo consulente o proua n. 121. de suas razões, em quanto argumenta, que o neto legitimo tinha vocação, posto que tanto a tem o neto, como o filho,  
como

como logo mostrarei. a razão he, porque o vicio da illegitimidade he vicio real. *Et totam lineam inficit, ut cum semel illegitimus se interponit, omnis eius posteritas excludatur, docet Bald. in l. Ult. de verb. sign. n. 4. Tirrag. de primog. q. 12. n. 13. & de retr. lignag. §. 1. gl. 8. n. 7. et late comprobat Castilh. tom. 5. c. 103. ap. 6. vsq ad n. 30. onde responde aos argumetos em contrario, que são todos os que propo o Aduogado do oppoente, et. ex clusa persona patris, censetur filius exclusus Grassis de effectibus clerici. effectus. 1. n. 190. & 191.*

97 Supposto pois, que o Pay do oppoente não podia appropriar se a vocação do tal neto nascido de legitimo matrimonio; & era incapaz & que estava viuo ao tempo, que se defirio a successão, ficaua f. zendo impedimento ao oppoente, porque *inhabilitas medij inducit inhabilitatem in extremo l. tria praedia ff. seruit. rust.* E em termos, que estando admitido o varão filho de femêa, & a mãy excluida, se deua distinguir, se he a mãy viua, ou morta para effeito de o filho poder entrar, he resolução de. *Fusar. q. 404. n. 8. ibi aut mater masculi viuit; & tunc & masculus fit exclusus, nam absurdum est, quod mater proximior excludatur; & eius filius remotior admittatur, aut mater est mortua. & tunc filius non excludatur,* alega muitos.

98 E Menoch. *conf. 1228. n. 39. tẽ o mesmo ibi. attamen hoc intelligitur quando mater eiusdem filij masculi iam decessit, secus si adhuc est superstes, ut in nostro casu,* allega muitos; & no conselho 1229. n. 17. diz o mesmo ibi quando *mater ipsius descendẽtis masculi iam decessit, secus si adhuc est superstes, hoc sane casu nõ admittitur, sicut responderunt. Ruin. cõf. 120. n. 6. lib. 1. & conf. 13. nu. 3. lib. 3. Socin. Sen. conf. 60. nu. 25. in fin. lib. 3. Curt. Iun. conf. 35. n. 2. Socin iun. conf. 225. vers. praeterea lib. 3. & ego ipse conf. 132. n. 30. & 31, lib. 2.*

99 Pello que da mesma maneira o estar posto em condiçãõ o tal neto de lidimo casamento, se ha de entender, como na clausula pcedente, não hauendo filho, porque hauendo filho, não pode entrar o neto; assi como não pode entrar o varão filho de femêa, estando a mãy viua; & deste mesmo argumento da admissãõ do barão de femêa vsou o Aduogado de D. João em suas razões nu. 124.

Nem obstarã dizer se, que o neto tem vocação propria, & assi lhe não faz o Pay impedimento viuo, nem morto, porque isso tiuera lugar, quando a incapacidade do pay pessoal, como he, quando do morgado se exclue o cego, mudo, ou doudo: ou o que cometesse crime; porq̃ esta inhabilitadẽ não prejudica ao filho, que tem vocação, *Molin lib. 1.*

c. 13. nu. 35. Mieres de maiorat. p. 4. q. 4. illat. 8. nu. 22. idem Molin. de primog. lib. 4. c. 11. nu. 51. Tellus Fernandes l. 17. tau. n. 10. Porque nestes casos logo os instituidores costumarão prover, que os taes incapazes se houvessem por mortos para não impedirem aos filhos poderem entrar; que he a consideração, que com o Doutor Gonçalo Vaz Cabaco fez. Gamma. decis. 174. nu. 9. a quem refere, & segue Valaf. conf. 148 nu. 14. acerca da vida in perpetuum do que morreo, porque dizem, que se o Pay vive naquella forma, não pode o filho entrar.

100 Mas não se pode considerar no caso presente ser o impedimento do Pay pessoal, pois omninô está excluido: como tambem o está o anô, & he impedimento real, que não admite entrar o neto hauendo filho, assi como na clausula precedente em falta do filho se daua lugar ao neto. Porem a verdade he, que não ha tal instituição, nem que a houuera, tinha valor, ou subsistencia, nem se podia verificar mais, que nos netos de Vasque Annes: & o oppoente não tinha intrancia, & sobretudo a condição do chamamento se não pode verificar em quanto ha descendentes legitimos, em cuja falta se diz, que se daua intrancia ao tal neto de lidimo casamento, como se respondeo por o Conde da Castanheira nu. 37. & seq. & por o Conde de S. João nu. 214. & seq. & assi excusamos mais respostas a este terceiro ponto, & passemos ao quarto.

101 Como por parte do oppoente D. João se resoluessem em fazer contradicção a tudo, & hauendo tomado os motiuos, & argumentos, q̄ fizerão de Castilho, & o allegassem em seu fauor nu. 122. tendo elle a resolução contraria, & a resposta, que lhe deraõ fosse. n. 122. in fin. *Quid dicat Castilho*. Não he muito; q̄ no mesmo numero disse, que o instituidor não disse, que os successores fossem sempre descendentes legitimos: & como nisto consista o mayor desengano do oppoente, o qual já desenganado do chamamento do traslado da instituição do anno de 342. recorre â do anno de 353 faremos mayor diligencia nesta aueriguação.

102 Tratando magistralmente esta questão Antonio Fabro de error. pragmat. decad. 35. error. 6. nu. 8. a resolve com a doutrina seguinte.

*Denique siuè de lege, siuè de hominis voluntate interpretanda tractetur: si de illo queratur, an liberorum appellatione, aut legitimi, aut legitimati contineantur: an ij tantum, qui & naturales sint, & legitimi? Vnum illud inspiciendum est; an ijs verbis usus sit legislator, aut testator, que naturæ; an ijs, que solius legis factum demonstrent; Priore casu neque legitimati continentur, ne-*

que



que ij, qui ab initio legitimi fuerunt, si non sint etiam naturales, quia natura veritatem vult, lex verò nihil facit, nisi per fictione, vt superiore capite dicebamus ex l. fideicommissum 76. ff. cond. & dem. l. si ita quis 51. ff. leg. 2. ex quibus locis apparet, si solum nomen liberorum, aut filiorum expressum sit, nulla alia nota adiecta, non alio significatos intelligi, quam quire vera, & naturaliter filij sūt, non qui ciuilitate, & fictici tantum l. vlt. ff. iure de lib. vbi Iabolenus ex Labeone opponit verum filium ei, qui sit naturalis duntaxat. sed ad eum, qui sit legitimus simul, & naturalis hoc est ex iustis nuptijs.

103




COMO em todas as instituições dos morgados, de q se trata, & clausulas dellas referidas sup. à n. 10 vsque ad n. 18. & tambẽ nas da chamada instituição do anno de 342. estejão sempre chamados os filhos lidimos, & de lidimo casamento, & na clausula n. 17; quando admitio bastardos de clarou, que fossem naturaes, & não adulterinos, & isto em desfallecimento dos legitimos; & nos chamamentos da asserta instituição do anno de 342. n. 22. declarou, que para sempre succedesse o filho barão leigo lidimo de lidimo casamento, & que assi fosse descendendo sempre & c. bem se segue, q as ditas palauras se hão de applicar aos filhos justos conforme a natureza, & não aos bastardos, nem legitimados por ficção da ley.

104 Bastaua a doutrina, de qua sup. do Insigne Presidẽte de Saboya para authorizar esta resoluçã. O Doutor Luis de Molina de primog. lib. 3. c. 3. n. 41. pòs em questã, se quando o instituidor chamou os filhos somente sem a crescentar a qualidade de legitimos, nem de legitimo matrimonio, como sã os chamamentos dos morgados, de que tratamos, se se entendem admitidos os naturaes, que dos spurios ninguem duuidou *hi enim, neque vulgariter, nec fideicommissariè possunt a patre substitui, nec capere a patre ex testamento, vel ab intestato, nec inter vivos, Iulius Charitarius decis. crim. 59. n. 80. & 81.* & nesta classe estã o auo do Oppoente, & estaua Ruy Valques primeiro chamado (se foi filho do instituidor) & resolue Molina n. 45. com as palauras seguintes.

*Credimus ad primogenij successione, in quo filij simpliciter vocati sunt, nunquam esse filios naturales admittendos.*

105 Que sera logo, quando sam chamados filhos legitimos de legitimo matrimonio? A mesma resolução pòs Mol. lib. 1. c. 4. n. 46. & os que

Et ideo communis Doctorum sententia est, quam libenter amplectimur, & sequimur in iudicando, & consulendo, naturales in Hispanorum primogenijs exclusos censerì, nisi hi expressè vocentur, vel saltem ex coniecturis indubitatis admitti censentur, quod agnoscunt Velasquez de Auendaño, l. 40. tau. gl. 11. nu. 43. Azeued. l. 11. tit. 6. nu. 45. lib. 5. nou. recop. Aluarad. de coniect. mente lib. 2. c. 3. nu. 75. Mieres de maiorat. p. 2. q. 2. nu. 1. Vbi resoluit, quod si filij vocentur ad successiõem, etiam absque adiectione verbi (legitimi), naturales non comprehenduntur, & hoc ex propria maioratus natura, quæ est exclusiua naturalium. Flores Dias de Mena d. q. 16. ex nu. 2. vsque ad num. 37. Vbi subdit hanc opinionem veram esse, eamque vidi se seruari in iudicando, & consulendo, & in addit. ad Gam. decis. 24. in princip. Vbi refert dicta per eum d. q. 16. P. Molin. de instit. & iure dispuc. 174. ad fin. vers. dubium est. Garc. de benefic. part. 7. cap. 15. num. 50. Castilb. lib. 2. cap. 30. nu. 18. & tom. 5. c. 106. Raudens de analog. c. 30. nu. 90. Fusar. q. 314. ex nu. 1.

106  A CRESCENTAM, q̃sto he recebido na pratica, & que elles dizem, que nesta questãõ se ha de ter, que os filhos naturales se nãõ cõprehendem na instituiçãõ, tal uo se special, & expressamente forem chamados: & q̃ faltando todos os legitimos, entãõ nãõ duuidãõ, que hajãõ de ser admitidos, ex adductis a Fusar. q. 314. n. 11. E ainda nestes termos em falta de todos os legitimos dizem.

*Fatemur tandem etiam in hoc ultimo casu naturales comprehensos non censerì.*

E poem para isto muy solidos, & verdadeiros fundamentos.

107 Mas porque nãõ deixemos porta aberta às conjeituras, & o patrono do oppoen: e cumulou todas allegando os Doutores nos argumentos, referirey as que totalmente excluem serem admitidos os illegitimos, nos terminos d. l. ex facto 17. §. si quis rogatus ff. ad Trebel.

108 A primeira he por a dignidade do instituidor; esta poem Molin. d. lib. 3. n. 30 sequitur Pereg. de fideicõmis. art. 28. n. 48. Menoch. lib. 4. presump. 73. n. 23. Mantie. de coniect. lib. 11. tit. 9. Surd. conf. 571. n. 17. Fusar.

far. q. 406. n. 16. E assi sendo o instituidor Arcebispo Senhor de Braga Primas das Espanhas, & que vio tanto mundo, não quiz, que seus successores tiuellem tal nota; & se o quizera, facil fora declaralo, sendo taõ gran aplorado, & versado em negocios.

109 Segunda conjeitura de exclusão de illegitimos se tira da qualidade dos bens, se são senhoris, & té jurisdicção, ou dignidade; *notat Paul in d. §. si quis rogatus n. 6. & 7. Menoch, d. presump. 78 n. 25 Mantie. lib. 11. tit. 9. n. 7.* E sendo os bens vinculados com tantos padreados, & senhorios, não se pode presumir, que quizesse o instituidor descompolos, ou accomodallos mal.

110 Terceira conjeitura he, quando se admitiram à successão promiscuamente varoões, & femcas. *Cald. de nomin. q. 21. ex n. 31. Garc. de nobilit. gl. 21. n. 26. Mieres de maiorat. 1. p. q. 51. n. 22;* por q doutra maneira se seguiria grande inconveniente, que o instituidor fosse visto admitir a aquelles, *qui famam familie denigrassent ex adductis à Joseph. de Rusticis in l. cum auus lib. 3. c. 1. n. 129. Menoch. conf. 318. n. 18. & Fusar. q. 406. n. 39. & q. 408. n. 92. & Molin. d. lib. 3. c. 3. n. 34. poem a mesma conclusão, e acrescenta d. n. 34. ad. fin.*

*Quod cum dicta conditio (si sine liberis decesserit) non possit intelligi de legitimatis quoad filiam institutam, id ipsum dicendum erit respectu filij, ne una, atq; eadem res diuerso jure censeatur.*

E como nas claufulas das instituiçoës referidas, este jaõ chamados varoões, & femcas, as quais ja succederaõ tantas vezes nestes morgados, que bastaõ para fazer costume *ex Cabed. 1. p. decis. 121. n. 3.* bem se segue, que não podem ter aqui intrancia os illegitimos.

111 A quarta coniectura para sua total, & indubitavel exclusão he quando o instituidor chamou filhos legitimos; no qual caso, *absq; ulla controuersia excluduntur naturales, seu illegitimi Menoch. d. presump. 78. n. 67. Mantie. lib. 11. tit. 12. n. 34. vers. unde etiam Auendañ. l. 40. tau. n. 43. gl. 11. Pereg. art. 25. n. 30.* E isto procede com mais efficacia, quando na instituição se repetio muitas vezes a qualidade de legitimos. *Menoch. conf. 117. n. 34. Fusar. d. q. 314. ex n. 1.* E como diz *Menoch. conf. 1036. in additione eiusdem n. 9 geminatio est loco specialis nominationis excludens omnem interpretationem, vt post gl. in Clem. 1. verb. diocesanus de jure patron. respondit Gozadin. conf. 4. n. 25. & conf. 30. n. 3;* pelloque não fica lugar a duuidarse da exclusão dos illegitimos, & se conuence a allegaçãõ do oppoente n. 122. onde affirmataõ, que o instituidor não dissera, que os successores fossem sempre legitimados: *quid enim aliud est vocare legiti-*  
mos,

mos; quam excludere illegitimos; nam inclusio unius est alterius exclusio l. maritus Cod. de procur l. quod labeo ff. compens. l. cum prator ff. de iud. Ant. Fab. decif. 26. error. 3. n. 15. E sempre aos illegitimos, que não tem vocação se pode oppor de te non loquitur institutio.

Com isto cessaõ os argumentos, que ex aduõso quizerãõ considerar, que ao filho catholico, não faz impedimento a heresia do Pay, & que no morgado regular de baronia, não obsta ao filho barão, ser filho de fe mea, & que o neto legitimo do clerigo pode entrar no beneficio de seu auo, em que não podia entrar seu Pay. Porque tudo isto são impedimentos accidentaes, como considerou Castilh. tom. 5. c. 103. n. 7. o qual moueo ahi as mesmas duuidas, & responde a todas.

112 E como acima mostramos nu. 96. o impedimento da illegitimidade herreal, & inficit totam lineam; & como outrossi mostrei, nu. 102. as palauras dos chamamentos, que respeitãõ a natureza, se hãõ de entender naturalmente; & assi não tem força todos aquelles argumentos: aos quaes responde em particular a cada hum Castilh. cap. 103. ann. 110. & nu. 21. responde ao motiuo dos legitimos nascidos de illegitimos. E à pretensão de succeder ex propria vocatione, dando por razão nu. 23. que a mesma razão, que milita na exclusão dos naturaes tem lugar nos seus filhos, ainda que legitimos; por quanto, como proua nu. 24. *Exclusa una persona, censentur omnes excusi qui ab ea descendunt*, como proua cõ *Surd. cons. 85. nu. 11. lib. I* aduertindo, *quod si originaliter perlegantur quamplurimi Doctores, qui in proposito loquuntur, são desta opinião, ainda que se alleguem por a contrária.* E refere Castilho dicto nu. 24. toda a allegação de Surdo, quam non transfero, por ser muy copiosa, & com muito numero de Doutores, que reprobou a distincção de succeder ex persona patris, aut ex persona propria, *uocando talem distinctionem friuolam, & inanem.*

113 E acrescenta dicto nu. 24. verl. *potest, & secundo. Loco responderi, non posse quem admitti ad succedendum, nisi præcedens gradus sit successibilis, quia destructo ordine, destruitur ordinabile, & ita cum non possit succedere filius naturalis, quia à successione exclusus, deficit successio in filiis, & descendentibus eius: medium enim impertinens impedit transitum ad extrema.*

114 Detinente nesta allegação de Castilho, porque na allegação do Oppoente n. 133. se disse, que não daua Castilho satisfacção à aquelle argumento, & não só Castilho, & surdo, que ficãõ allegados, mas quasi todos, os que o patrono do Oppoente citou dizem o mesmo.

obit Mieres 2. par quest. 2. nu. 18. & seq. ibi; non ergo filijs, & descendens  
 tibus quicquam prodest venire ex personis proprijs, & eos esse legitimos;  
 quia cum sint nati ex infecta radice, & procedant ab his, qui sunt inhabiles  
 ad succedendum, succedere non possunt, etiam si ex proprio iure, & personis  
 proprijs venirent, ut per gl. & D.D. in l. final. Cod. natural. liber. &  
 in l. illam cum similibus Cod. collat. Tiraq. de primog. quest. 12. n. 13.  
 Ruin. cons. 10. nu. 10. lib. 3.

Cephalus, qui ita in terminis fundat cons. 981. nu. 34. lib. 4. no qual  
 conselho responde a tudo, o que havia allegado no cons. 103 lib. 1. em  
 favor dos legitimos, descendentes do illegitimo, que he o conselho, que  
 citarão ex aduerso, nu. 139.

nu. 15. Isto mesmo resolveo o Cardeal Mantica de coniect. lib. 11. tit.  
 2. nu. 34. in vers. nec obstat. ibi.

Nec obstat, quod ipsi velint succedere ex persona propria, quia in pro  
 posito, videndum est an faciant deficere conditionem, quod totum  
 pendet ex voluntate testatoris, an de his senserit, & quidem non  
 videtur sensisse propter notam ipsius patris, & radicem infectã.

E isto proua com muitas doutrinas, & authoridade de muitos, pro  
 ut ibi videri potest.

Mas passemos adiante, & admitamos, que o legitimo, que descen  
 de de illegitimo pode succeder ex proprio iure, & lhe não obsta a inca  
 pacidade de seu pay. Quizera agora, que o oppoente, que se quer apro  
 ueitar desta opinião, por dizer, que tantas são as substituições, quantas  
 são as pessoas chamadas; mostre o seu chamamento, sendo filho, & ne  
 to do spurio, excluido omni iure, & excluido por a instituição: & se o op  
 poente der este chamamento, então pode applicarse aquella doutrina,  
 porque como mostrei nu. 103. vsque ad 111. são estaõ chamados os le  
 gitimos de lidimo casamento: & supposto isto, não se attendeo ao auo  
 do oppoente: logo nem ao oppoente, que não tem vocação expressa,  
 nem tacita, porque o testador, que excluyo os illegitimos, tambem he  
 visto excluir os descendentes do tal illegitimo. Esta consideração tambẽ  
 he de Castilho d. c. 103. nu. 26, & de muitos, que elle ahi allega.

116 Tem esta mesma resolução em termos os que adicionaraõ  
 Molina lib. 3. c. 4. nu. 41. vers. & quod de naturalibus dictum est, ibi.

Idem de filijs legitimis, ex naturalibus natis, apparet fateri, qui mi  
 nimè admitrendi sunt Castilh. c. 106. Fusar. d. q. 314. nu. 4. & c.

E com Deciano cons. 3. nu. 98. lib. 1. Intriguiolo de subst. cent. 3. q. 65. nu.  
 44. Cas. Borzjo. decis. 3. num. 4. & 5. proua o mesmo Fusar. q. 408. pag.

117. O mesmo prouo Larrea in decis. Granat. 34. n. 63; onde tendo n. 62. postos os argumentos, que patris nota a filius maculatur: perlio tex. in l. 2. §. in filiis vers. in auo ff. de curionib. & ml. ff. de patronia. l. 1. §. 1. ff. ben. libert. diz. d. n. 63. que tanto cuidadaõ algoms Doutores fer isto verdade: que tenta: aõ dizer, que no morgado, a quem etta uão chamados os filhos legitimos, havia de ser admittido o filho legitimo, licet a patre, & alijs illegitimus descendat, quasi uocatus ex suo proprio iure ueniat, & resoluit com as palauras seguintes.

Sed tamen recte reprobatur Castil. c. 103. n. 12. & seq. argumento Gap causam, que qui filij sint legitimi. l. final. Cod. de naturali. liber. ubi se. l. interuentu sobolis naturalis, nullum ius legitime subesse potest nam; inquit, id longè differt. à nostro casu, ut etiam, exclusa matre propter sexum, adhuc filius, quia masculus, admittatur, id enim non solum respicit personam matris; at uerò illegitimitatis uicium reale est, & totam lineam insicit, ut cum semel illegitimus se interponit, omnis eius posteritas excludatur.

Allegoutros muitos doutores. E no tom. 2. decis. 51. n. 43. pag. 14. diz o mesmo Doutor Larrea o mesmo ibi.

Et in simili, quando ad maioratum filij legitimi, & de legitimo matrimonio nati uocantur, an possit admitti, qui uere legitimus fuerit licet a patre, uel alijs illegitimis descendat, & quanuis aliqui crederint eum admittendum, quasi suo proprio iure ueniat, & legitimus sit, tamen contra, certius est ut non admittatur, qui ex illegitimis prouenit, allegat d. l. fin. & alios plures subdens quasi corã lineam incapacitatis, illegitimi parentis insicere uideatur.

E como diz Marta de succes. leg. p. 1. q. 16. art. 1. n. 22. os filhos legitimos descendentes de spurio se equiparaõ sô aos filhos naturaes, & naõ tem priuilegio de legitimõs, & n. 23. dicit communem.

108. Esta mesma questaõ tratou ex professo; o Doutor Francisco de Caldas conf. 27. onde n. 22. vers. ceterum, pos por aparte aduerla a mesma razaõ de duuidar, que propoem o oppoente ibi.

Ceterum opponitur aduersarius dicens se ex legitimo matrimonio natum, & propinquior em ultimo possessori, quare, inquit, is sum. quem defunctus uocauit, licet pater meus fuerit incapax, quasi extra puritatem matrimonij natus, ego enim ex persona mea, quia proximior, & ex legitimo matrimonio natus contêdo admitti, nõ jure transmissionis, ex Bart. in l. 1. Cod. lib. prater. & in l. 1. §. sed si nepos ff. collat. dot.

119 Isto mesmo he: o que diz o patrono do Oppoente Dom João Porem respondelhe o mesmo Caldas d' conf 27. n. 23 ad fin. in contrarium est veritas vay proleguido muitos fundamentos, & entre outros poem n. 24. vers. regula o seguinte.

Regula enim generalis est; quod quando aliquis prohibetur succedere, prohibentur etiam descendentes ex eo l. 1. & ibi notatur per omnes ff. ~~quod~~ q. test. prohib. l. mulieri, & ibi notatur ff. cond. & dem Bart. l. 2. §. Videndum ff. ad Tertyl. Bald. Angel. Fulgos. atq; etiam Paul. in l. illam Cod. de collat. plures referens, hanc regulam pro infallibili ponit Tiraq. de primog. q. 12. n. ult.

120 E acrescenta Caldas n. 25. hua coula muy em termos para o caso, de que tratamos ibi.

Quam sententiam iuuat, si consideres patrem aduersarij respectu huius maioris spurium fuisse, & incestuosu, & c. quare huius modifilij nec parentibus succedunt, ut in § penult. in Auth. quib. mod. natural. efficiant. sui; neq; similiter illis parentes succedunt, & est ratio, quia huiusmodi filius spurius non est filius, nec est, de genere, siue de agnatione, & familia, neque de domo parentum; allega infinitos.

E vay proleguido outros fundamentos por o discurso de todo o conselho, que bastauão para este razoado, & le podê ver por elle.

121 His sic constitutis, foi o Auogado do Oppoente motejando aos Doutores, que Castilho allegou, mostrando, que fallauão incerta, & indistinctamente, & chegando à allegação de Garcia, diz nu. 144. que só tem auctoridade nas materias beneficias; & reconhecendo as distincções, que o mesmo Garcia faz inter verba ciuilia, & naturalia, & o que diz nu. 45. ibi. Nisi subiecta materia, qua hic est attendenda. Bart. in d. l. pronuntiatio, aliud suadeat, ut materia successione maioratus, seu iurispatronatus, ut per Molin. sup. nu. 48. lib. 1. c. 4. & lib. 3. c. 3. ad fin. Mieres d. q. 2. & alios. E tendo dito o mesmo idem Garc. ubi proximè nu. 50. ibi. Nisi subiecta materia aliud importet, ut successio maioratus, in quo non succedunt naturales, seu descendentes ex eis, etiamsi simpliciter vocentur filij descendentes, aut consanguinei, quia est res honorifica, & ad decus, & splendorem familiae, qua non ita per illegitimos decoratur, & illustratur; para o que allega muitos,

E acrescenta nu. 51. & idem est in iure patronatus, quod est etiam honorificum, maximè in quo succeditur ad instar maioratus, ut sup. s. par. cap. 9. nu. 146.

122 Quiz o patrono aduerso cuitar esta allegaçã, & doutrina de Garcia, dizêdo, que se podia saluar cõ a distincão de succeder ex iure proprio, ou por representaçã, porque a não rejeitou, sendo assi, que não fez caso della, & absolutamente ensinou, que os descendentes do illegitimo não podem succeder, quer embaraçar a dita resoluçã como que o mesmo Garcia disse d.c. 15. n. 53. ibi.

*Post hæc scripta vidi Hieron. Gonzales, qui gl. n. 109. mouet prædictum dubium.*

E quer fazer demonstraçã, que Gonzales tem a opiniaõ contraria & q̃ Garcia o segue por o não reponar; & collocar em vltimo lugar.

123. Porém nem Gonzales tal diz, nem Garcia tem diuersa opiniaõ, & ambos fallaõ em hũa conformidade, conforme aos principios de direito, & encontraõ o intento do oppoente. *A questã de Gonzales gl. 5. n. 109. he muy diferente ibi*

*Quæro, quid si fundator vocauit ad cappellaniam clericum ex sua familia, aut sanguine, an clericus filius legitimus, natus ex patre, aut matre, auo, vel avia illegitimus, dicatur de familia fundatoris, vel sanguine, vt censeatur vocatus ad talem cappellaniam.*

124. Nesta questã, que he taõ diferente da nossa, assi no chamamẽto, como na qualidade dos bens, disputa Gonzales ad partes, pondo atẽ o n. 114 os fundamentos pro parte negatiua, & do n. 115. atẽ 122. allega os fundamentos da parte contraria, & nos numeros 123. & 124. poem a conclusã, que se hade attender â mente, & vontade do instituidor, & o comum vzo de falar, & se he a materia proporcionada para se admitir o spurio, ou o legitimo, que delle descende, & poem osexemplos no legado pio para sustentar estudãtes pobres, ou casar orfãns pobres, & muito menos os filhos legitimos delles.

125. E nesta resoluçã reconhece Gonzales, que se a materia não for proporcionauel, como he na successã dos morgados, naqual a mête do testador he, q̃ so succedã legitimos descendentes de legitimos, como fica prouado, não terãõ lugar os legitimos descendentes de illegitimos & assi fica este autor dizendo o mesmo, que Garcia, & concordando com os mais, & nesta mesma cõformidade lhe responde. *Castilh. d. c. 103. n. 28.*

126. E ahi n. 29. responde ao conselho de Casanate 8. n. 17, & aos q̃ elle allega, que fallaõ nos termos *da glos. in l. vlt. Cod. natural, liber.* A saber, quando o instituidor chamou o neto legitimo filho do filho illegitimo



gitimo, & se o oppoente tiuera esta vocação, ficauahe muito a propo-  
fito o Cassanate, & isso he o que acima disse n. 116. que moltrasse o op-  
poente vocação certa, em que podesse fundar o dizer que succedia por  
direito proprio, sem consideração a seu pay, ou auò, que estão exclui-  
dos, de quem elle procede.

127 Cõclue o patrono do oppoente n. 154. q̄ por cada húa de tres ra-  
zoês deue decidir a causa por a sua opiniãõ. A primeira, por ser dedu-  
zida ex mente Bart. recebida commummente. A segunda, por ser a tal  
opiniãõ fundada em distincão dos que succedem por direito proprio,  
ou representatiuo. A terceira, porque diz, que esta opiniãõ solidiori-  
bus nititur fundamentis.

128 Poderase recopilar a resposta desta recopilação, ainda em me-  
nos palauras, do que se fez ex aduerso. Por quanto a primeira se confes-  
sa, que he ex mente Bartoli, & assi confessaõ, que não he no nosso caso,  
& que vem arrastada a elle; & quanto à segunda fundada na distincão,  
os Doutores que alleguei, lhe chamão frivola, & yam, & não he distin-  
cãõ, senão destruição da verdade, com hum fingido rodeo, alem de ser  
inefficaz, porque não tem o oppoente vocação certa, em que possa fun-  
dar dizer, que pretende a successão por direito proprio. E quanto à ter-  
ceira de ter a sua opiniãõ mais solidos fundamentos, isso não o ha de jul-  
gar quem os cumulou, que como a partos propios lhe està affeigoadõ.

129 Mas por que fazem tanto cabedal da doutrina de Bartolo, que  
allegarão nu. 137. & fizeraõ despois reflexãõ nella d. nu. 154. & alibi; he  
conueniente ponderar o que disse Bartolo, & considerar os termos, em  
que falla, & constará, que applicãõ roim mente a sua doutrina, & que  
tirão differente conclusãõ do que elle proua; *Expliquemolo*. Citão à Bar-  
tolo in l. liberorum col. 5. ff. verb. sig. & dizem d. nu. 137. que assenta Bar-  
tolo por regra geral, que quando a ley falla do filho, não simplezmente,  
mas com respeito a algúa qualidade, que està no filho, se esta se não acha  
no neto, non trahitur ad nepotem.

Allega mais d. n. 137. a Bart. in l. 1. §. sinepos ff. collat. dot, & in l. 1.  
§. si sit filius ff. conjung. cum. emancip. lib; onde dizem que poem regra, que  
quando algúa pessoa quer succeder por direito proprio, & não por  
direito de transmissãõ, ou de representaçãõ, lhe não he obstaculo o meo, q̄  
se diz inhabil, & de que se deriua.

130 Isto he o que tirão de Bartolo, & deixando aparte, que Dom  
João não tem direito, ou vocação propria, como fica dito, pella qual  
podesse pretender hauer de entrar jure proprio, li as leituras de Barto-

Jo dictis locis, porque senã o allega o numero in *lectura l. liberorum 218. ff. verb sig. senã a columna 5.* & tem nella muitas, & distintas questões & todas são particulares fundadas em statutos, & que senãõ pode tirar a conclusão que ex aduciso tiram; antes as doutrinas de Bartolo neste texto fazem ex diametro contra o intento do oppoente.

130 Porque diz *Bartolo n. 12.* que o neto entra no lugar de seu pay posto que por sua pessoa não fosse chamado ibi, *ergo in ditione assumit privilegium patris sui, licet ex persona sua ei non competat*, que he as queffas do que tirarão a conclusão.

E n. 13. põem outra questão, retêto codem themate, & resolve, *nunc tunc appellatio filij non porrigitur ad nepotes de jure communi, quando profertur simpliciter sub ea appellatione, quia filius, secus si respectu alterius qualitatis per l. ult. Cod. natural. liber. sed hic filius non excludit filiam, quia filius simpliciter, sed quia filius masculus sed ista qualitas, masculus, non transiit in neptem.* Esta he aqualidade, que dizem não he de ambulatoria. E sendo pessoal, bẽ se ve o mal; que se applica ao nosso caso, em que o chamamento he perpetuo para sempre em barãõ leigo lidimo de lidimo casamento antes em allegar, *Bart. a l. ult. Cod. natural. lib.* fazem no sso fauor, como acima ponderamos.

132 A doutrina de *Bart. in l. 1. §. si fit nepos ff. collat. dot;* tambem lhe nam poserão numero certo, nem he certo o que delle tirão, & parte isto de outros principios, por quanto despõis da constituçãõ de Theodosio in *l. de emancipatis 13. Cod. de legit. hered. sex Iustiniano a Auth. ut fratrum filij*, nove annos despõis da constituçãõ, & *Auth. de hered. ab intest. venient*, que foy publicada no anno de Christo . 528, & segundo de seu Imperio, & outra vt *fratrum filij* foi publicada anno Christi 537. como considera. *Forstero de succes. ab intest. pag. 281 in fin, & vers.* por esta constituçãõ forão admitidos à herança dos que morriam ab intestado, os irmãos, & os filhos de outros irmãos, os quais antes não concorrião com os ascendentes; & emendando isto Iustiniano in, *d. Auth. ut fratrum filij disse.*

*Hoc itaq; iuste corrigentes sancimus, ut si quis moriens relinquat ascendentium aliquem, & fratres, qui possint cum parentibus vocari, & alterius premortui fratris filios, cum ascendentibus, & fratres vocentur, & premortui fratris filij tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset.*

133 Entra agora a questão de *Bart. in d. §. si fit nepos, & dix, & leges, quae dicunt, quod nepotes succedunt in locum suorum parentum,* intelli-

gas in loco suorum idest in gradu suorum parentum, ut perinde succedant in locum parentum suorum, ut tantum habeant omnes nepotes, quantum pater habebat, ut sup. tit. l. si nepotes, que he o titulo ff. collat bonor. &c. tamen in veritate isti nepotes ex persona sua succedunt, non ex persona patris eorum, cui non fuit delata hereditas, & nepotes conferunt ex persona sua Esta doutrina proua, que os netos succedem ex lua pessoa, porq̃ como acin. p. ruzi nu. preced. estaõ chamados por a ley.

134 Enal. 1. §. si sic filius, ainda proua Bartolo melhor cõtra o oppoẽte. porque na resoluçãõ da duuida sobre o emancipado, com os que estãõ em poder, despois de referir as opinioẽs, pergunta quid dicemus? & responde, breuiter dico quod huic nepoti emancipato confert propter fratrem suum in potestate retentum, quia ambo vnam personam representant l. si nepotes sup. collat. bonor, &c. naõ se põde logo tirar desta doutrina a conclusãõ, que ex aduerso firmaraõ antes a contraria videlicet, que es filhos ambos representaõ ao pay, aut saltem se hade regular este texto por a decisãõ da d. l. 1 §. si sic nepos, que aqui allega Bartolo. & com isto fica desfeita esta allegaçãõ, com que atroauam, & tambem a esta duuida ex Bart. respon. deo Cald. d. conf. 27. ut. sup. n. 117.

135 Do numero 157. ate n. 162. tornam a repetir os argũmentos, q̃ fazem contra o oppoente, querendo responder lhes, & basta o que fica allegado, para desfazer os tais motiuos, so he de estrãnar, quod adeo ex candelcant n. 161. Contra o Dotor Dom loãõ de Castilho, sendo pello, aque a jurisprudencia deue tanto, & he muito dizer que loquitur libere, & sine iuris ratione, sendo tãõ juridicas, & bem fundadas, & authorizadas as allegações, que delle fizemos.

