





REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
SÃO PAULO

ANNO DE 1897

VOL. V



SÃO PAULO

Typ. a vapor—Espindola, Siqueira & C.

RUA DIREITA, N. 10 A.

1897

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
SÃO PAULO

ANNO DE 1897

VOL. V



S. PAULO
Typ. a Vapor—_spindola, Siqueira & Comp. — Rua Direita n.º 103
1897

COMMISSÃO DE REDACÇÃO

Dr. Vicente Mamede de Freitas,
Presidente.

Dr. José Luiz de Almeida Nogueira.

Dr. João Pedro da Veiga Filho.

Dr. Raphael Corrêa da Silva.

Dr. José Alpiano Sinto de Souza.

Pela quinta vez — em execução do disposto no art. 175 do Decreto n. 1.159 de 3 de Dezembro de 1892— é publicada a *Revista da Faculdade de Direito* de São Paulo.

Eis o texto desse artigo:

«Será creada em cada um dos estabelecimentos uma *Revista* dos Cursos da Faculdade ou Escola.

«Esta *Revisia* será redigida por uma commissão de cinco lentes, nomeada pela Congregação na primeira sessão de cada anno. A commissão elegerá o redactor-principal e promoverá a troca da *Revista* com os periodicos da mesma natureza na Europa e na America».

•

ORGAMS DA FÉ PUBLICA

Tabelliães ou notarios. Escrivães e officiaes do Juizo.
Registradores. Archivistas

O direito, em sua realisação, é um acto do livre-arbitrio, fundado na lei moral, e, portanto, uma expansão da vontade determinada pela intelligencia. Na infancia dos povos, as acções symbolicas e os symbolos foram as fórmas mais imponentes da declaração da vontade juridica.

Depois, a palavra, a principio constituida no rigor da formula e mais tarde se emancipando desse rigor, foi o elemento frisante daquella declaração. O *uti lingua nuncupassit ita ius esto*, da Lei das Doze Taboas, já accusa um progresso relativo. Os direitos se exercitavam directamente, e em publico se tratavam os negocios que interessavam á convivencia social, taes como os contractos e testamentos. Nesse primeiro periodo da existencia da humanidade, si não bastassem a boa fé, o respeito á promessa e o testemunho dos particulares, sendo os negocios tão poucos e tão simples, o testemunho das assembléas po-

pulares, então de facil alcance pela concentração dos grupos que formavam as *phratrias*, as *tribus* e as *ciudades*, satisfazia as exigências da vida juridica (1). Os actos e contractos eram feitos ás portas da cidade, que então offereciam um accesso mais facil e uma posição mais commoda para os contrahentes e litigantes; e este uso permaneceu, até certo ponto, entre os povos modernos, onde, em geral, a séde da administração municipal e da justiça, o paço municipal, é na praça publica, no logar mais frequentado (2): o *mallum*, *malhom* gèrmanico, o *malberg*, da Lei Salica, *Læberg*, dos povos scandinavos, o *Forum* romano, os *concelhos*, dos Foraes portuguezes, reunindo-se « aos carvalhos da egreja », etc., accusam essa origem commum (3). « Desenvolvendo-se as relações sociaes, novos conhecimentos, relações commerciaes mais diffusas, a variedade e complicação dos negocios trouxeram a necessidade de uma prova das convenções, menos fugaz do que a *palavra fallada* e menos transitoria ou mais segura do que a memoria das testemunhas; e, assim, as simples promessas verbaes foram substituidas por *documentos escriptos*. Para escrevel-os, surgiram os intermediarios, expeditos na arte calligraphica, os quaes, a principio, simples privados, tornaram-se mais tarde funcçionarios officiaes destinados a dar, em fórma solemne, aos actos que lavrassem a sancção da fé publica » (4): eis a genesis do notariado, segundo o doutor WLADIMIRO PAPPFAVA, notavel jurisconsulto, autor de varias obras sobre o notariado em geral e especialmente sobre o notariado austriaco. O illustre ministro italiano DE FALCO, no seu relatorio sobre o projecto de lei para reorganisa-

(1) FOUSTEL DE COULANGES, La cité antique, pags. 131 e seguintes.

(2) ROLLAND DE VILLARGUES, Code du Notariat, pag. 3.

(3) THEOPHILO BRAGÀ, Historia dos foraes, pag. 34.

(4) PAPPFAVA, Letteratura notarile, pag. 3.

ção do notariado na Italia, apresentado em 1866, assignalando que esta instituição passou por varias transformações á medida do desenvolvimento da civilização, diz o seguinte: «No antigo Oriente, o officio de *scriba* era mais uma emanação do poder sacerdotal. Entre os Romanos, o ministerio dos tabelliães, constituido por um collegio de pessoas livres, doudas e probas, elevou a instituição do notariado á maior dignidade. Mas, os actos do *scriba* do Oriente e do *tabellio* em Roma eram *escriptos privados* até que as partes contrahentes os tivessem exhibido, em presença de testemunhas, ao magistrado encarregado de imprimir-lhes o signal ou sello publico e de dar-lhes o character de autenticidade necessario para sua execução. Até a metade do seculo XIII não se acham notarios com a qualidade de *officiaes publicos*; mas, ás vezes, o officio de notario via-se confundido com o de juiz, por força das tradições historicas que, até aquelle tempo, tinham tornado necessario o ministerio do magistrado para dar character publico ao acto notariado. Entretanto, os juizes pela multiplicidade dos actos que deviam cumprir como notarios, começaram a delegar essas funcções aos seus escrivães e chancelleres, os quaes pouco a pouco foram se tornando peritissimos na sciencia das fórmias e constituiram uma classe de officiaes publicos separada e independente. Operou-se, então, uma mudança substancial no character e na indole do officio notarial: o ministerio dos notarios não foi mais uma emanação da autoridade judiciaria, como nos primeiros tempos o tinha sido da autoridade sacerdotal, mas tornou-se uma delegação immediata do poder soberano. Os notarios foram os delegados directos e especiaes do governo, para tornar executorios os actos e contractos a que as partes devessem ou quizessem imprimir o character de autenticidade proprio dos actos de autoridade publica». Não ha,

le facto, divergencia entre a exposição do ministro taliano e a do jurisconsulto austriaco, a quem muito recorreremos no exame, que passamos a fazer, da instituição do notariado entre os principaes povos da antiguidade, entre os povos da idade media e nos saizes modernos.

I

Hebreos, Assyrios, Egypcios, Gregos e Romanos

1). HEBREOS. A simplicidade da organização social dos Hebreos era uma consequencia da simplicidade da sua vida privada. Cada um vivia dos fructos de seu campo e de seus rebanhos: o trigo que colheva, o leite e a carne de suas ovelhas, o fructo de sua vinha e de sua figueira, eis o alimento do Israelita; as mulheres de sua casa teciam o panno, cosiam os vestidos, fabricavam os calçados, preparavam o pão e o repasto. Póde-se dizer que não havia artes ou officios; não havia sinão agricultores ou pastores, que trocavam os excedentes de seus productos ou entre si ou com os ricos tecidos, armas e metaes dos Phenicios industriosos e das caravanas que atravessavam a Palestina. Quando se toram complicando as transacções, estas se faziam ás portas da cidade, sem intervenção de notario e sem escripto, mas diante dos habitantes do logar, que serviam de testemunhas. Foi ás portas da cidade que se concluiu o mais antigo contracto real de que a Escriptura Sagrada faz menção (*Genesis*, XXIII, 8—18), isto é, aquelle pelo qual, no anno de 1850 A. C., Abraham comprou de Ephron um terreno para nelle sepultar sua mulher Sara, compra essa que foi feita, por quatrocentos siclos de prata, em presença das tribus de Heth, reunida ás portas da cidade. Assim Jacob compra por cem cordeiros

um campo onde quer levantar um altar (*Genesis*, XXIII 19 — 20). Igualmente, ás portas da cidade, Booz, assentado com dez anciãos de Israel, adquire, em seguida á renuncia de direitos feita por um mais proximo parente, uma parte do campo de Elimelech, vendido por Noemi (*Ruth*, IV, 1 — 11).

Exceptuado o acto de repudio, para o qual Moysés ordenára o *escripto* (*Deuteronomio*, XXIV, 1), que, segundo S. AGOSTINHO, deveria ser lavrado por um funcionario publico, os contractos e todas as outras disposições tinham lugar, como já foi dito, verbalmente e a prova delles fazia-se mediante testemunhas. Os primeiros actos escriptos que se encontram entre os Hebreos consistem em um contracto de Tobias, o Moço, com Raguel, sobre o qual diz a Escripura: *Accepta charta, fecerunt conscriptionem conjugii* (*Tobias*, VII, 16) e, em um documento de debito, a proposito do qual leem-se, entre outras, estas phrases que o pae dirigia ao filho: *Indico etiam tibi, fili mi, dedisse me decem talenta argenti, dum adhuc infantulus esses, Gabelo, in Ragis, civitate Medorum, et chirographum ejus apud me habeo* (*Tobias*, IV, 21).

Nos tempos posteriores, quanto a immoveis, não foi sufficiente, entre os Hebreos, a estipulação verbal nos contractos de compra e venda e introduziu-se a formalidade da immissão na posse; é, ao menos, o que resulta do contracto que Jeremias, na epocha do sitio de Jerusalem por Nabuchodonosor, no anno 620 A. C., emquanto se achava no carcere por ordem do rei Sedecias, estipulou com um filho de seu tio Salum, sobre a venda de um campo que tinha em Ananoh, pelo preço de sete siclos e dez dinheiros de prata. O instrumento do contracto foi firmado pelos contrahentes e pelas testemunhas na presença do publico: *Et scripsi in libro, et signavi et adhibui testes et appendi ar-*

gentum in statera. Et accepi librum possessionis signatum, et estipulationes, et rata, et signa forinsecus; et dedi librum possessionis Baruch, filio Neri filii Massii, in oculis Hanameel patruelis mei, in oculis testium qui scripti erant in libro emptionis, et in oculis omnium Judæorum, qui sedebant in atrio carceris (Jeremias, XXXII, 9—13.) «E escrevi no livro e assignei e chamei testemunhas e lhe pezei o dinheiro na balança. E recebi o *livro da posse* assignado, com as estipulações e prescripções legaes e sello exterior; e dei este *livro da posse* a Baruch, filho de Neri filho de Massias, em presença de Hanameel, meu primo, e das testemunhas que estavam escriptas no *livro da compra*, assim como na presença de todos os Judeos que se achavam sentados no adro do carcere». Note-se que o termo *liber*, em sua significação propria e original, significa a pellicula entre o cerne e a casca do tronco de arvore, ou entrecasca, e por extensão applicou-se á taboa de escripta, ao pergaminho, ao papel e, só mais tarde, ao livro no sentido moderno ou folhas encadernadas. Aquelle contracto foi lavrado em dous exemplares dos quaes um foi conservado aberto e outro, fechado e sellado, e ambos foram, na presença de testemunhas, consignados a uma terceira pessoa, isto é, a Baruch, para que os guardasse. Esta pratica era seguida ordinariamente em todos os contractos escriptos e, no caso de contestação, o exemplar sellado fazia prova plena. *Et præcepi Baruch coram eis, dicens: Sume libros istos, librum emptionis hunc signatum, et librum hunc qui apertus est: et pone illos in vase fictili ut permanere possint diebus multis.* «E preveni a Baruch diante delles, dizendo: Toma estes livros, este *livro da compra* sellado e este outro que está aberto: e guarda-os em vaso de barro, para que possam durar muito tempo». Para bem comprehender-se este texto que os interpretes nem sempre re-

produziram com exactidão, é preciso estudar o processo então empregado para a confecção dos actos e tambem a missão ou função das testemunhas. O acto se lavrava entre as partes, isto é, aqui, entre o vendedor e o comprador; em seguida, dobrava-se a pelle ou o papyrus: as partes appunham o seu sello ou sinête na dobra em presença das testemunhas e estas assignavam sobre a parte que ficava apparecendo. Assim, as testemunhas não conheciam as clausulas do contracto, attestavam somente a identidade das partes e o facto da apposição dos sêllos ou sinêtes, quasi como acontece actualmente na approvação de um testamento cerrado; aliás, esta pratica era observada tambem mais tarde entre os Romanos, como se pôde vêr nas *Sentenças de Paulo*, V, 25, e no Dig. Liv. XXVIII, I, *Qui testam. facere poss.*, L. 22, § 7.º, sendo que o acto assim duplicado chamava-se *diploma* ou *diptichus*. (5)

Desde 600 annos A. C., o encargo de receber e sellar os actos e contractos, que deviam ser munidos do sello publico, competia a uma especie de notarios chamados *scribas*. Estes, na maior parte das convenções, faziam simples notas ou abreviaturas, cada uma das quaes significava uma palavra, e eram escriptas com toda a celeridade, como se deprehende do versiculo segundo do *Psalmo XLIV*: *Lingua mea calamus scribae, velociter scribentis*. Eram revestidos de character sacerdotal, tanto os *scribas* ou *doutores da lei*, que transcreviam e interpretavam a Sagrada Escrip-tura, como os *scribas do povo*, que occorriam ás necessidades quotidianas dos cidadãos, redigindo memorias, cartas e semelhantes documentos. *Penes sacerdotes, erat publica fides, annales temporum et regum. In manu Dei prosperitas hominis et super faciem scribae*

(5) DARESTE, Histoire du Droit, pag. 33.

imponit honorem suum. Agri emuntur pecunia, et scribuntur in libro, et imprimetur signum, et testis adhibitur. (Jerem. XXXVI, 10, 12, 20, 23; IV Reis, XII, 10, XXII, 3, 8; I, Esdras, VII, 6, 11, 12; Math. II, 4, etc.)

Depois do anno 450 A. C., isto é, após a volta do captivo de Babilônia, construido o segundo templo e reconstruidos os muros de Jerusalem em consequencia do celebre edicto de Cyro, Jerusalem foi se tornando um mercado muito frequentado e um grande centro de negocios. A expansão da raça judia e o movimento de peregrinos que vinham visitar o novo templo, forneciam meios de comunicação regulares e seguros (6). Desenvolveu-se em larga escala o negocio bancario. Havia mesmo em Jerusalem, como em todas as praças da Grecia e do Oriente, um edificio publico (*grammatophilacio*), verdadeira bolsa do commercio, onde se vendiam e compravam titulos de credito e onde se conservavam esses titulos: o historiador JOSEPHO conta que, por occasião da grande revolta dos Judêos, esse edificio foi incendiado.

Ao lado da lei mosaica foram-se formando nessa epocha as instituições que constituem o *Talmud*, ultimo monumento do direito hebreo, obra composta do *Mischna* e da *Gemare* (7). No que diz respeito á forma dos actos escriptos, o *Mischna* estabelece regras importantes;—assim: distingue o escripto ordinario, não solemne, não lavrado em presença de testemunhas, e o acto de emprestimo, lavrado com intervenção de testemunhas; este ultimo é executorio por si mesmo e produz hypotheca com direito de sequela sobre os immoveis do devedor; a publicidade dada ao acto

(6) Cit. DARESTE, pag. 36 e seguintes.

(7) BRUNET, art. no Dicionario de DUCKET, verb. *Talmud*.

pela presença das testemunhas é sufficiente para o effeito em relação a terceiros.

Quanto ao processo, não descobrimos na legislação mosaica que os *scribas* se incumbissem de escrever os actos processuaes. A prova se fazia por audição de testemunhas e por juramento do accusado em certos casos; o *judicium Dei* (8) só era admittido no caso da mulher suspeitada de adulterio (*Numeros*, V, 11—31). Mas, na legislação talmudica, ha o processo executivo, cujos actos suppõem a necessidade do *scriba*: o devedor tem noventa dias para pagar; passado esse prazo, o credor se apresenta ao tribunal e troca o seu titulo por um *titulo de penhora ou apprehensão*; depois troca esse titulo por um *titulo de occupação*, e, por fim, troca este ultimo por um *titulo de adjudicação* após avaliação. Além disso, os tribunaes, inclusive o *synedrion*, tinham sempre um ou dois secretarios, incumbidos de guardar os instrumentos em taboa ou papyrus e de autenticar os julgamentos.

Não devemos terminar esta apreciação dos orgams da fé publica entre os Hebreos sem aproveitar algumas considerações que, a proposito da derivação etymologica das palavras—*nota* e *notario*, se encontram no prefacio de uma obra do advogado italiano Doutor LIMENIO STROPPA (9). Que, a palavra *notarin*, notario tenha sido usada por muitos autores desde a mais alta antiguidade, é o que se deprehe de um trecho

(8) O *judicium Dei*, dos costumes germanicos, era tambem uma correcção da vingança individual pelo principio theocratico; mas, consistia no *combate judiciario* ou duello das partes perante o juiz e nas *ordalias*, isto é, na experiencia da firmeza e paciencia do accusado em supportar a acção do fogo ou da agua. As ordalias consistiam ou em ficar um certo tempo em rios e mares sem submergir-se, ou em mergulhar o braço em agua fervendo sem mostrar soffrimento, ou em beber aguas amargosas sem repugnancia, como no caso da lei mosaica.

(9) STROPPA, Repertorio della nuova legge 25 Luglio 1875 sul riordinamento del notariato, pag. 7.

de um antiquissimo commentario do *Pentateuco* (*Schemot-Raba*), onde, a proposito da usura, vem o exemplo de um homicida conduzido á presença do juiz quando foi chamado o *notarin*. Em outro logar, no *Talmud*, de igual antiguidade, lê-se que, depois da passagem do Jordão, Josué fez gravar ou esculpir sobre grossas pedras as palavras da lei, segundo as ordens de Moysés (*Deuteronomio*, XXVI): segundo a lei talmudica, Josué executou o mandado do legislador, esculpiu as palavras e fel-as depois cobrir com rebôco de cal; mas, os povos cananêos mandaram os seus *notarin*, que conheciam a lingua, tirar a cal e traduzir. A palavra — notario — parece, assim, derivada do hebraico, *notarios* ou *notarin* (forma plural), traduzida nos lexicons latinos por *notarii*, *scribæ juldicenti*. Entretanto, Moysés não usa da palavra *notarin* usa da palavra *nôgsim*, referindo-se a intendentes de policia e assistencia publica, e da palavra — *sôterin*, referindo-se aos agentes judiciaes. As palavras — *sofer* e *scriba* são posteriores; e, nos *Talmuds*, quando se requer a presença do notario para lavrar ou rogar um acto, é sempre usada a palavra — *sofer*, que alguns ligam á origem egypcia.

Mas, não estariamos longe da verdadeira derivação etymologica, si ligassemos a palavra — notario — ao verbo hebraico — *natar*, que significa *observar* e *conservar*; de facto, o notario é não só a testemunha mais autorizada dos actos, como o conservador dos documentos.

Uma outra curiosa observação é feita na citada obra do Dr. STROPPA, a proposito da palavra greco-chaldaica — *notaricon*, derivada da raiz hebraica — *natar*, palavra aquella que significa — Symbolo artificial dos escreventes, *scribarum Symbolum artificiale*. Não é de extranhar isso no chaldaico, porque nessa lingua ha palavras cujas lettras têm cada uma um significado.

Ora, não estará longe da verdade quem veja analogia entre o *notaricon*, greco-chaldaico, e o *natar* hebraico.

Ao Doutor WLADEMIRO PAPPFAVA, porém, não parece exacto que o nome — *notarius* seja derivado da voz hebraica — *natar* (10). Os Romanos, como nação, não tiveram directamente contacto algum com os Hebreos sinão na guerra de Pompeu na Palestina, que, no anno 63 A. C., foi reduzida a provincia romana sob o governo de um *procurator*. Em geral, todos os povos da costa occidental da Asia menor, fallando o hebraico, o armenio, o syriaco, ou outra qualquer lingua semitica, não foram subjugados sinão nos ultimos annos antes e nos primeiros depois de Jesus Christo. Não é, pois, presumivel que os Romanos tenham tomado de tal povo a palavra *natar* e a tenham mudado em *notarius*. Quando os Romanos contrahiram relações com os povos do Oriente, tinham já, si não a palavra *notarius*, a palavra — *nota*, que é de origem grega ou commum com a grega. Os Romanos puzeram-se em contacto com as colonias gregas e com a cultura grega na Italia inferior (Magna Grecia) mais ou menos 400 annos A. C. Mas, a influencia grega no Lacio é muito anterior, como demonstram a constituição de Servio Tullio, a existencia dos jogos Romanos, a introdução dos livros sybillinos, etc. A palavra *nota* é de origem commum com o grego *gnot*, de *gnosko*, conhecer, porque a raiz *not* (*g-not*) é commum ás duas linguas irmãs do ramo indo-germanico, a grega e a latina. Da raiz *not* os Romanos formaram a palavra *nota*, e, com o suffixo — *rius*, formaram a palavra *notarius*. Mas, a palavra — *nota*, no sentido actual, restricto e especialissimo de significar os instrumentos publicos de actos e contractos, em contraposição aos

(10) PAPPFAVA, Delle opere che illustrano il notariato, pag. 340.

instrumentos publicos de actos processuaes nos juizos ou tribunaes, é introducção do Direito Canonico, como opportunamente provaremos.

2). ASSYRIOS, MEDOS E PERSAS.—E' sabido que a escripta dos Assyrios, dos Medos e dos Persas, era composta de figuras, em fórma de ferro de lança ou de prégo, primitivamente impressos em tabolêtas de argilla, especie de terra-côta, ou gravados em pedra, diversamente combinados: d'ahi o nome de *escripta cuneiforme* (11) Em 1876 entraram para o Museo de Londres cerca de dous mil e quinhentos contractos, — comprados por George Smith a um mercador de Bagdad:— eram lavrados em tabolêtas com caracteres cuneiformes, descobertas nas ruinas de Hillah, contendo documentos de interesse privado, dos quaes os mais antigos são considerados como do tempo de Sennacherib, rei da Assyria(712—707 A. C.) e os mais modernos são datados do reinado de Dario, filho de Hystaspe (521—485 A. C.), isto é, estes ultimos já do tempo em que a Assyria passou para o dominio persa, tempos posteriores ao anno 538 A. C. em que, sob a dominação de Cyro, a Assyria tornou-se uma provincia da Persia.

Os Assyrios não se serviam de tinta nem de pincel; elles não tinham papyrus como os EGYPCIOS, nem pelles preparadas como os habitantes de Pergamo, os Gregos e os Romanos; os scribas assyrios desenhavam seus caracteres formaes em tijolos de argila, servindo-se de estyletes triangulares. Bem se vê quanto é difficil cogitar, com taes materiaes, de actos processuaes escriptos, quer da *causa*, quer do *expediente do juizo*. Mas, a conquista da Assyria por Cyro mudou a face das cousas. Sob a mesma dominação de Cyro, no anno 536 A. C., foram subjugados os

(11) VIGOUROUX, La Bible et les decouvertes modernes, I, 171 e IV, 528

Medos. As formas dos actos, portanto, devem em geral, ser apreciadas d'ahi em diante, segundo a civilisação e as leis dos Persas; e, réferindo a descoberta das tabolêtas assyrias, não temos em vista si não mostrar o uso antigo da fórma escripta.

Os historiadores do direito persa anterior á dominação musulmana, vão buscar no *Zendavesta*, dentre os preceitos religiosos, as ideás juridicas nelles contidas, e no *Gemare de Babylonia* muitas leis positivas. O *Gemare de Babylonia* foi a parte do *Talmud* constituindo a legislação dos Judêos que, não querendo se aproveitar do edicto de Cyro, não voltaram á Palestina, continuando a viver nas margens do Euphrates, submettidos a seus juizes nacionaes e governados por suas proprias leis, posto que sob a autoridade do monarcha persa. Os Persas, como em geral os antigos orientaes, ligavam grande importancia á prova escripta. Como os Judêos, elles lavravam actos duplicados com assignatura de tres testemunhas na dobra da pelle ou entrecasca (12). Estes actos tinham execução preparada e produziam o direito de sequela sobre os immoveis do devedor. Os Persas foram dos primeiros a estabelecer o *cadastro* e, desde então, a propriedade dos immoveis, não podia ser transmittida sem acto escripto. Quanto á venda de moveis, tornava-se ella irrevogavel, não pela apprehensão da cousa vendida, como entre os Judêos, mas pelo pagamento do preço. Tudo leva a crer que, ao menos para a confecção daquelles actos para os quaes *era necessaria a fórma escripta*, houvesse uma classe de pessoas habeis, sinão por officio publico, ao menos por profissão.

Não pudemos descobrir, na investigação da pratica do fôro antigo da Persia, a existencia de escritvães judiciais

(12) Cit. DARESTE, pag. 113.

e é de crer que não houvesse. Os juizes persas não motivavam suas sentenças; pois, conforme attesta RABBINOWIHS, *Legislation civil du Talmud*, citado por DARESTE, os juizes persas exerciam uma autoridade discricionaria e não motivavam suas sentenças. A prova se fazia por testemunhas que eram ouvidas e examinadas pelo proprio juiz; e, na falta de testemunhas, recorria-se á tortura e ás ordalias.

3). EGYPCIOS.— O antigo Egypto apparece na historia desde logo como uma sociedade regularmente organisada, submettida a uma monarchia apoiada, no regimen das castas e revestida de caracter sacerdotal. Só as castas superiores, isto é, dos sacerdotes e dos guerreiros, tinham o direito de propriedade e o direito de contractar; mas, no seculo VIII A. C. tendo o rei Bocchoris proclamado a liberdade dos contractos, começa no Egypto a vida juridica, sendo que, em geral, os contractos deviam ser provados por escripto. O escripto era lavrado pelas proprias partes, ou por um notario e, quasi sempre, em presença de cinco testemunhas; cada uma das testemunhas transcrevia por sua mão o contracto e assignava-o embaixo desta transcripção, de sorte que a mesma folha de papyrus reproduzia as mesmas disposições tantas vezes quantas testemunhas, sem contar o original assignado pelas partes. Isso explica-se pelo desenvolvimento da arte de escrever no Egypto: não faltavam alli materiaes, pedra, madeira, pergaminho, e, sobretudo, o *papyrus*: o signal caracteristico do Egypto era, na phrase de VIGOUROUX, a *mania de escrever* (13).

Os contractos de transmissão de propriedade offerecem, entre os Egyptios, certas formalidades par-

(13) VIGOUROUX, obr. cit., II, 580—581.

ticulares, que importa assignalar e explicar, porquê, no direito, toda a formalidade, por accidental que seja, é a expressão de uma idéa que a sciencia tem de descobrir (14). A transmissão se operava em tres actos: o primeiro era o *acto por dinheiro*, isto é, o instrumento do accordo entre o vendedor e o comprador, designando o objecto vendido, o facto do pagamento integral do preço sem indicar a quantia ou cifra, a obrigação do vendedor entregar ao comprador os titulos anteriores e de garantil-o contra toda a evicção; o segundo era o *acto do juramento*, acto religioso, do qual se lavrava o respectivo auto; o terceiro era o *acto da immissão na posse* perante o juiz ou tribunal e cuja consequencia era a substituição do nome do vendedor pelo do comprador nos livros do *cadastro*, isto é, no livro em que eram alistados os immoveis, descrevendo-se a sua extensão, qualidade, caracteristicos, valor ou preço e nomes dos proprietarios. Destes tres actos, o segundo cahiu em desuso, restando apenas o primeiro como *acto de aquisição do dominio* e o segundo como *acto de posse*, isto é, a *venda e a tradição*, sendo que, mais tarde, no *acto por dinheiro* ou *acto de aquisição*, passou-se a fixar a cifra ou quantia do preço.

Quando, com os Ptolomeus, o hellenismo penetrou na civilização egypcia, os contractos principiaram a ser feitos perante os notarios gregos e os processos foram movidos perante os tribunaes gregos. E, então, os contractos, que importassem alienação, eram lavrados em presença de dezeseis testemunhas, que assignavam seus nomes no reverso do acto, mas já não o transcreviam. Para os actos menos importantes, por exemplo, um emprestimo ordinario, sem penhor ou hypotheca, bastavam seis testemunhas. Quando os

(14) DARESTE, cit., pag. 6.

indigenas se apresentavam para contractar perante os notarios gregos, tinham de declarar, não somente os seus nomes, como a filiação, profissão e residencia, assim como outros caracteristicos da identidade pessoal, precaução efficaz para garantir a substituição da pessoa.

O mais antigo *registro de transmissão* conhecido é do anno 185 A. C. sob o reinado de Epiphanio; pagava-se pelo *registro* o vigesimo do preço e logo, sob o reinado de Evergetes II (140—120 A. C.), foi elevado ao decimo; o pagamento estava a cargo do comprador. Esta formalidade do *registro* perpetuou-se até a dominação romana, porém menos complicada; o ultimo *registro* conhecido, na pratica antiga do Egypto, é do anno 154 A. C., não se sabendo nem quando, nem como foi supprimido este systema, quer como formalidade, quer como imposto.

Na praxe egypcia, pois, se encontram a *escriptura*, o *cadastro*, o *registro* e o *imposto de transmissão* ou *siza*, em sua origem historica. Encontra-se ainda o *archivo* ou *cartorio*, porque não bastava que os contractos fossem registrados; a lei exigia ainda que fossem transcriptos no cartorio do tribunal ou juizo e que fossem depositados no cartorio do conservador dos contractos: era o uso de todos os paizes onde penetrára a civilização hellenica (15)

Parece que o direito egypcio, como todo o direito anterior ao romano, não conhecia o testamento (16).

Quanto ao processo parece que, mesmo antes da influencia hellenica, havia scribas incumbidos de autenticar os actos que se passavam em juizo, havia officiaes de justiça que collocavam diante dos juizes

(15) DARESTE, cit., pag. 13

(16) FOUSTEL DE COULANGES, cit., pag. 87.

o livro da lei; por escripto o accusador denunciava o crime ou qualquer outra violação de direito; por escripto replicava o accusado; emfim, sempre por escripto as duas partes se refutavam mutuamente; depois, os juizes ouviam testemunhas, liam instrumentos e proferiam suas sentenças silenciosamente significadas pela collocação da estatueta da Verdade sobre a cabeça da parte vencedora, estatueta que os juizes traziam sempre suspensa ao pescoço como insignia da dignidade. As confissões eram extorquidas por bastonadas (17). CHAMPOLLION e outros egyptologos fornecem-nos desenhos achados em *papyrus*, representando o *juulgamento dos mortos* e a *diligencia das bastonadas*: naquelle figura sempre, não só o juiz, como o scriba incumbido de autenticar os actos processuaes; com maioria de razão, o scriba deveria intervir nos julgamentos dos vivos.

Para concluir, diremos que o uso da escripta no Egypto tornou-se tão vulgar depois que se formou a *escripta demotica*. A *escripta hieroglyphica*, por imitação de objectos materiaes ou imagens tiradas dos seres da natureza, não era empregada sinão nos monumentos publicos ou privados e na transcripção de certos textos sagrados; para os usos da vida ordinaria, empregou-se a *escripta hieratica*, abreviação da *hieroglyphica* e a qual era escripta da direita para a esquerda; depois simplificou-se a *escripta hieratica*, resumiram-se os caracteres para commodidade das transacções e formou-se a *escripta popular* ou *demotica*. Mas, sob os Ptolomeus, o hellenismo entrou não só na administração como na vida civil, a tal ponto que os proprios egypticos voluntariamente contractavam perante notarios gregos e moviam seus processos perante os tribunaes gregos.

(17) LETOURNEAU, Evolution Juridique, pag. 136.

4). GREGOS. — O historiador HESÍODO, desnudando o character astuto dos gregos primitivos, assignala a cautela geral da intervenção de testemunhas em todos os actos e contractos, « mesmo entre irmãos ». Os Hellenos não habitavam somente a Grecia: colonos emigravam das pequenas cidades gregas, fundavam pequenos estados nas ilhas do Archipelago, nas costas na Asia Menor, em Creta, em Chypre, nas costas do mar Negro, na Thracia (hoje Turquia de Europa), até na Italia do Sul, etc., e isto desde 1000 até 500 A. C. Mas, as suas duas principaes cidadês, os estados de origem, foram, como se sabe, Esparta e Athenas. Não ha necessidade de descermos até esses tempos em que as legislações de Dracon, Solon e Lycurgo dominavam. Observaremos, porém, que, no processo judicial dos antigos gregos, já encontramos a citação, os testemunhos escriptos, a producção das taboletas ou instrumentos, tudo isto devendo ser encerrado em uma *caixa sellada* e lido pelos juizes ou tribunaes (18). Quanto aos actos e contractos, basta que cheguemos aos tempos de Alexandre e ARISTOTELES (19). O Philosopho classifica entre os funcionarios *publicos* aquelles que lavram os actos e contractos dos particulares, assim como os que reproduzem as petições, citações, proposições das demandas, accusações, defezas, e as decisões dos juizes; acrescenta que, em alguns lugares, estas funcções dividem-se por diversos funcionarios, para significar ou a funcção de lavar os contractos, ou a funcção de escrever os actos do processo judicial, ou a funcção de guardar e conservar os documentos publicos e particulares. Estes funcionarios denominavam-se *mne-mons*, *epistates* e *hierommnemons*, que costumam a tra-

(18) LETOURNEAU, cit., pag. 347.

(19) ARISTOTELES, Politica, VI, cap. VIII. n. 6, edic. de EHRLE, IV.

duzir em latim—*notarii, actuarii, chartularii*, e em portuguez,—notarios, secretarios e archivistas. Depois que se desenvolveu a vida civil na Grecia, estes funcionarios foram crescendo na consideração publica. *Ad scribæ officium*, diz TIRAQUELLUS, *apud Grecos solum admittebantur qui honesto loco, fide et industria cogniti erant, cum necesse esset omnium consiliorum eos esse participes* (20).

No que diz respeito ás transmissões de immo-veis, era necessaria não só a intervenção de notario, mas a do tribunal, porque, para isso, era exigida a duplicidade do acto, isto é, a *acquisição do dominio* e a *posse*; e quanto aos outros contractos, os Gregos os estipulavam algumas vezes na presença de outras pessoas, tambem de character publico, denominados *trapassitai*, banqueiros e cambistas, que faziam trafico de dinheiro e ao mesmo tempo manejavam os negocios dos particulares. Quanto aos testamentos, o direito atheniense, até Solon, o prohibia de modo absoluto; e Solon, mesmo, não o permittiu sinão áquelles que não deixassem filhos. Em Esparta, foi ignorado por muito tempo e não foi autorisado sinão depois da guerra do Peloponeso.

A verdade é que, em todos os paizes onde dominou a civilisação hellenica, observa-se a existencia de notarios, incumbidos de dar aos contractos o seu testemunho *qualificado* e, ao lado dos tribunaes e juizes, um secretario, incumbido não só de escrever peças do processo, como de coordenal-as, guardal-as na *caixa sellada* respectiva e transmittir essa caixa ao juiz ou tribunal. A expressão—*mnemons*, litteralmente traduzida, bem explica que o fim principal do notariado é guardar a lembrança dos contractos, isto é,

(20) TIRAQUELLUS, *De moribus gentium*, V. pag. 83. Confira-se tambem CORNELIO NEPOTE, na vida de Eumenes de Cardia.

preconstituir prova. O citado capitulo do Philosopho, na *Politica*, é um quadro mais ou menos completo do regimen administrativo e judiciario dos povos que receberam o influxo da civilização hellenica.

A vista do juizo de HESÍODO sobre o character astuto e chicanista dos Gregos, não são extranháveis todas essas cautelas para memoria dos actos das partes e dos juizes. Si as testemunhas dos contractos gregos não transcreviam os instrumentos, como faziam as testemunhas egypcias, é isso devido não só a não serem os Gregos tão expeditos no escrever como os Egypcios e ao character accentuadamente official de seus notarios. Em todo o caso, o numero de dezeseis testemunhas, exigido nos actos de transmissão, já demonstra o meticuloso cuidado com que buscavam provar os seus negocios.

Um facto caracteristico na pratica do direito grego é a inexistencia de cerimoniaes e ritos. Os Gregos, quer nos actos extrajudiciaes, isto é, nos actos dos *mnemons* (notarios) *hieromnemons* (archivistas e registadores), quer nos actos judiciaes, isto é, no processo no juizo dos *Arbitros*, ou do *Tribunal dos Quarenta*, ou do *Tribunal dos Onze*, ou do *Tribunal dos Heliastas*, ou do *Areópago*, onde funcionavam *epistetas* (secretarios ou escrivães), jamais se preocuparam de taes cerimoniaes. Não se dava isso entre os Romanos e a razão é assignalada por Vico (21): «A religião tinha entre os Romanos o lugar que tinha a metaphysica entre os Gregos. Entre os Romanos, os sacerdotes foram os primeiros professores do direito, ao passo que entre os Gregos foram os philosophos». Essa differença dá a explicação do facto de não ser transportado para a Lei das Doze Taboas o processo

(21) Vico, Opusc. sobre o principio e o fim do direito universal, introdução.

forense dos Gregos; aliás, o citado Vico contesta essa opinião geral de que os Romanos tenham emprestado ao direito dos Gregos os preceitos da Lei das Doze Taboas (22). A influencia grega no Lacio iniciou-se posteriormente pelas relações commerciaes e internacionaes e firmou-se pela redução da Grecia á provincia romana em 146 A. C.

5). ROMANOS.—Ninguem melhor do que o já citado jurisconsulto austriaco descreve a evolução do notariado entre os Romanos (23). Nos primeiros tempos de Roma, quando, no dizer de SENECA, *romani naturam incorrupte sequebantur*, naquelles tempos felizes em que a lei natural se fazia sentir em toda a sua força e a boa fé tinha seguro asylo nos corações, a simples palavra de um cidadão romano, como attesta DIONYSIO DE HALICARNASSO, fazia fé em Juizo. Depois, quando os vicios largamente se diffundiram e o luxo corrompeu os corações, manifestou-se a necessidade de imprimir vigor aos contractos e de collocar acima das paixões e dos tempos subversivos os actos mais importantes da vida civil, necessidade que se fez sentir cada vez mais, á medida que o *nexum*, a *mancipatio*, a *in jure cessio*, a *stipulatio*, as *legis actiones*, as *formulas das acções*, isto é, os actos sacramentaes e os rigorosamente formaes do direito antigo deixaram de satisfazer á obra fecunda da civilização, pela multiplicação das relações civis, pelo progressivo augmento do commercio e da industria, e pela expansão do povo romano. A *escripta* veio, então, não só representar, como guardar a *palavra*: foi o primeiro effeito da diffusão do espirito grego no Occidente, que se manifestou muito antes da

(22) VICO, *De constantia jurisprudentis*, cap. XXXV.