136 Com isto entra o auogado do oppoente a n. 163. em querer mostrar, que por morte do filho do 2. Conde de Penella se deferio a successãõ a seu filho D. loãõ, que era spurio adulterino auo do Oppoente, por estar legitimado. E tambem por esta cabeça pretende entrar, como netõ de pelloa capaz

137 Contra a legitimaçãõ do bastardo filho do Conde de Penella, auo do Oppoente se escreueo em fauor do Conde de Castanheira em suas razoens fol. 1243 a n. 43. onde alegatãõ a Castilho lib. 4. c. 5. n. 37. Cald. conf. 4 n. 16. Cancer. 1 p. var. c. 4. d. n. 31. Pelaes, & outros, & n. 49. responderãõ ao argumento, que se faz por parte do Oppoente fundado em ser o primeiro chamado spurio filho do instituidor, & legitimado; com q̃ quizerãõ persuadir nas razoens de D. loãõ n. 187. & seq. que prouauelmente se podia defender o direito do spurio legitimado, alli o dizem n. 187.

138 Também se respõdeo à esta duuida por parte do Conde de S. Ioão em suas razoens fol. 1291. a n. 240, & por parte de Fernão Martins Freire em sua allegação fol. 1394 fol. 1411. se fez hũa consideração sobre isto, & como não heide dizer, o que já esta allegado, quiz fazer esta repetição para se poder ver dictis locis.

138 Juntouse a legitimação do auô do Oppõente ex fol. 1208. vers. & seq; em que o Conde declarou, & pediu, que lhe legitimasse El Rey hura filho, que houuera despois de casado, & El Rey disse, que o legitimava para o que lhe dessem, & quizessem deixar, & se mandou passar carta de legitimação em forma por hũ despacho ordinario de hũ Dezembargador do Paço, vt fol. 1208. vers. infin. & fol. & fol. 1029. se lançou a carta de legitimação; & posto que he in ampla forma: com tudo he affinada por dous Desembargadores do Paço, vt fol. 1029. vers. os quais não tem certa sciencia, nem poder absoluto, para poderem vzar das ditas clausulas; & se denião regular com o seu regimento.

140 Porem ainda com quererẽ vzar de poder absoluto se restringirão d. fol. 1029; para q̃ o legitimado pudesse haue, & herdar os bens, de quaesquer pessoas, q̃ lhos derem, & leixarẽ por qualquer guiza, que seja; & lhes possã fazer quaesquer doaçõens inter viuos, ou causa mortis. E que outrosi possa succeder em morgados, & quaesquer outras heranças, se lhe forem dados, & leixados, com tanto, que não sejam bens, nem terras da Coroa do Reyno: & fol. 1029. vers. se declarou, que fazia aquella dispensação à pedimento do d. seu pay, & ibi. *Emperò naõ he minha tenção, que por esta legitimação seja feito algum prejuizo a algũs herdeiros legitimos, seos abibouuer,*

141 Lida com attenção esta dispensação, ou legitimação, se vê claramente, quam vana, & mal fundada he a disputa, que tão de proposito se faz acerca della. Et primò, os spurios [ qual era o d. Dom Ioão, por ser filho de hum homem casado) *l. 1. ff. de concubin. l. fin. Cod. commun. de manumis. Bald. in l. mater, & in Auth. licet Cod. natural. liber. Valentin. Forstero de succes. ab intest. tit. de succes. spurior. in concl. 1. qui dicantur spurij, vers. 4. natus ex concubina, & uxorato pag. 244. Cabed. 2. p. decis. 69. nu. 5.* Sõ se chamão dispensados, & não legitimados, porque não pode à ficção fazellos legitimos, pois naturalmente o naõ podiaõ ser, vt infra.

142 Sendo pois spurio o auô do oppõente, naõ podia ser legitimado de potestate ordinaria *Paul. in l. Gallus §. & quid sit tantum ff. lib. & possib. Mohedan. decis. 4. tit. qui filij sint legitimi, quos, & alios refert, & sequitur*

sequitur Marth. de success. legal. p. 1. q. 18. art. 2. nu. 12. Mas caso nega-  
gado, que a d. legitimação valesse, diz Balao in cap. ult. nu. 1. in fin. de  
translat. Episcop. que he o legitimado semelhante a hum homem cura-  
do de algũa ferida, a quem fica a cicatrice, refert, & sequitur Noal de  
transmis. cas. 29. nu. 40. & por assi ser sempre lhes fica aquella nota, & por  
isso he o spurio legitimado incapaz de succeder Gam. decis. 278. nu. 15.  
& 20. & se se entende dispensado, vt infra nu. 155 & 157.

143 A razão disto he, a que aponta Molin. de primog. lib. 1. cap. 4.  
nu. 45. ibi, spurius non est dicendus de familia, domo, agnatione, seu cogna-  
tione institutoris maioratus, & a elle se não extende a palaura, morgado,  
como ensina Bart. in l. pronuntiatio §. familie nu. 1. per tex. ibi ff. verb.  
sign. Bald. in l. ex libera in prin. Cod. suis, & legit. & he tex. in §. vulg. d.  
Inst. de success. cogn. text. in Auth. quib. mod. nat. effic. sui §. si verò effu-  
sa col. 3. E o filho spurio não merece chamar se filho, tex. in Auth. ex cõ-  
plexu Cod. incest. nupt. ibi. Liberi neque naturales sunt nominandi. Nem  
podem succeder em morgados, nisi specialiter, & expressis verbis voca-  
ti sint. Greg. Lop. l. 2. tit. 15. p. 2. verb. sino el hijo maior col. 2. licerier.  
de primog. lib. 1. q. 5. nu. 2. refert, & sequitur Molin. lib. 1. c. 4. nu. 49.

144 E nos legitimados, ainda que não sejam spurios, senão natu-  
raes, he commum resolução, que não podem succeder nos morgados,  
nem deuem ser admitidos a succeder nelles. Molin. de primog. lib. 3. cap.  
3. nu. 3. onde nu. 6. diz que o legitimado he semelhante a Alchimia, & nu.  
7. quòd legitimatus differt à legitimo, sicut imago ab illo, quem representat.

A mesma resolução, poem Mieres de maioratu 2. p. q. 2. ex nu. 1.

P. Molina disput. 174. Zeualhos tom. 1. q. 2. ex nu. 50. vsq. ad 60  
Melchior Phebos decis. 87. nu. 11. & 13.

Ioan. Garc. de nobilit. gl. 21. ex nu. 20.

Dom Ioan. de Castilh. cap. 106. per rot.

E assi como os naturaes são excluidos da successão, vt sup. proba-  
uimus nu. 105. assi o são os legitimados. Resoluit Menoch. lib. 4. pre-  
sump. 79. nu. 4. & cons. 173. nu. 77. lib. 2. Surd. cons. 471. nu. 14. lib. 4.

E que os legitimados não excluão os parentes legitimos prouão  
Montealegre in prax. lib. 2. cap. 1. §. 5. Gratian. tom. 4. discep. 573. Marth.  
de success. legal. p. 1. q. 18. art. 1. Robles de represent. lib. 1. c. 9 per totum. A-  
uendañ. l. 40. tau. gl. 11. ex nu. 6. Fusar. de substitut. q. 408. & ibi. refert  
decisum nu. 183. & prosequitur, com muitos fundamentos maiores de  
toda solução, & com grande numero de Autores:

145 Esta mesma resolução approuarão os q. adicionaraõ Molin-

que são de grãdissima authoridade, *d. lib. 3. c. 3. n. 3. vsq. ad n. 10. & acrescentam ibidem vers. ampliatur 4. Ut nec filij vere legitimi, & naturales ipsius legitimati admittendi sint. ex Fusar. d. q. 408. n. 78. & diximus sup. precipue n. 117. in fin;* onde mostramos; que os descendentes do spurio, ainda que nação de legitimo matrimonio, não se reputão por legitimos, nem succedem; como tais, *ex Martib. de succes. legal. p. 1. q. 16. art. 1. n. 22. & 23.*

146 Accedat, que como referi sup. n. 139. & 140 aquella dispensação se expedio por os desembargadores do Paço, & he grande a differença, que ha neste particular, entre o Principe, & seus Conselheiros, licet potestatem, & jurisdictionem habeant ab eo, porque na concessão do Principe, nem se requiere citação, nem conhecimento de causa; o que he precisamente necessario nos Conselheiros, para que o que elles ordenarem, possa prejudicar esta differença entre o Principe, & desembargadores do Paço (em Castella se chamaão oidores de Camara) *animaduerxit Molin. de primog. lib. 2. c. 7. n. 59 & in specie idem tenet D. Ioan de Castil. lib. 3. c. 28. n. 13. in vers. existimamus, & vers. ceterum, & tom. 5. c. 89 n. 218 & diz ser necessario citação, Vicent. Fusar. d. q. 408. n. 133, & nouissime Peres de Lará in tract. de vita hominis c. 8. n. 6. Molin. de primog. lib. 4. c. 3. n. 5.*

147 Arazaõ disto he, porque o Principe não pode tirar o direito adquirido etiam in spe. *Larrea decis. 8. n. 52. p. 1. pag. 85.* E ainda que Phebos decis. 97. n. 12. & 27. diga q na legitimação ex certa scientia, & plenitudine potestatis não seja necessaria citação com *Pèdro Ant. de Petra de potest. Princip. c. 32. n. 10;* que ex aduerso allegaraõ n. 177. tem isto facil resposta, se a legitimação fora expedida por o Principe, & assinada por a mão real, podem se expedio in forma cõmmuni, & o desembargo do Paço non vtitur plenitudine potestatis, nem ainda o Principe, se não em causa muy justificada, & por utilidade publica, aliter ellet de plenitudine potestatis.

148 E ainda nas legitimações expedidas por o Principe, he mais bem fundada a resolução que não pode o Principe, prejudicar aos chamados *Resoluit Valentin Froster, d. tract. de succes. ab intest. in q. an legitimatio in præiudicium tertij fieri possit pag. 214. & seq. vbi late confirmat Sabloneta de absoluta Principis potestate c. 6. n. 154. vbi quod non potest. Princeps tollere ius tertij. etiam si sola spe, nõ autem re sit questum, dumme do spes sit. iuridica, & probabilis, ut quando quis sit vocatus, vt fidei commissarius, si heres sine liberis de cesserit, vel si ius in spe esset questum ex contractu,*

contractu, ut ait Bossius in tit. de Principe n. 198 Surd. cons. 203. n. 20. Vol. 2. Pereg. de fideicom. art. 2. n. 151. & seqq. quod etiam resoluit Mol. lib. 3. c. 3. n. 25; & n. 27. Ubi reprobatur contrarium dicentes, & vocat fatuitatem, talem assercionem; resoluunt ipsius additionatores ibi, nisi publica causa subsistente, & citatis substitutis, & bono cambio prestito, minimè hoc Principi licet. & recte Covas, qui contraria sententia fuit. ab authore taxatur ex adductis à Ioan. Garc. de nobil. gl. 21. n. 20, ubi dicit, quod nemo est, qui repugnet Menoch. lib. 4. presump. 79. n. 46. Pereg. de fideicom. art. 23. n. 69. Gamdecis. 278. n. 5 & n. 6. vers. cum igitur, & n. 16. Guddier. l. nemo potest. n. 75. ff. leg. 1.

149 A razão disto he também, porque o Principe solum potest tollere jus questum, quando ipse fuit causa acquisitionis. Marth. succes. legal. p. 1. q. 13. art. 3. n. 20. pag. 378. onde allega. Abbade cons. 84. n. 3. p. 1. & não pode prejudicar no direito adquirido ex contractu, como alem dos acima allegados proua Decian lib. 2. cons. 29. n. 56. Causalcan. 1. p. decis. 41. n. 53. Ripa responso 38. n. 11. pag. 47. Tusc. concl. 221 n. 12. verb. rescriptum. & distinguindo as opiniões Pereg. d. art. 52. n. 54. diz, quando testator vocauit legitimos, vel de legitimo matrimonio, princeps autem ex certa scientia, & de plenitudine potestatis legitimaui naturalem, aut spurium, volens, quod ab instetato, & infideicommissis succedat, perinde ac si de legitimo matrimonio natus esset ad alterius exclusionem, hoc casu Principem sic rescribere non posse in praesudium alterius nati de legitimo matrimonio contra institutoris voluntatem determinauit Dec. cons. 337. ad fin. & cons. 557. Didac. lib. 3. Variar. c. 6. Arius Pinel. in rub. de rescind. 2. p. cum pluribus, de quibus idem Pereg. art. 24. nu. 44. & 26.

150 Esta he outra limitação, que põem Molina aos legitimados lib. 3. cap. 3. nu. 31. Ut scilicet non procedat legitimatio, vocatis filiis legitimis, aut ex legitimo matrimonio procreatis. O mesmo tem Castilh. tom. 5. cap. 82. nu. 46 & cap. 106. ex nu. 33. Fusar. d. q. 408. nu. 71. ubi plures adducit. E os que addicionarão Molina d. lib. 3. cap. 3. nu. 31. dizem, quorum sententia procul dubio est in praxi tenenda defendit Fusar. d. q. 208. nu. 184. vers. sed melius sensit. Menoch. cons. 266. nu. 71.

151 E ainda que a limitação nos legitimados per subsequens matrimonium, nem em estes, quer que se possa admitir, Fusar. cons. 102. nu. 1. Porém não litigo esta duvida, porque não serue para o caso: & porque a dispensação foi tão restricta, que não admittio ao dispensado para a successão dos bens da Coroa, ut sup. nu. 144. Porque a Ord. lib. 2. tit. 35. §. 1. & §. 4. declarou, que succedesse o filho legitimo, ou neto

varão legítimo, filho de filho legítimo: à fortiori não foi visto dispensar na disposição dos instituidores, que como fã a dito tem força de ley. E he superior nesta parte à ley do Legislador, em que elle pode dispensar; & com tudo não pode alterar os contratos, nem as vltimas vontades, vt sup. *Nam melius agitur cū lege, quam cū dispositione hominis l. Celsus in prio ff. de arbitris.* E as dispensações he certo, q̄ não obrão em prejuizo. Cum alijs plurimis *Fusar. q. 408. n. 167. Pedro de Bayfio in directorio electionum 2. p. c. 1. n. 6. to. 15. p. 1. pag. 386.*

152 Insuper na d. legitimação se declarou, q̄ não era tenção prejudicar aos herdeiros legitimados; nos quaes termos a d. legitimação, sô obra para o q̄ nomeadamente lhe quizesse deixar, vt per *Marth. de success. legal. par. 1. q. 18. art. 2. nu. 15. onde ex Menchaca de success. progres. lib. 1. §. 2. n. 21.* diz, q̄ por a d. clausula não concorre com os agnados, & nu. 17. diz *Marth.* que pondo se a clausula, sine prauiditio venientium ab intestato, non de sunt Doctores, qui firmarunt, quod legitimatus neque ex testamento capere possit, allega muitos. E a crelenta ibidem in fin. quod legitimatio debet interpretari, vt quanto minus ledat iura legitimorum ex *Surd. cons. 337. nu. 49. & seq. vol. 3. & de legitimatione facta cum praedicta clausula restrictiua cum pluribus docet Fusar. q. 408. nu. 116. optimè Cabed. 2. p. decis. 69. nu. 10.*

153 Tãdem a d. dispensação he para poder hauer os bens das pessoas, que lhos derem, & deixarem; & que lhes possaõ fazer quaesquer doações: & que outrosi possa succeder em morgados, & quaesquer outras heranças, se lhe forem dados, & deixados, vt d. fol. 1029, Planê para o oppoente legitimar esta legitimação de seu avô, houuera de mostrar, que estauão chamados para esta successão os spurios legitimados o que não podera mostrar, supposto que estão chamados legitimados nascidos de legitimo matrimonio, & que estes succedaõ para sempre.

154 Nos quaes termos propondo aquestaõ. *Antonio Fabro deced. 35. error. 6. n. 9.* faz distincção na legitimação, que precedeo ao fideicommissillo, & na que se alcançou despois ibi.

*Cum tamen hac in re, non maior iuris ratio faciat pro legitimatio-  
- mæ, quam pro adoptione, vt suè huius, suè illius commentò, fi-  
- deicommissarij, ius latur, quòd vtrique non magis ledi potest  
- factò principis, quam factò priuati de fideicommissò restituendo  
- grauati l. fideicommissum 76. ff. cond. & dem l. si ita quis 53. §. 1.  
- ff. leg. 2. l. pen. & vlt. ff. natal. rest. scilicet cum facta est legiti-  
- mario post inunctum fideicommissum, & fideicommissario non vo-  
- cato;*



cato; nam si legitimatio fideicommissum praecesserit, nihil obstat sanè, quominus dispositio facta de liberis legitimis, & naturalibus, ad huiusmodi legitimatos retrahatur, qui eo tempore, & naturales, & verè legitimi reperiuntur.

E com a mesma distincão ratiocinatur *Andr. Fachin. controvers. lib. 4. c. 53. vers. quòd si proponatur ibi.*

Quòd si proponatur legitimatos filios ante fideicommissum iniunctū, fuisse, tunc nisi contraria voluntatis coniectura suppetant, quas diligenter *Menoch. recenset d. presump. 79. existimarem substitutum excludi.*

O mesmo proua a decisaõ de *Phebus 1. p. decis. 79. nu. 11. ibi, quando maioratus est antiquus, onde allega Pellaes 2. p. q. 1. à princ. & a Molin. lib. 3. c. 3. à nu. 11. vsq. ad 24. & insinuat Gam. decis. 278 nu. 16.*

O mesmo proua *Fusar. d. q. 408. nu. 118. ibi, etiam quod fuisset habitatus ad fideicommissa, quia tunc intelligeretur de fideicommissis relictis ipsi legitimo, non autem alicui tertio secundum Peregr. de fideicommiss. art. 23. nu. 75, in fin.* E com isto se conformão as palauras da d. legitimação, ibi, *se lbe forem dados, ou deixados, vt fol. 1029,*

155 Suppostas estas resoluções, que são certas, & verdadeiras, he indigna couza, & muito para estranhar allegarse n. 183. para prouar o contrario à *Castilho c. 106. sem exprimirem numero; o qual resolução contrario: & da mesma maneira allegarem n. 184. a decisaõ de Phebus 1. p. decis. 79. que he o caso do morgado de Affonso de Albuquerque, de que tambem o oppoente D. Ioaõ tirou a certidão fol. 1005. que he caso muy diuerso, porq̃ se deo sentença em fauor do filho natural, que tinha vocação expressa, como se refere na d. decisaõ 79. n. 1. & foy a legitimação impetrada por o mesmo pay instituidor, como se declata n. 10. da d. decisaõ, o qual poterat proijcere sua in mare, como diz *Ant. de Roxellis. tract. de legitimat. lib. 2. n. 15. tom. 8. p. 2. fol. 87. Sic similiter foy mal allegada a decisaõ do mesmo. Pheb. 176. p. 2. n. 14. porque tambem falla em filho natural, & não no spurio, & ahi n. vlt. resoluue contra o spurio, ibi, filius verò spurius legitimatus, solummodo est dispen'atus in hoc regno, allega muitos, & diz, que he commum, & acrescenta, que sempre se ha de fazer interpretação contra os legitimados ex *Honed. conf. 83. n. 38. lib. 2.***

Nem a decisaõ posthuma de *Farinacio tom. 1. decis. 730. nu. 4. que allegaraõ n. 180. quidquam facit, porque a questaõ era sobre a interpretação da regra de jure quesito non tollendo, & perfunctorie pos o exemplo*

no legitimado em prejuizo dos agnados, mas não falla em clausulas, & vocações ja feitas, & se pode entender dos bês do mesmo, q̄ legitimo nos termos, de quibus sup. proxime, & n. 154.

156 Da mesma maneira não aprobeita a Oppoente a allegação de *Gama decis.* 278. que tambem allegarão d. n. 184. porque antes resolue o contrario ibi n. 5. & n. 6, in fin. vers. cum igitur, & n. 16. & diximus sup. n. 148. in fin.

157 O que dizem n. 185. que foi legitimado para succeder em morgados se entende dos morgados fututos, & não nos antigos, como fica prouado n. 154.

Sed deterius est dizerem n. 186. que nam obsta ao legitimado cum praedictis clausulis ser spurio, para o que allega *Gam. decis.* 384. & a *Cabed. 2 p. decis.* 69. n. 6. ao que respondo. Primõ, que como mostrei sup. n. 146. os desembargadores do Paço não podião por as clausulas de plenitudine potestatis, nem de certa scientia: Secundo, que *Gama*, & *Cabedo* não dizem o para o que os allegarão, porque na d. decisão 384. trata das cousas ganhadas na guerra si efficiuntur capientium, & devia ser erro, & querer se allegar a decisão 283. n. 4. por em nem ahi diz cousa algũa, & no num. 5. diz estas palauras. *quod ubicunque spurius legitimatur restrictiue non dicitur legitimatus, sed dispensatus*, & se deo naquelle caso sentença contra o legitimado. Tertiõ, a allegação de *Cabedo 2. p. decis.* 69. n. 6. he impropria porque disse *Cabedo n. 5. legitimatio, quantumuis ante facta de illis filiis, quorum parentes non possunt coniungi. Vt si pater esset uxoratus &c. non dicitur legitimatio, sed dispensatio.* allega muitos, & a razão de duuida, que ahi refere *ex Iasone conf.* 40. vol. 3. tambem aqui não tem lugar, porque o impedimento de ter mulher, sendo casa do cô outra, tambem he de direito diuino, q̄ he o que consideraua Iasão em hũ Maltes, & so nos bês do pay, q̄ consentio na legitimação admite Iasão ao legitimado, & não para os bês vinculados sujeitos a restituição, *vt per eundem Iason d. conf.* 40. n. 5. vol 3.

158 Finalmente isto está decidido contra D. Affonso de Vasconcel los pay do Oppoente D. Ioão no app. A fol. 594. vers. in fin. ibi *condenão ao R. abra mão das d. quintas, & casais pedidos no libello do A; por serem pertencas do morgado de Soalboes.* E no app. C. fol. 547. & seqq. se julgou ao pay do oppoente a herança de seu auo, & se adjudicarão os bens do morgado ao vltimo possuidor D. Ioão Luis, & assi ficou decidida esta questão, & pertençaõ; & magis por a sentença da administração dada à fauor do mesmo pay do Oppoente, como tutor do vltimo possuidor  
in d.

in d. app; vt fol. 174. vers. E esta sentença prejudica ao Oppoente, como se mostrou na allegação do Conde de S. João n. 227. ao que acrescento a doutrina de Scacia de sent. gl. 14. q. 12. n. 93. & seqq. *quæ sit multorum insular, por tratar o ponto ex professo.*

159 Com isto terminamos concluido com o Oppoente D. João no tocante ao quarto ponto, que reconhecem n. 199. por o mais importante. Porem, porque não fique couza algũa sem resposta, proseguirei algũas, que se apontaõ remetendorne ao que ficadito.

160 No quinto ponto n. 201. diz, que ainda que nas instituiçoes dos outros morgados falte a clausula do traslado, em que esta riscado o concerto fol. 984. que despois quizerão sanear com outros trãsumptos fol. 975. 981. 993. comtudo as mesmas razões militaõ em todos por andarem vnidos, & entroncados, & diz n. 203. que no morgado de Estevão Rodriguez não ha exclusão dos descendentes legitimos filhos de illegitimados, né exclusão de legitimados; & somete chama os legitimados.

162 Isto mesmo bastava por resposta, porque se reconhece, que somente estaõ chamados legitimados, bẽm se segue, que estaõ excluidos os illegitimados, vt sup. n. 111.

161 Sobre a successão do morgado dos Menezes dizem n. 206. & 207. que ainda que a testadora mudasse a successão a D. Affonso filho de sua irmã Dona Isabel, vt fol. 237. vers. in prin. com tudo ordenou, q̃ se regulasse por a guisa, & condiçõs, que por os primeiros chamados deuera de andar, & disto inferem, que tendo a instituidora admitidos os legitimados descendentes de illegitimados; a fortiori se deve entender o mesmo em o oppoente que he legitimo, posto que seu auo o não houesse sido. Aqui se tornava a dar occasião a questaõ da repetição das clausulas, & se o que se concedeo a algum em particular nomeadamente; se pode extender de pessoa a pessoa. Porem está sobre isto dito tanto n. 75. & n. 83. cum seqq. que he desnecessario tornallo a referir, nem ainda fazer disso recordação, so repetirei as formais palauras das clausulas para constar, quanto ex aduerso as alteram, & querem peruerter.

163 Disse a Instituidora fol. 216. *com tanto que sejaõ baroẽs lidimos, & não legitimados, & na substituição de sua irmã Dona Britis disse fol. 216. vers. in fin. & seq. & andar a por sua direita linha em baroẽs lidimos & não legitimados, & na substituição de Dom Fernando ( que he o de quem descendem os litigantes ) disse fol. 217. *corra per sua linha lidima em baroẽs legitimados, & não legitimados, & fol. 218. mando que se-**

jaõ baroës; e não femeãs lidimos, e não legitimados. E assi aquelles chamamentos dos filhos de Dona Isabel de Menezes sua irmã natural, & o dos filhos de sua irmã Dona Aldonça, também filha natural não altera a regra, por serem casos speciaes. Principalmente, que na clausula fol. 223. admitio o bastardo natural, & excluyo o spurio *ibi. posto que seja bastardo natural, senão por adulterino*, & como o auô do oppoente fosse haviendo, sendo seu bisauo casado, não o comprehende a d. vocação, nem lhe seruem os ditos exemplos.

164 No sexto ponto a n. 209. ate 265. se diuertio o patrono de Dõ João em responder aos mais oppoentes, & elles tambem lhe responderão, & se excusaõ mais respostas, que as que ficão dadas.

165 E quanto ao que diz n. 231. sobre a instituição do morgado, que fez o Bispo D. João em Gonçalo Médez seu sobrinho filho de sua irmã Constança Affonso vendo se o oppoente destituido de direito, recorre a dizer n. 234 de suas razões, que não estão excluidos os descendentes legitimos nascidos de bastardos, o que não tem fundamento, por q̃ so estão chamados os filhos, netos, & bisnetos legitimos por linha direita, & os que descendem de bastardos não vem por linha direita, *quia non habent stipitem, como diz Segura l. cobaredi. §. cum filia pag. 20. col. 1.*

166 Acrescenta n. 235. que implica contradicção dizer, que o Bispo fez esta instituição no anno de 367. sendo Bispo de Lisboa, sendo que no anno de 342. estaua ja Arcebispo de Braga. Isto podia ter resposta, porque duas vezes foi o Bispo Dom João Martinz de Soalhoës elleito em Braga, mas mayor duuida era, que falleceo no anno de 1325. como consta na historia Pontifical de Braga 2 p.c. 41. §. 10. pag. 177. onde se declara no fim, que o d. Bispo floreceo em vida Del Rey D. Dinis.

167 Diz mais n. 236. que se contem, que reinando El Rey Dõ Fernando se fizera a d. instituição isto he erro, porque El Rey D. Affonso quarto a confirmou, vt. fol. 603. ver. l. & se enganaraõ em dizer, que era supposta atal instituição, melhor caminho era, o que tomauão nu. 135. dizendo, q̃ o Bispo Dom João, em que elle falaua, era outro.

168 Porque assi he na verdade, que o Bispo Dom João, que instituy o esse morgado em Gonçalo Mendez seu sobrinho, era o Bispo Dõ João Affonso 27. Bispo de Lisboa irmão de Constança Affonso, o qual floreceo em tempo Del Rey D. Affonso quarto que confirmou, a d. instituição, do qual, & do outro morgado, a que se refere nesta instituição vt. nu. 13. faz meção o *Arcebispo D. Rodrigo na historia Pontifical de Lisboa 2. p.c. 88. n. 11.*

Nem faça duvida dizerse na d. historia Pontifical, que este morga-  
gado foy instituido em sete de Agosto de 1329. dizendose na instituiçãõ  
d. fol. 603. vers. que foy em Agosto da era de 1367. Porque na institui-  
çãõ se fallou por a era de Cesar, & na historia Pontifical se fallou por os  
annos do nascimento de nosso Saluador, que são 38 annos despois, co-  
mo mostramos no principio: & assi cessa aduuida desta instituiçãõ, &  
os bens deste vinculo andão com es mais por o casamento de Tareja  
Rodriguez filha de Ruy Vasques com o mesmo Gõçalo Mendez.

169 Ao mais da allegaçãõ de Dom Ioão não toca ao A. responder  
& continuando o que no principio proposcemos, fica para se dar respos-  
ta a Tristão da Cunha de Atayde, que se oppos fol. 330. & razoou  
em terceiro lugar ex fol. 1027.

*Resposta ao Oppoente Tristão da Cunha de Atayde.*

170



PROVOV o oppoente Tristão da Cunha achamada  
instituiçãõ do anno de 342. n. 2. de suas rezoës, & diz, q o  
primeiro chamado era filho do instituidor n. 1. & n. 2.  
diz q ha outro testamẽto feito no anno de 353. & tudo  
isto são preludios para o que diz n. 5. que do 2. Conde  
de Penella se deriuarão as linhas das tres filhas, sendo tudo ao contrario,  
porque do Conde de Penella se deriuou à sua linha primogenita no se-  
gundo Conde seu filho, do qual por fallecer sem filho legitimo passou  
a D. Antonio de Menezes seu irmão, que estaua na linha tranuersal, &  
de Dom Antonio se continuou sua linha primogenita em seu filho Dõ  
João Luis de Menezes de Vasconcellos, que foy o vltimo possuidor, co-  
mo jurão as testemunhas fol. 499. ver. 503. vers. 510. vers. & por sua mor-  
te ha a succ. ssão de ir buscar o parente mais chegado, q he o Autor, & em  
seu lugar ao Conde de Figueiro seu filho, como fundamos no principio.

171 O intento de quererẽ, q o primeiro chamado seja filho, e q se jão  
testamẽtos as ditas instituiçõs, & não cõtratos: he por se persuadirẽ, q fa-  
zendo se descendentes tem melhor fundada a linha que pretendẽ intro-  
duzir, & que na succ. ssão testamentaria tem melhor lugar a representa-  
çãõ. Dom Ioão approuaua a instituiçãõ do anno de 342. por o chamamẽ-  
to dos bastardos, esse mesmo deuia ser o intento da Condessa da Casta-  
nheira em suas razoës fol. 1272. & Fernam Martinz Freire fol. 1394. se ha  
indifferentemente; & pello contrario o Conde da Castanheira em sua  
allegaçãõ fol. 1243. & o Conde de Sam Ioam fol. 1291. contradizem tal

instituição, & a abominável approvando a do anno de 1353. que he a verdadeira, como fica mostrado n. 69, & n. 74. onde prouamos, q̄ se podia reuogar, quando não fora ipso jure nulla, como foi, por ser feita em favor de spurio, pessoa incapaz.

172 Deixando tudo o que se diz nesta allegação para comprovar o traslado da chamada instituição do anno de 342. porque basta o que ja disse contra à opposição de Dom João a n. 58. deixando outro sy o que diz contra os mais Oppoentes, & contra os descendentes de baltardos. O em que o Oppoente faz mais fundamento para o seu intento, he do setimo artigo por diante, em que pretende mostrar, que Dona Britiz da Sylua filha do primeiro Conde de Penella, que casou na casa de Atouguia era a primeira filha do d. Conde, & que por assi ser, adquirio prerogativa de melhor lugar para si, & seus descendentes, & disto trata tambem no oitaua artigo: & no nono propos, que nestes morgados se daua representação em infinito, & no decimo, que tambem o Oppoente prece de por razão do direito de transmissão.

173 Por maneira, que não se hauendo por seguros em qualquer destes caminhos, sendo, que cada qual era bastante, se fora solido, & certo, accumulão o direito de melhor linha, & o da representação, & o da transmissão, & se por algũa destas vias lhe tocasse, não podia pertencer-lhe por a outra; *quia quod meum est, amplius meum fieri non potest.* à tudo responderei; porque o que agora se disser ficara seruido para os mais Oppoentes, q̄ se valẽ dos mesmos meios, & os allegão em seu favor.

174 Allega o patrono do Oppoente n. 101. a proua in facto para a ueriguar, que Dona Britiz da Sylua fora a filha mais velha do Conde de Penella. todas as testemunhas que juraraõ, de poem de conjeituras suas & do que lhes parece; & assi não fazem proua algũa: porque as testemunhas deuem testificar de actos comprehensiuos por sentidos corporais, & não basta testemunharem por juizo de seu entendimento *l. qui testamento §. fin. & ibi, latè Bart. & DD. ff. de testam. meminit Angel. in §. si quis agens n. 9. Inst. de actionib. refert. & sequitur Mascard. concl. 656. n. 2.*

175 Bem conheço isto o Auogado do Oppoente, em quanto diz n. 104. que se admitem indícios, & conjeituras em cousas antigas; mas como disse. *Couas. pract. c. 21. n. 7.* A antiguidade pode ajudar à proua, quando ha algũa proua, mas nã pode induzilla de nouo, se houuera algũa escriptura q̄ dissesse, q̄ D. Britiz da Sylua fora a filha mais velha do Conde de Penella, ajudara a isto a antiguidade, & opinião, ou fama, que disso se tiuesse de tempo antigo. Porém nam ha cousa antiga, que tal diga, nem

testemu-

testimunha, que deponha, que antes de succeder esta demanda se fallasse em tal qualidade de filha mais velha (nem ella he considerauei, como a baixo mostrarei) *E como diz Castilh. c. 123. n. 13. com Marefcoto lib. 1. var. c. 70. n. 4. ainda que nam seja necessaria proua rigurosa em coulas tam antigas, ipse tamen probationes, licet leuiores, & imperfecta sufficiant, in suo genere perfecta esse debent, hoc est de necessitate concludere, quia probatio dubia, & equiuoca, non releuat; & in causa etiam fauorabili non prodest, & nestes melmos termos oproua Valenc. conf. 92. a n. 216. fol. 711.*

176 E assi a consideração de ter a d. Dona Britiz o nome de sua auò may de sua may, não argue, porq̄ de presete a Cõdessa de S. João, q̄ he a filha mais velha, tem o nome de sua auò may de seu pay o Conde de Linhares, & dizer, que casou aquella filha primeiro, tambem não he argumento in falliuel, porque na casa do Conde de Linhares casou primeiro a Condessa de Sarzedas, sendo sua filha segunda, & a Condessa de Aueyras cazou primeiro, que sua irmã mais velha; & muitas vezes se trata de accomodar as idades, & de reseruarem muito dote para a filha mayor.

177 E não sendo isto indicios indubitaucis não fazem proua perfeita, como tambem dizerse, que os genealogicos nomeão primeiro a dita Dona Britiz, que as outras filhas, porque isso vem às vezes à ser o que quiz escreuer quem trasladou; ou o que primeiro veyo à boca; aquẽ o referio aos curiosos; & o que diz Castilho. d. c. 123. n. 10. com Pereg. de fideicom. art. 43. n. 86. & Lara de anniuers. lib. 2. c. 4. n. 57. que se proua o parentelco in antiquis per memorialia, & scripturas priuatas, que in libris familiaribus inueniuntur. tem lugar nos liuros de lembranças das melmas casas; & ainda para prouar o que os liuros dizem; mas não para lhe fazer glosa, & comento dizendo, o que o liuro não diz, & acrescentando esta era mais velha, & aquella mais moça, q̄ não està nos liuros, & a ordem da letra não faz argumento considerauei Seraph. dec. 24. n. 2. l. cum pater 79. §. fidei tue ibi. nam ordo scriptura non impedit ff. leg. 2. Casti lh. lib. 4. c. 51. n. 15. Ludouic. Saccæ conf. 3. n. 183. p. 1.