(23) PAPPAFAVA, *Letterat. notarile*, pags. 8 e seguintes.

redução da Grecia á provincia romana da Achaia, isto é, muito antes do anno 146 A. C., e que, levada ao seu apogêo no seculo dos Antoninos, mais e mais se accentuou.

Logo que as letras foram introduzidas e a arte da escripta se desenvolveu, cada chefe de familia romano tinha o seu registro domestico, que tomava o nome geral de *codex* ou *tabulæ* (24). Para redigir exactamente suas *tabulæ*, os Romanos tomavam primeiramente suas notas em uma especie de *borrador* mensal, ao qual chamavam *adversaria*. As *tabulæ*, diz CICERO (25), *sunt eternæ, perpetue existimationis fidem et religionem amplectuntur*, emquanto que os *adversaria* eram despidos de auctoridade moral, *quia sunt menstruæ, parvi temporis memoriam*. Estas inscripções nos registros domesticos eram denominadas pelos Romanos — *arcaria nomina*, porque referiam-se sempre a sommas numeradas, isto é, a sommas realmente entregues (*pecunia expensa lata*), ou a sommas realmente recebidas (*pecunia accepta relata*). E essa inscripção que originariamente não constituia a obrigação, porém dava testemunho de uma obrigação preexistente, resultante de um facto consummado, posteriormente, pelo accordo das partes dando o facto como consummado, deu nascimento ao contracto *litteris*. As partes suppõem o dinheiro pezado e dado por uma, pezado e recebido por outra : seu ponto de partida é a ficção do *nexum*, pezagem *per æs et libram* dos antigos tempos, a qual se dá como realizada. Feita esta supposição, existe a obrigação civil. D'ahi se derivam as expressões juridicas *nomen facere, nomina facere, expensum ferre, expensum referre, pecunia expensa lata, pecunia accepta relata* e a de *codex accepti et expensi*, e, por fim, *expensilatio*. A preposição *ex*, diz ORTOLAN, unida á palavra *pendere*, dá perfeitamente a idéa do caso.

(24) ORTOLAN, Explicat. des Instit., III, pag. 244.

(25) CICERO, *Pro Roscio*, orat. 3, § 2.

A *expensilatio* não foi, entretanto, a primeira fórmula substitutiva do *nexum*. Antes della, já a *stipulatio* (*pecunia stipu-lata*), ou contracto *verbis*, ia dispensando o *libripens* e a balança. A *stipulatio* consistia na pergunta e resposta: *Spondes? Spondeo; Promittis? Promitto; Fidejubes? Fidejubeo; Dabis? Dabo; Facies? Facio*. Quando a estipulação era certa, dava logar á *condictio certi* e, quando incerta, dava logar á acção *ex stipulatu*. Essa denominação vem da palavra *stipulum*, que entre os antigos significava — *firme*. A *expensilatio* veio posteriormente e sempre dava logar a uma *condictio certi*, porque suppunha *somma certa* dada ou recebida.

Explicam-se, pois, as seguintes phrases de ORTOLAN (25): «O *nexum*, pela passagem da solemnidade material ás palavras, engendra a *stipulatio*, e, pela passagem da solemnidade material á escripta, engendra a *expensilatio*».

Já estava, de facto, dispensado o *libripens*, que foi o primeiro organ da fé publica entre os Romanos. Mas, a *expensilatio*, como a *stipulatio*, eram fórmulas civis e, por conseguinte, em sua origem, reservadas aos cidadãos romanos (*cives*;) posteriormente foram admitidas nos contractos com os estrangeiros (*peregrini*) a *stipulatio* e, relativamente á *expensilatio*, na opinião dos Sabinianos, era ella inapplicavel aos *peregrini*, e, na opinião dos Proculianos, era-lhes applicavel posto que com certas restricções. Seja como fôr, a verdade é que, na epocha em que a *expensilatio* era reservada exclusivamente aos cidadãos romanos, havia para os estrangeiros uma outra forma de obrigação escripta: os *chirographæ* e os *syngraphæ*, que tinham effeitos analogos aos da *expensilatio* e que, portanto, geravam obrigações. Ao

(25) ORTOLAN, cit., § 1425.

mesmo tempo, outros escriptos se formaram para simples prova, escriptos que se continham na denominação generica *instrumenta* ou *cautiones*. *Chirographum* era o escripto emanado somente da mão da pessoa obrigada; *syngraphæ* eram escriptos assignados por diversas partes e dados em exemplares differentes a cada uma dellas.

Talera a situação em que se achavam os Romanos quando surgiram pessoas que se incumbiam de *instrumenta conficere*, isto é, os *exceptores*, os *actuarii*, os *notarii*. Estes ultimos eram assim chamados, porque, á semelhança dos scribas hebrêos, costumavam a escrever com as *notas*, quasi como os modernos stenographos. SENECA, referindo-se a elles, diz: *Celeritatem linguæ manus sequitur*. E no Dig. L. XXIX, tit. I, L. 40, lê-se: *Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit, et antequam litteris prescriberetur vita defunctus est*. As *notas* consistiam, ás vezes, na simples indicação das iniciaes das palavras, outras vezes em abreviaturas, e tinham significações conhecidas na praxe. Assim, por exemplo, as notas I. T. C. exprimiam — *Intra tempus constitutum*; C. R. C. P — significavam — *cujus rei causa promittit*. Taes notas eram transcriptas em bellos caracteres por alguns copistas chamados *librarii* ou *calligraphi*; e, pelo que narra MURATORI, chegaram ao numero de cinco mil (26).

Alguns historiadores, entre os quaes POLIDORO VIRGILIO, attribuem a invenção dellas a Tulio Tirão, liberto de Cicero, do qual Tirão tiraram o nome de *notas tironianas*; outros as attribuem a Ennio e outros

(26) Confira-se MURATORI, *Antiquit. italicae*, no opusculo *Modus legendi abreviaturas*, etc., e outro intitulado — *Explicatio litterarum et notarum frequentius in antiquis romanorum monumentis occurrentium*. Confira-se tambem CARNEIRO, Programma da cadeira de Diplomatica da Universidade de Coimbra, ediç. de 1855, pag. 52, §§ 156 a 159.

a Marcenas. Essas notas foram registradas por VALERIO PROBO e por GRUTERO.

Os Romanos, á semelhança dos outros povos da antiguidade, escreviam com um estylête de ferro em taboletas de madeira e de marfim, ás vezes cobertas de cêra, assim como tambem escreviam em folhas de palmeirâ, em entrecasca de troncos de arvore, em pelles de animaes e, mais geralmente, em folhas de papyro, planta que crescia abundantemente nos paúes do Egypto, diligentemente preparadas, ou em membranas formadas de pelles de ovelha, carneiro ou cabrito, as quaes se preparavam no reinado de Pergamo, donde tiraram o nome de pergaminho (27). Aliás, ainda não ha cinco seculos que cessou de todo, mesmo nos paizes modernos, o uso do *estylô* e das *tabolêtas*, como se deduz de um trecho de BARTOLO, jurisconsulto do seculo XIV, assim concebido: *Notarius potest scribere in tabelis de cæra et ligno.*

Os mencionados confeccionadores de instrumentos de actos e contractos eram «escravos do publico»: *erant servi, qui ad scribendum operas locabant* (CUJACCIO, in *Líb. VIII Cod.*, vol. X, col. 70 B. etc.) Elles podiam estipular por outro: *Servus ut acquirere, ita etiam stipulare pro domino potest et servus communis cuique dominorum.* Mas, as funcções que exerciam não tinham character publico algum e os instrumentos que lavravam, ainda que firmados por testemunhas, eram e permaneciam documentos privados.

Havia, entre os Romanos, os *argentarii* ou *nummularii*, chamados tambem *mensarii*, das mezas ou bancos que tinham posto no *Forum*. Eram uma especie de banqueiros, que procuravam dinheiro por

(27) PEDRINELLI, Il notario instruito, trecho citado por PAPPAFAVA, obr. cit., pag. 259. Confira-se MAFFEI, Storia diplomatica.

emprestimo para particulares e confeccionavam os contractos de mutuo. Elles conservaram, posto que alterado, o systema dos *nomina* da *expensilatio*, por isso que escreviam o nome e cognome do devedor no seu *Diarium*, chamado *Kalendarium*: e esta simples inscripção chamava-se—*litterarum seu nominum obligatio*. Tal maneira de contractar cahiu depois em desuso no tempo de Justiniano (*Instit.*, L. III, tit. XXII, princ.) Convem ler, a proposito, o commentario de (28) ORTOLAN. No *Kalendarium*, vinha, *singulis kalendis*, annotado o pagamento dos juros ou interesses que se venciam no principio de cada mez. Esse Diario fazia fé em juizo e, pelo que observa CUJACCIO, á L. 11, *ad Legem Aquil.*,—o *argentarius* era obrigado a conserval-o diligentemente e a dar vista delle ás partes interessadas nos pontos que lhes dissessem respeito.

Comquanto os *notarii* tivessem dado o nome á nossa moderna instituição, todavia as suas funcções, por isso que não eram revestidos de character publico, não tinham a minima semelhança com as do notario de hoje, como tambem muito pouca semelhança tinham as dos *argentarii*, por se limitarem aos contractos de mutuo.

Maior semelhança achamos nos *tabelliones*, chamados tambem *nomici*, imitação dos *symbolatographos* gregos, e que já encontramos no tempo de ULPIANO. Delles disse FIRMICO: *litteris quærent vitæ subsidia, civitatum contractus scribunt, omnes civium tabulas conficiunt*.

Os *tabelliones*, assim chamados porque escreviam seus actos em tabolêtas de madeira emplastradas de cêra, a principio exercitavam cumulativamente com os

(28) ORTOLAN, Explicat. Histor. das Institutas, III, pags. 243 e seguintes.

exceptores, os *actuarii* e os *notarii*, as suas funcções. Eram imperitos no direito, porém, pessoas livres: *Tabelliones*, diz PEREZIO, ao tit. X, Liv. X do Cod. Just., *erant liberi homines et poterant ad decurionatum adspirare*. Mas, nos seculos IV e V, os *exceptores*, os *actuarii* e os *notarii* mudam de natureza, isto é, passam a exercer funcções especiaes e distinctas, segundo observam SAVIGNY e CÒNTI; em tal epocha, com o nome de *exceptores* são designados os secretarios das autoridades administrativas e das mais elevadas autoridades judicarias (29); com o nome de *actuarii* são designados os escrivães dos juizes e empregados de menor escala (30); e com o nome de *notarii* eram designados os escrivães da chancellaria imperial.

Havia tambem os *tabularii*, que alguns confundem com os *tabelliones*. *Tabellio* era aquelle que lavrava ou escrevia, a pedido das partes, os contractos; os *tabularii*, porém, que foram introduzidos sob Marco Aurelio, eram empregados fiscaes, *civitatum et provinciarum rationes tractabant*, isto é, tinham a seu cargo a direcção do censo, a escripturação e guarda dos registros hypothecarios (*tabularia civitatum*) etc. (31) A exactidão com que os *tabularii* satisfiziam a taes encargos e guardavam taes livros, contribuia para que adquirissem muita confiança entre o povo, que por isso recorria a elles para a confecção de documentos legaes, pois para isso eram em alguns casos autorisados, por exemplo, quando uma das partes era analphabeta, quando se tratava de lavar o testamento

(29) Cod. Theod. XII., tit. I, *De divers. offic.*, Const. 17; Cod. Just., XII, tit. I, *De Numer.*, Const. 5; Cod. Theod., XII, *De Decurion.*, Const. 151; Cod. Just., XII, tit. XIX, *De proxim. sacr. scriin.* Const. 12 § 1.º

(30) Cod. Just., XII, tit. I, *De Numer. Actuar et Chartul. Adjut.* etc., Const. 7 e 9.

(31) GODOFREDO, *ad leg.* 3 Cod. Theod. *De Decurion.*; CUJACCIO, *in Lib. VIII, Cod.*, vol. X, col. 74 B.

de um cego, ou de lavrar um contracto de penhor etc. Diversos dos *tabularii* eram os *tabellarii*, com cujo nome são indicados, durante a Republica e nos primeiros tempos do Imperio, os porta-cartas dos magistrados, especialmente entre as provincias e Roma.

Os *tabularii*, ao envez dos *tabelliones*, eram escravos do publico *erant servi civitatis aut reipublicæ Reipublicæ et fisco adscripti et deputati, ad rationes conficiendas et supputandas*. Mas, depois, o Cod. Theodoz., VIII. 2, 5, e o Cod. Just. X, 69, 3, estabeleceram que, para esse officio, sómente pudessem ser admittidos homens livres: *liberi homines ordinentur, neque ulli deinceps ad hoc officium patescat aditus qui sit obnoxius servituti*.

Voltando ao tabellionato, notaremos que os imperadores Arcadio e Honorio o nobilitaram, collocando-o entre os officios municipaes (32); e, á semelhança destes, devia ser exercitado gratuitamente por todo o cidadão intelligente, probo e honesto. Como taes officios requeriam o emprego de muito tempo e fadiga, acontecia que os cidadãos procuravam excusar-se ou eximir-se delles, assentando praça como soldados ou fazendo-se officiaes da casa imperial; e surgindo d'ahi muitos inconvenientes, o imperador Constantino, e depois os imperadores Constancio e Constante providenciaram a isso com as LL. 18 e 20 do Cod. L. X, tit. XXXI, *De Decurion. et fil. eorum*., obrigando-os a tomar o seu posto.

Este era o estado da instituição do notariado, quando os Barbaros invadiram o Occidente, no seculo V.

(32) CUJACCIO, loc. cit.; PEREZIO, ad L. X tit. X, Cod. Justinin.

II

Legislação justiniana e byzantina.—Legislação barbara.—
Legislação canonica.—Costumes feudaes.

1). LEGISLAÇÃO JUSTINIANA E BYZANTINA.—No seculo VI, os imperadores Leão I e Justiniano, já reduzidos ao Oriente, voltaram os seus cuidados para a instituição e fizeram-n'a adquirir maior dignidade e importancia. Os *tabelliones* formaram uma corporação, presidida por um *primicerius* (*primus in cæra*), e por esta corporação collegial eram creados outros *tabelliones* de reconhecida probidade e peritos na arte de dizer e de escrever. *Certum*, diz CUJACCIO, o illustre chefe da escola historica, *certum tabellionum corpus sub primicerio, a quo ex collegii sententia tabelliones quique creabantur non nisi homines probæ fidei et scribendi loquendique peritissimi* (33).

A criação dos *tabelliones* devia ser insinuada perante o prefeito da cidade. O aspirante era conduzido ante elle com o ornamento da toga, e os tabelliães eleitores deviam jurar que nem ambição, nem favor, nem interesse privado os tinham suggerido para essa eleição. Prestado este juramento, seguia-se a promoção do candidato e o prefeito consignava-lhe um anel com sinête ou sêllo (*sigillum*), afim de que se servisse delle nos actos que tivesse de lavar.

Os *tabelliones* deviam estar em um logar publico, *statio*, estações ou officio, onde com rito solemne eram introduzidos pelo *magister censualis* ou pelo prefeito, *prefectus urbis*. Elles escreviam, na presença de testemunhas, com abreviaturas, as clausulas ou artigos projectados de seus documentos, em uma minuta, cha-

(33) CUJACCIO, *ad Lib. X Cod. et Exp. Novel. 44*, vol. II, col. 906 E e 1092 D.

mada *scheda* (IZIDORO, L. VI. cap. XIV); e d'ahi passavam a limpo, o que era chamado — *in purum se in mundum instrumenta redigere*, ou então — *completi contractus*. Os instrumentos *in purum vel mundum redacta*, eram, depois da previa leitura, leitura que devia constar do mesmo instrumento pela formula — *eis relectum est*, firmados pelas partes e pelas testemunhas; e, depois de acrescentada a formula — *post roboratum a testibus traditam complevi et absolvi*, o tabelião punha a sua assignatura e juntamente o seu monogramma. Todo o instrumento devia começar com invocação do nome de Deus, com a indicação do nome do Imperante e do anno do seu reinado, e d'ahi tempo em que era lavrado o instrumento, com a declaração do mez, dia e anno da indicção (*Novel. XLVII*

Vem a proposito, posto que incidentemente, observar que a indicção se renovava de quinze em quinze annos, os quaes, segundo os Romanos, começavam a 1.º de Janeiro e, segundo os Gregos, a 1.º de Setembro; o primeiro dos quinze annos chamava-se primeira indicção, o segundo — indicção segunda e assim de seguida até o anno decimo quinto, depois do qual se renovava. A indicção tira a origem de Cesar Augusto, que tendo dividido as provincias romanas em tres partes, para exigir dellas de quinze em quinze annos os tributos, indicou quaes dellas deveria em cada anno consignar taes tributos aos exactors publicos. E como tal ordem foi expedida tres annos antes do nascimento de N. S. Jesus Christo, assim para conhecer-se a indicção decorrida, bastava dividir por 15 os annos da era, e ao resto acrescentar tres e este numero era o da indicção determinada pelo quociente.

O imperador Justiniano, com a Novella XLI expediu excellentes disposições sobre a instituição e

tabellionato. Elle ordenou que nenhum tabellião pudesse delegar a um substituto, nem a seus discipulos as funcções de estipulação dos actos e contractos, isto é, a confecção do original ou minuta; e que mesmo não pudessem os seus ajudantes ou discipulos, fóra de sua presença, *in purum* ou *mundum redigere*, isto é, completar os instrumentos, assim como exhibil-os ás partes. Entretanto, quanto aos tabelliães de Constantinopla, permittiu que cada um delles tivesse um substituto, nomeado de accordo com o *magister census, gestis solemniter celebratis*, e somente ao qual podiam delegar as funcções de lavrar os instrumentos. *Melius sit parca agere cautè quam multis interesse periculosè... et documenta sub cautela facient*, dizia o imperador ao terminar o cap. I dessa Novella.