178 E ainda respeito da fama, que se allega, alem de se não prouar concludentemente, & com os requisitos necessarios, porque como diz Farin. in posthum. tom. 2. dec. 276. n. 9. non censetur probata per testes deponentes simpliciter de auditu, & non antè motam litem, nec per verba, se dicentia, & passaua la voce; & diz Mascard. concl. 749. n. 18. com Bald. in c. vigilanti n. 5. de prescrip. q̄ a fama, q̄ carece das circunstancias necessarias, sit quoddam somnium, & quidam rumor à veritate abhorrens; prosequitur Giurb. conf. 37. n. 45.

179 E como diz Castilh. c. 122. n. 24 ad fin. com Garc. de nobilit. gl. 18 § 1. n. 13. ad hoc, *Ut testimonium de auditu cum fama plenè probet, debet esse constans, perpetuū, generale, & uniuersum apud omnes sine varietate & contrarietate, quod concludenti ratione comprobatur, & optimè expenditur. in Cap. de parentella 35. q. 6. o segundo in illis Tribus, in quibus omnibus nec varietas, nec cōtrarietas ulla reperiri debet, & Bartoli doctrinā, quod fama debet esse illasa, & cōstās, ita quod testes de auditu nō probēt, quādo auditus in aliquo prosternitur; & isto he o que diz Farin. in posthum. tom. 2. decis. 36. n. 6. quod fama vna tollitur per probationem contrarie fame.*

180 E como consta na inquiriçāo de Fernão Martinz Freire ex fol. 615. juraõ Frey Antonio Freire fol. 606. & Dona Catharina da Silua, q̄ foi Oppoente nesta causa fol. 617. vers; que Dona Maria da Silua fora a filha mais velha do Conde de Penella, & Dom Antonio Mascarenhas fol. 628. vers. jura o mesmo, & que Dona Britiz, que cazou na Casa de Atougua era a filha legunda, & na inquiriçāo de Euora Fol. 640. vers. & seqq. sobre o que faz o auogado do d. Fernão Martinz Freire hū largo corolario fol. 1397. vers. & seq. a que responderci em seu lugar, por que agora somente o refiro para fazer contraposiçāo ao Oppoente Trifurçāo da Cunha, de quem vamos fallando.

181 Sic similiter o Conde da Castanheira em suas razões fol. 1258. n. 58. pretende mostrar, que Dona Ioana da Silua filha do Conde de Penella, que casou na casa da Castanheira, era a filha mais velha, & allega o testemunho de Antonio de Tavares, fol. 783. que affirma, sendo tão antigo, & da mesma familia, & tão visto em tudo, que se não sabe, nem averigua, qual das tres filhas do Conde de Penella foi a mais velha, do q̄ infere, que nenhum dos descendentes das ditas tres filhas pode pretender preferencia por o tal respeito de descender de filha mais velha, & nu. 59. proba, que ainda em caso negado, que se prouara a mayor idade de alguma das filhas, isso lhe não podia conferir melhor qualidade para o intento de fazer melhor linha.

182 E alem do que acerca disto se allegou por o Conde da Castanheira vbi proximè: & do que se disse por parte do Conde de S. João em suas razões, fol. 1291. nu. 249. mostrarei por euidencia, que nos termos, em que tratamos da successão destes morgados, senão pode considerar prelaçāo por razāo de melhor linha nos descendentes de cada hūa das tres filhas do primeiro Conde de Penella, & que cada hum dos litigantes deue tratar de si com as qualidades, que tiuer proprias, & naturaes ao tempo



tempo, que se deferio a successão por morte do ultimo possuidor, *ubi enim succeditur ex persona propria, debent considerari successores, ut tales, non ut filij talis, neque Olla ratio habetur derivationis ascendentium, comprobatur Iason. cons. 115. nu. 4. lib. 4. & in l. si arrogator nu 20 ff. adopt. & latius explicat Tiraq. De primog, q. 10. nu. 22. E como diz Molin. de primog. lib. 3. c. 6. nu. 39. successio iuris maioratus pluribus delata, ordine successiuo, primus mortuis, sequentibus ex proprijs vocationibus defertur.*

183 Os Doutores, que tratarão esta questão das linhas, causarão confusão por os meos, com que a explicarão, porque o principal, que se deue tratar, he como se deue considerar a linha, que deue entrar, quando a do possuidor se acabou: assi que os que nos ensinarão, que sô se deuia considerar a linha do primogenito, o qual por sua prerogatiua da primogenitura, logo em nascendo adquirio lugar, & prelação para si, & seus descendentes; & que outro si se deuia sô considerar a linha do possuidor, porque em quanto esta dura, se não pode fazer salto a outra: não nos ficarão dando regra de como se havia de buscar, & começar noua linha, sendo estas extinctas, o que logo mostraremos com euidencia.

184 Com tudo serue aquella doutrina para prouar, que nenhũa das outras linhas são consideraueis, ou podem produzir effeito para darem melhor direito aos que não descêdem do primogenito por linha de primogenitura, que he de primogenito in primogenitum, ou do possuidor, & assi referirei em primeiro lugar os Doutores, que approuão esta resolução.

185 Estas duas linhas considera Castilho c. 63. n. 68. *ibi vudè duplex constitui potest primogenitura, vna ratione natiuitatis, altera verò aten to tempore successione, quo primogenitura qualitas spectatur. Menoch. cons. 97. n. 1. & n. 19. Molin. lib. 3. c. 4. n. 13. & seq. & lib. 3. c. 6. n. 29. ad fin. ibi. ex linea illius, qui semel ius primogeniturae acquisiuit, & n. 50. ibi, que primogenitorum linea omnes alias excludit. Aluarad. de coniect. ment. lib. 2. c. 3. §. 3. n. 44. ibi ut illi, qui ex linea ultimi possessoris descendunt, ceteris preferantur, & c. quod etiã elegãter satis considerauit Menoch. cons. 1082. n. 15.*

186 E para nesta allegação propor a causa de mayor authoridade; & a que mais se deue deferir, referirei o que nos ensinou o Doutor Antonio da Cunha ha quarenta annos explicando a l. cum ita 33. §. in fideicomisso ff. leg. 2. diz assi n. 32.

*Secundò aduerte; quod secundum verioremsententiam regulariter in hac materia, non consideratur, nisi linea possessoris, & primogeniti; reliquas verò lineas, tanquam fictas sine legis authoritate,*

seu potius committitias non esse attendendas probabilius existimo, & non semel in senatu Supplicationis iudicauimus, quidquid Mench. & plures ab eo relati contrarium resoluant, quod nullatenus in iure defendi potest, nisi disposita in institutione id efficaciter suadeant, vel quando primogenitus a suo patre moritur sine liberis, tunc enim secundo genitus, qui praecipue ius primogeniturae, eiusdem lineae prerogatiuam obtinebit, similiter tertio genitus, mortuo primo, & secundo genitis sine liberis, & sic de reliquis filijs possessoris, deficientibus senioribus sine sobole, nec enim in proposito dicitur tantum primogenitus, qui primo natus est iuxta tex. in Cap. Ioseph. de Verbor. signif. sed etiam is, quem nemo ex descendens praecedat. ex traditis a Matienço l. 1. tit. 4. gl. 1. n. 1. & 4. quò fit, ut si primogenitus renuntiet primogeniturae in sequentem fratrem (valet enim haec renuntiatio si renuntians liberos non habeat, ut per Tiraq. de primog. q. 26. n. 5. Cabed. decis. 96. n. 4.) tam prerogatiua linea, quam caeterae qualitates iuris primogeniturae coherentes, de quibus Licirier lib. 2. q. 2. cum seq. praedicto fratri acquiruntur: faciunt notata per Pelaes 3. p. q. 18. n. 4. Tiraq. ubi sup. n. 2. Motin. lib. 3. c. 6. n. 39. Conclude igitur, quod semotis his duabus lineis, possessoris nempe, & primogeniti successores admittuntur iuxta gradus proximitatem, nullo habito respectu ad alias lineas, & inter pares gradu praeualet qualitas sexus; data etiam paritate in sexu, qualitas aetatis iuxta ea, quae Molina lib. 3. c. 4. n. 14. Matienço ubi sup. l. 5. gl. 3. n. 1. tit. 4.

187 Referi esta doutrina tão ao largo, porque por ser de humlente de prima tão insigne, & tão respeitado, & que não foia ler por ambição; & ensinava a verdade; se lhe deveu mayor respeito; pois ditou o que ensinou, liure de rocos, & não tinha a lingua, nem o calamo venal, & he de considerar ser de muito mayor prejuizo a roim doutrina nas leituras, que nos conselhos, como aduertio Decian. in Apolog. pro iuris prudentibus c. 13. n. 31. & assi se deveu deferir mais as leituras, que aos conselhos.

Accedat, que alem das sentenças, de que na dita leitura se faz menção, se julgou o mesmo na successão de Tamaracá, de que se offerrece certidão da sentença dada em fauor do Còde de Mòsanto, còtra o do Vimieiro fol. 547. vers. & seq; onde se excluiraõ as linhas, & fol. 548. vers. se excluio o morrer na batalha, & se cõsiderou sò a qualidade de mais velho fol. 549. & se declara na decisão 59. in fin. do Doctor Gabriel Pereyra.

188 O mesmo se julgou na causa de João Aluarez Caminha com Bernardim Vaz da Veiga, & depois por morte de Bernardim Vaz em favor do Conde Dom Estevão de Faro contra João da Veiga Cabral. *E Belchior Phebos 2.p.decis.104.n.25.* refere a sentença, que se deo em favor de Dona Luiza de Noronha por ser a parenta mais chegada ao tempo da morte, sem se fazer caso de melhor linha, representação, ou transmissão. Outras sentenças refere *Mendez de Castro in praxi Lusitana lib.3.c.11.n.10.* E na causa do Doutor Henrique de Sousa se julgou o mesmo sobre o morgado instituido por Hénrique de Sousa; onde se acrescentou, q se não succede por titulo hereditario, quando o primeiro instituidor não era herdeiro necessario, como no morgado do Bispo D. João Martinz o não era Vasque Annes.

189 E alem da authoridade de tantas sentenças, & de assi se ensinar publicamente na Vniuersidade, he esta resolução conforme a direito, & apozeraõ, & ensinarão em termos os Doutores seguintes.

190 *D. Pedro de Peralta in Rub. ff.bered. instit. n.130.col. 2. pag. 82* diz assi *Ex quo linea primogeniti re ipsa, & actu capit habere efficaciam presentaneam, seu fundamentum ipso primogenito actualiter succedere; textus est de hoc admodum notandus in materia, huic satis finitima, videlicet feudali in Cap. vn. ad fin. de natura suces. feudi.*

191 A razão disto he, porque o direito de succeder, *quousq. sit ad actum deductum, non est considerabile, neq dicitur esse in bonis l. pretia rerum vers. est enim absurdum ff. ad leg. falcid; quod alibi non reperiri dixit Bald in l. 2. Cod. iur; & fact. ignor.* Pello que as filhas do Conde de Penella, que nunca adquiriraõ primeiro lugar de primogenitura, não podiam transferillo, a lua posteridade, nem fazer linha, porque como diz Scipião Rouit. *cons. 16. n. 8. pag. 89. lineæ principium est de ipsa linea, sicut caput est de corpore.*

192 Isto mesmo ensinou *Tiraq. de primog. q. 40. n. 56. & 157.* onde assi interpreta o conselho de Paulo de Castro 164. n. 5. tom. 2. & diz *Tiraq.*

*Quia fuit actu primogenitus etiam uiuente patre, & ius statim acquisiuit ipse, & tota eius linea cum exclusione aliorum fratrum cum suis lineis: allega a Mench. succes. creat. lib. 3. §. 27. n. 10.*

193 E a razão disto he, porque os q ficaraõ húa vez excluides por aquelle, que occupou o primeiro lugar na successão, & primogenitura, sempre ficão excluidos, & não tem direito para formar linha com prero-

gatiua de prelaçãõ. *Decian. lib. 4. cons. 16. n. 39. & seqq. ubi n. 44.* constitue differença entre o que viuia tempore delatæ successõis, & o que era morto, & por essa causa foi excluido, & preferido por outro; *nam is, inquit, perpetuò manet exclusus.* & assi succedeo nas filhas do Conde de Penella, que foraõ excluidas por seu irmão, & por os netos, & bisneto do d. Conde, pellos quais discorre a successão, & assi não ha que recorrer a ellas para o effeito de formar noua linha por morte do vltimo possuidor.

194 Ludouico Sacca no *cons. 233. n. 13. pag. 186. p. 2.* tendo dito n. 12 que o filho do primogenito, q̄ morreo em vida de seu pay, se prefere a seu tio, *Ex eo, quod istius pater fuerit actu primogenitus, & statim ius acquisiuit pro se, et tota eius linea, cum exclusione aliorũ fratrum cũ suis lineis illa durante; subiungit nu. 13.*

*Contrarium autem in eo nepete contingit, cuius pater nunquam fuit actu primogenitus, nec ius aliquod habuit, quod potuerit ad filium transmittere aut quoquo modo communicare; ut bene considerant. Doctores, & allegamuitos.*

Este he o caso presente, por quanto as filhas do primeiro Conde de Penella nunca tiuerão, nec habitu, nec actu, nem ainda in spe, couisa, que poder communicar a seus descendentes, & com isto se conforma o auogado do Conde de São João em suas rezões, nu. 249.

195 A razão disto he, porque como proua *Mench. cons. 1082. nu. 12.* não pode começar, nem considerar se linha, se não daquelle que occupou a successão, & he isto recebido communmente, *ut in cap. 1. de natura succes. feud.* onde fallando o tex. do vltimo possuidor diz. (*Respondeo ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit*) & in *Cap. 1. de succes. frat. ibi, mortuo enim eo, qui beneficium tenebat Mol. lib. 3. c. 6. nu. 34. Valenc. cons. 97. nu. 10. Alc. cons. 494. nu. 10. E diz Bald. in l. cum antiquioribus nu. 13. Cod. de iure delib.* que he imaginaria qualquer outra linha, *et que omni legum fundamento destitutam: imò, & ridiculum, & quasi hereticum esse contrarium asserere Dec. cons. 443. n. 13.* E por isto disse, *Mench. cons. 234. nu. 18.* que não he consideraue a linha transuersal, & como diz *Cald. cons. 18. nu. 17. excepta linea primogeniti, omnes alie, etiam si sint descendentiũ, reputantur collaterales.* E não hauendo ley, em que se funde tal linha das filhas, que saõ mortas ha duzentos annos sem hauerem entrado, nem terem direito para entrar, disse bem *Iasão cons. 39. nu. 23. vol. 3. lege quod non cauetur, in practica non habetur.*

196 Reduzindo pois estas doutrinas ao modo, em que se deve formar nova linha, extinta a do possuidor, adirto ao que disse Corneo cõf. 113. nu. 2. tom. 4. pag. 36. onde com Bart. conf. 56. ensina, & põem por regra, *quod linea paterna dicitur illa, cuius pater est caput, & linea auita est illa, cuius auus est caput, & stipes.* He certo, que faltando a linha do pay, hauendose de fazer transito, & recurso a outra linha, ha de ser a linha do auò, que he a mais chegada. Ita notabiliter Cabreros de metu lib. 2. c. 9. n. 9. pag. 169. ibi. *Quamobrem qui in linea proxima existit, quamuis alij ceteris prerogatiuis antecellant, admittendus est, ut ex l. 2. tit. 15. par. 2. deducit. Gregor. ibi gl. 18. q. 6. Molin. lib. 3. c. 4. nu. 13. & c. 6. n. 5. Gam. decis. 354. Osaic. decis. 23. nu. 30. Aluarad. de coniect. mente lib. 2. c. 3. §. 3. nu. 44.*

197 Supposto pois, que se ha de fazer recurso a melhor linha, he certo, que extinta a do segundo Conde de Penella, se ha de fazer volta à linha do primeiro Conde, que he a immediata precedente deriuada do instituidor. Porro certum etiam est, quod omnes, qui descendunt ab ipso, qui successione occupauit, dicuntur esse ex eius linea, sicuti responderunt Fulgos. conf. 229. col. 2. & Ias. inter consilia Bruni conf. 9. n. 2. quos refert, & sequitur Menoch. conf. 1082. n. 14. Ioseph. Ramon. conf. 100. n. 483. ad fin. ibi licet enim quotquot ascendunt ab vno stipite in vna linea esse censeantur respectu illius, a quo vniuersi descendunt, tamen ipsi descendentes inter se, & sui respectu transuersales appellantur Cou. pract. c. 38. n. 6. & c.

Estando pois todos os pretendentes na mesma linha do primeiro Conde de Penella, não se dà lugar a excogitar na mesma linha outras linhas, antes na mesma linha se deferio a successão ao mais chegada della. Isto he o que acima dissemos, ex Mol lib. 3. c. 4. n. 14, & o explicaraõ os se usaddicionadores ibidem in vers. de secunda obseruatione, & nouiter considerat Cabreros lib. 2. d. c. 9. n. 10. 11. & seq. ibi. *accedit linea prerogatiua proximitas gradus vltimi possessoris, quae attendi debet, & c. & ibi, & duabus prerogatiuis linea, & gradus, accedit aetatis, quae etiam confert. Tunc subiicit n. 12. quò fit, ut cum lex priuilegiet lineam, postea gradum, statim sexum, deinde aetatem, non est curandum de gradu, nisi in linea, neq; de sexu, nisi in gradu, neque de aetate, nisi in sexu, ut inquit Marin. Freccia de subfeud. tit. de feud. hered. antiq. nu. 22. & notanter Bald. conf. 137. lib. 2.* E hauendose de buscar o grao na mesma linha, como abaixo mostrarei, quando se tratar de excluir o priuilegio da representação, certo fica que nos que estão na linha do primeiro Conde deve preferir o que está mais chegada. Et praelationem gradui concedit etiam Guttier. ijs, qui sunt

in eadem linea lib. 3. var. q. 67. nu. 49. Estando muitos da mesma linha no mesmo grau, & sexo, o que for mais velho, & este era o A. Manoel de Vasconcellos, cuius nunc partes ago.

198 Isto, ainda mais expressamente resolveo *Fusar. in additionib. ad q. 483. qua additio habetur post consilia eiusdem Fusarij*, onde diz, que acabada a linha do instituido, sendo substituidos os mais chegados, so se attende a quem for mais chegado, sem consideração de prioridade de linhas, quando o instituidor as não fez, nam (inquit) *vocatio per collectiã intelligitur, vt proximior admittatur l. cū ita §. in fideicomisso ff. leg. 2. & ibi idem Bart. & alij. & in his terminis, quando vocantur proximiores, ita tenuit Pereg. cons. 63. n. 2. lib. 2.*

199 Com o mesmo fundamento resolve esta questão *Mart. de succes. legal. p. 1. q. 12. art. 1. n. 16. & seqq. ibi semper obseruandus est ordo succedendi ab intestato, ita vt proximior vltimi possessoris succedat, & nulla ratio diuersitatis reddi potest, cur diuersum sit, mutata linea, cum utro-  
biq. seruanda est successio, veluti ab intestato, vt probat Bart. in l. fin. ff. ad Trebel. Socin. in l. si cognatis col. fin. vers. sexta, & vltima ff. reb. dub. Paul. in l. fin. n. 26. & ibi Ias. n. 5. Cod. verb. sign. Mantica lib. 8. tit. 13. n. 4. & subijcit idem Marta vbi proxime n. 19. nam ex quo grauatus fuit semel admissus, ideo eius proximior præsuntur magis à testatore dilectus arg. l. cum acutissimi Cod. fideicom. cum vulgarib. l. Publius §. 1. ff. de cond. & demonst.*

200 O mesmo Doutor. *Mart. de succes. legal. p. 3. q. 1. art. 2. n. 64.* para confutar esta consideração das linhas faz os argumentos na forma seguinte, que por serem tão efficazes, & concludentes os refiro por suas proprias palauras ibi.

*Nos autem præsupponimus lineam secundogeniti, in ipso secundogenito non incepisse; ergo quod non incipit, in alios instui non potest; quoniam venientis nullæ sūt qualitates l. eius qui §. quod stipulatus ff. si cert. pet. &c.*

*Item quia eius, quod non est, impossibile est dari partem, aut qualitatem l. si quis cum totum §. qui ancillam ff. excep. rei iud. item eorum, quæ non sunt, nullæ sūt causæ l. adeo §. si tota ff. acq. rer. dom. l. 2. ff. v. usufr. Item non entium, nulla est materia, vel forma l. 4. ff. locati: ergo linea, quæ non incipit in capite, non potest derivari cum suis qualitatibus in alios.*

*Et hęc pertinet altera juris certã conclusio, quod linea, quæ non incipit, nec est in esse deducta, non potest dici defecta, &c.*

201 Pollo que não hauendo começado algũa linha em algũa das filhas do Conde de Penella por nenhũa hauer entrado na successão, e ciota cousa he fallar em consideração de melhor linha das ditas filhas, por dizer, que hũa dellas era mais velha, & assi os descendentes desta são de melhor qualidade, porque isto he fundamento sem fundamento, & muy acrio.

202 A razão disto he, porque a linha começou no pay destas filhas, que foi o primeiro Conde de Penella. *Menoch. cons. 1132. n. 27. & cons. 1066. n. 4.* & desta linha debet admitti *proximior illius, qui fuit admittus. Rota diuers. p. 2. dec. 15. n. 8 eleganter Guttier. lib. 3. pract. c. 67. n. 45. & seq.* Pollo que he indubitauel, que ao varaõ mais chegado se deferio esta successão sem consideração algũa de outra prerogatiua de linha, & isto he o que se quiz dizer na decisão 22. de Pheb. n. 17. vers. *& iam sup. diximus p. 13. ibi, & deficiente linea primogeniti. incipit haberi ratio gradus & postea sexus, & postremo etatis*, por maneira, que acabada hũa linha para se fundar, & começar a que ha de entrar, se vai buscar o melhor grao & no mesmo grao, & sexo, o mais velho *ex reg. l. 1. ff. de Senatorib. d. l. fin. ff. fid. instrum. Cou. lib. 3. var. c. 5. n. 5.*

203 A mesma consideração da decisão de Phebos se colhe da decisão de Pereira 116. n. 7. onde acrescentando hum caso para declaração da *Ord. lib. 4. tit. 100.* não fez menção dos segundos, & tercciros filhos dos possuidores, & sò considerou a linha daquelle, qui *primum linea caput occupauit, ibi, nec occupauit caput linea*, & falla no caso, em que erão descendentes do instituidor, & da mesma maneira no caso presente se não deve fazer caso das linhas das filhas do primeiro Conde de Penella pois nenhũa teue o primeiro grao de poder succeder.

204 O mesmo resolve em termos *Menoch. cons. 269.* onde aconselhou por hum filho quarto contra o filho do terccito filho, & diz n. 40. que ainda que adquirindose o feudo à hum, sempre corre por a sua linha posto que se achem outros agnados mais chegados; com tudo faltando esta linha, se admite o mais chegado: *allegamuitos, & da a razão d. n. 40. in fin. ibi.*

205 *E ratio diuersitatis est, quod iure radicato in patre, non est admittenda successio per saltus, que ratio cessat, quando ius non fuit quietum, & radicum, ita respondit Roland. cons. 39. n. 47. lib. 4.* Vay *Menoch.* expendendo muitos fundamentos em cõfirmação desta verdade, & acrescenta n. 65. *nam quod filius primogeniti representet patrem ad exclusionem patrui, id contingit, quia iam in ipso primogenito pa-*

tre ius primogenituræ radicatum est, & immediatè ius patris per quãdam continuationem, descendit in eius filium, cum nullum impedimentum in medio positum sit: sed diuersum valde est in casu nostro, nam, & tempore delatæ successiõnis Dñs Clemes desijt esse inter viuos, & cõsequenter dicitur nõ vocatus, & quod fore ius est, habebat antè se, cõ decessit Dñm Hercule, qui tanquã paries medius impediẽbat cõtinuationẽ iuris successiõnis a D. Mauricio in Dñm Clemente: allega multos, & continua outros fũdamẽtos.

205. Da mesma maneira no nosso caso, as filhas do primeiro Conde eraõ fallecidas, & seus filhos, & netos, quando a successãõ corria por a linha do segundo Conde, & seus filhos, & netos, & assim não ha, que fazer caso dos mortos, que não estaõ chamados; porque sõ o chamamẽto se verifica nos viuos mais chegados; & isso he o que diz de Larrea dec. 51. n. 42. ad fin. p. 2. ex Plutarcho in Vita Augusti. Mortui non mordent, optime Tusc. concl. 391. lit. M. & allegasse na d. decisãõ à Menoch. d. cons. 269. n. 9. 18. & 25. para provar, que se não pode considerar direito de primogenitura naquelle, que se presumir ser morto.

206. Em semelhante caso, & ainda em termos mais fortes aconselhou Fusar. em fauor do filho terceiro contra o filho do filho segundo que morreu em vida do primogenito. Videre est con. 41. onde n. 155 poẽ por vltima razãõ esta ibi.

Postremò diligenter ponderandus est punctus illius controuersæ quæstionis, an nepos preferatur patruo; nam verè tunc tractatur, quando primogenitus decessit, viuente patre suo, relicto tamen filio. & tunc inquiritur, an hic filius, idemq; aui nepos, succedat aui suo, & excludat patruum secundogenitum. Porrò casus noster diuersus est; nam Honorius filius Alphonsi secundogeniti, non querit nunc succedere Honorio Seniori aui suo, sed Vlderico patruo, qui sinè liberis mortuus est, & excludere Ascanium tertio genitum.

E nestes termos argumenta Fusar. contra o neto filho do filho segundo em fauor do filho terceiro, com varios fundamentos, que prosigue até o fim do Conselho; & allega n. 169. à Milanens. dec. 9. n. 62. & seq. & a Mangilio de substit. q. 77. nu. 172. & à Raudens. cons. 141. nu. 66. inter consilia vltima & volunt. lib. 2. onde diz, que assi se julgou, & a outros; O mesmo resolve Sousa in l. famina p. 1. n. 293. vers. quartus casus.

207. Isto he o que ensinou Ioan. Andr. in addit. ad specul. rub. de feudis col pen. vers. item quod ius, quòd quando ius primogenituræ competit simpliciter filio maiori, eo pr. defuncto, succedit filius eius propter spem et tam succedendi, quã etiam ipse primogenitus, secus si eius illud reuo-

cabiliter



cabiliter competeret, quia si ante moriatur primogenitus, non succedit filius  
 eius, & por esta razão se conuence, q̄ não darà lugar à successão a filha  
 do primeiro Conde de Penella, que nunca teve direito algum, o que se  
 proua com o que ensinou Casaneo in consuetud. Burgund. rub. 10. §. 1.  
 Verbo le plus prouechain nu. 12. & 13. Quòd quando in dispositione non est  
 à principia certa persona simpliciter vocata, sed cum qualitate temporis in  
 futurum, non comprehendit prædefunctum, nec eius liberos. Tiraq. de re-  
 tract. lignag §. 1. gl. 9. n. 102. Peralta in l. cum pater §. à filia n. 68. ff. leg.  
 2. Molineus in consuet. Paris. tit. 1. §. 8. gl. 1. n. 12. Bem se infere logo, q̄  
 as filhas do Conde de Penella mortas não tem intrancia, nem chama-  
 mento, nem direito algum, que communicar aos litigantes, l. nemo plus  
 iuris ff. reg. iur. neq̄, etiam potest linea primogeniti initium à matre non pri-  
 mogenita derivari, como disse, Bald. d. l. cum antiquiorib. nu. 13. vers. 9.  
 Cod. iur. delib. onde tambem diz, ex eo lineam filij primogeniti mortui in  
 nepotem continuari, quia filius primogeniti nascendo se inclusit, filiumque  
 secundogenitum perpetuò exclusit, proindeq̄, durante linea primogeniti fi-  
 lii secundogenitū admittendum non esse. Ex quo clarissimè constat, eum, qui  
 nunquam se in iure primogenituræ inclusit, & alios exclusit, non posse huius  
 lineæ priuilegiò iuuari. E isto he o que disse Paulo de Castro cons. 164. nu.  
 4. & 5. Præposit. in c. 1. n. 14. de feudo March. Dec. cons. 397. n. 8. Tiraq. de  
 primog. q. 40. n. 70. Molin. de primog. lib. 3. c. 6. n. 30. & lib. 3. c. 7. nu. 2.

20208 Com este fundamento justifica Gratian. discept 456. nu. 13. &  
 14. a sentença, que o Papa Bonifacio deu em fauor de El Rey Roberto  
 sobre o Reyno de Sicilia contra El Rey de Vngria, de que he o texto in  
 Clem. pastor alis de re iud. quia, inquit, ibi, non tractabatur de successione  
 sui, nec patris, sed alterius remotioris, in qua filius nunquam assumit locum  
 patris. Bart. in Auth. post fratres Cod. de leg. hered. E tambem por o mes-  
 mo respeito a defende Fusar. cons. 41. nu. 136.

209 Eacrescenta Gratiano ubi proximè nu. 39. húa cousa muy no-  
 tauel, & que confirma o que fica dito de se hauer de respeitar sò ao grau  
 mais chegado. Quia, inquit, omnes Doctores, dum præsupponunt, quod ob  
 defectum lineæ fiat transitus ad altam, intelliguntur de lineæ, habito respe-  
 ctu ad proximioritatem primi acquirentis, ut notat Decian. cons. 21. nu. 7.  
 lib. 2. Andr. Gail. obseru. 154 nu. 3. lib. 2. Ruin. cons. 142. nu. 17. lib. 3. & cū  
 plurimis resolu. Mantica de coniect. lib. 8. tit. 12. nu. 39. vers. & si vna li-  
 nea sit extincta. Pelo que não tem lugar a consideração das tres linhas  
 das filhas do primeiro Conde: & sò se ha de ter respeito ao parente mais  
 chegado ao vltimo possuidor, conforme a Orden. lib. 4. tit. 100. §. 2. o q̄

se proua alem do que fica dito por hũa singular doutrina de Gaspar The sauro lib. 1. q. 35. n. 36. ad fin. *vers. sed mortuo Seniore ibi. Sed mortuo seniore bonorum possessore, transit maioratus recta via in alium seniore ibilius temporis; ita seruatum fuit, &c.* & allega muitos nos melmos termos.

210 E que nesta materia de introduzir linhas, & ficçõs *strictè sit procedendum*, disse Fusario *conf. 41. nu. 117. & infralatiùs*, & os Doutores, que fizerão consideração dellas, sò admitirão esta opinião nos filhos dô instituidor, Menoch. *conf. 926. nu. 12. P. Molin. disp. 626. nu. 12. vers. ex his profectò. Guilhermo de Monfer. de success. Regni Franc. super primo dubio nu. 8. vol. 13. tract. & nu. 34. vers. tamen ratione; & nestes falla Paulo de Castro d. *conf. 164. nu. 4. & 5.**

211 E porque este he o Achilles, & principal fundamento dos desta opinião, he necessario reparar mais no que disse este Doutor: Et primò, tratauase no d. conselho de hum contrato de doação feita por El Rey de Castella a Pedro Affan de Ribera, como se verifica no d. conselho nu. 2. onde se referem as palautas da doação, & nu. 5. & fundando se Paulo de Castro nos chamamentos dos filhos do donatario, & na illação das linhas, como parece n. 2. *vers. item filij*, poz a resolução n. 5. *ibi quousq; igitur aliquis extat de primo capite, & de radice primogeniti, non vocatur sequens caput secundogeniti; merito nepos ex primogenito, & etiam pronepos, & deinceps, tanquam de primo, & potiori capite excludunt secundogenitum, qui est de capite sequenti, & non veniet nepos iure transmissio, vel eo, a quo pater eius fuit exclusus, sed iure suo nunc purificatio per seductionem filij de medio, propter quod nepos, licet sit in secundo gradu, incipit tenere locum filij, & efficitur de primo.*

212 Esta doutrina he a mesma, que ate agora prouamos, constituindo a prerogativa da primogenitura na linha do primogenito, mas daqui não se segue, que se hajaõ de considerar linhas nas filhas do primeiro Conde de Penella, que nem foraõ primogenitas; nem tiueraõ em tempo algũ o primeiro grão de poderem succeder, que são os que principião, & podem formar linha.

E secundum benefandarã iurisprudentiam o que Paulo de Castro disse naq. esse conselho, he que assi como na linha do primogenito se incluem todos os descendentes della, assi o secundogenito entrando por sua vocação, faltando o primogenito, occupa a primogenitura para si, & seus descendentes, & da mesma maneira o terceiro filho, entrando por morte do segundo, faz linha para os seus, & deste modo explicação a Paulo de Castro *Pelaez 2. p. q. 7. n. 14.* & os mais, que o seguem; mas não diz  
que

que o segundogenito adquira direito de segundogenitura, quando nasce para si, & para os seus descendentes, nem achei Doutor, que tal disse, & era manifesta contradição, porque cada filho, & os filhos dos filhos, & todos os mais pretenderiaõ esta confusão, como vemos nos mesmos Oppoentes desta causa entre o Conde de Atouguia, & Condessa de Atalaya aos quais, sendo descendentes da mesma filha, quer excluir Tristaõ da Cunha de Arayde, & nos descendentes da outra filha entre Fernão Martinz Freire, & os mais, que se deriuão de Dona Maria da Sylua filha tambem do primeiro Conde de Penella, & desta maneira se entendeu na Vniuersidade o dito conselho de Paulo de Castro, vt. sup. n. 207.

213 E alem da confusão, que do contrario resultaria, todos os Doctores acima referidos dizem, que o primogenito em nascendo occupa o direito da primogenitura, com que include à si, & a seus descendentes, & exclue ao segúdo genito, & aos mais seus irmãos, vt aduertit *Molin. lib. 3. c. 6. n. 29* com muitos: logo impossivel era, que o segundogenito excluido da successão ao tempo, que nasceo, se incluísse nella, & a seus descendentes no mesmo tempo; *eset enim manifesta repugnantia, si quo tempore eset exclusus, eodem se includeret*, pello que se não pode admitir tal consideração *l. ubi repugnantia ff. reg. iur. nam exclusus, semper remanet exclusus Decian. lib. 4. conf. 16 n. 36*. E so se hade cõsiderar a intrancia do filho segundo, quando de todo vagar a linha do primogenito, & não achar o grao preoccupado. *Gratian. discept. 695. n. 8*.

214 E assi despois, que o segundogenito ou outro entraõ na successão, fica a sua linha com a prerogatiua de linha do possuidor, & se verifica, que nunca pode ter lugar esta consideração nas filhas do primeiro Conde de Penella, que nem tiueraõ grao de primogenitura, nem de possuidoras, nem tem vocação por serem mortas ao tempo, que se deferio a successão por morte do vltimo possuidor, no qual tẽpo estaõ chamados os viuos mais chegados, & não os mortos.

215 Vltimo tandem por darmos fim a esta duuida das linhas, em que me detiue tanto por ser o principal fundamento dos oppoentes, tratando esta questão. *Francisco de Sousa in l. femina p. 1. a n. 280 ff. reg. iur.* poz todos os fundamentos, que dalli tomaraõ os que nestes autos fazem por os desta opiniaõ. Porem no n. 293. diz assi.

*Verum licet ex dictis hac tertia linea resolutio non sit omnino improbabilis, probabilius tamen est, & securius esse existimo eius rationem habendam non esse in successione maioratus, quantum ad excludendum reliquos gradu, sexu, et aetate, præcedentes.*

Poem para isto muitos fundamentos, que por serem quasi os q̄  
 termos referidos, não repito, & ahi se podem ver, & falla dos descendentes  
 de aquelle, que teue primeiro lugar na successão, se entãõ vagara, vt  
 n. 292. pello que com maior razaõ se deve praticar nos descendentes das  
 filhas do primeiro Conde, que não tiueraõ direito algum considerauel.  
*Aponta Sousa n. 294. & seq.* quatro casos, em que se pode praticar a con-  
 sideraçãõ das linhas, & não he nenhum de qualidade, que se possa appli-  
 car ao caso presente, & ideo eos omitto.