No cap. II da mesma Novella XLIV, Justiniano refere-se ao *protocollo*, isto é, determinou que os tabelliães não lavrassem instrumentos sinão em papel que tivesse a marca do nome do *comes sacrarum largitionum* e da epocha da fabricação, marca esta que era o que se chamava —*protocollo* e que não deveria jamais ser cortada. *Illud quoque presenti addicimus legi, ut tabelliones non in alia charta pura scribant documenta, nisi in illa quæ in initio (quod vocatur protocollum) per tempora gloriosissimi comitis sacrarum nostrarum largitionum habeat appellationem, et tempus quo charta facta est, quæcumque in tilibus scribuntur: et ut protocollum non incidant sed insertum relinquunt: novimus enim multas falsitates ex talibus chartis ostensas et prius et nunc: ideoque licet aliqua sit charta (nam et hoc censimus) habens protocollum non ita conscriptum, sed aliam quamdam scripturam gerens, neque illam suscipiant, tanquam adulteram, et ad talia non opportunam, sed in sola tali charta qualem dudum diximus, documenta scribant.* Termina a Novella com a declaração de que essa exigencia refere-se somente aos

tabelliães de Constantinopla, *ubi plurima quidem contrahentium multitudo, multa quoque chartarum abundantia est, et licet legali modo interesse negotiis, et non dare occasionem quibusdam falsitatem committere.*

Bem se vê que o *protocollo* era uma especie de imposto indirecto, semelhante ao actual imposto do *sello do papel* e certamente a sua origem historica mas tambem era um meio apto para tornar mais dificeis as falsificações, como transparece claramente dos motivos pelos quaes foi determinado o seu uso: *novimus enim multas falsitates ex talibus chartis ostensas, e prius et nunc. non dare occasionem quibusdam falsitatem committere*, etc. Por isso disse CUJACCIO (34) «Que é o *Protocollo*? Uns entendem que é a carta ou papel regio e maior; outros entendem que é a cedula ou minuta escripta com menor diligencia (*negligentius*); outros entendem que é o exemplar das formulas tabelliôas. Todos erram. Assim como os papeis têm hoje uma marca, pela qual se conhece o seu fabricante, assim tambem outr'ora os papeis tinham uma breve annotação, pela qual se declarava sob que *comes largitionum* (a cujo cargo estava a papelaria para uso official), em que tempo e por quem foram preparados. Vi arguida uma falsidade, arguida no fôrço de Paris (*Lutetia*), e o Tribunal declarar suspeito um *chirographo ex die in eo adscripto*, por isso que nessa data, segundo a nota do papel, ainda não tinha sido feita a fabricação delle». Como CUJACCIO, pensavam GODOFREDO e outros.

Segundo a opinião commum, esta palavra compõe-se das vozes gregas *proto*, primeiro, e *kolla*, que exprime colla, cêra ou qualquer outra materia glutinosa com que preparavam as antigas taboas encera-

(34) CUJACCIO, ad cit. Novell. XLIV.

das para a escripta. Outros derivam a palavra — *protocollo*—de *proto*, primeiro, e *kolon*, que significa «membro»; e, então, dizendo que *protocollo* é o *primeiro membro* da escriptura que ainda tem de ser *in mundum redacta*, querem que se escreva a palavra *protocollo* com um só *l* e não com dous *ll*. Nem a primeira, nem a segunda derivação convem ao texto da Novella (35); tanto assim que alguns, no capricho de conciliar a etymologia com a significação, imaginam uma derivação mixta, isto é, *proto*, voz grega, que significa *primeiro*, e *collum*, voz latina, que significa «collo, alto do corpo», e, por analogia, o alto, a extremidade superior do papel, em cuja extremidade era posta aquella annotação ou marca. Por fim, PANCIROLO imaginou que *protocollum* vem de *proto*, primeiro, e *collatio*, collação, producção, contribuição, conferencia, porque significa a *primeira confecção das lettras no papel*. ACCURSIO, depois de expor essas divergencias, classifica-as de—*meras nugas*. No sentido moderno, que é muito differente do antigo, posto que ligado a elle por identidade dos motivos, *protocollo* é o livro encadernado em que primeiro são escriptos ou averbados os actos do fôro extrajudicial ou judicial, para depois serem trasladados para as *escripturas*, para os *registros* ou para os *autos do processo*. Tudo se explica pela consideração de que antigamente outra era a disposição e dimensão do pergaminho, do papyrus ou do papel. Os instrumentos eram feitos sobre o comprido e escriptos de um só lado do papel: raros eram os escriptos opistographos. O papel não era disposto em *folhas* mas em *rôlos*, de sorte que o actual systema de cadernos com folhas iguaes e dispostas, formando *volumes*, de *volvendo*, isto é, facilitando-se o serviço pelo voltar das folhas, veio posteriormente.

(35) STRICKI, de Jure Protocolli.

Já vimos em que consistia o *protocollo*, a que se refere a Novella XLIV, cap. fin. Vejamos, agora, como com o tempo foi-se transformando a significação desta palavra.

Na praxe franceza actual, denominam-se *protocollo* — as formulas preambulares e de encerramento dos actos notariados;

Na praxe italiana, denomina-se *protocollo* o livro em que o notario registra as minutas:

Nas praxes hespanhola e portugueza, denomina-se *protocollo* o livro das escripturas originaes, o livro dos requerimentos de audiencia e os livros dos primeiros apontamentos dos registros.

— Em França, alguns notarios tentaram escrever as minutas em livro encadernado; mas, em 15 de Fevereiro de 1809, o ministerio de justiça decidiu que os notarios « não devem escrever suas minutas em registros, mas em *folhas isoladas* e que, portanto, um notario não pode brochar e menos encadernar as minutas de um anno»; entretanto, ainda ultimamente, a corte de Alger, por aresto de 5 de Junho de 1886, decidiu: 1.º que as minutas dos actos notariados, devendo ser exhibidas no cartorio do escrivão (*au greffe de la cour*), para ahi serem comparadas em uma instancia de verificação de escriptura, não pode o notario, detentor das minutas, recusar-se a essa exhibição sob pretexto de estarem essas minutas ligadas a outras em diversos volumes; 2.º que as partes, em cujo interesse é ordenada a exhibição, *devem indemnizar o notario das despezas occorridas pelo desmancho e recomposição das ligaduras* (CLERC, DALLOZ ET VERGÊ, II, 685, pag. 120).

— Na Italia, já nos Estatutos do conde de Saboia, de 1265, era estabelecido que os notarios *habeant*

breviaria sua seu libros in quibus ponant imbreviaturas suas. *Imbreviatura* ou *abreviatura* era o acto primeiramente inscripto em resumo, para depois ser lavrado mais desenvolvidamente; ou como diz BALDO, *imbreviatura* é a escriptura contendo a substancia da cousa, da causa e do negocio, com a determinação do tempo e logar. Os italianos, distinguindo *imbreviatura* de *protocollo*, diziam que *imbreviatura* é a minuta em que summaria e abreviadamente era exposta a vontade dos contrahentes, ao passo que *protocollo* é o livro em que o notario passa a limpo e estende o instrumento feito em primeira nota abreviada. D'ahi o principio *Imbreviatura non facit fidem, quia est incompleta et non publica, sed protocollum facit fidem*. Esta faculdade das *imbreviaturas* deu logar a muitos abusos, porque os notarios se julgavam autorizados a desenvolver nas expedições, não só as *imbreviaturas* como a escriptura já protocollada. «Havia a duvida, diz STRICKIO, si o notario podia, nos traslados, exprimir melhor aquillo que viu e ouviu, o que deu logar ás opiniões de BALDO e FARINACIO, isto é, que o notario podia, nos traslados, accrescentar as clausulas consuetudinarias, mas não as clausulas insolitas». Para cortar duvidas, determinou-se que não podiam ser usadas palavras *cæteratas* nas minutas e sim deviam ser escriptas sempre phrases e palavras *iteratas*: antes, chamava-se *protocollum cæteratum* aquelle que era lavrado em notas e palavras abreviadas, e *protocollum iteratum* aquelle que era lavrado por extenso e claramente sem abreviaturas, repetindo as lettras das palavras das clausulas. Em posteriores estatutos, se prescreveu que: 1.º a *imbreviatura* seja *plenamente* incorporada e completada no *protocollo*, e deste é que se tira o instrumento em forma publica; 2.º que as *imbreviaturas* podem colleccionar-se *supersutis*, isto é, uma sobre a outra. Tudo isto ficou melhor

determinado nos Estatutos de Amadeu VIII, promulgados em Chambery em 17 de Junho de 1430. Mas em 1573, determinou-se que os notarios fizessem assignar pelas partes a minuta ou *imbreuiatura*; em 1667, determinou-se que as minutas fossem cosidas em forma de livro, uma depois da outra, e insertas no volume dentro de vinte e quatro depois da estipulação do acto; já em 1624, se tinha determinado que se numerassem as folhas do minutarío (volume das minutas) e que as minutas não fossem dadas ás partes. Estas disposições foram tornando dispensaveis os protocollos, que se substituíram pelos registros, por isso que da propria minuta passavam a ser extrahidas as expedições, isto é, a redução *in mundum* se fazia no extrahir da minuta a expedição, de sorte que a minuta passou a servir de original e por isso foi d'ahi em diante lavrada por extenso, isto é, textualmente ou sem abreviaturas. O registro confundia-se com o protocollo.

Na praxe hespanhola bem define MORCILLO Y LEON o que se chama protocollo: « El protocolo es el grande libro que encierra en su seno el rico tesoro de las convenciones humanas, como expresion práctica del derecho privado; es el grande libro destinado á perpetuar la memoria de los lazos juridicos con que en sus relaciones civiles se ligan las personas; es el grande libro, que en sus eternas paginas presenta al través de los siglos la historia de la propiedad; es el grande libro que, entre sus hojas, esconde á veces misterios profundisimos, producto de todos los estudios, fruto de todas las experiencias, resumen de todos los trabajos, concentracion de todas las fuerzas que, en su movilidad constante, desarrolla la actividad humana; es el grande libro, en fin, de que, cual arca santa, sólo al sacerdote destinado á su culto le es permitido tocar la cerradura». (Manual de teoria y practica notarial, I, 110).

Nas praxes portugueza e brazileira, os *protocollos* são livros em que se lavram as escripturas publicas, originaes ou primordiaes dos contractos e disposições de ultima vontade (tambem denominados — livros de notas), os primeiros apontamentos dos registros, os requerimentos de audiencias que têm de ser transportados ou trasladados para os autos.

Terminemos aqui a digressão.

Justiniano, melhor compenetrado do que seus predecessores de importancia do officio dos tabelliães, quiz que estes fossem peritos no direito (36); concedeu aos tabelliães a faculdade de subscrever actos lavrados por seus escreventes (Novel. LXXIII, cap. VII, § 1.º); ordenou a sua intervenção nos inventarios (Cod., *De jure deliber.*, L. 22 § 2.º); estabeleceu que subscrevessem as denuncias feitas para o fim de interromper-se a prescripção, nos logares em que faltassem magistrados; e comminou a pena de falsidade ao tabellião que não tivesse redigido um acto de ultima vontade conforme as expressas declarações do testador (L. 29 *in fine*, *De hered. instituendis*). Em summa, em relação ás condições do exercicio do tabellionato e forma dos actos, o ultimo estado da legislação romana é determinado pelas citadas Novellas, XLVI, LXVI e LXXIII.

Quanto á força probatoria e executoria dos instrumentos, divergem os jurisconsultos. Uns sustentam que eram de character meramente privado, isto é, que serviam somente de ajuda de prova que podia ser fornecida por meio das testemunhas que intervieram no acto; e que, no caso unico de terem fallecido o tabellião e as testemunhas, ou si a inquirição destas, por qualquer razão, se tornasse impossivel, taes instrumentos valeriam como *documenta ex se ipsis credibilia*.

(36) GODOFRED, ad Novel. LXVI, cap. I.

Outros, entre os quaes CUIACCIO, sustentam que esses instrumentos tinham o valor de simples escriptos privados emquanto não eram exhibidos, em presença de testemunhas, ao *censualis*, ao *apparitor censualis*, ao *magister census*, ou, em geral, a um magistrado encarregado de attribuir-lhes a fé publica mediante a formalidade do sello publico e da transcripção *ad acta*, isto é, em registros apropriados (*in publica monumenta*): citam em seu apoio o Cod., *De re judicata*, L. 6,— *Gesta quae translata sunt in publica monumenta habent firmitatem perpetuam*.

Mas, quem attende para a investidura official dos *tabelliones* e para a expressão—*instrumenta publicè confecta*, com que a Novella LXXIII, cap. V, distingue os instrumentos lavrados por tabelliães dos instrumentos de mutuo ou de outro qualquer contracto, do qual a parte *noluerit in publico confiteri* (cit. Novel. cap. II), bem vê que, entre as proprias partes contractantes, o instrumento lavrado por tabellião, comquanto não tivesse execução preparada, tinha força probatoria como *acto publico*. E, quanto á transcripção nos *publica monumenta*, não era esse o caracteristico da *fé publica*, mas o caracteristico da *firmitatem perpetuam*, para effeitos em relação a terceiros. Por isso, muitos jurisc:onsultos sustentavam com vantagem que os instrumentos dos tabelliães faziam *prova plena* em juizo e citam em seu apoio o Cod. Liv. VI tit. XX, *De fide instrum.*, Const. 17, assim concedida: *Contractus venditionum, vel permutationum, vel donationum, quos intimari non est necessarium: dationis, etiam arrharum vel alterius cujuscumque causæ, quas tamen in scriptis fieri placuit: transactionum etiam, quae in instrumentis recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata; et si per tabellionem conscribantur (instrumenta), etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint: ut nulli liceat prius,*

quam hæc ita præcesserint, vel a scheda conscripta (hæc litteras unius partis vel ambarum habeat) vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum vel absolutum, aliquod jus sibi ex eodem contractu et transactione vindicare; adeo ut nec illud in hujusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest ei persolvere.

A verdade é que o acto do tabellião, por si só, não fazia fé; dependia ainda da insinuação *apud magistrum census, vel magistratus municipales, vel defensores plebis*. O acto do tabellião devia ser provado em juizo com a *comparatio litterarum* (firmas), com a *comparatio notarum* (letras) e com os depoimentos contestes de duas testemunhas, ao menos. *Tabellionis solius fides non sufficit: forense instrumentum publicum testimonium non ita videtur, hoc jure censetur id solum quod actis insinuatum est apud magistrum census, vel magistratus municipales, nel defensores plebis* (CUJACCIO, ad Novel. LXXIII; cit. Novel., caps. V, VI e VII. (37)

Quanto aos testamentos, notaremos que as formas testamentarias do ultimo estado do direito romano ligam-se como evolução, ás antigas do *testamentum calatis comitiis*, do *testamentum per æs et libram*, do direito civil, e á do *testamentum septem testium signaculis signatum*, do direito pretoriano, isto é, o testamento escripto, cerrado e sellado com o *sinete* de sete testemunhas, e á *unitas actus*. Sob os imperadores, deu-se o mesmo valor ás declarações de ultima vontade nos registros judicarios: *actis judicis nel municipum testamentum publicare*. Este modo, que foi chamado — *testamento publico*, precedeu, certamente, a redacção do testamento annotado pelos *tabelliones*, os quaes redi-

giam os testamentos mas não lhes conferiam o caracter autentico, que só adquiriam após o alludido registro. *Publicatio* era a declaração de ultima vontade feita pelo testador perante o juiz, formalidade distincta da *recitatio* ou leitura que tinha logar cinco dias depois da morte do testador. E quanto ás doações, a formalidade da insinuação *apud acta* era necessaria, sob pena de nullidade, sobretudo no interesse de terceiros (38). Tudo isto demonstra que, não os *tabelliones*, mas os magistrados municipaes e provinciaes eram os archivistas dos actos mais importantes da vida civil.

Todos estes actos, quer os praticados perante os juizes, quer os registros dos magistrados municipaes, quer os dos *tabelliones*, *sive in judiciis, sive ubicumque conficiuntur acta et tabelliones qui omnino qualibet forma documenta conscribunt*, — principiavam com a formula preambular que já referimos, determinada pela Novella XLVII, cap. I e II... *hoc modo incipere in documentis: «Imperii illius sacratissimi Augustis imperatoris anno toto: et post illa inferre consulis appellationem, qui in illo anno est: et tertio loco indictionem, mensem et diem: sic enim per omnia tempus servabitur.... Et inchoetur mox auctore Deo.* E, os contractos dos analphabetos, qualquer que fosse a natureza delles, contractos que eram, em geral, redigidos pelos *tabularii*, como já fizemos ver, deveriam ser lavrados na presença de cinco testemunhas.

Bem se comprehenderá, pois, que a confecção dos actos, o registro, a conservação, tudo isso encontrou seu desenvolvimento historico nas indicações que acabamos de fazer.

(38) Confrim-se SAVIGNY, Hist. do Dir. Romano na idade media, I, 84; SERRIGNY, Droit Administratif romain, I, 159 e seguintes e MACKELDEY, Dir. Rom., § 665.

Precedentemente observámos que nos seculos IV e V da nossa era, eram designados com o nome de *notarii* os empregados da chancellaria imperial;— e observaremos que tambem estes, á semelhança dos *tabelliones*, constituiam uma corporação chamada— *militia*, á cuja testa estava um *primicerius*, que devia ter um registro, chamado *laterculum*, de todos os officios civis e militares e dos respectivos estipendios. Vinham depois os *tribuni notariorum*, que exerciam as funcções de primeiros secretarios dos principes. De todos esses o imperador Zenão diz: *gloriosis obsequiis nonnihil Reipublicæ commoditates offerunt et decoris* (39). Encontramos, além disso: os *notarii militantes*, que constituiam uma especie de commissarios de guerra; os *notarii prætoriani*, ou empregados addictos ás repartições do officio do prefeito do pretorio; os *notarii frumenti*, addictos ao prefeito dos viveres; os *notarii decurionum*, que compilavam os livros do censo; os *notarii scriptuarii*, que tinham o encargo de vigiar sobre a conservação dos nomes das cidades e provincias; e muitos outros notarios que eram designados com vocabulos gregos, taes como os *symbolographi*, os *hypomnematographi*, os *mediogrammatei*, os *grammatophilaces*, etc.. o que tudo indica que o vocabolo *notario* era o termo generico empregado para significar todos os escreventes que exerciam funcções publicas ou officiaes.

Vejamos, agora, no ultimo estado do processo judicial romano, isto é, sob o regimen do processo extraordinario, quaes eram os officiaes publicos addictos aos juizes. Havia, em primeiro lugar o *viator*, que redigia a *litis denuntiatio*, e o *executor*, que se incumbia de dar ao réo conhecimento do *libellus conventionis* (Cod., Liv. II, tit. II, *de in jus voc.* Const. 4. Depois,

(39) Cod. Just., *De primic. et secund.*, L. 1; Novel. XII, cap. V.

os imperadores Valente, Valentiniano e Graciano, no anno 371, determinaram que os juizes escrevessem as suas sentenças e as lessem. Mas, já desde os tempos anteriores, havia nos tribunaes tomadores de notas ou escrivães, encarregados de reproduzir as declarações das partes e os ditos das testemunhas, sendo que, algumas vezes, os proprios juizes se incumbiam dessa tarefa. (40) Esses escrivães eram organizados e denominados *notarii*, *scribae*, *exceptores* ou *amanuenses*, e, em alguns casos—*referendarii*; não eram revestidos de caracter publico, reproduziam os discursos dos advogados por meio de processo stenographico; é a elles que se applica o distico de MARCIAL:

Currant verba licet, manus est velocior illis.