216 Nem ha que fazer caso do que por parte do oppoente Tiistaõ  
 da Cunha se allega em fauor da opiniaõ contraria em suas razoes n. 109  
 onde allegaraõ o *Conselho de Paulo de Castro*, que se deve entender na for-  
 ma referida, cita tambem a *Molina lib. 3. c. 6. n. 31.* o qual falla nos meismos  
 termos em fauor da linha primogenita, & que em quanto houuer algũ  
 da d. linha, não pode entrar o filho segundo, & nessa conformidade o  
 exemplificaõ os seus addicionadores, & fallaõ os Doutores, que Moli-  
 na allega, quos sup. citauimus.

217 Allegaraõ tambem a *Cou. pract. c. 38, n. 12.* & certe não podia-  
 mos allegar melhor testemunho em fauor da resoluçãõ, que defende-  
 mos; porque o que diz Couas, he *nec vnquam secundogenitus admitta-  
 tur, donec linea primogeniti quam pr adilexit, defecerit, & infra ibi. Etiam  
 si post primogenitum, vocetur secundogenitus, erit obseruanda huius legis  
 regia decisio, nam secundogenitus censetur vocatus post primogenitum, &  
 eius liberos, vel primogenito mortuo absq̄ liberis.*

218 Allegaõ tambem n. 111. a *ord. lib. 4. tit. 100. in prin;* & dizem  
 n. 114: que sendo a ordenaçãõ expressa, não necessitaõ de mais questões  
 Porem a ordenaçãõ falla por estas palauras, *posto que o filho mais velho  
 morra em vida de seu pay, ou do possuidor do morgado;* & he tiralla do seu  
 caso querela applicar às filhas, que não são primogenitas, nem morre-  
 raõ em vida de seu pay, nem do vltimo possuidor. E respondem n. 113.  
 à *ord. lib. 4. tit. 100. §. 2.* que procede no caso em que se não respeita as  
 linhas, como he no caso, que succedem transuersaes respeito do institui-  
 dor, & do vltimo possuidor: allegaõ para isto a *Gabr. Pereira dec. 59 n.  
 7. & n. 15.* allegaõ a *Sousa in l. femina,* o qual fica mostrada segue a con-  
 traria, & *Valencuela cons. 69. n. 19.* o qual falla no filho primogenito do  
 instituidor ibi *Clarum est, quod solum dictus Comestabilis est primogenitus  
 qui illico cum fuit ortus, primum caput effecit includẽdo se in successione, &  
 excludendo dielum D. Innicum, & quemlibet eius minorem fratrem,* & assi  
 não he este o nosso caso,

219 E quanto à decisão do Doutor Gabriel Pereira, como se ve na mesma decisão no principio, he o caso da successam da Capitania de Tamaraçã, no qual se deo sentença, de que anda certidam nestes autos ex fol. 547. vers. & seq. onde se não fez caso de linhas, nem de ficções, & alli odiz o mesmo author no fim da mesma decisão nomeando todos os mais juizes, que são de grande authoridade *ibi sententiam protulerunt in fauorem Comitis de Monsanto, quia senior in pari gradu erat, exclusa linearum consideratione, & belli in acie occubitu*, & diz que foy juiz nos em bargos à chancellaria em lugar do Doctor Fernão Dayres de Almeida, & os nam recebeo.

220 E posto que isto bastaua para resposta da d. decisão allegada contra o que nella se decidio, ainda alli não he justo, que fiquem em pé os motiuos; com q̃ se quiz agradar a parte vencida, & primô n. 5. in fin. in d. decis. se daua por razam *ibi ratio est, quia habet ius de presenti per occupationem linea tenens caput ipsius, quod ius sic formatum succedendi ad suos descendentes transmittit*, no caso presete não se pode applicar esta razão, pois nunca as filhas do Conde occuparão o primeiro grao.

221 E o que se diz n. 7. *in d. decis. quare non infeliciter dici potest, quod nostra lex regia videtur amplexa sententiam Pauli, &c.* alem de se querer mostrar delicias ingenij, & não por resolução certa, o mesmo Pereira diz d. n. 7. *ibi quod omnes filij primi institutoris suam lineam constiterunt inter se*. O que não se pode applicar as filhas do primeiro Conde de Penella, que nam são filhas do instituidor. E referindo o Doutor Gabriel Pereira a Ordenação aos termos do conselho de Paulo de Castro se ha de entender nos mesmos, termos, & o mais certo he, que a Ordenação se quiz conformar com a *Ley 40. de Toro. Flores ad Gam. decis. 59.* E tão pouco se firmou nesta resolução, que no mesmo num. vers. *vel dici potest.* resolve, que admite os mais chegados; quando a representação não tem lugar, & entam na consideração da proximidade do grao admitio n. 7. in fin. o mais chegado na mesma linha; & ja acima prouamos, que na linha do primeiro Conde de Penella era o A. o mais chegado, & poem Pereira as mesmas palauras, que referimos n. 197. in fin, & n. 203. *ex addent. ad Mol. lib, 3. c. 4. n. 14. et Cabreris de metu c. 9. n. 12.*

222 E acrescenta n. 8. o mesmo Doutor. *Gabr. Per. d. decis. 59. unde patet non ciuiliter dici, quod admissa linearum confectio, cessabit representatio, quia aperte decipiuntur, qui hoc putant, nam admissis lineis, fouetur representatio, & na informação de direito, que se imprimio em fauor*

de Ruy de Moura Telles num. 180. se disse, que a Orden. lib 4. titul. 100. no principio, no calo, em q̄ admittio a representaçãõ, *nõ nisi in qualitate melioris lineæ nititur*. E por assi ser o auogado do oppoete se passou a tratar do representaçãõ no artigo nono fudãdo a n. 123. na prelação da linha; cuja materia tornou à inuolucr com a representaçãõ, n. 139. E porque odi to contra esta imaginaçãõ das linhas, tambẽ encõtra a representaçãõ, & da mesma maneira as causas, com que excluirmos a representaçãõ, destruc ma a consideraçãõ das linhas, tratemos ja de excluir o outro meo, cõ q̄ os oppoentes se querem incluir, que he o da representaçãõ.

223 Et primõ nos morgados instituidos por contrato não se admite representaçãõ, como bem se considerou no razoado do Conde de São Ioã ex fol. 291. n. 171. & nos instituidos em testamento por transuersaes, como he o de Dona Leonor de Menses, o auogado de Tristão da Cunha reconhece o mesmo n. 113. nos termos da *Ord. lib. 4. tit. 100. in fin. principij*. Do que resulta, que sendo o morgado, que instituhio o Bispo Dom Ioã Martinz, instituido por contrato, alem de ser o primeiro instituido, ou estranho ou spurio, vt sup. & bem assi o que instituhio o Bispo Dom Ioã Affonso, & o que instituyõ Estuãõ Rodriguez de Valeconcellos em seu irmão Mem Rodriguez, & o que se instituhio em Sancha Annes, não pode ter nelles lugar a representaçãõ, que sò se induzio nas successões ab intestado, como se prouou por parte do Conde da Caltanheira em suas razões fol. 1243. n. 73. & 74. & nas do Conde de São Ioã n. 189. & sem repetirmos o que por elles se allegou, prouare esta conclusãõ, & as mais, que excluẽ à representaçãõ na successão dos morgados, sobre que litigamos, ajustando me com as clausulas das instituições, & responderei à tudo o que se allegou em contrario.

224 A razão fundamental de se não admittir representaçãõ nos morgados instituidos por contrato, he porque nos contratos se não impropriaõ as palautas, & se recebem todas in potiori significatu, & admittir o neto em lugar do filho, & o sobrinho em lugar do irmão he extensãõ reprovada in l. ex ea §. insulam, & in l. quidquid adstringende ff. Verbor. oblig. & por isso ensinou Bart. in l. liberorum ff. Verb. sign; quod in contractibus appellatione filiorum non veniunt nepotes, sequitur Petr. de Anbarrano in Clem. 1. de baptismo. Ant. de Butr. in Cap. quibusdam de penis: alios refert, & sequitur Alex. cons. 204. n. 8. lib. 2. & ibi n. 9. quod sic similiter masculinum non concipit femininum. E que nos contratos filius non habeatur loco patris post Ioan. Corras. in l. Vl. n. 19. vers. in tex. Cod. impuber. tenet Menoch. cons. 215. n. 154, & cons. 269. n. 20. & nullus est,

est, qui dicat, quod appellatione fratris mei, contineatur filius fratris mei, dixit Alex. d. cons. 204. n. 12. Vers. non ita lib. 2. Em termos resoluçõe *Surd.* cons. 403. n. 55. elegant *Rosental. de feudis. c. 7. concl. 56. n. 28;* & o disse *Robles*, que o tratou ex professo de represent. lib. 3. c. 12. n. 8. *U* quod appellatione filiorum non *Oniant. nepotes in contractibus tenet Fusar. q. 321. n. 102.* *U* ego habui de facto, *U* obtinui em 2. de Agosto de 613. em hũa causa de Felix Vaz de Serpa escriuaõ Sebastiaõ Paes de Matos, juizes os Doutores Dinis de Mello de Castro, Alvaro Velho, & Manoel Coutinho.

225 Nas clausulas das instituçoẽs estaõ chamados os filhos mais velhos, & os parêtes mais chegados ao tempo da morte, consta das clausulas referidas n. 10. & n. 14. & n. 15. & 16. & no morgado do Bispo Dom Ioão Affonso de Brito n. 13. & conforme a direito, quando he chamado o que ficar viuo ao tempo da morte, nam tem lugar a representaçãm.

226 Esta resoluçãõ poẽ *Pereira de Castro dec. 116. n. 3. Vers. in 2. casu* o mesmo diz *Gasp. Ant. Thesau. lib. 1. forens q. 35. n. 38. optime Couar. pra. c. 38. n. 12. Vers. illud. ibi cum post obitum testatoris, ille vocatus fuerit, qui sit superstes. ex Iurisconsulto in l. sed si plures in princip. U in l. qui plures in princip. U in l. qui plures, U ibi gl. ff. Vulg. allega multos, inter quos etiam Valasc. de emph. q. 50. n. 14. 16. U 40.* Esta resoluçãõ firma *Robles de represent. lib. 3. c. 9. n. 1.* dando por razaõ, que estando so chamados os viuos ao tempo da morte, naõ estaõ chamados os que querẽ entrar em lugar dos mortos, que saõ os que querem entrar por via de representaçãõ. O mesmo considerou *Mantic. lib. 8. de coniect. tit. 9. n. 5.* & muitos, que refere *Molin. lib. 3. de primog. c. 8. nu. 20.* & outros muitos refere *Robles d. n. 1. c. 9. U ideõ nõ transcribo.* Alẽ dos quaes *Cald. receptar. q. 19. n. 16. in Vers. quinto loco, U cõs. 15. n. 20. Gam. decis. 307. incipit Catharina n. 3. ad med latẽ Iacob. Cancer. 3. var. c. 21. n. 312. U secundum istam resolutionem iudicauit Rota diuersor. 3. p. decis. 911. Peguera decis. 116. vol. 1. U Ut omnes vna allegatione comprehendam Fusar. de substit. q. 387. n. 51. Vers. limitatur 8. U q. 485. ex nu. 60. U cons. 39. n. 27. U seqq.* onde tras os conselhos, que derãõ muitos Iurisconsultos sobre o mesmo caso. *Latissimẽ etiam Addentes ad Mol. lib. 3. c. 8. n. 20.* onde allegãõ, à *Milan. decis. 8. n. 52.* o qual pondera a palaura (*qui supererit*) diz, que esta opiniãõ he commum, & mais verdadeira.

227 *Et quia ingenuum est fateri per quos profecimus*, o mesmo ensinou o Doutor Antonio da Cunha explicando à *ord. lib. 4. tit. 100. infra. principij sub lege unum ex familia ff. leg. 2. n. 73.* onde apostillou por as pallauras seguintes ibi,

Verū hæc Ordinatio indistincte constituit, quod in omnibus admittatur representatio ad exemplum legis Castellæ s. tit. 7. lib. 5. recop. & ita cessant innumeræ quæstiones, non tamen illæ, quæ pendunt ex voluntate instituentis, utrum scilicet voluerit an hoc vel illo modo succedatur, ut patet. ex d. Ord. in §. 3. & extrahitur per Mol. lib. 1. c. 2. n. 27. Cabed. decis. 121. n. 2. Iuxta quàm resolutionem non debet Ordinatio procedere, quādo in institutione maioratus vocatur filius maior, qui superstes fuerit tempore mortis, ut in maioratibus regie Coronæ disponit. ord. lib. 2. tit. 35 §. 1. quia in hoc casu apud omnes in confesso est cessare representationem ex coniectura certissima voluntatis, de qua Costa de succes. regni pag. 93. Valasc. d. q. 50. n. 16. cum seq. Item cessare, quando filij, & nepotes vocantur discretive, quasi tunc volit institutor nepotes ex persona filiorum, sed ex propria persona succedere, de qua re late citati per Valasc. ubi sup. n. 39.

228 Com isto demos por assentada esta resolução. E quanto à outra limitação, q̄ os Doutores daõ à representação; por o chamamento dos mais chegados; prouase, porque quando o instituidor chamou o mais chegado, se entende do que he mais chegado conforme a direito civil l. 1. Cod. unde vir, & uxor. l. 1. Cod. impon. lucrat. descript. lib. 10 pellos quais textos disserão Bald. cons. 334. vol. 1. & Anchar. cons. 94; que aquella p. laura, propinquioribus, se entende do mais chegado, ita ut remotior nullo modo admittatur, etiam per representationem.

229 E a razão disto he, porque quando chamou o mais chegado, se deve entender do que foi tal ao tempo da morte §. proximus cum similibus Inst. leg. agn. success. & sup. diximus: & os instituidores alli o exprimirão; & tendo aquelle chamamento relação ao tempo da morte, não se entende chamado, senão aquelle, que foi mais chegado ao tempo, q̄ se refere a successão argum. tex. in l. ex facto §. pen. in prin. ff. ad Trebel. por o qual texto disse Bald. in l. 2. Cod. iur. emph. col. 1. ad fin. vers. item an valeat nu. 5. quòd emphyteusis accepta cum pacto, quod non transeat, nisi ad primogenitum, debet intelligi de eo, qui tempore mortis reperitur primogenitus, quem sequitur Alex. d. l. ex facto §. pen. n. 3. Soc. in in l. si cognatis n. 5. ff. reb. dub. vers. ex quo infero, & ibidem Sadoletus. col. 1. vers. & potest induci Andr. de Isernia cap. 1. §. hoc quoq̄ n. 8. de succes. feud. & in cap. 1. §. is vero n. 5. de gradib. idem in cap. 1. n. 15. de nat. succes. feud. Acosta in quæstione patruj, & nepot. pag. 13.

230 Tratando ex professo esta materia Ribles de Salzedo lib. 3. de repre



represent. c. 11. resolve o mesmo, & n. 12. p. é as palauras seguintes?

*Quia expressio illa proximorum omnem excludit fictionem, & consequenter representationem, quae nihil, nisi fictio est cum in fideicommissorum verbis interpretandis veritatem, non fictionem attendi oporteat l. fideicommissum 76. ff. cond. & dem. l. Stadius Florus 45. §. Cornelio Felici ff. de iure fisci.*

*Allegat Robles quamplurimos, inter quos Gam. decis. 307. n. 6. Ant.*

*Theaur. decis. 65. per totam. E responde 20. Doutores, & argumentos, q̄ se trazêem contrário, tendo por certa, & verdadeira esta resolução.*

231 Tem as instituições outra clausula, que exclue a representação porque faz os chamamentos de grao em grao, vt d. fol. 116. vers. *ibi, haue-lo ha sempre o primeiro filho varão lidimo, & neto, & bisneto, como for mais chegado sempre.* Na outra instituição fol. 287. *E assi vão estes bens pella geração sempre em morgado em tal maneira que sempre fique ao mayor filho, ou filha, &c.* E na outra instituição in app. fol. 347. vers. *confirmada por El Rey D. Dinis, ibi. E guardar se ha assi para todo sempre em filhos, & em netos, & bisnetos, como de susodito he;* E na asserta instituição do anno de 342. fol. 165. *ibi, para assi irem de grao em grao para sempre.* E na instituição de Dona Leonor de Meneles, fol. 217. *ibi. Corra por sua direita linha, &c.* E na instituição do Bispo Dom João Affonso, fol. 599. vers. *ibi. E depois de sa morte o seu filho barão mayor, &c. & depois da morte do d. seu filho, o seu neto mayor, &c. & desbi o bisneto, & assi desbi em diante por a linha direita, &c.*

232 E este chamamento de grao em grao exclue a representação, como disse. E antes de comprovar esta resolução, se jame licito em continuação das ditas clausulas supra proximè referidas, aduertir, que a dicção, *sempre, & para sempre,* de que usarão os instituidores, he o mesmo que se disserão, *omni casu, & omni tempore,* como com muitos prova *Fusar. q. 378. n. 36. & assi não se pode excluir nenhum caso, ainda q̄ seja por via de ficção, ou representação.*

233 E tornando aos chamamentos graduados, he, certo, que a ley, ou instituição, que prefere o grao, exclue a representação. assi o resolve *Rosental. de feudis c. 7. concl. 56. n. 14. & 26. pag. 413, ibi, si testator, aut disponens aliquibus verbis in dispositione usus sit, quae significant illum, gradus proximitatem considerasse, vt si vocauerit agnatos proximiores, & infra ibi, vel agnatos, cognatos, aut collaterales, salua gradus prerogatiua, allega à Paulo de Castro in Auth. defuncto n. 3. Cod. ad Tertyl. & a Decio cons. 1. n. 8. & 10. & cons. 408. n. 12, & a muitos outros, & resolve Rosental.*

*ibidem* n. 27. que tem isto lugar etiam quoad personas inter quas ius representationis viget. O mesmo diz da clausula, *Salua gradus prerogatiua*, Robles lib. 3. c. 11. n. 141. & que importa o mesmo, q̄ se dissera, succedão os mais chegados *cum Martha de clausulis* 3. p. clausul. 74. n. 3. & responde Robles n. 21. & 23. ao *tex. in l. ult. Cod. verb. sign. com o texto in l. cum ita* § *in fideicomisso ff. leg. 2. ibi, ex his primo gradu procreati sunt.* onde a palavra (procreati sunt) denota mais chegado por natureza, & não por representação. O mesmo resolve Couas. *pract. c. 38. nu. 4. vers. quarto*, Pancirol. *conf. 170. n. 16.* Alvaro Vaz d. 9. 50. n. 37. & Molin. lib. 3. c. 8. n. 16. & *in terminis tradit Gratian. c. 487. n. 2. & 9.*

234 Esta resolução segue Robles lib. 3. c. 6. n. 3. & n. 5. ainda q̄ o allegão por a opinião contraria; porque Robles *ensina n. 3.* q̄ cada hũ dos primeiros chamados constitue sua linha; & durando a melhor linha não admite preferencia de grao, & por isso diz n. 4. que a clausula *salua gradus prerogatiua*, não prejudica à melhor linha: & logo n. 5. diz as palavras seguintes, *ibi.*

*Sententia ista limitanda est, ut procedat, quando qui vult representationem impedire, est de altera linea diuersa ab illa, in qua est, qui vult patris personam representare, non tamen procedit inter eos, qui in eadem linea constituti sunt, inter quos gradus prerogatiua pra oculis habetur.*

Molin. lib. 3. c. 8. n. 17. Gutier. q. 68. n. 49. *Castilb. lib. 3. c. 19. n. 318. vers. sic intelligi sano modo debet.* O mesmo ensinou Robles lib. 3. c. 11. nu. 36. *ibi.* Nam inter constitutos in eadem linea, clausula (proximiores) in maioribus facit cessare representationem.

235 Estes são os Doutores, em que ex aduerso mais estribarão; & se vê, que entendidos na forma, em que se deuem entender, não impedem a prerogatiua do grao, nos que descendem da mesma linha, como aqui todos os litigantes descendem do primeiro Conde de Penella.

236 E que baste hauer se chamado os mais chegados para se hauer por posta a clausula (*Salua gradus prerogatiua*) & se excluir a representação, resolve Decian. lib. 1. conf. 1. n. 373. & tradunt Paul. & Corn. in *Aurh. defuncto Cod. ad Tertyl. Paris. conf. 9. n. 25. vol. 2.* & o mesmo he, quando *vocantur plures per nomen collectiuum diuersarum personarum in diuersis gradibus existentium, quod censeantur ordine successiuo vocati latè tradit Decian. conf. 47. nu. 67. vol. 1.* Hieron. Gabr. conf. 86. nu. 3. Menoch. lib. 4. *presump. 95. nu. 30.*

237 E para que de todo dessterremos em todos os litigantes nesta causa

causa a opinião da representação, he cousa infalliucl, que respeito dos morgados instituidos por o Bispo Dom Ioão Mattinz, todos são descendentes de seu filho Valque Annes, & dos outros, que forão filhos ípurijs do d. instituidor, como fica prouado sup. n. 67. & he cousa certa, q̄ senão admittre representação em fauor dos illegitimos, nem dos q̄ delles descendem. *Robles de represent. lib. 2. c. 11. n. 27. & n. 29. ibi, quia solum suis conceditur: & que aos netos procreados ex filia, ex damnato coitu, resolve Robles, o mesmo lib. 2. c. 14 per tot. E nos descendentes por parte da mãy, dà representação, etiam vulgo quasitus lib. 2. c. 13. à n. 9.*

238 A razão disto he, porque quanto aos effectos de direito, & disposição das leys, sò se chamão filhos aquelles, quos *iusta nuptie demonstrant. l. filium eum diffinimus ff. de his, qui sunt sui. l. quia ff. in ius vocand. §. Vulgo quasitos inst. succes. cognat.* assi tambem não se chama descendente, se não aquelle, que descende de filho legitimo, *quia illegitimi nulla datur legitima consequentia, neq; dicuntur, nepotes pronepotes, seu descendentes; qui ex filio illegitimo originem ducunt, como proua o texto in l. vlt. Cod. natural. liber. ibi cum nulla legitima consequentia in huiusmodi personis custoditur, sed interuentu sobolis naturalis, nullum ius legitimum subesse potest; E in fine eiusdem legis ibi & hac non solum eis accidere censemus à substantia aui paterni naturalis sed etiam proauis, vel eius cognationis. si quis saltem huiusmodi vocabulum in tam degeneres homines extendere maluerit. diximus sup. n. 97. & n. 114. & seq. & 119.*

239 E da mesma maneira, *parentis appellatione*, nam so se cõprehẽde o pay, *sed etiam auus; & proauis, ac deinceps omnes superiores continetur l. appellatione parentis 51. ff. verb. sign. & constat ex l. 1. & 3. ff. de gradib. explicat Alc. in d. l. appellatione parentis ff. verb. sign. à quo transcripsit Ioan. Caluin, in lexicon iuris verb. parentis appellatione, pello que não se estende aos, que descendem de illegitimo quoad effectus iuris: o que so se concede aos filhos, que o direito reconhece por taes.*

240 Tras *Æneio Roberto lib. 3. rerum iudicatarum. c. 15.* hum exemplo natural para este intento, & exclusão da representação diz elle.

*Quæadmodum enim arbor fit vicini, si in vicini fundum radices agat; at q̄ ista ratione ex radicibus arboris, ius, ac proprietatẽ eius estimamus, neq; aliam radicem, quam ipsiusmet arboris rationem habemus, ita etiam in succedendi iure, radicem ipsam, & originem considerari æquum est, vt iusta, & legitima quadam subrogatione filius locum patris, qui posteritatis radix est, & origo, subintret.*

Do que resulta o que se costuma dizer, que os q̄ procedẽ de raiz

infecta, se regulão por a raiz, de q̄ procedem, o que so se limita, quando o filho do excluido esta chamado Decian. Vol. 2. cons. 54. n. 36. Pelaez de maioratu p. 2. q. 6. n. 101. E a razão disto he, quia non consideramus id, quod est, sed id, propter quod est l. sed & si nõ sint §. peruenimus ff. aur. & arg. leg.

241 E por estes principios he commum, & recebida opiniam, que na disposição da ley, que faz menção de filhos, ou descendentes, se comprehendem somente os legitimos, & os descendentes de legitimos l. cum legitimis. l. lex natura. ff. statu. hom. Tiraq. de retrac. lib. 1. §. 1. gl. 8. n. 5. in fin. Imola in l. ex facto §. si quis rogatus ex n. 7 & ibi latõ Alex. ex n. 25. & n. 30. cosq̄. ad fin. ff. ad Trebel. Rebus. d. l. appellatiõne parentis vers. 12.

242 Pello q̄, como a representaçõ seja disposiçãõ do direito civil in d. Auth. de bered. ab intest. Ven; & na Auth. post. fratres Cod. suis, & legic. & da Ord. lib. 4. tit. 100. feita em fauor dos filhos, & quãto aos effeitos de direito os illegitimis, e seus descendentes senão comprehendãõ appellatiõne filiorum, porque como acima dissemos n. 120. o spurio não he filho neq; de genere, neq; de familia, neq; domo parentum, & todos os que litigãõ sejaõ descendentes de Vasque Annes, & dos outros filhos do instituidor, que todos eraõ spurios, como fica mostrado, bem se segue, que o dito beneficio da representaçãõ se não pode estender aos que não são descendentes de filhos legitimis.

248 E se se differ, que o d. Vasque Annes primeiro chamado, & os instituidos nos outros morgados, que o Bispo Dom Ioaõ Martins vinculou, não eraõ filhos, segue se, que eraõ estranhos [ & por taes se reputãõ todos aquelles, que não são herdeiros necessarios Robles lib. 2. c. 11. n. 29. ] & assi correrãõ estes morgados com todos os mais, os quaes, como mostrei no principio, são todos instituidos por transuerlaes, & nos desta qualidade concorrendo para a successãõ tranuerlais, tambem em respeito do ultimo possuidor, he indubitavel, que se nam estende a representaçãõ ultra fratres, fratrumq; filios, & isto approuou a Ord. lib. 4. tit. 100. in fin. principij ibi guardarse ha o disposto por direito commum.

244 E nos termos de direito commum são textos expressos in d. Auth. post. fratres. Auth. Cessante Cod. leg. bered. & in auth. de hered. ab intest. venient. vers. si vero col. 9. ibi.

*Si vero neq; fratres, neq; filios, fratrum sicut diximus, defunctus reliquerit, cognati deinceps, secundum gradus prerogatiuam admittantur, & infra, ibi, si autem plurimi eiusdem gradus inueniantur, in capita succedant.*

Nem se diga, que isto he querer defender a successam in capita contra a opinião de *Accursio* *verb. in stirpes* *Cod. leg. hered;* porque essa opinião procede *inter patruels*, *nullo concurrente patruo*, que he concorrendo primos com irmão, sem concorrer tio, & nestes termos he aquella duuida tão renhida, que ha leis, & costumes contrarios em muitos Reynos, mas aqui não estamos nestes termos, porque os que concorreram sam filhos de irmãos do ultimo possuidor, & estaõ em setimo, & outauo grau; & o mais, a que se extenderam os Doutores, foi à dar representação ao auunculo, ou à Matertera, que saõ os patruos magnos irmãos do auo *Bald. cons. 171. lib. 5. Alex. cons. 44 col. fin. vers. nec obstat lib. 5. Aym. cõs. 67. n. 5. relati in decis. Bonon. 57. n. 4. pag. 319. & tradit etiã Robles lib. 2. c. 20. n. 5. & lib. 2. c. 18. n. 11; onde a extêdeo ao terceiro grau, & lib. 2. c. 24. n. 1.* Porem nos termos desta successão ninguem teue tal pensamento, & sò no arrimo das linhas, se não foraõ tão pouço firmes se podera sustentar, mas era necessario, que fossem descendentes legitimos, & descendessem de diuersos troncos, o que aqui não he. *Mol. lib. 3. d. c. 6. n. 31. Oliueiros de gradib. q. 9. n. 16.*

245 E ainda nos termos da questãõ in capita, ou in stirpes, deixando as duuidas dos antigos, não achei ategora conueniente resposta ao texto, que parece expresso *in l. post consanguineos 2. §. hereditas ff suis. & legitimis, ibi.*

*Vtputa, si duos fratres habui, vnus ex his vnum filium, alius duos, reliquit, hereditas mea in tres partes diuidetur.*

E conforme à este texto à herança inter patruels se diuide in capita, porque se se diuidira in stirpes, tanto leuara o filho vnico de hum irmão, como os dous filhos do outro. *Sed de hoc non est questio.*

246 E rematando a exclusiua da representação naquestãõ entre trãscruelas, não tem lugar *Ultra filios fratrum d. Auth. de hered. ab intest. ven. vers. huiusmodi autem, ibi, nulli alij omninò personæ ex hoc ordine hoc ius largimur.* E he opinião de *Accurs. gl. 1. in d. Auth. post fratres recibida commummente ex Couas in epitome de succes. n. 5. vers. 3. est notandum, dà a razão Valentiñ. Forstero de succes. ab intest. cap. de casibus, in quibus ius representationis locũ nõ habet. cas. 7. pag. 96. cõmunem etiam dicit Ant. Gabr. lib. 4. com. tit. de succes. ab intest. cõcl. 1. n. 13 & 15 Paul. Christin. in legib. Melchines. lib. 16. art. 9. n. 5. pag. 746. eleganter Bald. in Auth. cessante Cod de leg. hered. n. 3. ibi, & nota per istam autbenticam, quod ulteriores post fratres, & filios eorum, succedunt per se, & idè non consideratur persona eius, à quo descendunt. E affli en sina claramente, que onde senão da re-*

representação, *attendimus tantum ad personas contententium.*

247 E porque ainda hauemos de responder ao que se considerou a favor do Oppoente sobre estes particulares, passemos da representação ao direito da transmissão, que também quizerão considerar em seu favor; & sendo couisa certa, que mais facilmente se concede representação, que transmissão. *Robles de represent. lib. 2. c. 18. n. 3. & lib. 3. c. 7. n. 32. & 33.* claro fica, q̄ não tendo lugar a representação, menos o poder a transmissão.

248 O principal fundamento do auogado do Oppoente Tristão da Cunha para induzir o direito de transmissão no caso presente em o artigo decimo de suas razões nu. 143. & seqq. he dizer, que se dá transmissão nos morgados, principalmente nos instituidos em contrato, para isto allega n. 144. o §. *ex conditionali Inst. de verbor. o. §. cum quis Inst. de inuti lib. & n. 145. o tex in l. quoties Cod de donat. quæ sub modo*, & algũs Doutores, a que responderei em seu lugar.

249 Nesta duuida he necessario separar as couisas certas das incertas, porque tanto se erra negando tudo, como admitindo o que se não deve admitir. E certo he, que o direito condicional adquirido por contrato se transmite mas tambem he certo, que ainda que proceda de contrato, he necessario, que esteja radicado na pessoa de quem se diz, que se acquire a transmissão, & assi era preciso provar, que Dona Britis da Sylua teue direito formado em sua pessoa, que podesse transmitir a seus descendentes; & isto parece, que reconhece o mesmo auogado d. n. 144. in fin. em quanto diz, que a cabeça da linha transmitio aquella esperança no oppoente Tristão da Cunha seu descendente, mas não pode provar q̄ fosse cabeça, a q̄ foi preferida por seu irmão, & por muitos outros successores despois d'elle.

250 Isto se proua claramente, porque o direito de primogenitura não se deve deduzir da possibilidade de luceder, est enim possibilitas res ampla, & quæ pluribus simul cõuenire potest, & he necessario, que proceda de causa de presente, certa, inuariauel, & ja produzida em ser, como se proua do *tex. in l. 2. ff. injust. rupt. por o qual texto disse Bart. in l. is potest n. 9. ff. acquir hered. quod posse succedere non transmititur*, quando non est aliquod ius de presenti, nec probabilis causa sperandi successionem. O mesmo ensinou Bartolo in l. post emancipationem §. illud n. 1. cum seq. ff. liberat. legata. ibi.

*Nota, quod non debet haberi estimatio illius spei, quod quis potest alteri succedere, & licet appelletur spes, vt l. fin in prin. Cod. de pactis,*

17  
pactis, tamen non est legitima, ratio est, quia nullum ius est fundatum in me.

O meſmo Bartolo, in l. qui Rom. §. duo fratres n. 19 ff. verb. oblig. onde falla em contrato. Lucas de Pena in l. 1. col. 8. vers. ad secundum, & col. 10. vers. ad Undecimum Cod. privileg. eorum, qui in sac. palat. milit. lib. 12.

251 Por tanto esta consideração da esperança de poder succeder ſo he consideraueſ para ſe poder fazer caſo della, quando ſe funda em diſcuto de preſente, he texto, & ahi o enſina a gl. verb. vixerit in l. tunc inutile ff. pecul. leg. E por iſſo diſſe Ias. cõſ. 39. in fin lib. 3. quod ſi aliquis eſt iuuenis, & vxoratus, ex quo probabiliter ſperari poſſit, quod habebit filios quod non eſt ſpes confiderabilis, qua oritur ex eius fidei, commiſſo.

252 E faz em confirmação de ſobredito o tex in l. huius, modi in prin ff. quand. dies leg. ced. por argumento do qual texto diz a gl. in l. 32. tit. 9 part. 6. verbo non valdrà col. 12. in prin. vers. item ſi defunctus; plurimum differre, quod quis habeat ius certum; quod nec vitari, nec variari poſſit; quia tunc ſi filius pramoriatur, habebit locum transmiſſio, & repræſentatio, ſecus ſi ius non ſit certum, & immutabile in vita prædefuncti. O meſmo diſſe idem Greg. Lop, & ainda mais claramente in l. 3. tit. 13. p. 6. verbo. mugeres col. 6. ad med. vers. lex etiam Taurina, quod ſcilicet ad hoc, vt nepos ex primogenito poſſit ſuccedere iure repræſentationis, requiritur neceſſario, quod eius pater prædefunctus, dum vixit, habuerit ius ad ſuccedendum, aliàs ceſſat repræſentatio; o que ſe pode verificar em muitos caſos, ſemoto iure primogeniti.

253 O que tem mais lugar nos termos deſta cauſa, porque nenhũ dos pretendentes deſcende de algum primogenito por linha da primogenitura, que he o que chamamos, linea recta, nem deſcende do ultimo poſſuidor, & não deve ſer admitido por privilegio de repræſentação, ou transmiſſão, aquelle, cujo pay-nũca foi primogenito, cõmo reſolue Mol. lib. 3. c. 7. elegantemente Velasq. de Auendaño ad l. 40. Tau. gl. 7. Caſtilb. lib. 3. c. 19. n. 172. & diz, Auend. vbi proximè n. 2. & 3. in hæc verba.

Neceſſarium eſt ad patrem defunctum pertinuiſſe ius ſuccedendi, vt ipſum ad filios, ſeu alios deſcendentes transmittat, & in eis certa potentia ſuccedendi repræſentetur; aliàs nullam dari repræſentationem, neq; iuris transmiſſionẽ, nam (vt inquit ſingulariter Bald in l. cum antiquioribus n. 13. vers. ergo quia primogenitus Cod. iur. delib.) ideo linea primogeniti mortui continuatur in filium, quia naſcendo primogenitus ſe incluſit, & ſecundogenitum excluſit, ex

V

quo

quò constat eum, qui nunquam se inclusit, nõ posse alium excludere  
& eius linea privilegio iuari.