Para bem ser apreciado o estado da escripta forense judicial nessa época, ha necessidade de fazermos um retrocesso. Os Romanistas, em geral, classificam os actos forenses do direito antigo pela categoria das pessoas que concorriam para solemnizal-os. Assim, IHERING fez as classificações seguintes: actos com o concurso do povo, como o *testamentum in calatis comitiis*, a *arrogatio*, o *testamentum in procinctu* e a *adoptio pro concione*, actos com o concurso das autoridades, taes como a *manumissio censu*, as *legis actiones*, excepto a *pignoris capio*, a *in jure cescio*, a *manuamsio vindictas*, a *in adoptionem datio*, a *emancipatio*, a cessão da tutela e da *hereditas legitima*; actos com o concurso das autoridades religiosas, como a *confarreatio*; actos com o concurso de testemunhas, como a *confarreatio*, o *nexum*, a *mancipatio*, a *coemptio*, o *testamentum per aes et libram*, a *cretio*, etc. O uso das testemunhas era tão frequente e importante, que a incapacidade de testemunhar era uma das mais

(40) DUMAZEAU, Le barreau romain, pag. 189; SAVIGNY, Hist. do Dir. Rom. na idade. med., I §16, pag. 60.

graves do direito, porque o *instestabilis* nem mesmo podia contractar por sua propria conta. Ora, nos actos do processo, as testemunhas eram os orgams da fé publica, mesmo para as funcções dos magistrados e dos juizes.

As *acções da lei*, como sabemos, eram cinco: a *actio sacramenti*, a *judicis postulatio*, a *condictio*, a *manus injectio* e a *pignoris capio*. Neste systema era caracteristica a separação entre o *jus* e o *judicium*, o *magistratus* e o *judex*. Ora, o primeiro acto destas acções era a *in jus vocatio* ou citação, da qual se incumbia o proprio autor, que chamava o réo, dizendo-lhe—*In jus ambula, sequere*, ou *In jus i, in jus te voco*, pois taes eram as formulas consagradas; si o citado se recusava a ir a juizo, o adversario recorria a testemunhas do facto da recusa, pronunciando as palavras—*Licet te antestari* e tocando-lhes o fundo da orelha: era a *antestatio*; feita a *antestatio*, o citante tinha contra o citado uma *manus injectio* extrajudicial, que consistia em leval-o ao tribunal á força (*in jus rapere*) pelo pescoço (*obtorto collo*); só depois de dar um *vindex*, que tomasse a defesa de sua causa, podia o citado ser dispensado de comparecer. Comparecendo perante o magistrado, as partes expunham livremente, sem formulas sacramentaes, o objecto do litigio e procediam, em seguida, segundo o rito consagrado, ás formalidades da respectiva acção da lei. Na *actio sacramenti*, os actos praticados *in jure* eram o combate simulado, que se compunha da *manuum conseratio* e da *vindicatio*, a constituição dos *prædes sacramenti*, a attribuição das *vindiciæ* e a constituição dos *prædes litis et vindiciarum*, a *addictio* ou *datio judicis*, a *comperendinatio* e constituição do *vadimonium*: todo este processo, perante o magistrado (*in jure*), para organizar-se a instancia, era feito sem qualquer autenticação escripta, em presença de testemunhas de ambas

as partes, *utriusque superstitionibus presentibus*, ás quaes as partes solemnemente diziam—*Testes stote*, formada assim a *litiscontestatio*. Terminado o processo *in jure*, os litigantes instauravam a instancia *in judicio* pela *causæ collectio* ou *conjectio* (breve exposição oral), seguindo-se a producção das provas, depois a *peroratio causæ* (discussão oral) e, por fim, a *sententia*, que consistia em julgar *justum* ou *injustum* o *sacramentum*. A outra acção da lei, a *judicis postulatio*, destinada aos pedidos illíquidos ou de *incerta res*, dispensava o *sacramentum* e consistia principalmente na *postulatio judicis*, que alguns pensam que era feita com a formula—*Judicem arbitrumve postulo uti des*, que, nas *notæ* de VALERIO PROBO, está assim expressa—J. A. V. P. U. D., á qual o réo correspondentemente respondia—*Similiter ego judicem arbitrumve postulo uti des*; e a missão do *judex* não era aqui, como na *actio sacramenti*, restricta a determinar si o *sacramentum* era *justum* ou *injustum*. A *manus injectio* e a *pignoris capio* eram antes meios de execução do que propriamente acções. A *condictio*, que appareceu já no quinto seculo da fundação de Roma, veio simplificar ainda mais os ritos e as formulas da *actio sacramenti*.

Nesse tempo é que principiam a apparecer empregados assalariados para auxiliar a acção dos magistrados e juizes, quer em diligencias, quer escrevendo ou transcrevendo os seus actos: eram genericamente chamados *apparitores*, preparadores, e comprehendiam-se nessa denominação os *scribæ*, os *accensi*, os *licttores*, os *viatores* e os *præcones*, cujas funcções se accentuaram na pratica pretoriana, que introduziu o processo formulario, mais tarde legislativamente installada pela lei *ÆBUTIA* e pelas leis *JULIÆ judiciariæ*, com as respectivas *partes formularum*, isto é, a *demonstratio*, a *intentio*, a *adjudicatio* e a *condemnatio*, com as *adjectiones*, isto é, a *præscriptio*, a *exceptio*, a

replicatio, a *duplicatio*, a *triplicatio*, etc. Ora, no processo formulario, a *in jus vocatio* passou a tornar-se effectiva mediante remedios pretorianos; o uso do *vindex* foi substituido pela *fidejussio*; o autor poude, já na *in jus vocatio* ou ao mesmo tempo, fazer a *actionis denuntiatio*; o rito sacramental das *acções da lei*, foi substituido pela designação da acção ou de sua formula, isto é, pela *actionis editio*, que podia ser feita ou por simples referencia ao *album prætoris* ou por escripto (*per libellum*); o réo tinha tambem o prazo para a defesa (*vadimonium purum*, *vadimonium iurejurando*, *vadimonium cum satisfatione*, *vadimonium recuperatoribus suppositis*); depois havia a *interrogatio in jure* e a redacção da formula, isto é, a *actionis impetratio*: a *litiscontestatio* já não ficou, pois, dependendo da invocação de testemunhas, porque a *formula* fixa os termos da demanda e a *formula* era *escripta*. Terminado assim o processo *in jure*, começava elle *in iudicio* com as *probationes*, seguindo-se a *peroratio causæ* e, por fim, a *sententia*, que devia ser proferida publicamente e de viva voz (*pronuntiata*), ou escripta e recitada, *scriptasque ex libello partibus legant* (Cod. Liv. VII, tit. XLIV, Const. 2), a menos que o juiz, abstando-se de decidir, declarasse por juramento que o negocio não lhe parecia sufficientemente esclarecido, *sibi non liquere* (41).

Pouco a pouco foi-se introduzindo o processo extraordinario, a *cognitio extraordinaria*, consagrada legislativamente por Diocleciano (Cod., Liv. III, tit. III, const. 2), no anno 294, abolindo-se a *ordo judiciorum*, isto é, desaparecendo essa distincção entre o *jus* e o *iudicium*. A *in jus vocatio* passou a ser feita em um *libellus conventionis*, entregue ao citado por um *executor* ou *viator*, posto que, em alguns casos particulares, se

(41) AULLO-GELLIO, Noites atticas, XIII, 13.

pudesse fazer *sine scriptis*. Desappareceram a *actionis editio*, a *actionis impetratio*, a *actionis denuntiatio*, porque tudo isso se fundia no *libellus conventionis* da *in jus vocatio*; a *litiscontestatio* firma-se, então, *cum iudex per narrationem negotii causam audire cœperit* (Cod., Liv. III, tit. XX, Const. 1); a *sententia* deveria ser escripta e recitada, como vimos da cit. constituição de Valente, Valentiniano e Graciano, no Cod. Liv. VII, tit. de *sententiis ex periculo recitandis*, constituição essa que mais tornou necessario o ministerio dos escrivães e secretarios judiciaes e a instituição dos *acta* ou *actos forenses* no tempo dos jurisconsultos e imperadores. *Acta erant libri forensium sive judicialium scribarum, in quibus iudicum pronunciata, vel quæ in jure aut coram iudice peragebantur scribebant* (42). Assim se dizia: APUD ACTA *cavere* ou *scribere*, funcção do ministerio dos *scribæ* nos autos dos processos judiciaes; APUD OFFICIUM *cavere* ou *scribere*, funcções dos *tabelliones*, *notarii*, *tabularii* e mesmo dos *scribæ* nos cartorios, lavrando actos do fôro extrajudicial. Mas, os escrivães judiciaes eram addictos aos magistrados ou juizes, nem sempre necessariamente, porque os *actos* eram ás vezes redigidos pelos proprios juizes; a intervenção official e *necessaria* do escrivão judicial só accentuou-se por influencia do Direito Canonico.

Quanto ao processo criminal, sem nos contermos no tempo dos Reis e do poder illimitado dos Consules, notaremos que, no processo feito perante os comicios, havia a *acquisitio* (accusação *per trinundinam*), a *diei dictio* ou citação do accusado, o *veto* do tribuno do povo ou a proposta do *iudex*, a caução (*vadem*), a nomeação dos *custodes*, a *divinatio*, as provas (*altercationes*, *testes*, *quæstio* ou tortura, *litteræ et tabulæ*, as *altercationes* dos advogados, o *Dixerunt* do *lictor*, o *vo-*

(42) VICAT, Vocab., I, 12.

tum. Quando se foi introduzindo o processo das *quæstiones perpetuæ*, pela impossibilidade das reuniões populares, preenchidas as formalidades da citação, as partes compareciam perante o *quæstor* no dia aprazado, produziam suas provas e procediam ás *altercationes*; e, depois, os *judices selecti* (jurados escolhidos pelo pretor) *in consilium ibant*, donde traziam os votos escriptos em tabolêtas com as iniciaes ou A. (*absolvo*), ou C. (*condemno*), ou N. L. (*non liquet*), que indicavam duvida e accarretavam novo debate (*ampliatro*). Sob os imperadores, as *quæstiones perpetuæ* foram cahindo em desuso, para dar logar ao processo extraordinario; mas, ahi é que, sob a administração dos prefeitos, apparecem os *officiales*, que redigem os actos processuaes, o *commentariensis* ou director das prisões e os mais *apparitores*. (43) Como não está no nosso programma o estudo do processo sinão no que diz respeito á sua autenticação escripta, limitamo-nos a estas considerações.

2). LEGISLAÇÃO DOS BARBAROS. — Os Barbaros, antes de sua irrupção no Sul da Europa, estipulavam os seus contractos por palavra, mediante ritos e symbolos, que se podem ver enumerados na *Historia dos foraes*, do sr. THEOPHILO BRAGA, em HEINECCIO e outros. Elles desconheciam o uso da escripta; pois, foi só no seculo IV que o bispo Ulphilas inventou os caracteres gothicos, isto é, as letras para os Godos. Assim, si tratavam de um contracto de compra e venda, consignava o vendedor ao comprador um ramo de arvore, ou uma faca em cujo cabo era gravado o signal do vendedor, uma palha ou talha de fuste,

(43) DU BOYS, Droit criminal des anciens, pags. 488 e sg.; MAINZ Droit romain, I, pags. 106 e sg.

pedacinhos de madeira, moedas, bastões, um torrão e, ás vezes, com um arbusto plantado, symbolos estes que operavam a tradição. Outras vezes, praticavam alguns ritos significativos, taes como darem-se as mãos os contrahentes (*manuum datio*), estender o pollegar da mão direita, dar um beijo, tocar uma corneta, entrar na porta, passear no terreno, mover a terra, etc. *Conferebantur prædia nudo verbo absque scripto vel charta, tantum cum domini gladio, vel cornu, vel cratera, et plurima tenementa cum calcari, cum strigili, cum arcu et nonnulla cum sagitta.* Estes mesmos costumes, estes ritos, foram conservados pelos Germanos, quando invadindo as terras romanas, fundaram novos reinos sobre as ruinas do imperio dividido; assim como, no processo judicial, conservaram o *judicium Dei*, ora sob a forma de *combate judiciario*, ora sob a forma de *ordalia*, cujos resquicios não deixaram de permanecer até passarem aos foraes lusitanos (44).

Depois, as relações mais variadas, mais extensas e duraveis por elles contractadas sobre as terras adquiridas, não tardaram a fazer-lhes sentir a vantagem e a necessidade dos instrumentos escriptos. Dominados pelo ascendente da civilisação, das leis, das usanças e da administração bem ordenada dos Romanos, ao mesmo tempo que abatiam-lhes a organização politica, admiravam a sua organização social e procuravam imital-a, fazendo deste modo refulgir brilhantemente a superioridade intellectual do genio latino. Os Barbaros, rusticos e ainda novos na humanidade legislativa, não destruíram o direito dos vencidos, solemne monumento da razão e do senso commum, mas respeitaram-n'o e deixaram-n'o subsistir ao lado de suas leis, conservando muitas instituições romanas, entre as quaes o notariado que adquiriu sempre maior estimação e importância.

(44) THEOPHILO BRAGA, *Hist. dos foraes*, pags. 37 e seguintes.

Na idade media, diz SAVIGNY, (45) o espirito das leis pessoasas reinava entre as tribus germanicas: Francos, Borguinhões, Godos e Lombardos, viviam no mesmo solo, cada um conforme seu direito. Assim se explica o trecho de uma carta de Agobardo a Luiz, o Deborario: «Vê-se muitas vezes conversarem cinco pessoas, das quaes nenhuma obedece ás mesmas leis». Este principios das leis pessoasas, soffreu excepção somente entre os Ostrogodos, como veremos.

Na partilha do imperio romano, coube a Lusitania aos Alanos, Suevos e Vandalos, cujas leis se desconhecem; mas, estes foram repellidos pelos Visigodos, que já se tinham apossado da França meridional e depois se apossaram de toda a península iberica e, por consequencia da Lusitania: os Visigodos, menos selvagens que os anteriores invasores, traziam já leis que datavam do seculo V e que, reformando-se, produziram no seculo VII, em virtude da confirmação do Concilio de Toledo, o famoso *Codigo Visigothico*. Já antes disso, Alarico, rei dos Visigodos, mandára formar para uso dos povos vencidos um novo codigo, extrahido dos Codigos Gregoriano, Hermogeneano, e principalmente Theodosiano, de algumas Novellas, das Institutos de Gaio e das Sentenças de Paulo: nesse codigo, conhecido por *Breviarium Anniani* ou *Alariciani* e publicado na Gasconha, na cidade de Aire, em 2 de Fevereiro de 506, Alarico presume reduzir e aclarar as leis romanas. No Codigo Visigothico, Liv. II, tit. V, L. 1, falla-se em escripturas e nos que as confeccionam: (46) *Scripturae quae diem et annum habuerint evidenter expressum atque secundum Legis ordinem conscriptae noscuntur, seu conditoris, vel testium signis fuerint roboratae, omni habentur stabilis firmitate*. E na L. 10.º:

(45) SAVIGNY, cit., I, § 30, pag. 90.

(46) Vide a *Memoria* de A. C. do AMARAL, inserta no tom. VI, pag. 117 das Memorias da Academia Real de Sciencias de Lisboa.

illi qui plus conficit, per scripturæ seriem, quam oportuit, hoc solum accipiat, quod auctoritas legis demonstrat, et reliqua hi quibus legitime debentur, vigore justitiæ consequantur. E outras disposições relativas á confecção das escripturas mostram-se em todo o tit. V do L. I do dito Código, *de scripturis valituris et infirmandis*, algumas das quaes não passaram para o *Fuero Jusgo*. Note-se que o confeccionador das escripturas não é chamado *notarius* nem *tabellio*, mas *conditor*, o que indica que não era official publico.

Estes *conditores* eram quasi sempre, clerigos (por serem então quasi que as unicas pessoas que sabiam escrever), e isto não obstante as determinações dos concilios que prohibiam aos clerigos as funcções notariaes em negocios de leigos.

No tomo VI das Memorias de Academia Real de Sciencias de Lisboa, vem uma, de José Verissimo ALVES DA SILVA, sobre a fórma dos juizos nos primeiros tempos da monarchia portugueza, na qual, além do acima exposto, vem o seguinte:

«Quando os homens quizeram conservar alguma cousa em lembrança, em todos os tempos as escripturas foram sempre havidas pelo meio mais adequado: o que mesmo testificam as escripturas dos primeiros tempos, muitas dos quaes principiam de tal modo: *In nomine Dei. Quoniam et consuetudine quæ pro lege suscipitur, et legis auctoritate dedimus quod acta Regum et Principum scripto commendari debeant, at commendata ab hominum memoria non decidant et omnibus proventi aliter consistant.*

«Os instrumentos daquella primeira idade eram feitos por clerigos e poucos se acham feitos por seculares; seguiram-se depois os tabelliães, e a estes os Escrivães. Pelas Leis Gothicas, para um instrumento

ser publico, não era preciso ser feito por official publico, mas qualquer particular o podia fazer, com-tanto que observasse certa norma. Devia contar o dia e anno em que era feito, as testemunhas, e partes deviam firmal-o com os seus signaes; não devia ser feito por servo; e si a parte estava doente, podia assignar uma testemunha em seu nome; porém esta testemunha dentro em seis dias devia apresentar a escriptura deante de um sacerdote, presentes outras testemunhas. Além disto, os instrumentos deviam ter uma pena convencional á parte que os quebrasse. Para que os instrumentos se não falsificassem, usavam de cartas partidas pelo A—B—C, e por meio destas se partia o papel ou pergaminho; e cada parte levava o seu instrumento. Quando se duvidava da legitimidade de algum, ajuntavam-se ambos para ver si as metades das letras A—B—C, junças, fariam justas figuras.»

Relativamente ao processo, eis o que diz:

«Gravissimos autores pensam que a palavra *sigillare*, que se encontra no Codigo dos Visigodos, L. II tit. I § 18, tratando das citações, vem a dizer o mesmo que carta ou alvará. Si a nossa palavra *sigillare*, que no mesmo ponto de Direito se explicam os Foraes, e em outras partes *Signal do Juiz*, é deduzida nesta parte de *sigillum*, que usa o Codigo dos Visigodos, então ella não significa alli carta, mas sim ramo, ou palha, rito frequente, com que os povos, que vieram do Septentrião, faziam as citações. Os logares parallelos dos mesmos Foraes provam isto. Este *signal* é o que usa uma lei de D. Affonso II, se chama *fuste* e é o ramo, que os nossos Porteiros trazem na mão, quando nas execuções andam proclamando aquella antiquissima fórmula:—*Affronta faço que mais não acho*, etc., cujo ramo deu origem á nossa palavra *arrematação*, que era o direito *adramitio* dos povos septen-

trionaes. Os Francos, de quem no principio da monarchia, recebemos muitos usos, tinham o costume de citar por *palha stipula*. O Autor, presentes algumas testemunhas lançava uma palha, varinha, ou ramo pequeno ao Réo; si este estava pela citação, lançava tambem ao Autor outro raminho: no dia aprazado, o Réo vinha a juizo, e então se dizia que o Réo *placitum custodivisse*; si não vinha era esperado tres dias, depois dos quaes era condemnado em quinze soldos; e assim á proporção que desobedecia mais vezes, a multa ia crescendo. Si o Réo não vinha, quando era chamado para estar a direito, então ia o Porteiro com *fuste*, tirava-lhe penhores para vir estar a juizo; e deste modo era castigada a contumacia do Réo. Esta é a origem da citação por palha, de que fallam as Ordenações Affonsinas. As citações feitas por tabellião e por editos são posteriores. Depois de examinados e propostos os pontos em questão, segue-se a prova, a qual nos primeiros tempos foi tambem por testemunhas e instrumentos. Os Portuguezes, á semelhança dos Francos, e outros Povos que tiveram a mesma origem, tratavam todo o processo no Concelho, o qual era feito nos adros e outros logares publicos: os Francos chamavam estas audiencias *inter Leones*, leões estes que se acham ainda em muitos adros das nossas igrejas. As testemunhas depunham na presença de todos. No antigo modo de processar, o juiz, ouvidas as testemunhas, procurava aos Alvazis ou membros do Concelho, o seu juizo. *Comes auditis testibus et rem presentem contemplatus interrogavit ipse scabino, quid illi de hac causa judicasse voluissent; at illi dixerunt secundum istorum hominum testimonium, et secundum vestram inquisitionem judicamus, ut sicut divisum et finitum est, ita in proprium habeant, absque contradictione*
«O conde, ouvidas as testemunhas e contemplando o negocio presente, pede aos officiaes do Conselho os

«seus votos: elles respondem: segundo o que dizem «estas testemunhas e segundo a vossa inquirição, nós «julgamos que permaneça como está dividido e limitado, de modo que tenham como proprio, sem contradicção» Taes eram as fórmulas mais antigas das sentenças».