254 E por illo resolue Auendaño vbi proxime n. 7. requiri præcise, quod ius fuerit firmiter quaesitum de presenti, certum, & inuariabile, neq; sufficere, si quereretur in spe, aut possibilitate, cum tpe remota illius, quem plures alij præcedebant in primogenitura continuari, neq; transmitti valeat, neq; possit, tanquam vaga representari; para o que allega a d. l. 2. ff. in-just. rup. E acrescenta muitos outros fundamentos, & doutrinas, & finalmente resolue a questão com estas palauras.

*Ex quo inferitur ad dubitationem, quam infra latius examinabimus in gl. 14. v. scilicet representatio non extendatur ultra fratres & filios fratrum, cum in reliquis tranuersalibus non detur spes certa, neq; firma succedendi, sed variabilis, & vaga.*

Como logo o direito de Dona Britiz da Sylua, em qõ Oppoete pretende entrar por via de transmissãõ, fosse precedido de tantos, & tão incerto, e estiuesse em silêcio perto de duzêtos annos, ou mais, bẽ se colhe a pouca firmeza desta transmissãõ, ou representaçãõ.

256 Respondêdo a esta mesma duuida o Doutor Marta de succes. le gal. p. 3. q. 1. art. 2. n. 68. pag. 823. diz assi.

*Ad quartam, quòd transmittatur potentia succedendi cum exclusione aliorum, qui excludebantur à capite linea, respondetur, hoc esse verum, dummodò illa qualitas incepisset in capite linea, & adsit propter quam privilegium concessum fuit in descendente, ita declarat Tiraq. d. q. 40. n. 55. sed quando linea nõ incepit, item qualitas non est, nihil considerari potest, quod in descendente transmittatur, &c. & ibi. Sed si linea secundogeniti non incepit in persona filij secundogeniti, nulla ipsius qualitas considerari potest.*

Que se ha logo de considerar na descendencia da d. Dona Margarida, quando ella naõ fez linha, nem foi cabeça della, nem entrou na successãõ, nem teue direito para isso?

256 O mesmo poem o Cardeal Tusco verb. transmissio concl. 372. n. 14. ad fin ibi & loquitur in substituto, qui decessit ante eum, cui substitutio fiebat, allegat Alex. cons. 206. n. 2. vol. 6. qui dicit communem. Menoch. cons. 269. n. 69. ibi nam respondetur Tiraq. loqui, quando ius primogenituræ iam fuit quaesitum, & radicatum in persona ipsius primogeniti, a quo deinde transit in eius filium: eleganter Fusar. cons. 41. n. 155. vers. colligitur. ibi ratio diuersitatis in eo, quia omnia fere argumenta, quæ conficiuntur pro nepote, pendent ex eo, quod videtur posse patrem prædefunctum transmittere



ter e ius primogeniturae in filium, ceterum hinc fluit ratio diuersitatis inter  
vtrunq; casum, nam minus improbable est, quod transmittantur ea, quae  
aliquo modo, licet non omnino perfecte, fuerunt ipsi patri praedefuncto ac-  
quisita, quam ea, quae nullo modo, vel debilius ipsi praedefuncto cōpetebāt, &  
n. 163. ibi, respondetur Quis hanc fuisse potentiam remotam, & ad effectum  
transmissionis requiri ips certum, & inuariabile, vel saltem ita probabile  
quale est ius filiorū in successione patris, alioquin sequeretur, quod si plures es-  
sent filij, omnes transmitterent istam aptitudinem prouenientem ex iure pri-  
mogeniturae, cum tamen ius primogeniturae in vno solo consistat ita; differit  
Eudou. Molin. in praallegato loco, &c.

257 Confirmase o sobredito, porque o chamamento das filhas do  
primeiro Conde de Penella se fez quasi caduco, por a intrancia do p. imo  
genito, & seus successores; quasi caduca vero non transmittuntur. Esta re-  
soluçãõ he commum ex Viuiõ tract. cōmun. lib. 6, tit. 47. de suis, & legit,  
hered. n. 54, onde refere muitos, & Guilherme Bened. in. cap. Raynunti-  
us Verbo in eodem testamento relinquens o primeiro; n. 199. onde segue  
a opiniaõ por o netto, quando in vita patris habuit ius in esse productum,  
alias secus.

258 E nos chamados por o contrãto da inuestidura diz Tusco con-  
cl. 369. n. 42. in fin; que nãõ se dà transmissãõ, porque, extincto hum cha-  
mamento, fica lugar ao outro; & assi naõ tem lugar a transmissãõ, que  
he hum tacito chamamento, excitandose o expresso ibi, prout in pluri-  
bus inuestitis, quia tot sunt stipulationes, & inuestiturae, quot sunt personae  
succedere debentes, & vna extincta, alia suscitatur, seu exercitium recipit,  
vt infra dicimus n. 283.

259 He a razãõ disto, porque naõ se pode transmitir a esperança  
remota daquellas, às quaes muitos precediaõ, no direito da primogeni-  
tura, nem em tempo algũ tueraõ o primeiro lugar para a successãõ; spes  
namq; incerta, & variabilis non transmittitur l. si ex pluribus ff. suis, & le-  
git. hered. l. si operarum iudicio ff. oper. libert, como declarou Dec. cons. 397  
n. 8. E isso he o que acima dissemos com Bart. & outros pello tex in  
l. 2. ff. iniust. rup quod posse succedere non transmittitur, o que bem aduer-  
tio Roland. cons. 43 n. 50. vol. 4 ibi quod aliter dicendum est in transuer-  
salibus, qui non transmittunt qualitatem; nisi postquam fuerit in ea radica-  
ta: vnde primogenitura, quae fuerit ante, non est habenda in consideratione,  
cum non extiterit tempore, quo actus deducendus est ad effectum, vt per gl.  
in Clement. vt ij qui de etat. & qualit. verb. constituitur, & ideo  
inquit, bene dixit Alban. cons. 60. in fin. quod ex quo pater primogeniti non

erat in rerum natura, quando mortua est domina Monica, quod primogenitura eius patris non erat considerabilis, cum non extiterit tempore, quo actus deducitur ad effectum.

260 E reprouando a distincção de Valasco de *empl. q. 50. n. 44.* diz o P. Molin. de *inst. disp. 626. n. 15. & 16.* que são duas considerações commenticias, & fallas, porque os chamados à successão tem direito pessoal somente, & debaixo da condição, se sobrecuier ao possuidor, & não cõ trahir algũa incapacidade, *ibi.*

*Sed ius, & spes, que ex eo capite ille consequitur, solum sunt personalia ipsius, atq; ad succedendum sub conditione, si superstes sit, tempore mortis possessoris maioratus, & sub conditione, si nullam ad succedendum in illo contraxerit incapacitatem.*

E argumentando n. 16. dos textos, que ex aduerso allegaraõ para proua da transmissãõ diz.

*Sanè sententia hæc falsa est, & discrimen nullum; suum enim institutio maioratus ortum habeat ex ultima voluntate, suè ex contractu, procul dubio vocationes, & successiones in illo sunt ex prescripto in ea ultima voluntate, aut contractu ipsius institutoris, &c. usq; & spes uniuscuiusq; eorum, vi talis institutionis, ac vocationis personalia illius sunt, cum ipsoq; expirant, neque ab eo transmittuntur ad alium.*

Sequitur Molinam Robles, & ipsum refert *lib. 3. de represent. c. 4. nu. 18. in fin.*

261 E este he o fundamento, pello qual Nicol. Noal. in *tract. de transmiss. cas. 28. disse n. 120. pag. 105.* que se naõ pode transmitir o direito coherente à pessoa, *ibi. Secus in factis coherentibus personæ; & ibi n. 132. disse que o que era limitado ad vitam, naõ passa a herdeiro, pello tex. in l. epistola §. de inofficioso ff. de pactis, optimè Robles, lib. 3. c. 14. nu. 43. ibi. Fallit tamen, quando est ius personale.*

262 E disputando Robles a questãõ, quando se chamou o filho mais velho, que ficasse ao tempo da morte *lib. 3. d. c. 14. n. 27,* sobre o q̄ disse mais largamente *in addit. ad. d. c. 14. n. 51.* entra na duuida da transmissãõ, & omissa explicatione *tex. in l. 1. §. si impuberi in fin. ff. collat. bonor. de que trata. n. 30. atè n. 33.* responde aos, que nelle fundão; a opiniãõ contraria, & acrescenta n. 34. a razãõ de duuidar pello *tex. in §. ex conditionali,* & seus semelhantes, a que responde n. 37, *ibi, secus autem est in nostro casu, dando por razãõ, que naõ adquirio nada o chamado, cum antè mortem ultimi possessoris, hoc est conditionem adimpletam, mor-*  
*tuus*

tuus fuerit; o que tambem considera Gasp. Thesaur. d. lib. 1. q. 35. in fin. ibi, senatus censuit ad fauorem patruum; ea praecipue ratione, quod primogenitura, ad ea agebatur, non fuerat aperta, nisi tempore, quo iam reperiebatur mortuus primogenitus, qui ob id nullum ius habebat; quod transmittere potuerit.

263 Poem outra resposta Robles d. c. 14. n. 38; que por ser muito em termos a referenci, & tambem o que disse n. 41. & 42. diz assi n. 38.

Respondetur secundo, quod ius non erat in persona defuncti, qui representari desiderabatur, iadicatum, nec ei apertum simpliciter, sed sub conditione, quatenus patri superuixisset, at si per mortem extincti esset, transmitti non potuit, quia, deficiente, conditione euanciscit dispositio, ac si facta non fuisset. l. pecuniam 36. ff. si cert. pet. allegat plures.

264 Acrecenta Robles n. 40. ad fin. & n. 41.

Et cum Doctores dicunt ius conditionale transmitti, supponunt id fieri in eo statu, in quo est, sed sicuti ex eo iure non succederet transmittens, nisi purificata conditione, ita nec is, in quem facta est transmissio, ne plus iuris habeat, quam auctor haberet. Hinc Doctores dicunt ius transmitti, tanquam agnoscendum, non tanquam agnitum (allegat plures) & addit. Vbi autem conditio deficit, tunc frustra consideramus transmissionem, deficit autem conditio quoad fauorem nepotis, quauis is, qui vult succedere, non est filius neque maior natus, ut dixi sup. n. 20. ergo frustra disputatur, an pater defunctus istius nepotis transmiserit ius, & locum suum in filium; aliud enim est quod fiat transmissio, & aliud, quod oriatur actio, vel obligatio; saepe enim transmissio fit, sed non est nata obligatio, vel actio; ut per Bart. in l. ita stipulatus q. 2. ff. verbor. allegat plurimos, & concludit, & per hanc rationem deficientis conditionis, ita in terminis concludunt Emmanuel a Costa 1. p. de maiorat. reg. corona n. 14. Gam. dec. 174. n. 8. & 19. in fin. & seq. & decis. 307. n. 17. Aluar. Valasc. de emph. q. 50. n. 27. & latius Surd. conf. 403. n. 47. vol. 3.

265 Do que resulta não poder ter lugar a transmissão, & quando ainda queiram ex aduerso, que nisto haja duvida, vza-tei do argumento de Pedro Antonio de Petra de fideicommun. q. 9. n. 254. col. 22 pag. 219. diz assi,

Ex quibus patet rem esse claram pro bono transmissione, & ubi esset dubia, tunc eo magis contra eam est pronuntiandum secundum

*communem, de qua fidem facit Menoch. conf. 200. n. 112. & cõcord per Riminald. conf. 502. n. 80. & c.*

A razão disto he, porque se na representação dizem, que he extraordinaria, & exorbitante, como diz *Pedro de Peralea in rub ff. hered. inst. n. 89. & 121. Castilb. Soto Mayor lib. 3. c. 29. n. 7.* com quanto mayor razão se pode dizer, que he a transmissão exorbitatissima, pois a representação se induz mais facilmete, q̃ a trãsmissão, vt sup. diximus n. 248.

266 E posto que as resoluções dos Doutores allegados, por serem taõ em termos, bastauão por resposta ao que se trouxe ex aduerso, por não ficar o discurso em pé quebrado, sejame licito responderlhes. Lembrando, que quasi tudo o que allegaõ, são regras gerais, as quais como disse *Christouão Bessaldo de Republica curanda c. 7. n. 20. pag. 191. faciunt bonos discurrentes, malos vero practicos*, porquanto a boa pratica esta na allegação special in terminis.

267 Vindo pois ao q̃ se allega em fauor do oppoete *Tritaõ da Cunha de Ataide* dizem n. 109. q̃ a precedencia de melhor linha se considera em todos, & ainda naqueiles, que não chegaraõ a possuir, allego o *conselho de Paulo de Castro 164. lib. 2. n. 5. & a Molina lib. 3. c. 6. n. 31. & a Conas. pract. c. 38. n. 12.* E acrescentaõ n. 110. que ainda que isto fosse contra uerso, he a melhor opiniaõ *ex Castil. lib. 3. c. 15. n. 2. Mol. li. 3. c. 66. n. 29. & Guttier. pract. lib. 3. q. 66. n. 26. & n. 111.* induz a nossa ordl. ib. 4. tit. 100. in prin.

268 Por muitas vezes fica respondido ao conselho de Paulo de Castro, que precede nos descendentes da linha do primo genito, porque elle se incluhio à si, & todos seus descendentes. Do mesmo modo respondi à Ordenação, que tambem falla no filho do filho primogenito, ou do possuidor *ibi*, posto que o filho mais velho morra em vida de seu pay, ou do possuidor. E esta he a razão iuridica, porque in linea recta se concede representação in infinitum, quia scilicet de linea recta ad transuersalem non datur concursus l. 1. ff. de gradib. *ibi itaq̃, in primo gradu cognationis cognati possunt concurrere, ex transuerso vero nunquam eo gradu quiscquam concurrere potest.* E se declarou na l. 3. tit. 13. part. 6. *ibi ha lugar, quando el finado nõ dexa ningun pariente de los descendientes, & ibi, explicat Gregor, verbo ningun pariente. prosequitur Ceualb. q. 762. n. 25. & seqq. & n. 36. in fin. allega o tex. in l. ult. Cod. impuber, & alijs para prouar, que o pay, & os que delle descendem, pro vna, cadem q̃; persona reputantur, & melius Molin. lib. 3. c. 6. n. 29.*

269 Desta mesma opiniaõ he Molina, que ex aduerso citaraõ vbi proximè

proximè n. 31. porque foi continuando o que disse nu. 30. ibi. *ex quibus inferretur, quod cum filius primogenitus, etiam vivente patre, hoc ius primogenituræ, ut paulo ante probauimus, consequatur; etiamsi in vita parentis ipse moriatur, ad nepotem ex filio primogenito, & eius descendentes maioratus successio deferenda sit, & isto he o que diz nu. 31. que em quanto durar a linha do primogenito, não entra a do segundogenito, & entrando a do segundogenito, não entra a do terceiro. Isto mesmo dizem os Doutores, que Molina allega, & ficaõ ponderados em fauor do A. & não se podem applicar ao Oppoente, que não he filho de filho segundo do possuidor, ou do primogenito, nem teue nunca intrancia elle, nem Dona Britis da Sylua.*

270 E quanto a allegação de Couas *pract. c. 38. nu. 12.* já acima he respondemos, & o mesmo Couas *ibidem vers. illud,* exclue a representação, quando o instituidor chamou o superstite, & que ficasse ao tempo da morte. *Thomas Gramat. dec. 1. n. 31.* falando na prelação dos filhos do filho legundo, se declarou, que procedia por ter o filho legundo entrado no primeiro grao, ibi, *Tanquam natam ex eius secundogenito obtinente locum primogeniti.* O que não pode appropriarse o oppoente, como descendente da d. Dona Margarida da Sylua, que nunca occupou o lugar de primogenito, nem teue esperança certa de o poder ser: & isto he o que considera *Paulo de Castro conf. 54. n. 18. vol. 3. tunc oportet, quod ius sit radicatum in ipsa filia, & in eius persona.*

271 E quanto a allegação de *Guttierr. pract. lib. 3. q. 66. n. 26. nobiscum non pugnat,* antes vem a conformarse com a mesma harmonia da jurisprudencia, com os Doutores allegados patet, ibi.

*Quo fit legem nostram nihil aduersus iura communia disponere, quia cum representatio, non ad gradum, sed ad solam lineam primogenitorum, & primogenituræ qualitatem concesserit, ut prædicebamus, constat nihil iuri contrarium disposuisse, cum, eo iure inspecto solum id ipsum necessario dicendū esset, imo cum ex maioratus institutione omnes primogeniti, unus post alium, ex propria vocacione inuitati esse censeantur, ut diximus supra, constat unumquēque qui ex patre primogenito natus fuit, solum ex qualitate primogenituræ parentis in eo representata transfusa, atq; subrogata admittendum esse.*

Isto he o que diz *Guttierr.*, que ex aduerso allegação, & não ha nelle palavra, que possa aprouecitar aos Oppoentes, nem para a consideração da comenticia linha de *Dona Margarida da Sylua*, nem para a re-

representação, antes proua o contrario, por não serem seus filhos, nem os das outras filhas do primeiro Conde de Penella, procreados ex patre primogenito.

234 E quanto à allegação de Castilho fica respondido acima n. 234 nem he necessario tornar a repetir, porque isto das linhas he cousa muy sutil, & quebradiça, & não tem solido fundamento. Porque hũa cousa he fazer linha, & aliud contineri in linea *Menoch. cons. 1093. n. 9.* E a linha começou no pay, & se continuou nos primogenitos, & por isso as filhas ficaraõ fora da linha *Menoch. cons. 1132. n. 27. & cons. 482. n. 2.* E nos que não occuparaõ a cabeça da linha, ainda que sejaõ descendentes do instituidor, não se adimite tal consideração *Pereira d. decis. 116. n. 7. ad fin. & diz Ant. Fabr. errore 10. n. 13. decad. 28. p. 2. pag. 164. q. alii. ha* não começa, senão do filho da pessoa, cuja se diz ser a linha, como se pode considerar logo linha nos filhos, de Dona Britis da silua, se ella não foi cabeça de successão, nem a principiou?

273 E para o effeito da representação considera o patrono aduerso juntamente tres representações, vix n. 128. o que não pode admitirse, como prouarei abaixo, quando tratar da exclusão das ficções, & n. 129. disputa, se a ordenação lib. 4. tit. 100. comprehende a instituição antiga, & como a ordenação não prejudica A. não ha q̄ insistir nesta duuida, sobre a qual aduerte *Robles. in addit. ad lib. 2. n. 75. in fin. omnino Navar. in relect. cap. si quando de rescrip. excep. 21. n. 8. tom 3. fol. 17. & optime fol. 22. n. 4.* E o que diz n. 133. que as clausulas das instituições não excluem representação, porque como considera n. 138. he necessario vlar de palauras expressas, he cousa sem arrimão de razam, porque como proua *Robles lib. 3. c. 14. n. 50. denegatur per legitimas coniecturas.*

274 E o mesmo auogado o reconhece assi n. 135. onde diz, que quando se chama o filho mais velho ao tempo da morte se exclue a representação: & sic est in proposito, como se ve das clausulas das instituições referidas no principio. E este testimonho he de mayor consideração q̄ todos, por ser contra producentem.

275 Allega n. 136. q̄ a clausula de grau em grau não prejudica à representação, e traz para isso n. 137. a *Paulo de Castro cõs. 454. in fin. vers. nec obstabit vol. 2. & Deciano vol. 5. cons. 14. n. 28.* O Conselho de Paulo de Castro não falla em morgado, se não em fideicomisso: as palauras, de que vziu saõ estas: *non obstat, quod dixit secundum gradus prerogatiua, & sic; Antonia, qua fuit filia, & potior in gradu, quam neptis, vel neptes ex natiulo, quia verba illa important aliud, videlicet, quod extantibus pa-*

rentibus dictorum ascendentium, non possint descendentes. Venire cum eis, sed parentes preferantur; sed si non extant parentes, sed amita, non excludantur ab amitis, sed cum eis simul veniant, & propter hoc idem videtur dicendum in nepotibus, & nepotibus ex filiabus premortuis, ut veniant cum Antonia matre ipsorum. E assi não proua por este conselho de Paulo de Castro seu intento, antes o contrario, porq̃ dá prelação ao me-  
 • lhor, r. o, em concurso nos de igual grao.

• 276 Quanto à allegação de Tiberio Deciano *conf. 14 n. 28. vol. 5.* he o caso muy diferente, porque nos termos do d. conselho hauia o testador prouido, que se succedesse *in stirpes, & non in capita, ut. videre est n. 16.* & logo *n. 24.* se declara, que quando o testador não quiz absolutamente, q̃ se guardasse a prerogatiua do grao, *sed relatiue secundum iuris ordinem,* então por o beneficio da representação admittit o grao no netto contra o tyo, a quem se concedeo, & allega a *gl. in Auth. defuncto verbo gradus in fin. Cod. ad Tertyl.* Por maneira, que o admittir se ahy a representação, foy por que o testador mandou guardar a ordem de direito *docet Decian. ubi proximo ibi.*

*Ergo cum testator non simpliciter voluerit seruari prerogatiuam gradus, sed relatiue secundum iuris ordinem, & iuris ordo, ad quem se retulit, admittat representationem filiorum, qui succedunt in locum, & gradum patris, perinde est, ac si etiam hoc expressisset propter vim relationis, de qua sup.*

Assi que o admittir a representação, não procede por defeito de virtude da clausula (*Salua gradus prerogatiua*) mas por razão da clausula [*Secundum iuris ordinem*] & referindose à ordem de direito, admittio representação.

277 Diz *n. 140.* que as palauras de grao em grao, forão postas aos substitutos, & não aos descendentes de Valque Annes: quizera, que de clarara se estes descendentes erão substitutos, ou o que erão.

278 A *n. 143.* trata o Auogado de Tristão da Cunha de defender a transmissão, principalmente nos contratos; allega a regra *da l. quoties Cod. donat. que sub modo,* & outros textos; a que vay respondido *ex n. 249.* *præcipue n. 261; & seq.* mas porque não fique algum scrupulo cõ a incerteza das allegações dos Doutores: reparo em que allegaram a *Paulo lib. 3, conf. 64. n. 7.* deue estar falto o meu liuro, porque o vltimo conselho de Paulo de Castro no tomo terceiro he cincoenta e quatro, e não chega a sessenta; & quatro, ou deuia ser erro, de quem de creuco, se o não foi de quem fez a allegação, por que *Paulo lib. 3, conf. 54. n. 7.* repro-

ua a transmissão, quando a may foi exclufa; patet ibi:

*Et, si ergo ex ipsa possunt ex eius persona, idest ex gradu, in quo ipsa erat, venire ad successionem cum patris, & nepotibus alijs, & isto casu procedit distinctio, quam ponit Bart. in d. l. qui superstis, qui dicit, quod, si isti nepotes volunt venire cum patris, & non possunt, quia tunc oportet eos venire ex persona matris, idest ex gradu, in quo mater erat, quem gradum ingressi sunt propter mortem matris, viuente auo. Item quia dicta mater numquam exclufa fuit, vt dictum est sequitur, quod, si dicti nepotes reperirent se prateritos in testamento, dicerent testamentum nullum.*

279 Acrescenta Paulo de Castro outra coufa assaz notauel para a decisão desta causa, & declaração de muitas duuidas, q̄ ficaõ attas propostas, porque diz n. 12. desta maneira.

*Respondeo, illud verum est, si mater fuisset mortua, in vita patris, sed hic est mortua post mortem vnde nepotes non ingrediuntur locum eius, vt dicit tex. in l. si quis filium Cod. in of. testam. filia igitur superuiuens patri primum gradum debitum occupare capit, & ideo licet postea moriatur; sequens gradum illum non intrat, & sic non potest venire ex persona eius matris, idest ex eo gradu in quo erat mater.*

Do que resulta, que senão proua com este Doutor competir transmissão aos descendetes da que foi excluida, & occupou o seu lugar & nelle não deo intrancia aos seus descendentes.

280 Allegação mais, à Deciano cons. 16. n. 20. vol. 4. o qual ahy faz allegação de outro Doutor, & poe a differença generica, sem decidir coufa algũa in specie. Porem no discurso do conselho n. 36. diz, quod senel exclusus semper remanet exclusus, & n. 44. faz a differença do que radicoi em si a successão, & do que morreo antes, q̄ se lhe deferisse, & assi tambem esta allegação não he ajustada ao caso presente.

281 Allegação a Menoch. cons. 325. n. 53. ahy diz, que naquelle caso não tinha lugar a duuida da transmissão, porque Dom Miguel tinha vocação, propria, & acrescenta: *Et cum locus est vocationi, de transmissione frustra contenditur. Allegat plures, & supra diximus n. 258. no numero 54. diz Menoch, que ainda que aquella substituição fosse feita em contrato, com tudo contractus iste regulari videtur secundum naturam vltimæ voluntatis; ab id non est locus transmissioni huius conditionalis substitutionis allegat plures, & diximus sup. n. 260. ex Molina de just. disp. 626. n. 15. & 16. He verdade, que no caso daquelle conselho resolveo Menoch.*



por a transmissão ex eo, que era filho do primeiro chamado, & estava posto em condição, se seu pay morresse sem filhos, & por isso resolue n. 58. *quod quando filij sunt positi in conditione transmissioni locus est.* O que se não pode applicar aos oppoentes, que não são filhos do primeiro chamado, nem estão postos em condição, antes por morte do ultimo possuidor morrendo sem filhos, está chamado o parente mais chegado, que he o Autor.

282 Allegação Molina lib. 3. c. 7. n. 16. As palauras de Molina são estas.

*Quibus adijcitur, quod primogenitus viuo patre decedens, spem sibi ex donatione competentem in filium suum transmittere valeat.*

Dellas mesmo se colhe resposta, porq̃ D. Britis da Sylua não era primogenita, nê morreo em vida de seu pay, nê os oppoentes são seus filhos

283 Allegação a Castilho, & Auendaño, os quaes fallão nos mesmos termos, como acima os expendi, & assi como a herança non adita não trãsmittitur ex tex. in l. quoniam sorori Cod. de iure delib. & a irmãa não tinha direito de primogenitura, que poder transmittir, viuendo seu irmão, & sobrinhos; *non enim habent collaterales ius, nei re, nec spe, ut docent omnes in l. ult. Cod. de pactis.* E como as filhas do primeiro Conde de Penella não tiuessem que transmittir, nem seus descendentes tinham que poder representar nellas, & hajão de succeder com a qualidade, que cada hum tinha ao tempo da morte do ultimo possuidor; o A; que he, parente mais velho varão no mesmo grao, hade preferir aos mais, como alem do acima allegado proua Pedro Greg. de concess. feudi p. 4. q. 10. n. 23. *ibi quia consideratur prerogatiua etatis, que reperitur tempore mortis Baronis, de cuius successione agitur.*

284 Allegação Pichardo de successione ab intestato §. 3. n. 19. o que a hi diz Pichardo destrue o intento do oppoente, como consta de suas palauras ibi.

*Quod fatalis sit maioratus, qui ex voluntate testatoris describi debeat (quod frequētius est apud nos, & si inter viuos instituat ex adductis à Molin. lib. 1. cap. 12.) defendemus tunc nepotis causam contra patrum in aui successione, magis ex substitutione, quam ex representatione.*

Assi vem a concordar, que succedem por virtude da vocação, & não por transmissão que he o para que o allegação: & mais expressa mente diz o mesmo Pichardo d. §. 3. n. 28. ibi.

*Fatemur enim ipsa bona transmitti non posse, cum ad ea non censea*

tur vocatus, nisi sub conditione, si superuiuat, qua deficiente, non transmittuntur l. si in singulos ff. annuus legatis, maxime cum ius substitutionis non sit transmissibile l. si ex pluribus, 9. ff. suis, & legit. ideo q̄ in bonis relictis ab alio, in quibus succeditur ex voluntate fundatoris iuxta l. coheredi 41. §. cum filia ff. vulgari, non potest admitti nepos ex iure transmissionis, sed magis ex iure substitutionis ut late diximus sup. n. 19.

E assim se conuence a allegação de Pichardo.

285 Allegação mais à Robles lib. 3. c. 12. n. 20. o qual diz, que se o substituto morrer primeiro, que o primeiro instituido na doação, transmite á seu filho aquella speranza, falla no que tem direito formado por o chamamento certo; & ainda neste se remette Robles ubi proxime n. 21. in fin. ao que sobre isto diz lib. 3. c. 14. n. 34. onde faz a distincão, que ja acima referi, & precipue n. 37, ibi, secus autem est in nostro casu, ubi primus stipulator non sub conditione, sed purè sibi stipulatus est, & filijs, & descendentes suis, quasi sub conditione, si mortis suae, vel ultimi possessoris tempore superessent; ex quo venit, ut iste primus stipulator careat necessitate transmittendi in heredes spem donationis, quia iam sibi erat quaesita, & ut ex eo descendenti, virtute illius stipulationis paterna, nihil fuerit acquisitum, cum antè mortem ultimi possessoris, hoc est conditionem ad impletam, mortuus fuerit.

286 O mais, que se allegou para isto, são as regras, & doutrinas, que acima respondemos declarando os termos, em que se deuião entender. E por evitar prolixidade, & este papel ir sendo largo, não he necessario tornallo à repetir; nem insistir mais em cousa tão se duuida. Ao mais, que se disse por parte do Oppoente Tristão da Cunha, não toca ao Autor responder, porque lhe não prejudica; & me satisfazo de hauer prouado, que nem em consideração de melhor linha, nem de representação, nem de transmissão pode o oppoente ter intrancia para hauer de ser preferido ao Autor. E me alarguei tanto em comprovar estas verdades, porque as mesmas resoluções ficão seruindo para exclusão dos mais oppoentes, & me remetterei a ellas, quando lhes tocar.

Segue-se em quarto lugar a allegação do Conde da Castanheira ex fol. 1243.

287 **N**A resposta desta allegação me deterei muito pouco, porque so  
 hecy

hey de responder ao que se oppoem ao Autor. E nõ mais o oppoente se offerecco n. 19. a fazer as partes de todos ibi gerendo *omniũ partes*. Et for san, que assi succedeo, & q̄ que fez aquella allegaçõ fizesse outra pello Autor, & outra por Dom Ioãõ. *utcuq̄ sit*, hey por repetido o que na dita allegaçõ faz contra os mais oppoentes em fauor do A.

288 E posto que em nome do Conde da Castanheira se disse n. 62. de suas razõs contra o A. *in vanum laborauerunt*; facil sera mostrarlhe; *quod oleum, & operam perdidit*. O discurso que se fez em fauor do Conde da Castanheira em suas razõs n. 63. cõsiste em dizer, q̄ Vasque Annes era filho do primeiro instituidor, & como seus descẽdentes representaõ in infinitũ, & n. 64. q̄ nos transuersaes, sendo descẽdentes do instituidor, tãbẽ a *Ord. lib. 4. tit. 100. in prin.* admittio representaçõ in infinitũ, e n. 66 diz, q̄ precede ao A, por q̄ ainda q̄ seja mais velho, q̄ o Cõde da Castanheira he filho de hũa irmã de seu pay, & q̄ se representãdo o Conde oppoente à seu pay fica excluindo ao Autor.

289 Certo, que com o que fica allegado contra a representaçõ ex n. 225 me podera hauer por satisfeito, sem necessitar de outras respostas porque a conclusãõ do Conde da Castanheira n. 79. consiste em dizer, q̄ por a representaçõ succede, & os mais nõ podem succeder; & assi lõ se arrima à este vnico fundamento; *quo destructo*, fica cessando o pensamento da pretensãõ, & para o excluir, o mesmo Conde Oppoente diz em suas razõs n. 73. que nos bens, q̄ se naõ deferem *iure hereditario* naõ tem lugar a representaçõ. O mesmo repete n. 74; & he assi conforme! à direito *ex his, que valise, d. q. 50. n. 5. Ferentillus ad dec. Burati 838. n. 17 ubi etiam citat Couas. pract. c. 38. n. 13. & alios*. E como os bens, de q̄ se trata, senãõ defiram *iure hereditario*, senãõ *iure sanguinis*, & conforme ao prouimento, & vocações dos instituidores, bem ficaõ reconhecendo que naõ tem lugar a representaçõ, senãõ a vocaçõ.

290 Porem por authoridade da causa, he necessariõ responder a tudo o allegado. Sed antequam aggrediar, conuem aduertir, que o Conde da Castanheira Dom Antonio, era o filho segundo de seu pay, a que succedeo o Conde Dom Manoel, & por morte do Conde Dõ Manoel succedeo seu filho o Conde Dom Ioãõ; tudo isto em vida do vltimo possuidor, & ao Conde Dom Ioãõ succedeo o oppoente o Conde Dom Antonio quõ sit; q̄ nõ pode elle representar à seu pay para o direito da primogenitura, que se deriuou no filho primogenito, & em seu neto, respeito dos quaes o Conde Dom Antonio fica transuersal, & lhe nõ podem communicar direito algum, & muito menos seu pay q̄ morreo an

te aberta successione, ainda em vida de Dom Antonio de Meneses pay do ultimo possuidor.

291 Nos quaes termos he indubitavel, *quo cessat representatio* da quele, que morreo *antè inpletam conditionem*, *sub qua quis ad maioratum vocatus est*. E isto procede, & tem lugar tâbê nos morgados instituidos por contracto: como alem dos q̄ acima alleguei para isto mesmo, o diz expressamente Robles *in addit. lib. 3. c. 4. n. 24*. E porque Robles o proua excellentemente, posto que he o mesmo fundamento *de Molina*, de quô *sup. nu. 260*. refirirci suas palauras, ibi.

*Principalis sententia non procedit in persona representanda, quæ sub cõditione ad maioratus successione substitutus est, quæ ante adimpletam conditionem decessit, ita villo modo representari nequit, quia non instituti representatio inutilis, & absq̄ fundamento est; nemo autem ignorat, quòd vocatio seu dispositio conditionalis prorsus evanescit, si conditio deficiat, tanquam si a principio nihil tale esset dispositum l. item quia 4 ff. de pact. l. 1 ff. regula Catoniana; & pro non scripta iudicabitur l. pecuniam. 36 ff. reb. creditis. l. necessario 8. §. quod si pendente ff. periculo, & commodo, & c.*

292 O chamamento em todas as instituiçoẽs dos morgados, de q̄ tratamos, he dos que forem viuos ao tempo da successão. E como o pay do Conde da Castanheira Oppoente fosse morto, quando viuia o ultimo possuidor, não tinha vocação, como tambem acima prouamos n. 206. & seq. & n. 209. E do que não està substituido, nem chamado, não he vtil, nem admissiuel a representação: præcipuè, porque o chamamento para o tempo da morte o faz condicional: *quia dies incertus pro conditione habetur l. dies incertus ff. cond. & demonstr.* E morrendo o pay do Conde Oppoente pendendo a condiçãõ da superuiuencia, expirou a disposiçãõ concebida debaixo da dita condiçãõ; & he o mesmo; q̄ se não fora chamado, *ut supra proximè probauimus*.

293 O que se confirma com hũa elegante doutrina *de Vincentio Fusario cons. 41. n. 148*. onde diz, q̄ a qualidade da maior idade, com q̄ forãõ os successores chamados, senãõ hã de attender respeito dos pays, se não dos superstites, q̄ ficarãõ viuos ao tempo, que se deferio a successão ibi. *Nam sic haberetur ratio iam decursa etatis, quæ est res præterita, porrò quando testator vocat maiorem natu superstitem videtur coarctare cõsiderationem maioritatis ad illud tempus successione, & propterea nequaquã admitti debet, & c.* & ibi, *& in his terminis substitutionis hoc scripserunt etiã illi Doctores, qui alioqui pro nepote suffragium tulerunt*, allega muitos, &

acrecenta, quia ut supra n. III. probavi vocatio superstitum equipollet verbis (salua gradus prerogatiua) gradatim, ordine successiuo, qua quidē clausula, quas in hac no. pra primogenitura haberi supra ostendi n. 109. perspicuam reddunt causas patri; allega muitos: & as decisões do nosso Reyno, que por já ficarem allegadas no ponto da representação, q̄ disputei contra o outro Oppoente Tristão da Cunha, não torno à repetillas.