Os Visigodos, no seu processo, tinham, além dos *arbitros*, autoridades taes como o *dux*, o *comes*, o *assertor pacis*, o *thiufadus* e outros. Os officiaes de justiça eram os *sayones*, sayões, que correspondiam aos *apparitores* romanos: intimavam os mandados, davam execução ás sentenças e tinham parte nas multas (45).

Já no Codigo de Justiniano havia varias leis, permitindo aos litigantes preferir o arbitrio dos bispos aos litigios forenses (Cod. Just., *De episcop. audient.*, L. 7; Novel. XII); não é de extranhar, pois, que, entre os Godos mais se accentuasse essa influencia, attendendo a que os bispos concorriam até para a eleição dos reis barbaros. Os bispos eram, principalmente entre os Visigodos, inspectores e fiscaes dos magistrados; muitas leis do Codigo Visigothico dão a permissão de escolher para a decisão da causa o bispo, o Juiz ou o senhor da terra (Liv. VII, tit. I, L. 1; Liv. VIII, tit. V, L. 6, etc.) Havia no officio do Paço o *Comes notariorum*, á semelhança do *Primicerius notariorum* romano. Os condes e os duques eram os juizes naturaes e ordinarios nos seus districtos: mas, além delles havia outros juizes e officiaes, entre os quaes o referido *assertor pacis*, juiz incumbido de pacificar as partes e que, ao que nos parece, é a origem da instituição dos juizes de paz, radicada nos nossos costumes. O official desses juizes, os *sayões*, continuaram na legislação posterior, isto é, no *Fuero Jusgo*, nos *Fueros de Leon* e nas *Sete Partidas*, com os *Mayorinos* ou *Meirinhos*.

(45) COELHO DA ROCHA, Hist. do governo e legislação de Portugal, § 34 e nota; Cod. Visigot., L. II. tit. I, L. 26.

O processo judicial principiava pela citação, que se fazia *per epistola vel sigillum judicis et coram ingenuis personis*; seguia-se a audiência das partes, não devendo o juiz *dilatare causidicos* (Liv II, tit. I, L. 18 e 27); depois vinham as provas, ou por testemunhas ou por escripturas, e na parte probatoria era quasi todo o officio do juiz (cit. Mem.); por fim, era proferida a sentença. Acerca do que deve ser escripto no processo, diz a Lei 24, *Si de facultatibus, vel rebus maximis, etc.*, o juiz deveria, elle proprio, escrever dois exemplares, tratando-se de cousas graves e importantes, dos quaes dava um a cada uma das partes, e nas causas modicas, escrevia dous exemplares não de todo o processo, mas das *conditiones ad quas juratur pars*; a sentença, porém, era sempre escripta em dous exemplares, dos quaes um era dado á parte vencedora e outro ficava com o juiz, *ne fortasse qualibet ad futurum ex hoc intentio moveatur*. Não havia, pois, escrivão judicial; o *sayão* era quem, além de ser um executor qualificado, auxiliava o juiz na confecção dos exemplares dos processos. *Si de facultatibus, vel rebus maximis, aut etiam dignis negotium agitur, judex presentibus utrisque partibus duo judicia de re discussa conscribat, quæ simili textu, et subscriptione roborata litigantium partes accipiant. Certe si de rebus modicis mota fuerit actio, solæ conditiones, ad quas juratur, apud eum, qui victor extiterit, pro ordine judicii habeantur. De quibus tamen conditionibus et ille, qui victus est, ab eisdem testibus roboratum exemplar habebit. Quod si pars, quæ pro negotio quocumque compellitur, professa fuerit apud judicem non esse necessarium à petitore dari probationem, quamlibet parvæ rei sit actio, conscribendum est à judice, suaque manu judicium roborandum, ne fortasse qualibet ad futurum ex hoc intentio moveatur. Judex sanè de omnibus causis, quas judicaverit, exemplar penes se pro compescendis controversis reservare curabit.*

Quanto ao processo criminal, trata-se delle no Liv. VI, tit. I, *de accusationibus criminum* e em outros; mas, os actos processuaes eram: a *accusatio*, a citação *per jussionem aut sayonem*, a *custodia*, a *discussio*, a *cognitio criminis*, etc., a defeza, as provas (confissões, testemunhas, instrumentos, tormentos, agua quente (46) e a sentença, que deveria ser executada publicamente. O juiz era quem escrevia o processo.

— Na França septentrional, a principio, foi o direito romano só o admittido ao lado do direito franco; mais tarde, quando os Carlovingios submeteram os Visigodos, os Borguinhões, os Allemães, os Bavaros e os Saxonios, o direito destas diversas tribus foi reconhecido no imperio franco, do qual elles faziam parte.

— Na Italia, sob os reis lombardos, o direito romano foi o unico admittido em vigor ao lado do direito lombardo; ha uma conhecida lei de Luitprando, rei lombardo, determinando que os notarios devem redigir os actos conforme a lei lombarda ou conforme a lei romana, e não conforme a lei de qualquer outro dos povos: *De scribis hoc prospeximus, ut qui chartam scripserit, sive ad legem Langobardorum, quæ aptissima (alguns — apertissima), et pene omnibus nota est, sive ad legem Romanorum, non aliter faciant, nisi quomodo in illis legibus continetur*, etc. A verdade é que, entre os Lombardos, o character publico do *scriba*, incumbido de redigir os actos e contractos, foi accentuado: nos capitulos do rei Rachis, já elle é chamado *scriba publico*. O rei Astolpho conferia aos notarios dos bispos e abbades a attribuição de lavrar actos e contractos, contra os quaes excepção alguma podia ser opposta, como se pode vêr dos capitulos do mencionado rei, n. 16.

(46) Vejam as formulas destas provas, *apud Lidenbrog*, na collecção de CINCIANI.

Mas, os Ostrogodos, que, antes dos Lombardos, dominaram na Italia, foram os que, sob a influencia do seu rei Theodorico e do grande ministro CASSIODORO, mais se aproximaram do direito romano, a ponto de conservarem toda a sua organização politica e administrativa. CASSIODORO chegou até a dar maior importancia ao officio de notario do que ao cargo de juiz: os juizes, dizia elle, decidem as lides; os notarios evitam as lides, prevenindo-as por actos contra as quaes não haja reclamação (47). Depois dos Ostrogodos, a Italia foi, em meados do VI seculo, dominada pelos Gregos, isto é, pelo imperio grego do Oriente: Justiniano em 554 expediu a *sanctio pragmatica* sobre a administração da Italia, em que nada se alterou quanto ao notariado. No seculo VIII, os Gregos foram despojados pelos Lombardos de suas possessões no centro da Italia, e, como os Lombardos, no anno 752, ameaçassem Roma, o Papa chamou em seu auxilio o rei dos Francos, Pepino, o Breve, o qual, vencedor dos Lombardos, manteve o Papa na posse da soberania temporal sobre Ravenna e Roma, isto é, sobre o Exarchado e a Pentapole. A influencia dos Papas foi cada vez mais se impondo; e quando Carlos Magno, no anno 800, tomou o titulo de imperador, transmittiu ao Papa o titulo de Patricio de Roma: o Imperador e o Papa governavam conjunctamente, governo conjuncto este que foi expressamente reconhecido, no anno 824, por uma Const. de Lothario I.

— Em summa, na idade média o notariado tomou um novo aspecto, tornou-se uma profissão nobre, exercitada pelas pessoas mais cultas e mais doutas do tempo, foi um degráo para as mais altas honras, e na cidade eterna entrou na nova e esplendida côrte

(47) Vejam-se a *formula notariorum* e a *formula referendariorum*, de CASSIODORO, anneáxs aos *Edicta regum ostrogothorum*, em CANCIANI, *Leges Barbarorum*, I, pags. 27 e 30.

dos Papas (48). CONTI, recapitulando uma lição de SAVIGNY sobre os orgams da fé publica na idade media, diz o seguinte: «Reduzindo a termos breves o que escreveu SAVIGNY, eis o resultado a que chegamos: 1.º O *exceptor*, tambem na idade media, é um escrivão da curia; 2.º O *notarius*, no seculo VI, é um official da chancellaria ecclesiastica; 3.º O *tabellio*, no seculo VI, é um profissional, que se diz tambem *Forensis*, que se occupa de lavrar contractos e testamentos; 4.º Tanto os *notarii*, como os *tabelliones*, constituíam uma corporação; 5.º Mais tarde *notarius* e *tabellio* significam a mesma cousa. E, então, um e outro tinham a qualidade de officiaes publicos, de modo que os actos por elles lavrados tinham o character de autenticidade necessario para sua execução. (49)

A influencia do clero nos costumes dos conquistadores muito se accentuou, principalmente pelo facto de serem as formulas compostas por clerigos. MARCULPHO era um monge e as formulas de GOLDAST quasi todas são compostas por clerigos. Uma particularidade notavel é que, nas leis dos Visigodos, se denomina *scriptura* o acto escripto pelo *conditor*; nas lei lombardas e francas o acto escripto pelo *scriba*—denomina-se *charta* genericamente, porém, os jurisconsultos, que as commentaram, denominaram—*autenticum exemplar*; d'ahi decorre a razão pela qual, nos povos de origem visigothica, conservou-se para os instrumentos publicos o nome *escriptura*, ao passo que, nos povos de origem franca ou lombarda ou ostrogothica, mantem-se o nome—*acto autentico* (50). A palavra—

(48) CONTI, *Comm. teorico-pratico della nuova legge sul notariato italiano*, I, pags. 26-33.

(49) CONTI, cit. pags. 26-33. PAPPALAVA, cit., pags. 65-66.

(50) CANCIANI, *Leges Barbarorum* I, pag. 223, cap. *Quæstiones ac monita veterum jurisperitorum*, onde vêem as formulas de encerramento dos actos notariados, annexos ás leis lombardas. Confrim-se SCJARRETA, *Formulario*

escriptura, para significar, não *id quod coventum est* mas *id quod actum est* e que o *tabellio* atesta *propriis sensibus visus et auditus*, é empregada no Direito Romano: *Fiunt scripturae, ut quod ACTUM EST per eas facilius probari possit*. A expressão *acto autentico* é toda das legislações posteriores, que deram ao acto notariado, não só esse valor probatorio, como a execução preparada. Surge d'ahi outra observação historica: os povos, que conservaram o nome — *escriptura*, conservaram tambem o nome *tabellio*, e não deram ao instrumento dos tabeliães o procedimento executivo, ao passo que os povos, que usaram da expressão — *acto autentico*, empregaram o nome *notarius* para designar o official publico que lavrava contractos e testamentos, e deram aos seus instrumentos o mesmo character, a mesma força, os mesmos effeitos de uma sentença passada em julgado.

No seculo VIII, com os capitulares de Carlos Magno, mais se accentuou esse vigor e importancia dos notarios. Assim, elle declarou expressamente a força executiva dos actos notariados. Compenetrado da utilidade do ministerio dos notarios, ordenou aos seus enviados (*missi regii*) que instituíssem notarios, em cada logar: estes *missi regii*, ou os condes, nas assembléas provinciaes, os propunham ao povo, que os nomeava, como do mesmo modo nomeava os escabinos e os advogados. Ordenou tambem que os bispos, os abbades e os condes tivessem o proprio notario: *Unusquisque Episcopus et Abbas, et singuli Comites suum notarium habeant* (51). Os notarios, além de lavrar os instrumentos dos contractos e testamentos, assistiam aos grandes juizos nas côrtes dos escabinos:

degli atti e contratti notarile, pag. 7, e 9 art. da *Gazeta de Turin*, citados por PAPPALÀ, obr. cit., pag. 311-313, sobre a differença entre *acto*, *contracto*, *convenção*, *titulo*, *acto publico* e *acto autentico*.

(51) Capitular *De causis admonendis*, III, annexa às Leis Salicas, CANNI, cit. II.

era funcção dos notarios registrar as sentenças e outros actos, que de ordinario subscreviam com a formula: *Ego N., notarius, ex jussione N., comitis et missi, et admonitione prædictorum judicum pro securitate et firmitate scripsi.* (53) O bisneto de Carlos Magno, Lothario I, entre outras mais disposições concernentes aos notarios, fixou-lhes os honorarios, isto é, *dimidia libra argenti de majoribus scriptis, de minoribus infra dimidiam libram, quantum rei assimilari possit et iudicibus rectum videatur*; e dos incapazes e dos orphans estabeleceu que — *in providentia comitis sit ut nequaquam inde aliquid ab eis recipiant.*

Outra particularidade a attender é que, nas *Formulae alsaticæ*, nas *Formulae Goldastinæ* e outras annexas ás leis dos Francos Ripuarios e ás leis visigothicas, a formula preambular dos *actos publicos*, em geral, é esta: *Notum sit omnibus hoc publicum instrumentum visuris*, com algumas variantes, taes como *Notum sit presentibus atque superventuris*, *Notum sit omnibus Sanctæ Dei Ecclesiæ fidelibus*, etc. Nas *Formulae Sirmondicæ*, nas *Formulae Baluzii*, nas *Formulae Marculphi*, annexas ás Leis Salicas e ao *Edictum Theodorici*, a formula é em geral esta: *Anno illo, mense illo, die illo, loco illo, regnante illo rege*, ou *Regnante in perpetuo Domino Nostro Jesu Christo, loco illo, anno illo, mense illo, die illo*, etc. Os povos descendentes dos primeiros ou conservaram o principio da liberdade de forma, ou não deram aos *actos notariados* a força executiva; os povos descendentes dos segundos foram os que denominaram *acto autentico* o *acto notariado* e os que deram a este a força executiva.

«Os contrahentes romanos, diz EDUARDO DURANDO, na sua obra *Il tabellionato*, etc., nas convenções que

(53) Vide, nas *formulae Goldastinæ*, formula XCIX, a de um processo *actum curte ad campos mallo publico*, onde apparece um encerramento assim: *Ego itaque Vauco rogatus scripsi et subscripsi.*

estipulavam, figuravam dictarem elles proprios ao tabellião ou escriptor do documento as palavras do contracto, e assim era o vendedor, isto é, o contrahente, que assumia a obrigação, quem alli fallava em seu proprio nome. Este uso continuou na Italia até quasi ao seculo XIII, e o vendedor, por exemplo, se exprimia assim, em latim rustico, no contracto de venda: *Accepi ad te... argentum denarios... finitum precium pro pecia de terra... que tibi vendo trado et mancipio ut facias deinde tu et cui tu dederis tuique heredes proprietario nomine quidquid volueris.*

«A razão disto é dada pelo *Cartularium lombardo*, donde se vê que o contracto se compunha das respostas que, com palavras prescriptas e quasi sacramentaes, eram dadas ás perguntas dirigidas para obter os consentimentos essenciaes a toda a especie de contracto. Estas perguntas eram por um terceiro, intermediario entre os contrahentes, chamado nas formulas 16 e 24 *orator*, e que podia ser o proprio notario, repetidas ás partes contrahentes. O notario, depois de reproduzidos os consentimentos, encerrava o acto com a formula: *Et ego scripsi, post traditam (cartam) complevi et dedi.* Este *post traditam* designa a approvação segundo o *costume* romano dada pelo toque do papel e pela subscripção.

«Os Romanos, para confirmar o escripto, tocavam o papel com a mão e assim tambem faziam os Lombardos; mas, os Francos Salianos, os Francos Ripuarios, os Godos e Allemães punham o papel no chão e sobre o papel o signal symbolico da investidura ou tradição e o calamo, e em signal de approvação tambem o erguiam (formula IV).

«...A principio, seguindo o exemplo das escripturas romanas, tanto as partes, como as testemunhas, que costumavam a ser cinco, além de assignarem o nome, declaravam a que acto por ellas estipulado e presen-

ciado subscreveram. Depois só os contraentes fizeram essa declaração. Depois mesmo isso não mais se fez.»

A Italia teve, porém, de passar pelo cadinho dos Romanos, dos Ostrogodos, dos Lombardos e dos Francos. Os Ostrogodos eram muito inclinados a ter muitos *apparitores* ou secretarios e a dar-lhes attribuições (54); e os Francos, como se póde vêr. das Leis Salicas e dos Capitulares, comquanto muito se apropriassem do tabellionato romano, maior valor davam aos actos dos secretarios ou notarios dos condes, bispos e abbades do que aos actos dos outros notarios. Os Lombardos eram mais dispostos a dar fé aos actos notariados; diz-se mesmo que, antes da conquista da Italia por Carlos Magno, os Francos ainda não tinham conhecido propriamente o notario distincto do secretario do juiz ou do senhor.

Segundo as Leis Salicas, os secretarios (*graphiarii*) escreviam contractos para os particulares (Leis de Dagoberto, LIX, 2 a 7), mas no *mallum* ou *malberg*, onde se reunia o povo e se fazia justiça sob a presidencia do principe; já nesse tempo os scribas lombardos lavravam testamentos e contractos como profissionaes, independentemente da presença do juiz.

«.....Nos seculos XI e XII os redactores de qualquer escripto se chamaram universalmente notarios; e o facto de ser dada a faculdade de lavrar os actos a este official tão importante junto ao conde que tinha a autoridade suprema, elevou muito o ministerio do scriba e conferiu aos actos notariados plena fé. Foi esta grande autoridade adquirida assim pelos notarios que mereceu-lhes tal confiança que seus actos se tornaram obra sua exclusiva sem necessidade de serem firmados nem pelos contraentes nem pelas testemunhas.»

(54) *Omnes apparitores decet habere iudices suos*, diz uma formula de CASSIODORO, annexa ao *Edicta Regum Ostrogothorum*.