294 Menos obstará, se se quizer considerar no que disserão, que o A. era filho de hũa irmã do pay do Conde da Castanheira: ser o Oppoente varão de varão; eo Autor varão de femea; & queresem por este caminho pretender melhor linha, ou prelação. Porque no que toca à linha, he obsta tudo o que temos dito, q̄ não se pode considerar linha na pessoa, em quem não começou; & nos que morrerão antes de se acabar a do possuidor. E quanto à ser o Conde da Castanheira filho de varão, & o A. filho de femea, isso não o faz mais varão; & estando admittidas as femeas, & os varões descendentes dellas, como os admittem todos, ainda nos statutos, & morgados, que excluem femeas, & não são de agnação, como ensina Bruno in tract. de statutis excludentibus feminas art. 6. n. 90. & 101. Surd. cons. 416. n. 14. Gratian. tom. 2. discept. 285. n. 11. & o ensinou Bart. in l. liberorū n. 12. de verbor. sign. Aluarad. de coniect. lib. 2. c. 3. §. 4. n. 8. Molin. de primog. lib. 3. c. 5. n. 27. Decian. respons. 26. n. 76. vol. 2. bem se segue, que o ser o Conde da Castanheira varão filho de varão he não dà qualidade para excluir ao A. que tambem he varão posto que seja de femea. Principalmente, que todos descendem das femeas filhas do primeiro Conde de Penella, que he consideração que faz Molina d. cap. 5. n. 52.

295 E por assi ser, he resolução certa, que o varão, q̄ descende de hũa lō femea, senão prefere ao varão, qui per duas, aut plures feminas iungatur, se com tudo tiuer melhores qualidades (como o A. tem, por ser mais velho) para hauer de ser preferido, porque como considerão os Doutores, solum de masculinitatis qualitate agitur, quam ex se non minus quam alius obtinet, alsí o tem Fulgos. cons. 85. n. 2. & 3. Rubeus cons. 22. n. 12. Decius cons. 302. n. 2. Roland. vol. 3. cons. 76. n. 15. & com outros muitos o proua, & refert iudicatum Molina lib. 3. c. 5. n. 48. & 49 Gama dec. 294. n. 2. cum seq Rota lib. 2. diuersor. dec. 15. n. 2. & dec. 150. n. 8. & 9. Causalcan. vol. 3. dec. 13. n. 79. Ant. Faber. decis. lib. 3. Codicis tit. 18. diffinit. 1. & hanc sententiam iuri congruã notarunt Petr. Cephal. vol. 1. cons. 118. n. 4. recte Farinac. dec. 463. n. 9. p. 1. tradit etiam Menoch. cons. 802. n. 35. & 36. defendit Lara de vita hominum c. 30. n. 120. Quasi, inquit, virilitas

*non magis augeatur, vna, vel duplici femina interposita, quem admodum nõ maior qualitas agnationis ex duplici latere coniungi. idem Lara de anniverſar, lib. 2. c. 3. n. 36. & de vita hominis d. c. 30. n. 101.*

296 Pelio que deucendo pretender os litigantes esta successão, conforme ao direito, que cada hum tiuer ex persona propria, *ut sepius maiori repetitum*, nem lhe possão communicar direito algum aquelles, que em sua vida o não tiuerão; bem se segue, que o A. por aqualidade natural de parente varão, mayor, em igual grao, deve ser preferido à todos; como propoſemos no principio an. 26; & fica prouado por todo o discurso desta allegação; & se proua tambem do que se disse por parte do Conde da Castanheira fol. 1262. n. 60.

297 Nem obsta o que por parte do mesmo Conde se allega para induzirem a representação em seu fauor. Porquanto o que dizem n. 63. que Vasque Annes chamado em primeiro lugar à successão, era filho do instituidor Dom João Martinz, Bispo que foi de Lisboa, & Arcebispo de Braga, & q̃ por seu filho foi legitimado por El Rey D. Dinis fol. 660. *transeat*, posto que por parte do Conde de São João em suas razões n. 140. & seqq. se nega esta filiação, & se podera bem defender: no que não insisti porque como fica mostrado n. 67. & seqq. era o d. Vasque Annes spurio, & como outro li mostrei nesta allegação n. 120. quanto aos effectos do direito os spurios, & seus descendentes não são conhecidos, nem se estende a elles o beneficio da representação, que se communica somente aos filhos legitimados, & seus descendentes; & así se exclue a representação totalmente na successão deste morgado; em que só pode cahir a consideração da descendencia.

298 E he assas ociosa consideração a que fazem n. 66, que ainda q̃ o A. seja mais velho, que o Conde da Castanheira, he filho de Dona Anna de Ataide irmã do pay do Conde, & representando a sua mãy, & o Conde a seu pay: así como o pay do Conde, se fora viuo, excluira sua irmã: así o Conde que o representa, exclue ao A. Manoel de Vasconcellos filho de sua irmã. E diz, q̃ así o resoluem em termos *Phebusdecis*, 22. n. 14. & os mais que allega, a que responderemos logo. Lembrando primeiro, que o A. não succede representando a sua mãy: senão por vocação, & direito proprio, por ser o parente varão mais velho, & por isso mais chegado do vltimo possuidor.

299 E quanto à allegação de *Phebus* 1. p. dec. 22. n. 14. toda a decisão he sobre a questão *patruis; & nepotis*, & o que diz d. n. 14. he que quando se admite a representação, se representaõ as qualidades, que tinha o re-  
presen-

presentado, & isso he o que tambem diz n. 15. Porem não se segue dahy que em o caso presente se haja de admittir representaçõ; antes na mesma decisaõ n. 17. *vers.* *¶ iam supra diximus* decide em favor do A. o caso presente, ibi.

*¶ deficiente linea primogeniti, incipit haberi ratio gradus, & postea à sexus, & postremò atatis; ex quo constanter tenendum, quod non impedit excludendam representationem clausula (saluagradus prerogatiua) quia verificanda est in gradibus eiusdem linea, & non in gradibus alterius linea, quousq; superest aliquis de linea primo vocata.*

Doque resultaõ duas ponderações: a primeira he, que faltando a linha do possuidor senaõ tem respeito a outra linha, senaõ ao grao mais chegado para nelle se hauer de formar noua linha. & outrossi se proua, que a clausula (*saluagradus prerogatiua*) se ha de praticar nos da mesma linha; por onde, como todos os que litigaõ se jaõ da mesma linha do primeiro Cõde de Penella; o A. que tem melhor lugar entre, todos ha de preferir à todos.

300 E quanto a obseruação 23 de Reinos. n. 1. falla tambem geralmente, *ut filius representet patrem quoad gradum, & iura ei competentia, & praeferatur illi, quibus pater praeferendus esset.* Isto assi he no caso, em que se deue admittir representaçõ, mas não conclue, que ella tenha lugar inpraesenti, & o mesmo Reinoso se declara logo n. 2. *¶* 3. que falla na linha primogenita, em que o primogenito se incluiu aly, & a seus descendentes; & o que trazem *ex Baldo* allegado por o mesmo Reinoso n. 12. *nobiscum non pugnat*; antes faz a favor do A; porque dizer, que o nome de primogenito senam refere ao tempo do nascimento, senam ao tempo da morte, conclue, que se deue attender a quem tiuer melhor direito para ser primogenito ao tempo da morte do vltimo possuidor, & nam ao que ao tempo do nascimento tinha melhor qualidade; *ex fine enim omnia moderanda, & iudicanda sunt Vnezembec. tom. 3. cons. 103. n. 8. pag. 43.* & assi nam ha que attender ao nascimento do pay do Conde da Castanheira Oppoente: & se hade considerar o melhor direito do A. ao tempo do fallecimento do vltimo possuidor.

301 Nem obsta o que se allega n. 70. & 71: que se dà representaçam *inter patruales, etiam nullo concurrente patruo*; para o que trazem o *tex in Auth. de hered. ab intest. §. si igitur secundo, & §. si verò, & §. si autè vers unde consequens.* onde os sobrinhos filhos de irmaõs inteiros excluem os filhos dos meos irmaõs, que estam iguaes em grao; para o que allegam outros textos, que fallam nos mesmos termos. E deixando a par-

te a disputa, de qualate per Hartaman. lib. 2. obseru. 11. pag. 397. Vuezemb  
tom. 3. conf. 128. n. 17. a razaõ de decidir naquelle caso he muy diuersa,  
e naõ excluẽ os filhos de irmaõ inteiro aos filhos do meo irmaõ por re  
presltaçaõ, senaõ porq̃ os melmos sobrinhos do defũto, por serẽ filhos  
de irmaõ inteiro, tẽ mais direito, q̃ os filhos do meo irmaõ, & estaõ ex  
pressamẽte admittidos, como aduerte Couas in epitome de successione. n. 9.  
Morqueib de diuis. bonor. lib. 4. c. 7. n. 6. onde allega o tex. in Anth. itaq̃, Cod.  
cõmunia de succes. E sobre tudo esta doutrina procede na successaõ heredi  
taria, e os bẽs, de q̃ tratamos se deferẽ cõforme à instituiçaõ, & cõdições  
della, & vltra filios fratru nõ cõsideratur qualitas duplicis cõmunicationis  
ex auth. c. slãte C. de legit. hered. Matiẽço. relatus per Azeu. cõl. 24. n. 55

302 Nem nas successões dos morgados tem lugar aquella resolu  
çaõ, q̃ nos bens hereditarios se approua, videlicet, q̃ os irmaõs inteiros  
excluão aos meios irmaõs, & se pratique o mesmo em seus filhos, por  
que quando o morgado procede por aquella parte pella qual estão con  
iunctos, não selhe preferem os vtrinq̃; coniuictos, como resoluem De  
ciau. lib. 1. cõs. 16. n. 20, & 51. Menoch. conf. 606. n. 19. Parlador. differentia  
24. §. 1. n. vlt. Bellon. conf. 2. n. 73. & seqq. E arazãõ disto he, porque não  
tem parentesco dobrado aquelle, que por hũa parte não he necessario.  
Bart. per tex. ibi in l. 1. Cod. legit. hered. & probatur ex tex. in l. cum tabu  
la ff. secund. tabul. E assi desnecessariamente se faz tão larga allegaçãõ de  
coula, q̃ naõ serue para a decisãõ da causa. Principalmente q̃ aqui se cui  
ta a representaçãõ por muitos outros caminhos allegados contra o op  
poente Tristaõ da Cunha ex n. 225.

303 Disseraõ mais n. 78. q̃ n. õ basta chamar a instituiçaõ os successores  
de grao e grao, para o q̃ allegaõ a Mol. lib. 3. c. 8. n. 17. & Fus. q. 485. n. 26.  
Mas o Molina nos nossos termos diz o cõtrario ibidẽ vers. sed quamuis cõ  
munis opinio, ibi poterunt autẽ verba illa intelligi, vt prerogatiua gradus  
inter eos, qui in eadẽ linea cõstituti sunt, seruetur nõ autẽ inter eos, qui in po  
tiori linea inueniuntur, q̃ he o mesmo, que supra proxime n. 299. obser  
uamos na decisãõ de Phebos 22. n. 17. p. 1.

304 E quanto a allegaçãõ de Fusario tambẽ tẽ seu grãõ de sal. Por  
que no n. 25. approua com quarenta, & hum Doutores, & fica com a  
melma resoluçaõ, quod quandõ testator apposuit clausulam, quod succeda  
tur. salua gradus prerogatiua, filius non representat patrem, nec eius locũ  
ingreditur, quia, data representatione, gradus prerogatiua non seruairetur  
& sobre isto latẽ diximus sup. n. 234. & seqq.

Depois acrescentou Fusario n. 26; que o mesmo seria, se se dissesse,  
gradibus




*gradibus seruatis* (vel, ordine suo seruandis) allega a Pereg. art. 21. n. 3.  
& nesta clausula, que he muy diferente da precedente, refere os que tem  
a opiniao contraria, & no fim do dito n. 26 diz o seguinte.

*Addo Castilho Sottomayor, qui alios allegat lib. 3. controuers. iur. c. 19.  
n. 37. & seqq. Vbi tamen fatetur primam sententiam communem; &  
licet dicat esse dubiam, in eam tamen inclinat, dum non vult recedere  
du esse a regula in terminis maioratus; ergo nec in fideicommissis.*

E assi se conuence esta allegação por indigna, pois não falla em ter-  
mos do chamamento [de grao em grao] que he o mesmo, que (*saluagra-  
dus prerogatiua*) vt sup. n. 295. & ainda nos tern os, *gradibus seruatis*,  
he acommum em contrario, & os Doutores, que Fulario allega, diz bẽ  
que quando esta clausula foi muitas vezes repetida, não tem lugar a re-  
presentação, & na instituição do Bispo, & nas mais está repetida em to-  
das as vocações: & assi fica mais corroborado o direito do A; & não ter  
lugar a representação; & o mesmo Oppoente n. 32. de suas razões diz, q̃  
se ha sò de attender ao melhor grao.

*Razoon em quinto lugar o Doutor Antonio de Maris Carneiro por o  
direito de sua mulber Dona Angela de Menezes fol. 1276.*

305  O direito desta opposição não he considerauei, porque  
reconhece ser seu sogro Dom Hieronymo de Menezes fi-  
lho illegitimo de Dom Antonio de Menezes, & meo ir-  
maõ do vltimo possuidor, & como a d. sua mulher não  
proceda de legitimo, fica tendo lugar contra sua pretençam tudo, o que  
fica escrito contra Dom Ioam de Vasconcellos n. 113. & ante, & nurne-  
ris seqq. E o chamamento de filho legitimo nascido de legitimo també  
se extendea polilha mais chegada, que não deuia ficar de melhor condi-  
çam, alem de que conforme à natureza dos morgados so se entendem  
chamados os legitimos, vt diximus n. 107. & seqq. Pello que nam he  
necessario insistir nisto mais.

*Razoon em sexto lugar a Condessa da Castanheira Dona Mariade Vilhe  
na profeguindo o q̃ allegou nos artigos de sua opposição fol. 141.*

306 **H**E o intento da Condessa oppoente, querer persuadir, que seu  
pay Dom Luis Fernandez de Menezes foy filho legitimo do  
Arcebispo Dom Fernando, filho que foy do primeiro Conde  
de Pe.  
Aaz

de Penella, & que por assi ser procede de melhor linha, qual he adobarão & está mais chegada que todos ao vltimo possuidor, & por esta cabeça deua ser preferida à todos os litigantes, & na verdade, se se prouara o facto, bem se inferia a conclusão de iure.

307 Porem toda a proua, que nisto se fez, he defeituosa, & não cõcludente, como consta das inquiriçõs ex fol. 720. & 747.

A primeira testemunha diz fol. 720. vers. in fin; que não sabe, se foy o Arcebispo casado, & se houue ao pay da oppoente sendo estudante antes de ser sacerdote.

A testemunha fol. 721. vers. diz que ouuio dizer.

Gregorio de Seixas fol. 724. diz, que podia ser casado, & despois de ter filhos fazerse clerigo, mas não diz, q̄ podesse deixar a mulher no seculo.

A testemunha fol. 739. vers. diz, que não sabe certeza.

A testemunha fol. 747. diz, que não sabe mais, que ouuir dizer, & ibi. vers. que poderia ser.

A testemunha fol. 748. diz, q̄ ouuio dizer, & q̄ não sabe se foi casado

308 Com esta proua, apparente he o defeito della, & basta para se refutar o que se disse por parte de Tristão da Cunha fol. 1225. a n. 85. ate 89. E por parte do Conde da Castanheira; que sabe bem das geraçõs fol. 1256, n. 52. onde promiscuamente tratou da oppoente cõ Dõ Ioão de Vasconcellos, & cõ Dona Ioanna de Meneses mulher do Alcayde mór de Palmella, que tambem se oppoz fol. 408. como netta do d. Arcebispo Dom Fernando, vt videre est fol. 1246. n. 19. E o Conde de São Ioão em suas razoës fol. 1291. a, n. 256. ate 262. se occupou na exclusão da mesma Condesa oppoente, & assi offerecendo o que fica allegado, somente responderei ao que se trouxe para fauorecer a causa da d. oppoente.

309 Porem antes de tudo he necessario aduertir a doutrina de hũa glossa notavel in Cap. aliter 30. q. 5; onde ensina que a ley canonica considera sempre o perigo das almas; & por isso em duuida, *potius iudicat esse fornicationem, quam matrimonium.* & por isso Baldo in l. 2. n. 80. vers. hinc est col. 15. Cod. seruit. & aqua disse, *quod nemo praesumitur esse maritus* & faz para isto o que nota Abbade in Cap. illud in fin. extra de praesumpt. onde disse, que ainda que de direito ciuil *ex mutua cohabitatione maris, & feminae* se proue matrimonio in l. libera ff. ritu nupt. com tudo de direito canonico he pello contrario, *quia ex cohabitatione iudicat fornicationem per tex.* & gl. in d. Cap. aliter 30. q. 5. Soc in. cons. 39. n. 5. vers. nec, etiam probatur vol. 1. onde diz que esta he commum opinião.

310 E por isso Baldo in Cap. ex transmissa col. 1. vers. item periculosũ de rest

de rest spoliat. disse, que era perigoso adiuinhar dos matrimônios por si  
nâes, & conjeituras; licet enim quis teneat mulierem in lecto, & in mensa  
eamq; honorificè tractet, hoc ipsum tamen non concludit quoniam huius-  
modi actus, etiam sine matrimonio consueuerunt exerceri, & o seque Felino  
in Cap. illud num. 11. vers. adde istis col. 4. de presump. E por isso disse  
Bart. cons. 42 in prin, que a quem allega, q̄ houue matrimonio, incumbe  
prouallo por q̄ por ser couisa de facto, se não presume. E poresta cõsidera  
ção reolue o melmo; Mascard. de probat. cõclus. 1022. n. 1. 2. & 3. cũ seqq.

311 E por o matrimonio ser couisa spiritual, se ha de julgar delle  
non iure fori, sed iure poli; & nos deucemos conformar com a disposi  
ção do direito canonico. Notat Innoc. in Cap. 1. de sponsalib, & o en finou  
Bald. in l. 2. Cod. instir. & substit. & a nossa ord. lib. 3. tit. 64. in prin. ibi, se  
do materia, que tragi peccado por os sagrados Canones. obseruat. Fari-  
nac. 1. p. q. 10. n. 64. E isto procede, ainda que seja so materia de peccado  
venial. notat Padilha l. 2. ff. de seruitut. ib.

312 E vindo à cõsideração das presunções, & conjeituras, nem es  
sas estão legitimamente prouadas, nem em forma concludente; nem a  
may de Dom Luis Fernandez de Meneles pay da oppoente esteue em qua  
si posse do estado de casada, antes todas essas presunções cedem a verda  
de, de que sendo ella viua, foy consagrado od. Dom Fernando em Arce  
bispo de Lisboa, & contrahio matrimonio spiritual com a Igreja cathre  
dal desta Cidade, e como diz Iasão in Auth. si qua mulier n. 11. vers. ego  
circumscrip̄ta Cod. de sacros. eccl̄es. Val o argumento do matrimonio car  
nal ao spiritual. Sequitur Ripa in l. ex facie n. 2. vers. inferret etiam ff. de  
vulgari. Euerard. loco 33. de modo arguendi.

313 Do que resulta que o melhor titulo de hum matrimonio elidit  
alterius quasi possessionem. Esta he hũa singular doutrina de Saliceto in l.  
quidam n. 4. ff. de probat. onde diz assi.

Vnum sciendum, quod ubi dixi sufficere quasi possessionis probationem  
per actus superius scriptos, intelligo verum esse, nisi alius illam mulie  
rem teneat in uxorem, & ille titulum matrimoniale probet, nam  
tunc actore similem titulum non probante, ille obtineret, cuius posses  
sio est justificata titulo, cum in istis matrimonijs, titulus sit potentior,  
quam possessio, ex eo, quia matrimonium consensu celebratum solui  
non potest etiam contrario veriusq; consensu, &c.

Do que se inferem duas couisas; que estando a Igreja com titulo  
& posse do Arcebispo Dom Fernando, não pode prouar se por as pre  
sunções da quasi posse de outro matrimonio contra o matrimonio, q̄

em titulo, & posse real, & verdadeira: a segunda que se o concubito cõ  
 à auõ da oppoente fora matrimonial, não se podera despois disso cele-  
 brar o segundo matrimonio spiritual, nem dissolver se o primeiro; *eti-  
 am contrario vtriusq; consensu*. Deinde estas conjeturas, & presunções  
 fazião argumento *quoad ipsos virum, & mulierem, non vero quoad alios*.  
*Bald. in l. 2. n. 8. Cod. execut. rei iud.* E do facto, que se legio celebrãdo-  
 se o matrimonio spiritual *per assumptionem ad Archiepiscopatum* se de-  
 clara a vontade precedente §. *pauonum Inst. de rer. diuis.* & em termos o  
 diz Menoch. lib. 3. *presumpt. 1. n. 31. ibi.*

*Crediderim etiam dici posse propter certum matrimonium, cum altera  
 subsequutum, illam animi dubietatem satis esse declaratum, quod sci-  
 licet cum prima, non affectu maritali, sed fornicario coiuerit.*

O que Couas transcripfit in epitome de spõsa lib. p. 1. c. 4. §. 1. n. 7. on-  
 de diz tutius esse secundo coniugio certiori adherere? Cap. iuuenis de sponsa  
 lib. Cap. 2. §. item si quis de panit. dist. 7. & se confirma por a authorida-  
 de, & razão de Durando in quarto sentent. dist. 28. q. 1. col. pen. *vers. quã-  
 rum ad secundum.*

314 Supposto o que respondendo ao que ex aduerso dizem da le-  
 gitimidade do pay da Oppoente em suas razões fol. 1373. Primo o que  
 consideração da proua de testemunhas, ellas dizem, o que na verdade re-  
 ferir acima n. 309. & não concluem: E o que se diz, que o matrimo-  
 nio se pode prouar por testemunhas, assiste, se jurarem, que estiueraõ  
 presentes à celebração delle, como proua *Farinae, de testib. q. 68. à n. 20.*  
 onde allega muitos: & não era isto negocio de tão pouca importancia,  
 que o Arcebispo Dom Fernando o não pozesse em limpo, se fora assi,  
 pois se prezaua tanto daquelle filho, & sua may tambem.

315 E quanto as presunções, que inculcão fol. 1274. & seqq. ne-  
 nhũa procede contrã à verdade do matrimonio spiritual, que contrahio  
 o Arcebispo; & haendo titulo, & posse verdadeira, do estado de Me-  
 tropolitano, bem se conhece, que não houue matrimonio antecedente  
 de que resultaua notorio impedimento ao subsequente; & aisi não ha q̃  
 fazer caso das ditas conjeturas.

316 E muito menos de tudo o q̃ mais se allega em fauor da d. oppo-  
 ente ex fol. 1279 para exclusão dos litigãtes. Porq̃ como ella seja excluida,  
 como filha de illegitimo iuxta supra proxime remissive resoluta n. 305.  
 onde respõdemos ao D. Antonio de Maris Carneiro, entramos na outra re-  
 gra, q̃ ensina, q̃ aq̃lle q̃ esta excluido, não pode tratar de excluir a outre, de  
 qua *apud ius diximus*, e se pode dizer a oppoente: *quod te liberat & des habeo*

29

Rozou ex fol. 1291, em septimo lugar o Cõde de Saõ Ioaõ Antonio Luis de Ta  
uora, q̃ se habilitou em lugar do Cõde Luis Alvarez de Tauora seu pay,  
q̃ Deos tem, que possigue o allegado em sua oppozição fol. 137.

317



DISSERAM nestas razões n. 4. que o oppoente Conde de Saõ Ioaõ tem o melhor direito nesta successão, por ser o parente mais chegado do vltimo possuidor, & se este prelude he certo, não ha mais, que render as armas: por que este he o vnico fundamento, com que ategora tratei de dar preferençia ao A. Manoel de Vasconcellos, & ao Conde de Figueirõ seu filho. Po rem logo se declaraõ n. 5. que esta mayor proximidade era respeito do auo do Conde Antonio Luis de Tauora, que morreo na batalha de Alcacere sessenta annos antes que morresse o vltimo possuidor.

318 Nesta conformidade dizem n. 23. despois de referirem as descendencias, que como nesta successão seja parte Luis Alvarez de Tauora pay do Conde Luis Alvarez de Tauora oppoente, que morreo na batalha de Alcacere, & se reputa viuo por gloria, fica precedendo hum grao ao A. Manoel de vasconcellos, & lhe pertence a successão. E assi conforme à isto se vem à resolver toda a questaõ em aueriguar, se a vida gloriosa do que morreo na guerra aproueita ao oppoente para à successão dos morgados, de que se trata nesta causa, porque tudo o mais, que se allega em fauor do Conde de Saõ Ioaõ oppoente, para exclusão dos mais pretendores faz tambem em fauor do Autor.

319 Et primõ para excluir esta pretensão bastão os mesmo fundamentos, que ex aduerso trazem para aquerarem persuadir, & induzir, a q̃ responderei em seu lugar, porque em nenhum se tras ley, em que poder apoiar tal opiniaõ, & como disse Anton. Fabr. decad. 35. errore. 6 n. 8. *Iurisconsultorum non illud munus est, vt suppleant, sed tantum, vt interpretentur.* E esta he a razõ, porque ensinou Iacob. de nigris in l. 1. §. si quis ita n. 10. ff. *verbor oblig. quod fictio ab homine induci non potest. per tex. in l. si forte ff. castr. pecul. Valasc. de emph. q. 50. n. 6. vers. Et cum.*

320 Do que resulta, que a Ordenação lib. 2. tit. 35. §. 1. que na successão dos bês da Corõa limitou a exclusão do neto, filho do filho mais velho em vida de seu pay, que não procedesse no neto, cujo pay falecesse na guerra ibi.

Saluo se o filho mais velho daquelle, que as ditas terras & bês possuir, & teuer, morrer em vida de seu pay em guerra contra infieis, por que em tal caso conforme a direito he hauido, como se vixer a por gloria

effeito de seu filho, ou outro legitimo descendente o representar, & ex-  
 cluir ao filho segundo, & succeder nos ditos bñs, & terras da Coroa à  
 seu pay, como elle houera de succeder, se viuõ fora, posto que elle mor-  
 resse em vida de seu pay, e não succedesse nunca nas ditas terras, e bñs.

Se não pôde juridicamente estender ao caso, em q̄ realmente não  
 consta que o pay do Oppoente morreu na guerra; & em que se não tra-  
 ta de successão de bens da Coroa, que seu auo tiuesse, & possuísse; nem  
 da exclusão de filho segundo do d. seu auo, em que a ley quiz estender  
 a representação no d. caso.

321 Prouase cada hũa das circumstancias deste discurso *ex sequenti-  
 bus.* a mesma ordenação d. tit. 35. §. 2. *decidio assli.*

E declaramos para este effeito, de se dizer morrer alguẽ na guerra, quan-  
 do morrer na peleja, & conflicto della, ou quando sabindo della ferido  
 morrer das mesmas feridas, que na peleja, & guerra recebeu. Porem  
 se morrer indo para a dita guerra, ou estando cattiuo despois della aca-  
 bada, não sendo das feridas, que nella recebeu, não se dirá ser morto  
 em batalha, & guerra para viuer por gloria, & seu filho excluir à  
 seu tio nos bens, & terras da Coroa.

E como as tres testemunhas, que jurarão sobre este particular em  
 fauor do Oppoente fol. 683; 685; 693. não jurem, que o pay do Oppo-  
 ente morreu na peleja, & conflicto della, nem das feridas que na peleja  
 & guerra recebeu, não se pode dizer se morto em batalha, & viuer por  
 gloria para o effeito da successão, & privilegio, que a ordenação in. §. 1.  
 lhe concede.

322 E he a decisão desta Ordenação conforme à direito commun  
*in l. bello amissi ff. excus. tur. ibi. melius igitur probabitur eos solos, qui  
 in acie moriuntur prodesse debere; bi enim pro republica ceciderunt &c. &  
 assli o explicão ahi rēdos, & in princ. Inst. de excus. tur. & in Cap. omnium  
 23. q. 8. ibi. in hoc belli certamine mortuus fuerit.* Pelloque não tendo o  
 Oppoente prouado este requisito, não tinha em que fundar esta opi-  
 nião.

323 Nem obstão os Doutores, que se allegarão ex aduerso n. 27.  
 para prouarem seu intento, por que o texto in l. fin. ff. his. qui notantur  
 in famia, não prouatai; E Papiniano somente diz estas palavras:

*Siquis in bello ceciderit, et si corpus eius non compareat, lugebitur.* &  
 Manoel da Costa, que tambem ex aduerso allegarão in l. quid duos §. cum  
 in bello verbo perisset. n. 3. in fin. não prouado que ex aduerso querem;  
 antes diz o contrario, ibi, *cum tamen is versiculus non satis efficax argumē*

tū præstet recepta sententiæ, vt inibi Raphael Fulgos. recte. aduertit, &c.

O Valasco, que tambem allegação conf. 71 n. 4. não proua tal, antes o contrario, ibi, & quod ille filius sit etiam mortuus constat ex vehemēti iuris præsumptione, quia intrauit in belli Africani certamen, & non est visus ad hæc vsq; tempora exire, ex quo præsumitur mortuus, ad quod vulgo citatur l. fin. in fin ff. his, qui notantur infamia, quæ certè nō probat, &c.

Allegação ex eodem Vallasco à Maranta in l. is potest n. 164 ff. acq. hered. Maranta não diz na minha impressão tal no numero, em que o allegação, hé bem verdade, q̄ no num. 145. diz o seguinte.

Nono probatur mors, si quis visus fuit ingredi bellum, & deinde non reperitur viuus, nec mortuus; nam ex hoc præsumitur, & probatur mortuus allega muitos.

324 Mas isto que he, o mais, que dizem os doutores allegados por Vallasco, & por o patro nō do oppoente, so concluem, que se presume morto, mas não prouão, q̄ seja morto no cōflicto da batalha, nem deferi das, que em ella recebesse, como requere a lei; & diz Cabed. 1. p. decis. 147. n. 4. ibi. probatur namq; Dom Ioannem da Sylueira patrem Dom Jacobi in bello illo Africano pugnãdo cecidisse, quo casu per gloriam viuere cõsetur.

325 E reconhecendo isto o patrono aduerto recorre n. 26. & 27. in fin. a outra presunção dizendo, que quando não concedamos ser morto na guerra, se ha de presumir viuo, quia quilibet præsumitur viuere ceterum annis. Potem ambas as presunções negamos na forma, em que se propoem; concedimus enim, que se presume morto conforme as ditas doutrinas, & ley, que fez El Rey Dom Henrique sobre os que não apparecessem dentro em sete annos despois da batalha, negamus verò hauer morto in conflictu, porq̄ isso não se presume, nem ha testimunha, que o diga & asserenti incumbit onus probandi.

326 O outro requisito da Ordenação d. tit 35. §. 1. he. saluo se o filho mais velho daquelle, q̄ as ditas terras, & bens possuir, & tiuer, morrer em vida de seu pay, & ibi, para effeito de seu filho, ou outro legitimo descendente o representar, & excluir ao filho segundo, & succeder nos ditos bens, & terras &c. posto que elle morresse em vida de seu pay, & não succedesse nunca nas ditas terras, & bens.

327 Planè não se trata aqui de succeder em bens, & terras, que tiuesse o auo do Oppoente, em que seu pay tiuesse direito formado para succeder por morte de seu auo, como seu primogenito, & se trata de bens de hum transuersal, em que não pode o Oppoente representar à seu pay, como podia, para succeder à seu auo.

328 E nisto ha grande razão de differença, porque como aduerite Ioan. Pirrbus in tract. de suitate n. 1. tom. 8. pag. 154. finge a ley, que o dominio dos bens do pay, ainda em sua vida pertença ao filho, ita *non opus sit noua adicione, & suitatis iure (quo fingitur eadem persona cū patre) hereditas non adita transmittitur contra l. quoniam §. fin. Cod. iure delib. l. unica §. in nouissimo Cod. caducis tollend. & tamen iure suitatu fingitur adita.* E esta he a razão da decisão da Ord. d. §. 1. in fin. ibi posto q̄ elle morresse em vida de seu pay, & não succedesse nunca nos ditos bens: E nestes filhos diz o Iuriconsulto. Paulo in l. si filius, qui patri ff. de vulgari, mortuo patre eos non percipere, velut hereditatem, sed magis bonorum suorum liberam administrationem consequutos, ut continuetur in eos dominium potius, quam hereditas noua de lata videatur. E por este fundamento diz Pirrbo ubi proxime n. 3. per hoc damnatur opinio eorum, qui dicunt patrum praeserrinepoti ex primogenito in regno, quod est iniquum propter representationem resultantem ex ipsa fideione, qua fingitur filius eadem persona cum patre.

329 Não he assi na herança, que prohem por alinha materna, como em termos ensina Petrus Bellinus de re milit. 3 p. tit. 1. n. 17. tom. 16. fol. 347. E ahi declara ser diuerso no pay propter ius suitatis, ut habetur in l. apud hostes Cod. suis, & legit. o qual texto diz, que de outro modo se não pode concordar como o texto in l. nec nos Cod. postliminio reuersis por onde, como na opposição do Conde de São João d. fol. 137. diga ser seu pay filho de Dona Ioanna da Sylua, & por esta via pretenda entrar nesta succeção, não lhe aproueita adita ordenação, que falla somente nos bens, em que seu pay hauia de succeder à seu auo.

340 E tambem nisto se conformou a nossa ordenação com a ley 40. de Terò ibi, aunque sus padres no hayan succedido en los dichos mayordazgos, & ibi estos tales descendientes del hijo mayor preferan al hijo segundo del dicho tenedor. que he o que a nossa ordenação diz, se o filho mais velho daquelle, que as ditas terras, & bens possuir, & tiuer, & ibi para o effeito de seu filho, ou outro legitimo descendente o representar, & excluir o filho segundo: seguelle logo, q̄ se o auo não era possuidor destes bens, nã o opoente litiga com filho segundo de seu pay, não tem lugar adita ordenação, nem procede a representação, porque como isto seja ficção de direito, não procede fora dos termos, em que a lei a induzio.

341 Do que resulta, que como nos termos desta successão não possa ter lugar a representação; como largamente fica comprovado supra a n. 225. não tem tambem lugar a disposição da d. Ordenação lib. 2. tit. 35.



§. 1. para effeito de seu filho, ou outro legitimo descendente o representar. E deste argumento em termos vza Ioan. Licirier de primogenitura art. 7. n. 6. Sousa in l. femina n. 119. ff. reg. iur. E mais extensamente Peralta Senior in rub. ff. hered. inst. n. 130. onde tendo dito in vers. secunda aduertentia est, que quando o filho morria na guerra, era se duuida a prelação do neto contra o tio por o beneficio da representação, acclerçtou logo no vers. seguinte, que começa ultimo premisis pag. 85. que quando na instrução do morgado se ordenasse, que succedesse sempre o filho mayor, em tal caso o tio indistinctamente haui de succeder, por não ter lugar a representação, & diz, *Et haec consideratio est memorabilis, ac indelebili nota dignissima*, proinde cessando a representação, cessa o meyo da ficcam da vida gloriosa dirigido à ella, & para elle effeito.

342 O outro requisito da Ordenação d. tit. 3. §. 1. he em quanto diz: o filho mais velho daquelle, que os bens, & terras possuir, & tiuer em que notoriamente se restringe aos bens da Coroa; & nesses falla Manoel da Costa de maioratu bonorum regie coronae p. 1. n. 34. ibi, etenim respectu patris in acie defuncti, qui per gloriam vivere intelligitur, mouet, ut quasi ultimo possessori superstes fuerit; maioratum quesisse intelligatur, & quesitum in filium suum transmississe; & hoc senatum regium in maioratu bonorum regie Coronae non saepe iudicasse accepimus; assi que a dita ley só se podia praticar em bens da Coroa, ainda no caso do filho, & neto, nos bens, que ficassem de seu auo, que saõ os em que se admite, por direito de fuidade a aquisição, & transmissão, sem real, & effectiua delação.

343 E em bens da Coroa fallou Roman. cons. 29. sobre a doação feita à Dom Pedro Affan de Ribeira; & na questão de filho, & neto; patet ibi, propter benemerita ipsius Petri in ipsum regem collata, ut de hoc in regia concessione apparet; quae quidem ratio magis in nepote concludit, quam in patruo; ut enim praesupponitur, ipsius nepotis pater bello fauore publicae utilitatis, ac ipsius regis initio interemptus fuit. & nos mesmos termos de bens da Coroa, & entre tio, & sobrinho falla Gama dec. 307. & Cabe da d. dec. 147 & assi o declara Matienço lib. 5. noua recop. tit. 7. lib. 6. gl. 3. n. 34. & como estejamos fora dos ditos termos, porque não he a questão entre tio, & sobrinho, nem sobre bens da Coroa, que possuuisse; & tiuesse o auo do Oppoente, não se pode applicar a decisão da d. Ordenação.

344 Por quanto conforme à direito a ficção non egreditur casu suum, como com muitos resolue Nicol. Noal. de transmissionib. cas. 8. n. 77. & he tex. in l. 2. §. Diuus Adrian. ff. iure fisci. Bart. in l. eius, qui delato

rem n. 5 ff. de d. & por este principio resolve n. 78. in fin. contra o monacho no caso, que traz Manoel da Costa de succes. reg. Coron. n. 34. vers. certè; porque como o monacho non retineat iura suæ caris não pode transmitir hereditatem non aditam. O qual argumento tambem conclue para se não admittir a resolução contraria fora dos termos do netto filho do filho mais velho do possuidor, que he o que pode transmittir os bens, que não tinha adquirido.

345 Este he outro requisito da d. ley, ibi, saluo se o filho mais velho daquelle, que as ditas terras, & bens possuir, & tiuer, morrer em vida de seu pay, & ibi, porque em tal caso conforme à direito he hauido, como se viuera por gloria para effeito de seu filho, ou outro legitimo descendente o representar &c. Do que resulta, que lô se pode applicar aquella decisão na concorrência de filho, & neto por morte do auo vltimo possuidor, & nestes termos o induz Nicolao de Milis in suo repertorio verbo mortuus pro republica, onde argumenta, que se o filho morto na guerra a proueita ao pay para o excuzar dos encargos por o tex. in prin. Inst. excusat. tut. com mais razão se reputará viuo ad utilitatem filij, quia virtus, & amor naturalis magis descendit à patre in filium, quam è conuerso, & nos melmos termos de questão de filho, & neto fallarão Anton. Gabr. lib. 4. cõmun. tit. de succes. ab intest. concl. 2. n. 17, & todos os mais, que ex aduerso allegarão, fallão nos melmos termos.

346 Do q̄ resulta, que fora dos termos, em q̄ fallarão os ditos Doutores, & dos em que se derão as ditas sentenças, seria excessõ peior prior, extendellas à successão entre transuersaes, & em outros bens, que não são, nem forão do auo do oppoente, & em que seu pay posto que morresse na batalha, não tinha direito formado, que podesse transmittir ao oppoente, nem em que elle opodesse representar.

347 E na successão do pay para o filho, & neto, ha diferente razão, que nos transuersaes; porque alem do direito de fuidade, de quo supra, nos descendentes se deriua a successão de primogenito in primogenitum. E para se conseguireste effecto simboliza mais o fingirse o pay viuo para o netto, entrando em seu lugar; succeder ao auo, o que não he assi na successão dos transuersaes, em q̄ o que morreo na guerra, não tinha tal direito, como tinha na primogenitura de seu pay.

348 Item a successão dos ascendentes he mais deuida aos descendentes, do que he a successão dos transuersaes aos transuersaes l. cum ratio ff. bonis damnator. l. scripto ff. unde liberi §. cum filius inst. de hered. que ab intest. iuncto. §. i. & §. ceterum Inst. de legit. agnat. succes. Pello que do  
que

que he mais privilegiado, se não pode fazer argumento affirmatiuo para o menos privilegiado, ainda que è conuerto *valeat l. diui Seuerus 6. vers. Codicillos ff. iur. codicil. Auth. multo magis Cod. Sacros. eccles. nem val o argumento de persona magis dilecta ad minus dilectam l. Publius §. 1. ff. cond. & demonstr.*

349 E nesta conformidade dispos a ordenação *d. lib. 2. tit. 35. §. 1.* referindo se à disposição do direito ibi. porque em tal caso cõforme a direito, daqual clausula se colhe, q̃ não quiz induzir direito nouo, se não conformarse na successão do aũo respeito do neto, q̃ entra em lugar de seu pay Mayormête, q̃ como consta nas ordenações velhas *lib. 2. tit. 17.* El Rey Dom Duarte não fez a declaração do §. 1. *lib. 2. tit. 35;* que se incorporou nas ordenações nouas, & em razão do costume, que se observou em os casos, q̃ despois occorreraõ, & se julgarão; se poz a dita limitação; *saluo se o filho morrer em a guerra, &c.* E como fica mostrado as ditas sentenças, de que se induzio o tal costume, que acima ficão referidas, sò fallão no filho, & neto do possuidor; & quando fosse obrigação julgar se por as ditas sentenças em bens de outra natureza, não se podia extendet a outros, que não fossem descendentes do vltimo possuidor. Porque o custume não se extende de hum caso a outro, como ensina *Bart. in. Auth. qui rem. n. 7. & 8. Cod. Sacros. recebido commumente pelo tex. in l. 1. vers. neq̃, ad presens. ff. itinere, actus, priuato ex Gabr. lib. 5. cõmun. tit. de prescrip. concl. 2. n. 14. vers. cõtrarium.* Nẽ se pode admitir mayor poder no effeito, que em sua causa *l. et si amicus 9. ff. ad leg. Iul. de adul. Lara in compend. vite bomin. c. 5. n. 11. in fin. Ioan. Bapt. Costa conf. 4. n. 10. & causatũ regitur à causa sue cause, Val. conf. 69. n. 139. Carlos Maranta 1. p. resp. 23. n. 15. & assi não se pode extender o costume a mais, do que esta expresso nas sentenças, que foraõ causa delle, *nam limitata causa limitatum debet producere effectum l. in agris ff. acq. rer. domin. Las. conf. 231. v. 1. ad fin. lib. 2.**

350 E he ainda mais, que alem de que na materia de ficções se deue proceder strictamente, como fica dito *ex Fusario conf. 41. n. 117. & o diz Ferdinand. Paex in tract. de excusat. parentum ob numerum filiorum n. 42. vers. ex quibus omnibus exorbitans videtur dicte legis bello amissi decisio, & o resolve Valasc. conf. 148. n. 32,* quando o costume, ou stylo aduersãtur iuri communi, se não podem ampliar, *nec proprium casum excedere; docet Innocent. in Cap. dilecto verbo de premissis de offic. Archidiacon. Bald. in Auth. si quas ruinas n. 1. Cod. sacros. eccles. Mol. de primog. lib. 2. c. 6. n. 11.* Pello que se não pode extender a ficção do morto na guerra

viuer p̄r gloria fora do caso, em que a lei assi o dispoz, porq̄ seria ampliar, o que se deue limitar!

351 E que a dita ficção seja exorbitante, por ser contra direito commum, se proua, porque o direito se induzio a tal ficção para o pay, que se deuia excusar das tutorias por o numero de cinco filhos não ficar excluido do d. priuilegio, por lhe hauerem falecido alguns na guerra *consulat in d. §. 1. inst. excusat. tutor. & in l. bello amissi ff. eod. l. ult. ff. vacat. muner.* E extender estes principios fora dos ditos termos he contra direito *l. quod uero ff. de legib. Cap. que à iure communi exorbitant de reg. iur. lib. 6.*

352 E por assi ser reprobuaõ esta opiniam, & *ludibrio reputant* *Gama* decis. 174. n. 9. onde refere a doutrina do Doutor Gonçalo Vaz Cabaco Lente de prima de leys, & o defende *Aluaro Vaz* *cons.* 148 n. 7. *Gonçalo Mendes de Cabedo* *lib. 3. diuersor. argumentor. iuris c. 3. n. 23. col. 2. & 3. cum seq.* a quem refere *Cabed. d. dec.* 147. E assi fica mais corroborada a resolução, de qua supra, videlicet, que senão pode extender a decisaõ da Ordenaçãõ *d. tit. 35. §. 1.* fora dos termos, & pessoas, em que falla.

353 Accedat, que a Ordenaçãõ dicto loco vziu das palautas *saluo se o filho mayor, e da outra ibi (em tal caso)* & ambas as ditas clausulas são muito para ponderar, porque a clausula [*saluo*] que val o mesmo, que em latim (*nisi*) he exceptiua, & em todos os outros casos denota o contrario pello *tex. in l. 2. §. fin ff. custod. reor. probat Calvin. in lexicon iuris* *verbo, nisi,* & *Francisco Connano* *cõmentarior. iuris lib. 4. c. 3. n. 3. explica assi, nisi, idest, duntaxat, & infra ibi, nisi, ex Cicerone dici potest idest tantummodo, & duntaxat.* E deste modo explica a lei, *nisi, 19 ff. usufr.* onde Paulo disse, *nisi perquam deterior fructuarij conditio non fiat.* & dizendo *d. n. 3. in prin. ibi. hac in loco Accursius laborat uerbementer ex ignorantia, & declarata duntaxat eam imponet, que fructuario non incommodat.* Pello q̄ a d. ordenaçãõ, q̄ vziu da dita palauta, *saluo,* so naquelle caso se pode praticar, & em todos os outros denota o contrario.

354 E por esta ser a mente do legislador, vsou da outra clausula (*em tal caso*) a qual tem por natureza restringir a disposiçãõ *ad personas, tempus, & casus tantum expressos, ut per Alex. cons.* 101. n. 13. *lib. 7. Peregr. de fideicomis. art. 29. n. 15. & 28.* E com muitos diz *Paris. cons.* 30. n. 56. *lib. 2. dictionem istam sic limitare qualemcumq̄, dispositionem, ut nullus alius casus comprehendi valeat, quia inducit formam, & id ipsum repetit cons.* 14. n. 9. *lib. 3.*

355 *Cum igitur presens questio sit extra terminos Ordinationis em todos*

dos os ditos requisitos, porque não se trata de bens, que o auctor do Oppoente possuísse, & tiuesse; nem he a questão entre tio, & sobrinho, filho, & neto do possuidor; & he entre transuersaes tão remotos, em os quaes nunca se admittio, nem considerou tal ficção, claro fica, q̄ se não pode applicar à este caso a decisão da dita Ordenação.

Ficará mais evidente esta resolução, respondendo ao que se allegou em favor do Oppoente para quererem persuadir o contrario; & nas respostas direi em favor do A. o mais, que de industria não accumulei para proua desta verdade.

356 Non obstat igitur dizerse n. 30. que a dita Ordenação he ley geral, & se deue extender à todos os casos, ao que ajunta outra consideração de dizer a ley, que *conforme à direito he hauido como se viuera per gloria*. Porque respondo, que he notoria fallacia dizer, que a ley, que falla por à palaura, *em tal caso*, he geral, quando limitadamente se restringe ao tal caso, como suprà proximè fica prouado. E quanto à consideração do direito, não he para mais, que para a representação, que o direito admitte entre tio, & sobrinho; & para dar a razão de admittir naquelle caso ao sobrinho nos bens da Coroa contra a disposição da ley mētal, que admittia o filho mais velho contra o neto.

357 Dizem n. 31. & 32. que a razão da ley amplia, & limita a disposição: & n. 33. dizem, que onde se dà a mesma razão, deue ser a mesma disposição. Assi odizem os principios de direito. Mas aqui *dasse* muy diuersa razão, porque no caso do filho mayor do possuidor, que morreu naguerra, continuase o dominio do filho ao neto por a linha da primogenitura, & por o direito da luidade se admite atransmissão, a inda q̄ o filho não tiuesse adquirido os bens, que he o que adita ordenação considera, & nam he assi nos transuersaes do possuidor, & resultam muitos outros inconuenientes, que abaixo se referiram no discurso, & respostas q̄ se derem ao que ex aduerso se propozem.

358 Numero 34. & 35. fazem misterio de dizer a ordenação, que conforme à direito he hauido como se viuera por gloria, & non vident que logo diz o para que effeito ibi *para effeito de seu filho, ou neto legitimo descendente o representar*. E assi he a indução daquelle clausula referida ao direito da representação do §. *cum filius inst. de hered. que ab. intest. & iurium familiū*. E não para a extensaõ do caso do morto naguerra viuer por gloria fora do tal caso, que a ordenação propoz.

359. O mesmo patrono do Conde de São Ioaõ oppoente reconhece desde o n. 161. de suas razões ate o n. 184. que não tem lugar na-

sucessão destes morgados o beneficio da representação, do que se segue que nem pode ter lugar o viuer por gloria para o effeito da representação, como acima prouamos *ex Peralta in Rub. de hered. inst. n. 130. Licirier, & alijs.* E ainda que opprimido da difficuldade diga n. 176. & seq. que o viuer por gloria não he representação, não diz em sustancia coula com que o prouue, antes o Peralta; que allega, reconhece, que onde se não da representação, em todo o caso succede o filho maior, ainda q̄ o pay do neto morresse na guerra.

360 E se nam fora o filho entrar no lugar do pay morto na guerra representandoo; não pode entrar de outra maneira, porque o que diz, que obra fazer viuer a pessoa, que morreo, he impossuel, que a ley nam finge, como resolve *Peralta in l. 3. §. qui fideicommissam ff. hered. inst. n. 17. ibi.*

*Et ita est, quod quemadmodum fictio non operatur in his quae sunt impossibilia de natura gl. in l. Gallus §. si eius verbo excludatur ff. liber. & posth. adquam ponit plures concordantias Ias. ibidem col. antepen. ita neq̄, in his, quae sunt impossibilia de iure gl. notab. in l. talis scriptura. gl. vlt. ff. leg. 1. sequuntur Bart. & Doctores communiter, & dicit. singularem Paul. & de ea tradit plura Iason in l. si is, qui pro emplo. re col. 53. ff. vsu cap.*

E impossuel he, querer, q̄ a ley obre, q̄ está viuo, o q̄ realmete he morto, & tambẽ he impossuel de direito, q̄ não sendo por representação possa entrar o filho em lugar do pay morto, porque querer fingir ao pay viuo, que he morto, he polo *in duplici statu contrario contra os textos in l. duobus, & in l. si pariter ff. liber. caus. & sic est de iure impossibile,*

E expressamente o explica *Francisco de Sousa in l. femina p. 1. art. 5. n. 219. pag. 60. ibi.*

*Hos tamen, & similes casus intelligimus procedere, dumodò agatur de successione respectu ascendens, vel patrui, iuxta duos gradus, seu casus, in quibus tantummodò locus est representationi.*

E assi fica certo, que não tem lugar a consideração, que ex aduerso fizetao d. n. 176; & seq. nem o prouarão com Doutor, ou razão mais concludente.

361 Tornando aos fundamentos, com que proseguem sua opinião dizem n. 36. que o mesmo que disse a nossa ordenação, que conforme a direito eraõ viuos viuer por gloria, disseraõ os textos, que allega n. 36; & 37. do que infere n. 39. que ainda q̄ fallarão em casos particulares, foi por assi acontecer, & não se preguntar em outros termos; & para isto

traz n. 38. arrastada a razão do *tex. in l. si is, qui pro emptore* 15. ff. de *usu- cap;* & n. 40. traz viciada a l. 3. tit. 25. p. 2. cujas palauras refere d. n. 40.

362 Assaz confessa, & reconhece o patrono aduerlo em este discursão, que não ha ley, que no caso da successão admittisse a ficção da vida gloriosa, & dizer, que responderão sò naquelles casos, porque se elles se perguntarão, he hũa valente adiunhação. alem de querer introduzir ficção fora do caso exprello, & sem ley, que a admittisse, contra o que acima prouamos.

363 E quãto à razão do *tex in d. l. si is, qui pro emptore*, he o caso tão diuerso q̄ se podera excusar resposta, por q̄ não falla em vida gloriosa, te não no q̄ estando possuindo titulo pro emptore, foi catiuo, e perdeo por razão do catiuo a posse; & diz o texto, que se interrompeo a prescripção, & que nem basta o postliminio para se entender continuada no tẽpo do catiuo. Pergunta o texto outra questão, quando o seruo do q̄ esta catiuo cõprou, se pode perfeiçoarse a vsucapião, refere aopinião de Iuliano, oqual diz, que se o senhor vco do catiuo, vsucapiò, poreo que se la morreo ha duuida, se por a ley Cornelia aproueitarà aos successores a vsucapião, entam poem a razão de Marcello ibi. *Marcellus posse plenus fictionem legis accipi.* E com tudo o reprooua Paulo ibi, *ideoq̄ in successoribus locum non habere vsucapionem.*

Por maneira, que este texto, nem prouo para que o allegaraõ, antes diz na decisaõ o contrario, o citaram para enlevar a razão de duuidar, & nam falla bem, nem mal, na ficção de viuer por gloria o que morreo na guerra.

364 E quanto à ley da partida, dizem n. 4. que se contem nella estas palauras *ibi que los sabios no los hunieron por muertos.* Com licença da allegaçam nam diz assi a ley, & suas palauras sam as seguintes.

*Ca cierta cosa es, que el que muere en seruicio de Dios, & por là fè que passa desta vida al paraíso. Otro si el, que muere por defendimiento de su tierra, & por su señor natural, faze lealtad, & mudase de las cosas, que se cambian cada dia, & passa a ganhar nombradia, & firme dumbre para si, y su linage para siempre.*

E nam diz a ley, que os sabios os nam houeraõ por mortos, antes diz, que se passam deste mundo onde cada dia ha mudança, para onde ha perpetua firmeza, & mal podiam dizer os sabios, que o que naturalmente he morto, o nam haviã por morto. E no premio, q̄ ahi manda a ley dar à seus herdeiros se ue, que os considera mortos,

365 Allegriaõ n. 42. à Menoch. *cons.* 1082. n. 1. para dizerem, que não deve o filho ser de peor condiçãõ, que o pay. A si poem Menochio a cõclusãõ no lugar allegado; mas he fallando no filho do primogenito respeito dos bens deuidos a sua primogenitura patet ibi atqui *D. Frãnciscus erat primogenitus. &c.* & n. 2, ibi ipsamet primogenitura est causa proxima, & propinqua huius prelationis, non autem persona ipsius primogeniti. E doutro modo he aquella conclusam assi geral muy incerta.

366 E nos termos da mesma ley mental resolve Emanuel da Costa de maioratu regie Coron n. 30. p. 1. no caso, em q̄ não cõcorrer neto filho do filho mais velho na successãõ de seu auo cõ outro tio irmão de seu pay, & concõrter com outro neto de outro filho mais velho, que o neto mais velho de filho segundo, por razam da idade ha de excluir ao neto filho do filho mais velho patet ibi.

*Ego autem ex verbis, & sententia legis mentalis, & iuris ratione sanum mente crederem, qui diceret nepotem secundogeniti filium natu maiorem, esse preferendum nepoti primogenito filio natu minori in maioratu bonorum regia corona.*

Tomando Manoel da Costa por fundamento, que cessando a representaçãõ não entra o filho do filho mais velho, & logo ahi declara ser diferente na successãõ do Reyno, de que falla Baldo *cons.* 389. *lib.* 2. sãõ as palauras de Costa.

*Ceterum generaliter in alijs maioratibus, in quibus representatio iure non datur, efficaci ratione ostenditur nepotem filium filij secundo geniti, si maior etate sit, preferendum esse nepoti filio primogeniti natu minori &c.*

Do q̄ resulta não se poder sustentar a cõclusãõ, q̄. poseraõ d. n. 42.

367 O que tambem se proua da Ordenaçãõ *lib.* 4. *tit.* 91. § 2. *ibi*, & se ao tempo do falecimento de sua may não ficarem filhos viuos do primeiro matrimonio, posto que fiquem netos filhos de algum dos ditos filhos, não ha uera lugar a disposiçãõ desta ley. Constat ergo, que não he absolutamente verdadeira aquella conclusãõ d. n. 42; que não he justto que os filhos fiquem de peor condiçãõ, do que houueram de ser seus pays, se viuos foram, pois nam entram os netos no beneficio desta ley, por serem mottos seus pays.

368 Fazem n. 44. o argumento que traz Nicolao de Milis, & acima referi, que o amor magis descendit in filios, quam ascendit, & o corroboraõ n. 45. dizendo, que he mais deuida a herança aos descendentes; o que



o que faz contra o Oppoente; por quanto em razão dessa consideração admittio a ley aficção à favor do neto, na herança, & bens, que não possuía, por lhe ser mais deuida; & não admittio para a herança, & bens, que possuía o transfusor, que lhe não he tão deuida, nem tem nella direito formado.

369 Allegação n.46. os Doutores, que tiueraõ por opinião, que aficção da vida gloriosa se extende tambem à successão de bens, não só da Coroa, mas tambem patrimoniaes; irei referindo a allegação de alguns, porque por o numero, & serẽ tantos me excusarei dos outros.

Allegaram *Ferdinando Pau in tract. de excusat. parent. ob num. filior. n.34. & 40*; nam diz o para que o allegam.

Allegaram a *Francisco de Sousa in l. femina n.228*. he desgraca estarẽ todos os meus liuros errados, porque no meu nam diz tal.

Allegaram *Romano cons. 29*. Ia mostrei acima, que fallaua em bens da Coroa na doçam feita por ElRey à Pedro Affan.

Allegaram *Accursio in l. xli. ff. bis qui notant. insam*; nam diz tal, antes se refere ao principio *Inst. de excusat. tutor.*

Allegação a *Ioão Guttier. de tutelis p. 1. c. 21. n.2. in fin*; só diz estas palavras, *filij in bello amissi illi tantũ profunt, qui in acie amittuntur. hi enim qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam uiuere intelliguntur. l. bello amissi ff. cod. tit.*

Allegação *Molina de iust. disp. 630. n.5*. falla lo na successão de bens da Coroa; patet ibi *si filius primogenitus possessoris eius modi maioratus, de bonis regia corona moriatur in acie belli, relicto filio nepote*. Comque se conuence, que nam falla em outra successam, nem em outro possuidor ou successor, & no fim do d. n. 5. tema ofundamento da transmissam, & suidade: *ibi reputatur uiuere ad effectum, ut maioratus per ipsum transeat in suum*. He verdade, que no n. 5. disp. 631. não admite differença entre bens patrimoniaes, & da Coroa, mas tambem falla no filho mayor do vltimo possuidor.

371 Allegaram a *Tiraq. de primog. q. 40. n. 227*. o qual nam segue tal opinionam, antes tendo dito n. 226. a differença, que ha nas successoes dos Reynos, & mais dignidades, refere d. n. 227. a opinionam de *Nicolaso de Milis*, & logo n. 228. propoem a de *Martinho Laudense*, que se apartou della; & com esta opinionam fica approuando o costume, que nisto houuer, & nam constando do costume diz *& tunc si constat de mente concedentis ex verbis, vel aliter, quod nepos excludat patruum vel e contrario ei stamus*. E assi se verifica, que neste particular nam da priuilegio par-

ricular ao netto, cujo pay morreu naguerra, & que fica nos termos do colitio, & de hauer lugar a representaçõ.

Allegaraõ a *Ant. Gabriel de succes. ab intest. concl. 1. n. 17.* Eu a vi he no lib. 4 pag. mihi 438, nam falla em tal para bem nem para mal.

Allegaraõ à *Percalta in Rub. ff. hered. inst. n. 130. vers. secunda aduertentia.* alê de fallar nos termos da questãõ *patrui, & nepotis*, no vers. seguinte diz que onde não houuer de entrar representaçãõ, nam tem lugar a ficçãõ, como acima ponderamos.

Allegaram à *Costa*, falla sò em bens da Coroa, & na questãõ de tio & sobrinho; como acima referi.

Allegaram *Valasco q. 50. n. 16*; o qual propcem a questãõ *patrui, & nepotis*, & resolue, que quando se chama o que ficar viuo ao tempo da morte, nam tem lugar a representaçãõ; & logo no vers. seguinte resolueo o mesmo, quando foi chamado o mais chegado ao tempo da morte ou quando foram chamados *secundum gradus prerogatiuam*: & no vers. seguinte, que começa (*nec mouere debet*) responde ao conselho de *Paulo de Castro 164. lib. 2*; porque procede, quando a doaçãõ chamaua aos filhos mayores, & seus descendentes, & diz que assi o entêderam *Alex; & Socino.* & respõdêdo ao conselho *29. de Romano* diz, *não ibi verba concessionis contraria consultationi causam dederunt, ut expendit Tiraq. d. q. 40. n. 11. & præterea primogenitus, ibi, in acie belli cecidit, unde per gloriam viuere creditur. l. bello amissi ff. excusat. tutor.* & nam diz outra palaura mais, & isto nam he dizer, que a ficçãõ tem lugar em todo o caso, antes referindose ao caso de *Romano* se ha de entender nos bens da Coroa, em que *Romano* fallou; & se hade regular nos termos de filho, & neto, que he o que propôz *d. n. 16. in prin.*

Allegaraõ ao mesmo *Valasco cons. 148. n. 1 & n. 30.* he verdade, que no *n. 1 & 2.* allegou *Valasco* todos os da cõtraria opiniãõ, mas não fica com ella; & no *n. 30* diz estas palauras. *Ceterum viuere per gloriam propter mortem in bello contingentem, est ius speciale, & ideo non extendendũ* & logo *n. 31.* refere os que distinguirão entre bens da Coroa, & patrimõies.

Porem acrescenta *n. 32.* as palauras seguintes *ibi. Ego vero in hac questione illud a verum semper existimaui, quod mortui in bello pro viuus per gloriam haberi non debeant, nisi in casibus à iure nunc patim expressis ex rationibus supradictis, & quia talis obuiatur fictionum notissimis regulis, & traditionibus. Ceterum, atenta consuetudine regni in iudicando huiusmodi casus, bene censetur viuere per gloriam primogenitus, qui cecidit in acie*

acie belli, quoad admittendum nepotem ex eo ad maioratus successionem, & excludendum filium secundogenitum, & diz, que segue esta opinião, non ex lege regia, sed ex consuetudine iudicandi. Com o, que se proua, que não admittio a tal resolução, se não no caso de tio, & sobrinho, filho, & neto do possuidor, & nos termos das sentenças, que forão dadas; & nesta forma he, que se deue, & pode allegar à Valasco.

Nos mesmos termos falla *Aluar ad. lib. 2. tit. 3. §. 3.* que tambem allegarão d. n. 46.

E *Cabedo na decisão 147.* falla em bens da Coroa, & entre tio, & sobrinho, vt supra expendi.

E *Gabriel Pereira na decisão 59. n. 4.* tambem trataua de bens da Coroa, & na d. decisão se julgou contra a ficção da vida gloriosa, por não ser a questão entre tio, & sobrinho; consta na d. decisão in fin. vers. *Verum his omnibus perpensis, prout supra expendi.* E assi nenhũa deltas allegações vem adequada à causa.

E *Gonçalo Mendez de Cabedo diuersor. argumentor. lib. 3. c. 3.* teue tambem a contraria opinião, pro vt supra expendi.

E *Matienco*, que tambem allegarão *tit. 7. l. 6. gl. 3. n. 34.* diz estas palavras, *qua ratione, si primogenitus in acie belli decefferit pro Rege, vel patria pugnans, eius filius representabit personam eius, excludetq; patrum à successione maioratus bonorum regia corona, in quo per leges Lusitania succedebat patruus.* E traz isto para argumento de ser obrigado o successor a pagar as diuidas, & não he boa a allegação para o Oppoente, pois trata de bens da Coroa, & entre tio, & sobrinho admittindoo por representação.

375 Allegarão tambem a *Gama decis. 307. n. 15;* o qual ahi se refere os Doutores, q̄tiuerão por o tio contra o neto; & no n. 25. diz assi.

*Vnde ex omnibus supra deductis distinguerem; aus enim loquimur in bonis regia corona legimentali subiectis, aut in bonis patrimonialibus etc.*

E logo no vltimo versiculo diz.  
*Sed fatendum est, quod aliter indicabunt iudices si in causa detur aliqua minima circumstantia.*

E as sentenças, que ahi refere, todas forão entre tio, & sobrinho; & assi não ficão bem ajustadas ao nosso caso, antes em fauor do A, per locum ab speciali concludem o contrario, fora dos ditos termos.

376 Allegarão em fauor da mesma opinião à *Bartolo in l. bello amissi lect. 3. n. 3. vers. tu vides hic.* Porém nenhũa cousa conclud, por

que ~~Bartolo~~ ~~o~~ ~~estillando~~ a glosa disse *querit glosa tu videt hic, quod filij amissa in bello profunt patri quoad excusationem: sed numquid profunt quoad alia?* & responde, & bene quod sic; subycti a glosa; item profunt mulieri, quoad hoc, & possint adoptare, & allega o s. *Semina Inst. de adopta* das quais palavras se não pode collegir, que quizesse Bartolo dizer, q o privilegio do Pay morto na guerra aproueitasse aos filhos para a successão dos morgados, somente quiz dizer, que lhe aproueitaria para outras cousas, ibi, *quoad alia*, & cõforme a direito o pronome, e dicção *alius, alia, aliud, est similitum repetitiua. l. quidam relegatus ff. reb. dub. plures Calvin. in lexicon iuris verbo, alius, & Augustin. Barb. de dictionibus dictione 26.* diz desta dicção o seguinte

*Similitudinem denocat hæc dictio, & est relativa, & repetitiua. finaliã & facit positionem eiusdem qualitatis ad precedentia: allegatur in d. l. quidam relegatus, & in l. 3. Cod. seruis fugitiuis, & in Cap. sedes de rescript. & refere muitos Doutores com muitas ampliaçoens.*

Do que se segue, que dizer Bartolo, que o morrer na guerra aproueitara ao pay, *quoad alia*, sera para outras cousas semelhantes, como he, para o liurar de outros encargos publicos, que refere *Ayala de iure, & officio belli lib. 3 c. 7. n. 21.* & se praticara tambem nos termos da *l. vlt. ff. vacat. muner.* Porem o dizer, aproueitara ao pay para outras cousas, não se conuerete em dizer, aproueitara aos filhos para a successão dos morgados.

Numero 49. 50. & 51. dizem, que se deue attender ao intento que a ley teue, & à obrigação, que o Rey tem de remunerar os que morrem na guerra, & dahi dizem, que resulta ser a disposição da Ordenação geral, & haue-se de praticar em todos os casos. Dura cousa he que rerem ser mais circunspectos, & mais justificados, que a ley, mas ainda he peor quererem, que o direito singular induzido naquelle caso se faça geral contra a regra do texto *in l. in singulare 16. & in l. quod verò contra 14 ff. de legib.* lembrando, que como ensina *Anton. Fabro in rational. ad iur. singulariã*, he necessario concorrerem juntamente com a equidade, & utilidade a authoridade publica, & o texto o diz, & o explica *Pichardo in princip. n. 18. Inst. de eo, cui libert. caus. bona addicuntur,* & assim não basta a disposição da ley singular, para se poder leuar à consequência:

378 Dizê n. 52. q̄ a declaração, q̄ fez a ley. *d. tit. 3 519.* nos bẽda Co roa, foi, porque estaua por a ley mental prohibida a representação nos tais bens, & que por estar permitida nos *patrimoniats lib. 4. tit. 100.*

115  
não foi necessário exprimirillo, & desta resolução inferem dous discursos muy largos até o n. 59. Porém bẽm sentiraõ a difficuldade n. 55, por ficar omisso o caso, que se não declarou; & como tal ficar na disposiçõ do direito, & conforme a elle entrará o neto, ou não entrará, conforme a vontade dos instituidores, que he lo que diz *Peralta*, que ex aduerso allegarão n. 30. *vers. ultimo*, & *Gama decis. 307. n. ult. vers. ultimo*.

379 Com o mesmo discurso allega n. 32 as sentenças, que se derão, & a que refere *Gama* que affinou El Rey Dom Affonso quinto, & o que sobre isso diz *Aluaro Vaz na conf.* 148. Porém à tudo estã respondido, que forão sentenças dadas sobre bens da Coroa, & entre tio, & sobrinho, & a mesma resposta tem as outras sentenças, que allegão n. 61. & seq. & o que dizem n. 63. até 68; que bastão as ditas sentenças para fazer stilo, & costume, porque tudo isso lhe concedemos para os casos semelhantes; negamus tamen ser este dessa qualidade.

380 A n. 68. se dispoem o patrono do Oppoente à responder aos Doutores, que tiuerão a contraria opiniãõ; & diz ahi, que se o *Valasco no conf.* 148. & outros escreuerão neste tempo, sem duuida seguirão a contraria opiniãõ: isto he hũa conjeitura muy remota, porque não ha meo para se preguntar aos Doutores, que então escreuerão, o que dirão agora. Conuinha conuencellos por os principios da sciencia, que se não variaõ com o tempo.

381 E referindo n. 69; & reconhecendo juntamente os fundamentos, com que se contradiz a extensãõ da ficçãõ, porque se induz viuer por gloria o morto na guerra para as sucessões diz n. 70. q̃ isso não offende a resolução, que defende; porque diz d. n. 70. que se não pode negar, que a ficçãõ de viuer por gloria o que morre na guerra, he induzida por a ley d. tit. 35. §. 1. Respondo, que assi he nos casos, & termos, em que a Ordenaçãõ assi o dispoz, & fora delles he fallar contra a ley; *nam sine lege, & contra legem facere paria sunt, dixit Bald. in Cap. in genere circa fin. de electione.* *Bessoldus de arario c. 5. n. 6. pag. 186. & erubescimus cū sine lege loquimur. l. si seruum §. non dixit pr. arar ff. acq. hered.*

382 O mesmo se responde aos textos, que allega n. 71. que todos tem lugar no seu caso, & o que dizem n. 72. que por ser a razãõ geral o hade ser a disposiçãõ, he cousa a que ja respondemos; & mostramos não ser a razãõ geral, & hauer muita razões de differença, & dispor a Ordenaçãõ particularmente em tal caso.

383 Argumẽta n. 73. da representaçãõ aqual diz ser ficçãõ (o contrario diz *Robles*, & muitos porque huns lhe chamaõ beneficio, outros priuilegio

legio, mas n'isso vay pouco) & que hauendose so induzido nas successões diuiduas, se extendeo as indiuiduas por os Iuriscōsultos, & Emperadores Romanos. Respondo, que concludia muito bem este argumento, se na consequencia do caso presente differa, que a ficção da vida gloriosa se havia de estender às successões, porque assi o determinatão os Iuriscōsultos, & Emperadores; mas faltando esta disposição, não se pode estender a ficção fora do caso, em que falla, nem se infere bem a consequencia.