Foi uso na idade media, especialmente entre os secretarios dos principes, acompanhar a assignatura de desenhos phantasticos, difficeis de imitar-se; é provavel que a este modo de diffcultar as falsificações já recorressem os reis lombardos. (55)

Os povos germanicos, para fazerem valer os seus contractos, punham-lhes a obrigação de que aquelle que faltasse seria penhorado pelo outro a quem fosse devedor. Este direito se acha tambem em alguns foraes portuguezes; o devedor podia convencionar ser penhorado pelo credor. Já então, entre outros povos da Europa, os instrumentos dos notarios passaram a tomar o character de *instrumenta guarentigiata*, isto é, a declaração do devedor perante o notario foi equiparada á *confessio in judicio*, principalmente e primeira mente na Toscana, onde o notario não só inseria no contracto a confissão do devedor como si fôra feita em juizo, como tinha tambem a faculdade de emitir a declaratoria de preceito (que equivale ao nosso mandado de preceito) para o pagamento. Nem é de estranhar que a acção do tabellionato ou notariado tivesse sido tão decisiva na Toscana, quando se considerava que o grande IRNERIO alli esteve muito tempo como conselheiro da celebre condessa Mathilde. Em outros lugares da Italia, ora era maior ora menor a efficacia dos actos notariados; mas, nestes quando não havia o *preceptum guarentigie*, costumava-se a incluir a renuncia de todas as excepções que podiam embaraçar a execução.

O processo executivo é, pois, posterior ao Direito Romano e iniciou-se na Italia; porquanto, por maior que fosse a autoridade do instrumento notariado entre os Romanos, jamais foi equiparado, em seus effei

(55) Vid. os *fac-similes*, de pags. 116 a 117 da cit. obra de ER DURANDO.

tos, á cousa julgada, á *confessio in iudicio* ou ao juramento decisorio.

—O vocabulo—*acto*, em sua significação legal, significa o escripto que prova o facto da convenção entre as partes, e que o official, incumbido de lavral-o, assiste *propriis sensibus visus et auditus*. Philologicamente fallando, é *autentico* todo o acto que realmente emana daquelle a quem é attribuido, e, nesse sentido, até o escripto privado pode ser *autentico*; philologicamente fallando é *publico* todo o acto feito *coram populo*, e, nesse sentido, até o escripto feito por pessoas sem character official—pode ser *publico*. Mas, na technica forense, se diz *autentico* o escripto quando ha a *certeza legal* de que é emanado da pessoa a quem é attribuido; e essa *certeza legal* só se adquire quando um organ da fé publica, como o notario ou tabelião, incumbidos de supprir o testemunho geral, assim o atesta ou no mesmo acto, *in forma autentica*, ou, *ex intervallo*, com acto posterior: neste sentido se diz, na nossa technica, *acto publico*, *escriptura publica*, o acto lavrado *in forma autentica* por official publico; e *acto autentico* qualquer escripto reconhecido por official publico, ainda que lavrado por pessoa privada. Nas technicas italianas e franceza, não ha essa distincção, porque alli chama-se *acto autentico* o acto lavrado por official publico e com as formalidades legais; e, por isso, ha alli necessidade de distinguir a *autencidade* em *autencidade inicial* e *autencidade successiva*, sendo esta a dos escriptos privados posteriormente reconhecidos por official publico. Ora, o instrumento publico ou acto lavrado por notario ou tabelião é, por motivos de ordem publica ou por considerações de ordem pratica, exigida *ad substantiam* ou *ad solemnitatem* para certos actos juridicos, de sorte que, sem escriptura publica, taes actos não produzem acção em juizo; mas, para outros actos, o ins-

trumento publico, ou acto lavrado por tabellião ou notario, é exigido *ad probationem tantum*, isto é, somente para prova, de sorte que, mesmo sem essa escriptura, estes actos produzem acção em juizo, por isso que podem haver outros meios de prova que suppram a escriptura, taes como a confissão judicial, etc. Em todo o caso, o instrumento lavrado por official publico e com as formalidades legaes, é, como diz MASCARDUS, *probatio probata et non probanda*. Mas a *autenticação successiva* das letras e firmas de um escripto particular, em regra, não é requerida nem *ad substantiam actus*, nem *ad probationem*, porém simplesmente para effeitos em relação a terceiros, quando se quer tornar certa a respectiva data.

—Mas desde o seculo VIII os sarracenos dominaram a Hespanha, dominio que continuou, como sabemos, durante os seculos IX e X, ou antes, que permaneceu até o seculo XV: os Visigodos vencidos, refugiaram-se nas montanhas das Asturias e da Cantabria. Mas, os povos conquistados ficaram sob as suas leis pessoaes, os Visigodos continuando a regular-se pelo Codigo Visigothico e os sarracenos pelas suas leis arabes e musulmanas. Emquanto Carlos Magno e os carlovingios impunham leis no centro da Europa e na Italia, a dominação sarracena continuava na Hespanha. Mas, a separação dos direitos e o principio da applicação da lei pessoal, que constituiu a politica dos sarracenos, não teve alteração alguma no regimen do tabellionato e escripturação judicial, que permaneceu mesmo na denominação dos officiaes. Isto se explica, não só por essa politica dos sarracenos, como principalmente pela consideração de que o direito musulmano não exigia a redacção de um escripto ou a presença de testemunhas sinão para os contractos de casamento e de venda a termo (*salam*), contractos esses que, em suas particularidades, só interessavam

aos proprios sarracenos (56). Realmente, si alguns juizes e funcionarios administrativos tomaram denominações arabes, não aconteceu outro tanto com os tabelliães. Na lucta contra os Arabes, a Hespanha foi se dividindo e formando diversos reinos christãos, entre os quaes o de Portugal, sempre regendo-se pelas leis visigodas ou por Foraes que, em relação aõ tabellionato ou notariado, não se affastavam muito do molde geral no tocante á fórma dos actos. Tambem se fazia uso das Canones dos Concilios, do *Fuero de Leon*, decretado no tempo de Affonso V, no Concilio de Leon, em 1020, sendo que os Foraes posteriores tomaram, em geral, deste o modelo. Fundada a monarchia portugueza em 1139 e tendo D. Affonso Henriques se declarado feudatario da Santa S^a, continuou alli a influencia canonica até o seculo XIII. No seculo X já principiára a decadencia da lingua latina: os proprios clerigos, então quasi sempre incumbidos de lavrar os contractos, querendo conservar o costume de os escrever em latim e perdendo gradualmente o conhecimento dessa lingua, substituíam a muitas palavras latinas as do idioma patrio; é, assim, formou-se o *latim rustico*. Por outro lado, desde o seculo XI, por iniciativa do Concilio de Leon, do anno de 1090, foi abolido o uso dos *caracteres gothicos* ou *letras toletanas* e passou-se a empregar *letra semi gothica* ou *mixta* e depois geralmente a *letra francesa*.

—Opportunamente, quando nos referirmos ao systema feudal, diremos o conveniente sobre as Leis dos Anglo-Saxões.

(56) DARESTE, cit., pag. 57.

3). LEGISLAÇÃO CANONICA.—Na ordem ecclesiastica, desde os primeiros tempos da Era Christã, achamos alguns officiaes que traziam o nome de—*notarii*. Eram estes os *notarii regionarii*, notarios regionaes, instituidos pelo Papa S. Clemente, no anno 98, os quaes eram distribuidos pelas sete regiões ecclesiasticas, e tinham o encargo de receber os actos dos martyres, de annunciar ao povo as procissões, as preces, etc.; os *notarios do thesouro da Igreja*, chamados tambem *scriniarii*, e os *protonotarios apostolicos*, instituidos pelo Papa Julio I na primeira metade do seculo IV Estes ultimos se chamavam—*participantes*, si gozavam de algum privilegio, como por exemplo, do direito a uma parte das taxas pagas á chancellaria romana pela expedição dos actos e *ad instar participantium*, si este titulo era concedido por mera honorificação. Eis a formula preambular das cartas de constituição do notario apostolico: *Collegium protonotariorum SS. D. N. Papæ et S. Sedis apostolicæ, de numero participantium romanæ curiæ. Venerabili viro cuiquamque in dignitate ecclesiastica constituto, cui presentes nostræ litteræ, extra tamen urbis districtum, presentabuntur, salutem in Domino sempiternam.*

Desde o seculo III, tornou-se ordinaria, nos actos ecclesiasticos, a formula—*Regnante Domino Nostro Jesu-Christo* antes da nota chronologica.

No seculo V, estes *notarii* da chancellaria pontificia e das outras chancellarias ecclesiasticas, formavam uma corporação, chamada *escola*, presidida por um *primicerius*, a cujo lado estava um *secundicerius*.

Quando os Barbaros invadiram o Occidente, já encontraram desenvolvida a influencia dos Papas e do Direito Canonico, que cercava as attribuições dos *notarii* de grande prestigio

No ultimo estado da legislação romana, como vimos, o meio de dar effeitos completos aos actos dos *tabelliones* era a *insinuatio*, que consistia em depor nos *acta publica*, isto é, nas mãos do *magister census*, em Roma e Constantinopla, e dos magistrados municipaes, nas provincias, os *instrumentos*, que só tomavam o nome de *scripturæ publicæ* depois desse deposito nos *publica monumenta* (Cod. Just., *De donat.*, L. 31; Nov. XV, cap. V, § 1). E' verdade que, no Cod. Just., *De fide instr.*, L. 20, denominam—*publice confecta* os actos dos *tabelliones*; mas, a palavra—*publice* é tomada ahi em sentido material, para significar os actos feitos no *forum*, e não no sentido technico, significando actos da autoridade publica. Os actos do *tabellio*, simples *scripturæ forenses*, não offerciam ás partes sinão uma garantia imperfeita, porque era preciso que elle viesse reconhecer o escripto e, si estivesse morto na occasião da necessidade de usar da escriptura, chamavam-se as testemunhas que assistiram o acto e procedia-se á verificação (Novls. XLIV e LXXIII, cap. VIII). Era afinal a prova testemunhal applicada ao acto, sobre o qual vinham o tabellião e as testemunhas depor como si se tratasse de qualquer facto. Neste mesmo sentido, se distinguiam as *notitiæ privatae* e as *notitiæ publicæ*, sendo aquellas escripturas mesmo escriptas por *tabelliones* mas não insinuadas ou depositadas nos *acta publica*, e estas as escripturas dos *tabelliones* e mesmo os escriptos por outros, porém insinuados nos archivos ou redigidos em presença do juiz ou do bispo. Nesse tempo, os mesmos *notarii* que minutavam os actos dos funcionarios ecclesiasticos ou leigos, tomaram o habito de redigir igualmente as convenções das partes: este habito de lavrar contractos sem a presença do juiz vulgarisou-se a principio com a permissão dos juizes e depois por delegação; e, em regra, a formula de taes contractos continha—*que as partes comparecem*

perante o notario como em direito ou em juizo, e, em outros - que são julgados e condemnados por seu consentimento ao conteúdo no contracto, e isto foi a origem da execução preparada em França.

Mais tarde, no Direito Canonico, não se diz — *instrumenta publicè confecta*, mas *instrumenta publica manu confecta*. As Decretaes trazem muitos canones confirmando o que dissemos. Assim, Alexandre III, no can. *Scripta vero*, L. II, tit. XXII, *de fide instr.*, de 1166, determinando que, mortas as testemunhas, o instrumento decahe, salvo si tiver sido lavrado *per manum publicam*; Innocencio III, no can. *Quoniam contra*, cit., diz — *publicam personam*; Gregorio IX, no can. *Cum tabellio*, L. II, tit. XXII, *de fid. instr.*, emprega legislativamente pela primeira vez a palavra — *nota*, para designar a escriptura primordial e original, — *instrumenta in notam redacta*, — *in publicam formam redigere, habitura pro hoc perpetuam firmitatem*, e no can. *Si instrumenta*, diz — *per publicam personam*; o mesmo Papa, no canon *Cum bonæ memoriæ*, tit. *de probat.*, referindo-se aos *acta judicii*, firma a distincção e os effeitos dos *acta ordinatoria litis* e *acta decisoria litis*, assim como a fé publica que merecem, etc. Por outro lado, a administração dos sacramentos do baptismo, matrimonio e extrema-uncção, principalmente os dous primeiros, davam lugar aos assentamentos a cargo dos curas d'almas, assentamentos que foram os prodromos do actual Registro do Estado Civil, isto é, de nascimentos, casamentos e obitos. As regras do tombamento de bens ecclesiasticos deram desenvolvidos modelos para o registro da propriedade. Em summa, o Direito Canonico, aproveitando do Direito Romano as melhores disposições, auxiliando os golpes no feudalismo, guardando, durante as Cruzadas, as formas forenses, animando a revolução communal e o espirito municipal, preparou a nova phase.

Sobretudo, o Papa Innocencio III, que fôra gloriador em Bolonha, deu um passo de gigante, expedindo, em 1216, o celebre canon *Quoniam contra*, inserto no Liv. II, tit. XIX, *de probat*, assim concebido: *Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare: cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio: ne falsitas veritati præjudicet, aut iniquitas prevaleat æquitati: Statuimus, ut tam in ordinario iudicio, quam extraordinario, iudex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universi acta iudicii conscribant: videlicet citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renunciationes, conclusiones, et cætera, quæ occurrerint, competenti ordine conscribendo, loca designando, tempora et personas. Et omnia sic conscripta partibus tribuantur, ita quod originalia penes scriptores remaneant: ut si super processu iudicio fuerit solerta contentio, per hoc possit veritas declarari: quatenus hoc adhibito moderamine, sic honestis et discretis deferatur iudicibus, quod per improvidos et iniquos innocentium justitia non lædatur: iudex, autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare, si propter ejus negligentiam quid difficultatis emergerit, per superiorem iudicem animadversione debita castigetur, nec pro ipsius præsumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis.*

Foi d'ahi em diante que os actos processuaes do fôro judicial foram sempre divididos em *acta causæ* e *acta iudicii*, subdivididos aquelles em *acta argumenti* e *acta probationis*, e estes em *acta decisoria*, *ordinatoria* e *probatoria*. E a influencia do clero, que tanto se accentuava pela ignorancia das letras por parte dos

leigos, mais se desenvolveu pela superioridade das formas processuaes canonicas.

Os actos processuaes foram por alguns commentadores dos canones *Quoniam contra* e *Forus*, dos Decretaes, e *Saepe contingit*, das Clementinas, assim classificados:

1.º *Actos da causa* e *actos do juizo*. São *actos da causa* aquelles que dizem respeito ao facto e ao direito, que fazem objecto da relação litigiosa; são *actos do juizo* aquelles que dizem respeito á disposição e expediente dos actos do processo (57).

2.º Os *actos de causa* se subdividem em *actos de argumento* e *actos de prova*. São *actos de argumento* a proposição da acção por *petição* ou por *artigos*, as excepções, a contrariedade, a replica, a treplica, estas devendo ser por *artigos*, as antigas *interrogationes et responsiones*, os *interlocutiones*, as razões finaes ou *allegações*, assim como as *cotas*, as *posições*, as *presumpções* e a *sentença*. São *actos de prova* a confissão, o juramento, os depoimentos de testemunhas, a producção de instrumentos e as vistorias.

3.º Os *actos do juizo* se subdividem em *actos decisorios*, *actos ordinatorios* e *actos probatorios*. São *actos decisorios* os despachos e sentenças do juiz relativos á decisão da causa; são *actos ordinatorios* os despachos do juiz relativos á disposição dos actos processuaes, taes como a citação, a notificação, a intimação, a assignação de dilações, etc.; são *actos probatorios* os *termos*, *autos*, *assentadas* e *certidões* e mais formas do expediente do feito a cargo dos escrivães. Outros commentadores dos mesmos canones apenas classificam os actos processuaes em *actos ordinatorios*, *actos*

(57) Inst. Jur. Can., de LANCELOTTO, L. III; Glos. do Abb. PANORMITANO e o *Speculum*, de DURAND, e outros.

probatorios e actos decisorios: para estes, são *actos ordinatorios* os *actos de argumento*, taes como o libello, a contrariedade, a replica, a treplica; são *actos probatorios* os *actos de prova*, taes como depoimentos de testemunhas, producção de instrumentos, etc.; são *actos decisorios* os despachos e sentenças que se referem á relação de direito litigiosa. Estes commentadores, porém, só consideram os *actos das partes* e os *actos do juiz*.

Ora, no systema anterior ao canon *Quoniam contra*, os *escrivães* eram simples secretarios dos juizes, simples *apparitores*, em tudo subordinados a elles; mas, actualmente, os *escrivães*, comquanto obrigados a sujeitar-se a cumprir os despachos legaes dos juizes, exercem juncto destes tambem um papel de fiscalisação *para prova* dos actos por elles praticados e *para prova* dos actos das partes perante elles, pela razão dada — *Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare*. O canon *Quoniam contra* está no tit. *de probationibus* (L. II tit. XIX).

Em summa, o *graphiarius*, *escrivão* de hoje, não é o mesmo *apparitor*, do tit. *De asses., domesticis et cancellariis* doCodigo de Justiniano; e, aliás, *hodie, præsertim subalternis, graphiarum adsectorum et consiliarum vicem fere sustineant; frequenterque iudicis ab ipsis instructionem accipere debent*, diz VAN ESPEN;... (58) *scriba antiquus digitus est curiæ egregius*, diz BACON.

Si, para o processo civil, tal é a missão do *Escrivão*, maior importancia adquire ella no processo criminal, cujos *acta causæ* os referidos commentadores sub-dividiram em *actos de inquirição*, *actos de accu-*

(58) VAN-ESPEEN, cit., III, IV, cap. IV, ns. 17 e 18; Concil. de Latrão, II, *de Rescriptis*, in 6.

sação e *actos de dejeza*, classificando entre os *acta judicii*, além dos do processo civil, a prisão e outros.

4). COSTUMES FEUDAES.—O Feudalismo, que se organisára definitivamente no seculo XI, veio conter algum tanto o character publico da instituição notarial. Si antigamente existiam alguns actos que não podiam ser validos sem o concurso da suprema autoridade, o regimen feudal instituiu outros mais. A investidura que dava o suzerano ao seu vassallo e a homenagem que este prestava, nada mais era do que um contracto entre dous individuos, o qual estabelecia entre elles uma nova relação; mas, aquelle que dava o feudo, para manter a sua posição, mostrava o novo vassallo aos antigos, provando-lhes que não exigia condições mais onerosas do novo feudo, nem concedia-lhe qualquer favor fóra do uso; e, por occasião desta investidura, havia côrte plenaria e o vassallo prestava fé e homenagem em presença de um parlamento ou dos Estados do suzerano. Ora, toda a alienação ou mudança de propriedade de um feudo, todo o desmembramento dava lugar a uma nova homenagem e, por consequencia, a uma convocação de vassallos; e mesmo o suzerano fazia-lhes algumas perguntas para saber si tinha sido omittida qualquer condição ou formalidade. Esta assembléa de vassallos, este parecer que davam sobre clausulas ou formalidades da investidura, assemelha-se, quanto á forma, a uma corte senhorial de justiça, de sorte que, confundiram-se logo as idéas, e a alienação total ou parcial de um feudo, ou qualquer outra disposição relativa, tornou-se objecto de transacção judiciaria. E assim, onde os immoveis eram reputados *feudos*, ou ao menos os *feudos* eram mais frequentes, qualquer disposição relativa a immoveis era reservada aos tribunaes, aos vassallos ou outros repre-

sentantes do antigo tribunal, os quaes ou serviam de testemunhas instrumentarias ou pronunciavam uma renuncia, uma cessão, ou outra formula solemne que transferia a propriedade (59).