384 Dizem n. 76. & 77. q̄ quando se dà a mesma razão, se podẽ estender as leys a casos semelhantes, & ainda aos exorbitantes. Com se negar o antecedente, fica respondido a isto. E já acima mostrei, que se não daua a mesma razão no caso presente, nem sombra della.

385 Outro argumento fazem n. 78. 79. & 80. o qual compoem nesta forma; toda a ficção se funda em equidade: onde se dà a mesma equidade se faz a extensão de caso a caso; logo dandose a mesma equidade na successão dos bens patrimoniaes, como se dà nos bens da coroa, bem se segue, que posto que a Ordenação falle sò nos bens da Coroa, & os textos de direito ciuil nas tutorias: com tudo, pois se dà a mesma razão nos outros casos, tambem procedem nelles as disposições dos mesmos textos. Reconheço a mayor deste argumento, porq̄ toda a ficção se funda em equidade. Porem nego a menor, porque conforme ao *tex. in d. l. ius singulare*, para induzir o direito singular he necessaria authoridade do legislador: & não basta dar-se a mesma equidade. Insuper nego dar-se a mesma equidade, porque nos bens da Coroa, antes de estar direito adquerido, pode o Rey que fez adoção, limitar a successão: não he assi nos bens patrimoniaes, em que não pode mudar as disposições dos instituidores.

386 E os textos, que concederão aquelle fauor aos paes *in solatium amissorum*, não prejudicauão a pessoa algũa; Porem querelos estender às successões, he grande prejuizo assi dos instituidores, como dos chamados, como dizem os Doutores citados, & o ensinou Baldo in l. in testamento nu. 14. ibi.

*Tamen ad ea, quae voluntatem habent determinato modo, non fingitur*  
Cod. de testam. milit.

E o Cardenal Mantica de coniect. lib. 11. tit. 12. nu. 20. diz assi.  
*Ad ea tamen, quae determinato modo habent voluntatem, non fingitur,*  
Et c. *Cum enim testator considerat modum, non fit extensio ad casum fictum.*

E Alciato in l. si is, qui pro emptore nu. 19. ff. usucap. diz assi.

*Sed & videmus fictionem contraria dispositione prorsus obliterari.*

Sequitur cum alijs Gama d. decis. 307. n. 5. & n. 24. in fin. onde diz, q̄ basta vontade coniecturada, & tradit etiam Menoch. conf. 357. n. 54. Peralta d. n. 130. in fin. in rub. ff. hered. instit.

387 E sea lei houera de fingir, ou dispor contra à vontade do instituidor; ja a ficção se nam fundaua em equidade, antes em grande iniquidade; porque a lei vadit pedentim, famulando voluntati disponentium, & illam insequitur, tanquam venator leporem, & nihil tam conueniens est naturali equitati, quam voluntatem domini volentis rem suam transferrere tam haberi §. per traditionem Inst. rer. diuis. E disto resulta não se tirar boa consequencia, alem do prejuizo dos chamados, de que abaixorataremos em seu lugar.

388 Numero 81. 82. & 83. fazem outra consideração tão geral, & vaga, como he a generalidade, com que fallaõ. Dizem pois, que aquillo se diz expresso, que esta debaixo das regras geraes dadas na materia, & q̄ aquillo se diz expresso que se contem debaixo da razão da lei, de que inferem, que como todas as outras successões se comprehendão debaixo da razam geral, que as leis derão, para se ter por viuo por gloria o que morreo na guerra, se segue, que ficou este caso expresso na mesma ficção.

Toda a contextura deste argumento he incerta, porque debaixo da razão geral não entra o caso special; nem a razão da lei particular, que dizpoz em tal caso, induz regra geral para outro diferente, nem a lei considerou as outras successões; nem comprehendendo os casos, em que não falou; & assi cessa este modo de discurso, que não tem substancia.

389 Referem n. 84. outra circumstancia da Ordenação d. tit. 35. §. 1. que sô fallou no caso da successão entre tio, & sobrinho, filho, & neto do possuidor, ao que respondem n. 85. 86; & 87; que a dita Ordenação fallou sô naquelle caso; porque nelle estaua o neto excluido pello tio, & não fallou nos transuersaes, porque estauão excluidos expressamente por quanto a representação samente se dà entre aquelles, q̄ são habéis para a successão; de modo, que vem à por isto em termos de representação, o que pouco antes hauia negado, senão q̄ succedia o morto, como se estiuera viuo; & para isso induzio a lei da partida, & n. 177. disse expressamente, que o viuer por gloria não era representação.

390 Porem nem assi satisfaz a seu intento, porque ou seja isto, ou seja aquillo, certo he, que a ley particular induzida em hum caso; senam leua a outro diferente, & que este o seja, assaz fica mostrado, pois no filho,

& netto se considera o direito da suidade, para poder transferir o que  
 não se quito, nã possuo, & por isso a dei repetio em taõ breues palauras,  
 tantas vezes as palauras, que isto denotaõ ibi. *o filho meu velho da qual-*  
*le, que as ditas terras, & bens possair, & ajuer, & a fra ibi posto que elle*  
*morresse em vida de seu pay, & não succedesse nunca nos ditos bens do que*  
*se prova serem postas as ditas palauras com grande consideraçam, &*  
*nam serem ditas a caso. Ho mais neste caso a differença de se cõtinar no*  
*netto filho do primogenito linha da primogenitura, o que não he assi nos*  
*transuersaes, & outros inconuenientes, que abaixo apontaremos. E o*  
*fundamẽto da razam da lei tẽ tãtas limitaçoẽs q se nam pede allegar esse*  
*principio com certeza.*

391 *Nam ubi datur lex scripta in uno casu propter aliquam æquita-*  
*tem, non extenditur in alio casu etiam ex eadem ratione, & por assis ser*  
*aquelle, qui ex æquitate debet restitui certo casu, non restituitur in alio ex*  
*eadem ratione. Anchar. conf. 362. in prin. Tambem a lei correctoria, qual*  
*he a ordevaçam naquella caso; nam se extẽde a outro semelhante, ain-*  
*da que se dẽ a mesma razam Calderino conf. 147. *ut lite pendente.* E a lei, q*  
*concedeo algum beneficio extraordinario, nam se extẽde a outro caso*  
*em que se dẽ a mesma razam. E por assis ser o remedio possessorio da l.*  
*fin. Cod. edicto Diui Hadriani, que se concedeo ao herdeiro escrito, se*  
*não extẽde ao herdeiro ab inteltado, posto que se dẽ a mesma razam Cal-*  
*derino conf. 365. aliã 36. de testament. exornat. Tusc. cõcl. 31. n. 42. & seqq.*  
*lit. R. Onde n. 46. que o statuto, que exclue a mãy, não exclue a tiã E*  
*assis nisto não val o argumento, nec etiam ex maiortate rationis. E diz*  
*Decian. conf. 16. n. 47. vol. 4. que para fazer extensãõ de caso a caso, ou de*  
*peõa, a peõa não val o argumẽto, *Si de hoc fuisset interrogatus,* quanto*  
*mais q a ley he animada, & sempre falla, & se fora necessario, ella acrescẽ-*  
*tãõ os casos, & não deixãra isso ao trabalho dos Consulentes.*

392 Outros casos refere *Catelliano Cotta* verbo *ratio generalis*, em  
 que não tem lugar aquella extensãõ: & como elle diz *in verbo qualitas*  
*legis*, se deue conformar a allegaçãõ com a qualidade da ley, *ex qua quis*  
*agit, allega à l. 1. ff. nequid in flumin. publ. & a Decio conf. 13. col. 5. & a*  
*Baldo in l. si quis non dicam rapere col. 3. Cod. Episcop. & clerico. ubi movet*  
*aduecatos, ut in formandis capientis seruent verba legis, vel statuti, quia*  
*aliter deficient. Pello que não era raciõnauel, que contra a substancia, &*  
*qualidade das palauras, & disposiçãõ da ley se fizesse tanto aparato.*

393 Numero 88. impugnãõ dizerse, que não procedea ficçãõ com  
 prejuizo de terceiro, sobre que fizem largos discursos até n. 106. & dizẽ



isso que sempre, que a ley fingio, foi com prejuizo, de que não se fez fi-  
so, de que poeth muitos exemplos. Agora pretendeo o patrono do  
Oppoente justificar a ley em mais do que ella dispoz, agora quer fazella  
iniqua; & prejudicial, não he muito; quia ex eodem ore procedit frigidum  
& calidum.

Responde em termos a esta duvida Ioan. Hannibal in rub ff. de p'su-  
cap. n. 37. ibi. Nunquam lex fingere, nisi subesser equitas naturalis, alias  
cessaret fictio, ut per Bart. in l. si quis qui pro empore in 2. opposit. in fin. ff.  
de p'sucap. & sic dicitur equa, ex quo lex fingit. Na que se ficava dando res-  
posta a tudo o que trazem, porque tanto que a ley fingio, induzio a  
equidade; & como no caso presente não fingisse, nem obrasse, allaz gran-  
de iniquidade he querer fingir, o que a ley não fingio.

394 Ao exemplo, que trazem nu. 89. fica respondido, que pode o  
Principe moderar a sua doação, & mudar o modo da successão, antes  
de ter direito o filho segundo, & dalla ao neto filho do primogenito, &  
que não he assi na successão dos bens patrimoniacs.

395 No numero 90. considera o priuilegio para excusar da tutoria  
que se carregava a outrem: isto não he prejuizo determinado; alem de  
quda ley podia excusar da tutoria com menos, ou mais filhos, & he  
obra sua.

396 A carretão mais d. n. 90. afficção do postliminio, pella qual di-  
zem se tira direito adquirido: no que se enganaõ, porque somente se cõ-  
cede restituicão ao que veu de cattivo para recuperar o que tra seu, co-  
mo se proua do tex. in l. ab hostibus 15. ff. ex quib. caus. maiores. & o que di-  
zem n. 91. da ficção da ley Cornelia, tambem he ficção, porque não se ti-  
ra direito por ella a pessoa algũa, somente se preferua o direito a quem o  
tinha, fingindo, que o que tinha a parte rei direito para restar, morreo  
antes de cattivo, para o não perder pello cattiveiro; & para isto he neces-  
sario, que ambos os extremos, à quo, & ad quem, hoc est, donde princi-  
pia a ficção, & ao qual se dirige estejaõ habeis; porque se se impedisse o  
meo por algum prejuizo, não procederia a ficção l. honorum ff. rem ratã  
haberi; o qual texto diz Bartolo a hi, que se deuia escrever com letras de  
ouro, & como diz o texto in l. eum, qui ita stipulatur s. fin. ff. de verbor  
homine mortuo definit esse res, in quam Sæius obligaretur, & assi quando  
morreo o ultimo possuidor ja não havia o morto na guerra, em quem  
poder começar, ou fenecer a dita ficção para a successão.

397 E não basta dizer, que se não fora a guerra, ou não ficara nel-  
la, podera ainda ser viuo, porque não passava de, cem annos. Porque a il-

responde *Dionouico Gozadino in l. qui se patris n. 15. Cod. unde liberi, ibi, quo casu extremum, à quo reperitur habile essentialiter, pro ut requiritur in huiusmodi fictione; & que na ficção translatiua se requirere habilitas in essentia in extremo à quo; & naõ halte poder ser viu. diz o tex. in. l. 2. ff. usufr. ear. rer; que usu consum. l. deniq; ff. ex quib. caus. maiores; & a melrã doutrina segue Bart. in d. l. si is, qui pro emptore n. 8. Jas. n. 107. & assi nunca se pode dizer, qõ Oppoente pode entrar por ficção na primogenitura, que seu pay nunca teue, ainda que considere, que a podia ter.*

398 Accedat in confirmationem o que larga, & doutamente escreue *Peralta in l. 3. § qui fideicommissam n. 18. 21, & 22. ff. hered. instit. sobre o entendimento do tex. in l. fundo mihi legato 4. ff. ad leg. falcid;* onde o juriscultor diz, que se se legou hum campo debaixo de condição, & pendendo a condição o herdeiro instituyo por seu herdeiro ao legatario, & depois se purificou a condição do legado, fica o campo *non iure hereditario, sed iure legati.* Do que infere d. n. 22. com as palavras seguintes.

*Sed ita est, quod in casu istius textus mixtim tractatur de utraq; re, idest de fictione, & conditione, idest de retrotractione conditionis perfictionem, ergo quanuis hic fictio esset possibilis, (quod tamen supra proximè fui inficiatus) non tamen possent inuicem concurrere, quoniam verisimiliter posset resultare inconueniens prædictum, scilicet iuri tertio quæsito præiudiciale. Et ista ad redundantiam speculationis, ac theoricæ huius textus dicta esse volumus, quia re vera (ut prædixi) non potest in presentiarum esse locus retrotractioni fictitiæ conditionis existentie.*

Por onde, ainda que concederamos, que se podia induzir a ficção (o que se nega) *ut Peralta verbus utar,* como se pode admitir ficção no comprimento da condição induzida na existencia, & superuiuencia que o instituidor require nos chamados ao tempo da morte.

399 *Vel etiam aliter responderi potest cum Gozad. d. l. qui se patris n. 16* que naquellas cousas, que saõ de direito, não he necessario ao direito fingir, porque pode nellas dispor, & fazellas, & induzillas de verdade, *pater ibi.*

*Et circa ea, que sunt iuris, ius non fingit, sed potest verè facere §. fin. Inst. de nupt. quod Bart. in d. l. si is, qui pro emptore, respondet procedere in fictione inductiua; secus in translatiua, qua fingit de tempore ad tempus, &c.*

E a creſcencia outra reſpoſta ahi meſmo *vers. vel aliter reſponſe*, onde diz, que a ley principalmente finge ſobre o facto aſaber q o que eſteue cattiuo, ſempre eſteue na cidade: que o poſthumo, ainda antes de nacer, ſe ha por nacer do para ſua utilidade. *l. qui in utero ff. ſtat. homin.* Porem argue, que não pod eſtingir, que o poſthumo ſeja ſuus heres, por que a ſuidade induz neceſſidade *l. neceſſarij ff. acq. hered. § ſui Inſt. hered. qualis*. ao que reſponde com o *texto in l. quia defunctorum ff. interroga. action;* que ſe induz fauore patris, & pello *texto in l. cum ratio ff. bonis damnat.* tambem por fauor do filho: & aſſi conclue, que nũca ſe pode dar ficção com prejuizo de terceiro; & que, as que a ley obra in jure, he fazendo verdade aquillo, que pende do meſmo direito Com o que ceſſão os diſcurſos do Oppoente em todos os ditos exemplos, que cumulou.

400 O que dizem n. 96; que houueraõ os que foraõ a guerra de eſtar viuos, ſe não foraõ a ella, & durar atẽ o tempo, em que ſe deferio a ſucceſſão, he tão incerto, como a incerteza da meſma morte; *quotidiè enim morimur*, & ſe proua a incerteza da vidã pello *tex. in l. dies incertus ff. cond. & dem. Petrarca de vita ſolitaria lib. 1. ſect. 4. cap. 3. diſſe. & quoniam futuri ſemper incerta conditio eſt.* Nouarino de riſu ſardonico n. 45. diſſimulando a vida humana, *ex dictis à Sancto Laurentio Inſtiniano. diſſe. alſi,*

*Vita miſera, vita incerta, vita laborioſa, vita immunda, vita domina malorum, regina ſuperborum, plena miſeria, & erroribus, que nõ eſt vita dicenda, ſed mors, in qua momentis ſingulis morimur per varios mutabilitatis defectus, diuerſis mortium generibus, &c.*

E como refere Hierem. Druxel. tom. 1. c. 1. §. 26. n. 6. pag. 15. ex Inſto Lipſio ad lectum, ad lethum. & com eſta incerteza da vida, & morte, não ſe deuia affirmar, que viuiria mais ſeſſenta annos o pay do Oppoente, ſe não fora a guerra, nem tão pouco, que morreo, porque foi a guerra. em confirmação do que faz muyto o ſucceſſo, que acontecco a Carlos Magno na guerra de Navarra contra os Mouros. O qual pedio a Deos lhe reuelaffe os que havião de morrer na batalha, & deixandoos fora della, quando tornou victorioso os achou mortos. Refereo Vincencio Burgando in Bibliotheca mundi tom. 4. lib. 24. c. 14. pag. 967. onde diz aſſi *Carolus autem rogauit Deum, vt oſtenderet ſibi eos, qui morituri eſſent in bello. & ecce crastina die, armatis omnibus apparuit rubeum ſignum crucis dominicæ in humeris moriturorum retro ſuper loricas; quod vt vidit Carolus, retruſit eos in Oratorio ſuo, ne perimerentur in bello. peracto autem bello, & perempto Furre, cum tribus millibus, rediens Carolus ad Oratorium, reperit eos, quos incluſerat ex animatos,* com que ſe conuence, que não

ascēda à vida, nem evita a morte o não entrar na batalha, & como diz São Gregório *lib. 12. ad Cap. 14. Job.*

*Nulla, quæ in hoc mundo hominibus sunt, absq̃ omnipotentis Dei oculto consilio eueniunt, nam cuncta Deus secutus præsciens antè secula decreuit qualiter per secula disponantur; statutum quippe iam homini est, vel quantum hunc, mundi prosperitas sequatur, vel quantum aduersitas feriat.*

*Statutum quoq̃ est, quantum in ipsa vita mortali temporaliter uiuat &c.*

O que declara Sinaita q. 88. tom. 6. bibliotheca p. 1. pag. 779. & *Druxio de confirmatione volunt. c. 1. §. 2. pag. 621. & §§. sequētib;* & assi não he conueniente affirmar, que não morrera, se não fora à guerra, porq̃ hauia de morrer no dia, & ponto, que lhe estaua decretado.

401 O que diz da ley geral, & do costume n. 98. já se mostrou, q̃ nem era a ley, nem o costume geral; & o que diz n. 99. pella ordenação *lib. 4. tit. 100. §. 5. quam etiam corruptè allegat,* tem muitas respostas: primo que a ley assi o dispòz per conjeitura da vontade dos instituidores patet. *d. §. 5. in prin. ibi, & porque a tenção dos grandes, & fidalgos, que instituem morgados: secundò que a dita ley não dispòz fingindo, se não com o supremo poder, por causa da vtilidade publica; patet in §. 6. in fin. ibi, de nosso proprio moto, certa sciencia, poder real, & supremo por esta ley reuogamos, &c. tertiò que ainda isto não foi em prejuizo de pessoa nascida, que tiuesse direito adquirido, patet d. §. 6. in prin. ibi O filho mayor: que delle nascer, o qual conforme as instituições houera de succeder em ambos os ditos morgados, &c. E assi não comprehendeo o filho nascido, vt obrinui na causa de Dom Antonio Mascarenhas Conde de Palma contra Dom Francisco Mascarenhas seu tio, que he hum dos Oppoentes nesta causa; & porque disto se trata incidentemente bastão estas respostas à dita ordenação, sobre o que *latissimè o lim dixi.* E sobre tudo se o patrono aduerso tiuera em fauor do Oppoente outra ley semel hãte, ou conforme as que allega n. 100. & 101. de outros Reynos, ficara argumẽtando muy em forma; & podera tirar a consequencia, que tira sem boa razão n. 102; pois nem basta dizer, que a ley o podia fazer, quando não mostra, que o fizesse.*

402 Vay o patrono aduerso fundando outros argumẽtos do n. 103. até 126. diz n. 103. q̃ se oppoẽ cõtra a ficção, *quòd ipsa cedit veritati,* quer argumẽtar contra isto: & ainda que o prouar, não cõclue. Diz n. 106. q̃ se oppoem contra a ficção, *quòd quis sit in duplici statu contrario,* que he o que proua *Peralta in d. §. qui fideicommissam n. 19. & Gama decis. 174*

n. 9. Valasco conf. 148. n. 14 responde; que a ley pode fingir o impossivel. Aindaque assi fora (o que se nega, & fica prouado o contrario) não conclue, que fingisse no caso presente. Diz nu. 113. que se poem por objecção contra a ficção, que se não podem cumular muitas juntas; o qual principio he verdadeiro, como proua Ioan. Crotus in l. si is, qui pro emptore n. 184. ad fin. onde diz assi.

*Prima sit conclusio; duo specialia, seu duae fictiones circa idem concurrere non possunt l. si quis rem §. 1. ff pollicitat. l. 1. Cod. dot. promis.*

403 E posto que despois n. 188. poem outra conclusão, que he a de que ex aduerso querem argumentar, ibi.

*Secunda conclusio: plures fictiones possunt concurrere, quando emanant, non ex eodem fonte, sed ex diuersis l. singularia ff. si cert. pet. &c.*

*Id nobiscum non pugnat; como logo explicarei.*

Porque neste caso he necessario considerar infinitas ficções para o oppoente poder entrar, & não he sò considerallo viuer por gloria, por hauer ido a guerra. Primeiramente he necessario para satisfazer a forma da lei, fingir, que seu pay foi possuidor; & hauemos de fingir, que este tal morto naquella occasião adquirio então odireito de primogenitura, que ainda estaua em Dom Antonio de Menezes; & despois se continuou no ultimo possuidor Dom Ioão Luis de Vasconcellos, & despois hauemos de fingir que este tal direito, que o morto na guerra nunca teue por ficção se transferio ao oppoente seu filho, & nada disto pode ser, por q̄ como diz Bart in d. l. si is, qui pro emptore n. 69. *fictio dari non potest, sicut non datur seruitus seruitutis l. 2. ff. usus. leg.* E seguem os Doutores commumente a Bart. *ibidem, & in d. l. 1. Cod. dotis promissione, & Iam supra diximus ex d. l. si quis rem, & est etiam textus in l. cum post. §. gener. ff. iure dot.*

404 E o que ex aduerso arguem contra isto, quando hũa ficção. Vem em consequencia da outra. *Iuxta doctrinam Croti ubi proxime; & isso he o que dizem n. 115.* Porem não prouão as consequencias, & as q̄ fazê não tiraõ aduuida; Porq̄ fingillo possuidor: fingillo có odireito, q̄ estaua em outté; fingillo, q̄ transferio ao filho o q̄ não tinha, saõ coufas distintas: & que não vem hũas em consequencia das outras, como vem o dominio por a clausula do constituto, & entrega fingida.

E por excusar disputas, a ley não fingio nesta successam; nem o costume obrrou entre transuerfacs; nem ha sentenças nesse caso: Ergo.

405 Numero 127. se hão já com mais beneuolencia, dizendo, que Mafra sahio da Coroa por o contrato fol. 709. & attenta sua origem, se ha de regular, como bens da Coroa: & que pois se confessa, que nos bens

da Coroa, tem lugar a vida gloriosa por a *Ord. lib. 2. tit. 35. §. 1.* se deue julgar a Villa de Mafra ao Oppoente.

406 Este escambo foi feito em 9. de Janeiro de 1327. & El Rey D. Dinis largou Mafra por bens patrimoniaes, q̄ lhe derão em troco: & elle largou Mafra para sempre, como consta da dita escritura. E nestes termos conforme a *Ord. lib. 2. tit. 35. §. 23. in fin.* se ha de regular Mafra por bens patrimoniaes não he boaa allegacam, que fazem em contrario n. 128. & como bens patrimoniaes se deuolueo a successão da dita villa a fe meas, e transuerfaes de mais de trezentos annos a esta parte. E isto baste por resposta por não repetir outra vez os requisitos da dita Orden. §. 1. & que não bastaua serem os bens da Coroa, senão fossem possuidos por o pay do primogenito, que se diz morrer na guerra.

407 Numero 131. daõ por assentada a cõclusão do morto na guerra viver por gloria, (que com mayor razão se deuia hauer por derrocada) & passão a outra, que sendo viuo o pay do oppoente, fica sendo o parente mais chegado ao tempo da morte. Mas esta qualidade não se contenta a ley, nem o instituidor, que seja fingida, *l. cum pater §. hereditatem ibi. Qui eo tempore vixerit ff. leg. 2. Robles lib. 3. c. 11. n. 12. ibi. Vera, naturalis, & non fictitia esse debet.* Como fica dito n. 31. E quando o instituidor chamou o successor, dizendo, succederà sempre o parente mais chegado, ao tempo da morte, ficaria ociosa a palavra (*sempre*) contra o texto *in l. si quando ff. leg. 1.* E seria em prejuizo do legitimo successor, se se admitisse o morto naturalmente, que não tem vocação, & isto só bastaua para cessar a ficção. E fica cessando o que dizem n. 136 & se q̄ que deue succeder o parente mais chegado ao vltimo possuidor: porque não he o oppoente o de quem fallaõ os doutores, senão do parente viuo naturalmente, *ut sepe sepius dixi.*

408 Supposto isto não obsta, o que se diz cõtra o A. por parte do Conde de Saõ Ioão oppoente n. 185. videlicet, que Luis Aluares de Ta-uora seu pay precede ao A. no grao; & na idade. Affi fora, se elle fora superstitite; mas a idade do morto, & o grao, que cahio, não se considera, nẽ aficçam obra, quando a successão medio tempore foi occupada por outrem, como foy por o vltimo possuidor, que succedeo despois da batalha, & o A. a quem os Instituidores, & a ley a deferirão ao tẽpo da morte do vltimo possuidor. *Aduertit Robles lib. 3. c. 9. n. 32. ibi, ut gradus, qui representandus est, à nemine occupetur.*

409 Menos caso se deue fazer do que fazem an. 186. ate n. 196. videlicet, que he o oppoente parente por mais vias do primeiro Conde de Penella, & que nos mergados se succede *iure sanguinis*, & que affi se de

ue pre

ue preferir o que tiuet mais sangue, traz por argumento, que a femcã, que casa com baram da mesma familia, fica admittida, & que o irmão inteiro exclue ao meo irmão, & o filho do irmão inteiro aos filhos dos meos irmãos, & torna a dizer n. 196. que assi como o pay, & auo do oppoente havião de excluir a may, & auo do A o deue excluir o oppoente allega a l. si uiua matre Cod. bon. mat.

410 Tudo isto são fantasias, & não he justo tornar a entrar em disputa em cousas, que já estão aueriguadas, & decididas. E quanto a multiplicação dos parentes; alem do que fica dito *ex decis Granat*, 34. n. 70. ainda nos irmãos, & filhos de irmãos, he resolução certa, & verdadeira, que o irmão inteiro se nam prefere na successão do morgado ao meo irmão, que descende daquella parte, donde prouem o morgado. *Ultra supra allegatos o ensina Baldo in l. 1. Cod. legit. hered. n. 3.* onde diz assi.

*Confidera hic, quod tempore huius legis, caput unde agnati preserebatur capiti unde cognati, & ideo licet essent duo fratres vtrinque coniuncti, & alter ex latere patris tantum, nulla ratio prelationis surgebat ex latere matris, sed solum ex paterno, cum ergo dicit, quod due rationes vincunt unam, concedo, sed hic non est nisi una, quia altera est impertinens.*

Ate qui disse Baldo, segueo *Alex, cons. 9. n. 14. lib. 5. Decius, cons. 444. n. 5. idem Bald. in Cap. unico §. his vero de succes. fratr. ubi Proposit. Aluaros. & alij, Paul, & Corn. d. l. 1. Tiraq lib. 1. retr. §. 14. gl. 2. n. 10. cõmuniter receptus ex Menoc. cõs. 187. n. 14. l. 2. & cõs. 606. n. 19. & cõs. 686 n. 19. & 20. & lib. 4. presump, 75 n. 18. Decian, lib. 1. cons. 16. n. 21. & 51.*

411 A razão, que os Doutores dão desta determinação, he, quia, *in quiunt, non videtur habere duo vincula, qui habet alterum impertinens,* como diz *Bart. in d. l. 1. Cod. legit. hered.* & esta he a razão de decidir, q̃ cõsiderou *Menochio ao tex. in l. ult. ff. ad. Trebel. no cons. 124. n. 8.* porque naquelle texto succede igualmente o meo irmão, & o irmão inteiro em o fideicomisso instituido por o pay, por cuja via ( que he a que somente se deuia attender ) taõ filho era hum como outro. & expressamente em materia feudal diz, que assi se resolveo *Gail. lib. 2. obseru. 151,* onde diz que he commum, & diz assi.

*Ratio euidens est, quia in feudo non consideratur, nec patrocinator vinculum ex parte matris, & ibi, licet igitur in fratre ex utroque parente coniuncto due qualitates concurrant: quia tamen altera illarum est impertinens, non auget succedendi effectum.* allega muitos.

E certo he que dos feudos para os morgados he valioso o argumẽ

to *Conas lib. 3. var. c. 5. n. 5. Molina lib. 1. c. 7. n. 1.*

412 E ló nas successões, que se não deferem por via de familia, se attendem aos dous vinculos, & prefere o li mão inteiro, & seus filhos, vt suprà diximus, & se proua do *tex. in Auth. ita quod Cod. communia de succes.* & então lamente se consideraõ os dous vinculos, quando por si são efficazes, & preualecem; *secus verò, si alterum eorum sit infirmum, & debile,* como na verdade são os que se consideraõ em fauor do Oppoente porque nenhum confere mayor direito, do que tiuer ex propria persona, vt sup. n. 301.

413 Et vtcumq̄ sit, he certo, que todos os ditos principios se pretẽdem extender fora dos termos, & pessoas, em que fallão, o que não he permittido em casos tão particulares, & em disposições odiosas, & exorbitantes, como acerca das ficções ja dissemos, & acerca da razão da ley referimos suprà proximè.

414 A numero 200. trata o patrono do Conde de São Ioão Oppoente de excluir a Dom Ioão Luis de Vasconcelos, & a n. 256. contra a Cõdessa da Castanheira, & a n. 267. contra Dona Ioana de Menezes mother do Alcaide Mor de Palmella; & 269. cõtra Dom Carlos de Notonha e como nada disto prejudique ao A; antès em parte faz em seu fauor, naõ fica sendo necessario responderlhe; & assi passemos ao outro Oppoente, porque do que fica dito se colhem respostas expressissimas para tudo o mais, que se reperio em fauor do Conde de São Ioão.

*Contra o allegadõ em fauor de Fernão Martins Freire, que ragoou em outauo lugar ex fol. 1394.*

415 **R**EFEREM as instituições destes morgados, & dizem, que se lhes deue dar credito por a antiguidade, ao que respondi sup. ex n. 57. & em particular sobre a antiguidade, & serem os trallados muitos n. 65.

416 O que diz contra a instituiçãõ de Esteuão Rodriguez de Vasconcelos fol. 395. vers. se conuence ex dictis n. 14. & antè, onde referia sufancia da dita instituiçãõ, & os lugares della.

417 O intento principal he o que dizem fol. 1397. vers. que Dona Maria da Silua foi a filha mais velha do Conde de Penella, & que della procede o Oppoente, & refere a proua in facto fol. 1398. & a quer justificar de jure fol. 1399. dizendo basta serem de ouida, em cousa tão antiga, quando ouiraõ muitos a muitos Porè as testemunhas são singulares, & naõ de poeni cõas circunstantias, & qualidades necessarias, & tẽ os mes-



mos defeitos, que as de Tristão da Cunha de Ataide, a que responde n.º 174. & seqq. & o q. diz da proua de liuros de familias, são outros liuros, & não cartapacios trasladados sem approuação, nem consideração, & a inda no liuro do Infante Dom Pedro, de quem todos os genealogicos trasladaraõ, se achaõ infinitos erros; & em effeito isto não he proua que conclua.

418 E importa muy pouco para o intento, que de õnzẽ fol. 1400. querendo, que de cada filha do Conde de Penella se deriue linha com prelação as outras, a cerca disto fica dito largamente na resposta a Tristão da Cunha ex n.º 196. & tambem està respondido a Matienço, & a decisão de Gabriel Pereira 59. que allegaraõ, a qual em sua decisão resolue o contrario.

419 O q. diz fol. 1401. allegação sobre a successão do Reyno està respõdido ex n.º 37. cõsideradas as differenças, q. ha nas successões dos Reynos, & dignidades, & no discurso desta allegação em outras muitas partes, & não necessita de mais respostas.

420 O que diz fol. 1402. que não proua o A. ser descendente da filha mais velha do Conde de Penella, tem facil resposta, que nem o Oppoente proua tal, & que ao A. fõ era necessario ser o parente, varaõ, legitimo, mais velho, & mais chegado ao tempo do fallecimento do vltimo possuidor, o que tem bem prouado ex n.º 25.

421 Folhas 1404. diz que se não ha tratado o ponto mais importante, o qual consiste em que haucndo melhor linha, não ha consideração de grao, & que não obsta ser o A. o parente varaõ mais velho, & mais chegado: ao que respondo, que concedo tudo. Porem, que nem o Oppoente, nem outro algum dos litigãtes està em melhor linha, por não serem descendentes da linha primogenita, nem da linha do instituidor, & todos serem descendentes das tres filhas do primeiro Conde de Penella.

422 Folhas 1405. faz vocações, na polilha & seus descendentes, & diz fol. 1405. vers; que este he em termos o conselho de Paulo de Castro, & tambem allega a decisão de Pereira 59. n.º 7. Respondo, que aqui se conuerteo o Oppoente a melhor conselho seguindo a instituição do anno de 1353; & que a vocação da polilha, & seus descendentes, tinha lugar no seu caso, que era a filha do vltimo possuidor, a falta de filhos, & o particular de seus descendentes he cada hum com a qualidade, que tiuesse: & nessa vocação esta o A. com melhores qualidades por ser mais velho, & mais chegado, que o Oppoente, & estar na mesma linha do primeiro Conde de Penella, & o conselho de Paulo de Castro tem ran-

tas differenças, como fica mostrado acima muitas vezes, principue a n.  
268. & 372.

423 E o que diz fol. 1406. vers; que tanto q̄ chamou as filhas, ficou admittindo a mais velha: diz bem no concurso de muitas filhas, que ficassem uiuas ao tempo do vltimo possuidor; mas sendo todas mortas, nem tem vocação, nem aproueitão aos litigantes, cada hum dos quais entra so com a qualidade natural, que tem ao tempo, que se deferio a successão.

224 Não diz outra cousa cõtra o A. nã necessita esta allegação de outras respostas, por se lhe acomodarem as que ficão dadas aos mais Oppoentes, e não ser conueniente repetillas, *quia sat prata biberunt.*

425 Não razoarão os outros Oppoentes. Porem ex dictis se conuence o allegado em suas opposições. & fica manifesto, que ao A. Manoel de Vasconcelos, que Deos perdoe, se deferio a successão destes Morgados, & por sua morte ao Conde de Figueirò seu filho primogenito, pois lhe não pode obstar o q̄ em seu fauor allegou Dom Ioão, nem os mais que descendem ex radice infecta; & menos todos os descendentes das filhas do Conde de Penella, aquem o A. precede por mais chegado, & mais velho, sem se poder ter consideração de melhor linha, representação, ou transmissão, pois nenhũa destas cousas tem lugar no caso presente; & outro si aquelles, em cuja linha não entrou a successão, a não podem pretender, em quanto ha descendentes daquelles, em que entrou, & foram chamados. & por esta cabeça fica excluido Dom Carlos de Noronha da pretensão do morgado instituido por Dona Leonor de Menezes pois sò tinha vocação em desfalcimento de Dom Affonso, & seus descendentes vt fol. 238. & o A. he seu descendente legitimo, como fica mostrado.

Pello que o declare V. M. por successor destes morgados com todos os rendimentos delles desde a morte do vltimo possuidor. facta solita iustitia com as custas.

---

*Com todas as Licenças necessarias.*

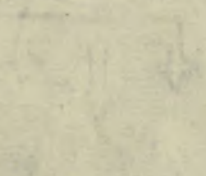
Em Lisboa por Antonio Alvarez Impressor Del-Rey N. S. Anno de 1645.

Lee 3



18 11 23

2002



(L. . . )