— A Inglaterra ainda hoje soffre as consequencias do regimen feudal. E' verdade que, quer na velha legislação do paiz de Kent (seculos VI e VII), sob os reis Ethelberto, Chlotario, Odred e Witred, quer nas leis de Ine, rei de Wessex, (seculos VII e VIII), quer, depois da formação do reino de Inglaterra, no codigo de Alfredo, o Grande, (seculos IX e X), e nas leis de seus successores immediatos (seculos X e XI), assim como nas leis de Canuto, o Grande, não encontramos o *notario* como official publico, incumbido de lavrar contractos entre particulares. Do mesmo modo, depois da conquista normanda, nem nas leis de Guilherme, o Conquistador, nem nas de Henrique I e de Eduardo, o Confessor, (seculos XI e XII), encontramos cousa alguma que nos autorise a affirmar a existencia de taes officiaes entre os Inglezes. Mas, no fim do reinado de Guilherme, o Conquistador, foi creado o *Domesdaybook*, registro territorial, primitivamente estabelecido para o lançamento do imposto. Logo depois da conquista normanda, uma grande parte das terras foi confiscada em proveito dos vencedores e distribuida pelo rei entre os seus companheiros de armas a titulo de feudo. Este systema feudal de *tenures*, estendeu-se pouco a pouco ao resto do solo, de sorte que a noção da propriedade absoluta, tal como a concebe o Direito Romano, é extranha ao direito inglez, desde que se trata de immoveis: o possuidor de terras é reputado como tendo um direito derivado, um feudo ou da corôa ou de um suzerano intermediario. D'ahi, a terminologia juridica ingleza resentindo-se dessa differença que todos notamos.

(59) MEYER, Esprit, origine et progrès des Institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe.

A transferencia fazia-se por meio de uma investidura e immissão na posse (*livery of seisin*), nos tempos antigos em forma sacramental e em presença de testemunhas, mais tarde por escripto sellado (*deed, factum*) e cortado, no alto, em forma de dentes de serra, donde vem o nome de *indenture*; opportunamente veremos a evolução desta forma. A conquista normanda foi tornando desusada a lingua anglo-saxonia e depois a lingua latina, para introduzir-se a franceza.

— O systema feudal, em summa, tendia successivamente a aniquilar o notariado, apesar do privilegio concedido pelos imperadores aos condes palatinos, e grandes feudatarios da corôa, de nomear notarios, privilegio de que, principalmente na Allemanha, tanto abusaram que derivou-se d'ahi o inconveniente de crescer o numero de notarios além do necessario e de ser incumbido este officio a pessoas ignorantes. O feudo, por outro lado, aniquilou a transmissão do dominio pleno, porque eram poucos os bens allodiaes ou livres. Os combates judiciais substituiram a *disputatio fori*. A cavalaria constituiu os nobres mais homens de guerra do que homens de paz: não raro se encontra nos documentos a declaração de que—*F. deixa de assignar, porque, attenta a sua qualidade de gentil-homem, não sabe ler nem escrever.*

III

Nacionalisação da linguagem foreuse e predominio das formas canonicas. — Italia. — Allemanha. — Paizes Baixos.

— Inglaterra. — Russia. — Dinamarca. — Suecia e Noruega.
— Hespanha. — Portugal. — França. — Encerramento deste periodo na epocha da Revolução de 1789.

O seculo XIII assignala um periodo de reconstrucção para o notariado e, em geral, para as funcções dos orgams da fé publica.

As Cruzadas, si por um lado iam preparando a morte do feudalismo e a revolução que produzia o regimen communal, mais accentuava o estado de ignorancia a que nos referimos; todavia, os conventos, que então estavam cheios de copistas, e os clerigos, em geral, se incumbiam de lavrar os instrumentos de actos e contractos. Estabelecidas as communas, os Papas e os Reis, encontrando nellas apoio para conter o feudalismo, puderam restabelecer o imperio da forma escripta.

Vem a proposito notar que os instrumentos publicos dessa epocha eram, em geral, escriptos em um latim rustico e em estylo recheado de solecismos; attribuem esse facto não só ás traducções das formulas de MARCULFO, publicadas por MABILLON, das de BOUQUET, GOLDAST, SIRMOND e LINDENBROG, como á necessidade de lavrar os contractos nesse latim corrupto, afim de serem lidos ás partes em linguagem intelligivel. Nesses seculos contava-se o tempo por *calendas, nonas e idos*; as datas eram caprichosamente expressas; ás vezes vinham acompanhadas dos dias da *lua*, ou da *epacta*, ou da *ferias*, ou dias da semana, ou dos dias das *festividades*: os tabelliães faziam mesmo um certo garbo dessa *sciencia das datas*, inventando os *concurrentes* e outros semelhantes caprichos (60). Na Lusitania, assim como em toda a peninsula iberica, os annos eram contados pela Era de Cesar ou hispanica, que precede 38 annos á vulgar, data em que Cesar Augusto reduziu a Hespanha a provincia romana; mas, pouco a pouco, foi-se abandonando essa era, para contarem-se os annos pelos de Nosso Senhor Jesus-Christo, ou indefinidamente com a expressão -- *Anno Domini Nostri Jesu-Christi*, ou com referencia ao *nascimento*, á *circumcisão* ou á *ascenção*.

(60) MICHELE CUSA, *Dell' origine e dell' uffizio del notariato*.

Mas, no seculo XI, principiára o movimento, não só para a uniformidade do calendario, isto é, para contarem-se os annos do *Nascimento* de Nosso Senhor Jesus-Christo, como para substituir o latim rustico, (que, como dissemos, era a lingua universal diplomatica mesmo entre os barbaros),—pela lingua nacional de cada povo. Os Inglezes, que aliás desde o seculo VII tinham adoptado para os actos sellados ou formaes a Era Christã, foram tambem os primeiros que adoptaram para estes actos, no seculo XI, a lingua do seu paiz, isto é, a lingua anglo-saxonia; só no seculo XIII, identico progresso se manifestou na Allemanha, na França, na Italia, em Hespanha e em Portugal.

Principia, então, uma phase nova para os orgams da fé publica. Até essa epocha, os limites da jurisdicção ecclesiastica e da secular eram mal definidos: havia gente que indifferentemente litigava perante qualquer das jurisdicções e, em regra, preferia-se a justiça ecclesiastica. Em taes circumstancias, quando os tribunaes seculares quizeram recuperar a autoridade, já encontraram uma pratica conhecida e que, no processo, tiveram muito de aproveitar (61). Quando o Direito Romano teve o seu renascimento, cujo signal foi a descoberta do Digesto. em 1137, na cidade de Amalphi, já o Direito Canonico tinha dado golpes nos combates judiciarios, nas ordalias, nos prudhommes, regularizando a forma escripta, quer no fôro extrajudicial, quer no fôro judicial. Aliás, os proprios Papas tratavam de affastar o clero dos negocios profanos; e os leigos, não só por essa razão, como pela natural expansão dos negocios, como pela nacionalisação da linguagem forense, recuperaram as funcções de auxiliares e serventuarios da justiça, conservando, entre-

(61) * MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, L. XXIII, capt. 60 e 61.

tanto, as formas do processo com as correcções introduzidas pelo Direito Canonico.

As formas canonicas prevalecem na Italia, na França, na Hespanha, em Portugal, na Allemanha e, em geral, entre os outros povos, excepto na Inglaterra, onde prevalecem as formas romanas.

Mas, já desde Ethelberto, diz o veneravel BEDA (62), *inter cætera bona, que genti suæ consulendo conferebat, etiam decreta illi judiciorum juxta exempla Romanorum constituit*, isto é, foram introduzidas, no processo judicial inglez, as formas do processo romano. No seculo XII, Henrique II acabou com os combates judicarios como meio de prova, instituiu a *Grande assise*, jury official em materia probatoria, dividiu o paiz em circuitos com juizes itinerantes, incumbidos de pronunciar sentenças fóra da corte do rei (*aula regis*). Ricardo Coração de Leão creou depois a *Court of common pleas*, permanente para os negocios civis. No seculo XIII, assignala-se a *Magna Charta*, de João Sem Terra, assegurando que *communia placita non sequantur aulam nostram, sed teneantur in aliquo loco certo*, proscreeve a prisão sem condemnação por pares e assegura a liberdade testamentaria. Notaremos que na Inglaterra prevalece a regra tradicional — *Ad quæstionem facti non respondent judices, ad quæstionem juris non respondent juratores*. Desde Henrique II, como dissemos, no intuito de acabar com o duello judicario, foram expedidos os *Writs*, com as *formulas das acções*; concurrentemente appareceram os *records*, ou protocollos das deliberações e sentenças das jurisdicções reaes, e os *reports*, com os pontos de facto e de direito necessarios para precisar a jurisprudencia: assim formou-se a *common law* ingleza em contraposição á *statute law*.

Já as leis dos Anglo-Saxões fallavam em *apparitores* que eram os officiaes, hoje *clerks*, das diversas cortes, quer reaes, quer dos condados; os *registrars*, encarregados de registrar as decisões, vieram posteriormente. Tal era o amor á tradição que, até não ha muito tempo, continuava o systema do *vadimonium* romano sob a ficção dos personagens John Dõe e Richard Rõe (*common bail*); e o *original writ*, carta mandatoria do rei, indicando a *formula da acção*, só foi dispensado em 1852. A palavra ingleza que designa o processo escripto é *pleadings*, peças escriptas estas que se trocam entre as partes desde a citação até o julgamento e cujo fim é precisar rigorosamente as questões de facto. Os actos do processo, em geral, denominam-se—*suit*. O processo criminal, em regra principiava pela accusação (*indictment*). Opportunamente seremos mais extensos.

Agora, passemos a rever a marcha do notariado e do secretariado nos diversos povos que, nessa epocha, ficaram constituídos.

1). ITALIA.—A arte notarial tomou tal incremento na Italia, que na Universidade de Bolonha instituiu-se para isso curso especial; e já no seculo XII se fallava nos *legentes* e depois *doctores notariæ*. D'ahi tambem a influencia que os notarios dessa epocha tiveram nos negocios das *communas* e como arbitros dos interesses dos particulares. IRNERIO, que tinha sido o fundador da Escola dos glosadores, já tinha composto o *Formularium tabellionum*, citado por ACCURSIO e por outros; RAINERIO DE PERUGIA compoz a *Ars notariæ*; MARTINO DE FANO compoz o *Formularium super contractibus et libellis*; ODOFREDO compoz *De ordine judiciaris seu opus artis notariæ*; PEDRO DE UNZOLA, PEDRO BOATERIO, BALDO DE PERUGIA, e, sobre todos, o grande

mestre ROLANDINO PASSAGERIO, autor da *Summa totius artis notariæ*, da *Aurora*, do *Tractatus notularum*, da *Flos testamentorum* e do *De officio tabellionatus in villis et castris*.

Destas obras se vê que, no seculo XIII, as attribuições dos notarios comprehendiam, não só os contractos e testamentos, como os actos judicarios e os actos das communas. Fixaram-se, então, os principios relativos ás condições do exercicio e ás formalidades dos actos desses officiaes publicos (63), principios e formalidades deduzidos parte dos costumes, parte das leis lombardas, parte do Direito Romano e parte do Direito Canonico. A *ars notariæ* reuniu-se á *ars dictaminis*, como se póde ver das obras de GUIDO FABA, *Summa dictaminis*, e de outros. A litteratura fez ninho na classe notarial: COLA DI RIENZO, PETRARCA, pae do cantor de Laura, BRUNETTO LATINI, mestre de Dante, e outros escriptores celebres foram notarios.

Concurrentemente appareciam os estatutos notariaes, taes como: os de Vercelli, confeccionados em 1241; os de Nizza, Ravenna e Pavia, confeccionados em 1255; os de Napoles e de Sicilia, sob o dominio dos principes normandos; os do conde Pedro de Saboia, de 1265; os do conde Amadeu VI, chamado Conde Verde, de 1379; os de Amadeu VIII, de 1430 (64). No seculo XV apparecem estatutos em Roma, Bolonha, Feltre, Pađua, Verona e Belluno; e, em 1539, em Lucca em cujos estatutos era ordenado o seguinte: cada côrte ou officio publico, tanto administrativo como judicario, teria os seus proprios notarios, os quaes *teneantur et debant fideliter scribere et in libro ponere et transferre feriatim et successive omnia et singula acta, quæ in dicta curia quomodolibet tractarentur*, e a estes

(63) ED. DURANDO, cit., pags. 126 e seguintes.

(64) ED. DURANDO, cit., pags. 157 e seguintes, traz todo o titulo—*De tabellionibus et notariis*, desses Estatutos de Amadeu VIII.'

unicamente *plenam probationem credebatur*. Segundo as normas fixadas por estes estatutos, não podiam ser notarios sinão homens probos, honestos e de legitimo nascimento. O candidato devia prestar exame de idoneidade e prestar juramento, promettendo, entre outras, lavrar os instrumentos em papeis novos e limpos.

non faciant instrumenta in papyro, nec in charta veteri et abrasa, sed in membrana munda et nova. Era depois solemnemente investido no officio *per pennam et cælamarium*. com as palavras: *Accipe potestatem*

condendi chartas publicas secundum leges et bonos mores (65). Todo o notario deveria pertencer a um *collegium notariorum*. Os membros de taes collegios se chamavam *socii* ou *fratres* e os seus chefes *rectores*. Estes ultimos tinham a vigilancia, que competia tambem a algumas autoridades publicas, sobre a gestão officiosa de cada um dos membros, tinham o dever de acautelar a boa conservação dos actos dos notarios defunctos e fixavam os honorarios notariaes. Todo o collegio tinha direito de confeccionar seus estatutos e de impedir no logar de sua residencia o exercicio do notariado a quem não fosse membro do collegio. No Piemonte, então, desde o duque Emmanuel Felisberto até Carlos Emmanuel, que expediu a constituição de 1770, foi o notariado sempre progredindo. Foi na Italia, na Saboia, sob Victor Amadeu II, em 1694, que se restaurou o uso do papel sellado (*carta bollata*), quer como signal de autenticidade, quer como imposto, comquanto se diga que, na Hespanha e na Provença, já estivesse sendo como tal aproveitado. Aquella Constit. de Carlos Emmanuel III, datada de 9 de Novembro de 1770, é de grande merecimento: regula e distribue os collegios notariaes, dá regras para o exame de habilitação, determina todas as condições do

(65) MURATORI, *Antiquitates italicæ medii ævi post declinationem romani imperii ad annum 1500*, vol. I, Diss. XII, pag. 122.

exercício do officio e mostrava o intento de abolir a alienabilidade dos officios; eram minuciosas as *caute-las* e *formalidades* dos contractos, assim como as regras sobre a conservação das minutas, minutarios, fasciculos (*filze*) e protocollos; a superintendencia e fiscalisação dos actos era dada a um magistrado superior, etc. Já, antes disso, em 1610, Carlos Emmanuel II havia ordenado que todas as escripturas publicas e sentenças judiciaes e os actos notariados, quer contractuaes quer testamentarios, fossem sujeitos á insinuação, isto é (acceitando-se aqui a palavra *insinuação*, no sentido do Direito Romano),— ordenou que as cópias de todos esses actos fossem depositados no *archivo de insinuação*, onde havia tambem um *livro de registro*, para inscrever-se a data, a taxa, os nomes dos contrahentes, o notario, e mais caracteristicos do documento.

Quanto aos actos do expediente do processo judicial, prevaleceram alli os preceitos do cit. canon *Quoniam contrà*, denominando-se os *graphiarii* ou *secretarii*, *cancelliere*, e *usciere* o official para execução das diligencias, os quaes só mais tarde tiveram regulamento completo para as funcções de seus officios.

2). ALLEMANHA.—Na Allemanha, como dissemos, o dominio feudal e o privilegio dos condes palatinos e grandes feudatarios da corôa, tornaram menos influente o ministerio dos notarios e diminuiram a confiança nos actos notariados. No seculo XIII, quando alli começou a ser estudado o Direito Romano, para o exercicio do notariado eram exigidos os mesmos requisitos prescriptos para os notarios italianos; mas, por outro lado, não só não eram instituidos os collegios ou corporações de notarios, como era o seu officio muito dependente dos juizes e tribunaes. Os ac-

tos notariados eram subscriptos pelas partes e pelo notario, mas não tambem pelas testemunhas, que se limitavam a pôr o seu sinete ou sello: as testemunhas attestavam o instrumento, mas não attestavam o contracto ou acto. Todo o instrumento era por extracto referido em um regístro, chamado—*cartularium, breviarium, quadernum* ou tambem—*protocollum*, o qual, na presença das testemunhas, era firmado pelas partes e pelo notario. Muitos jurisconsultos, advogados e mesmo juizes, muitas vezes, em summa, reclamavam uma reforma radical do notariado, porque essa instituição, como estava, não correspondia ao seu importantissimo fim. Foi então que appareceu a Constituição do imperador Maximiliano I, publicada em Colonia, a 8 de Outubro de 1512.

Nessa constituição foram declarados incapazes de exercer o officio de notario as pessoas menos probas; foi determinada a forma dos actos notariados e imposta aos notarios a obrigação de fazer menção dos cancellamentos, interlinhas e postillas; foi prohibido lavrar os instrumentos com palavras abreviadas ou obscuras; foi prescripta a intervenção de testemunhas em todos os actos; foram estabelecidas algumas normas para estipulação de actos de pessoas privadas do ouvido; foi indicado o modo de substituição no caso de legitimo impedimento do notario; foram estabelecidas diversas disposições relativas aos testamentos e recommendada aos notarios a sua exacta confecção, *propter magna ex illis imminetia prejudicia*, etc. Finalmente, bem comprehendendo quanto seja necessaria a instrucção theorica e pratica para o exercicio do notariado, o imperador Maximiliano I, sabiamente prescreveu que não pudessem ser nomeados notarios sinão pessoas peritas no direito. *Et in summa sciant et advertant omnes notarii, quod ipsi debent esse jurisperiti in his saltem quæ notariatus officium respiciunt,*

hoc est summa notariæ ad hoc ut sciant partes coram se contrahentes, seu agentes de solemnitatibus et clausulis ad contractus, et actus hujusmodi, earumque validitatem requisitis certificare, et se a contractibus et actibus a jure reprobatis et prohibitis abstinere.

Mas, no seculo XVIII, foi o notariado decahindo cada vez mais, a tal ponto que, mesmo na Austria, segundo o regulamento do processo civil de 1 de Maio de 1781, os protestos de cambio foram os unicos actos notariados classificados entre os documentos publicos.

Justamente nesse seculo formou-se o reino da Prussia e, em 1751, foi promulgado o Codigo Frederico, organizado pelo celebre chanceller Coccêo, mantendo-se o principio da liberdade da forma, de sorte que a intervenção dos notarios prussianos não é necessariamente prescripta para acto algum.

Convém, todavia, notar que o registro territorial na Allemanha é subordinado a certas tradições que é util recordar. Em Direito Romano, a transmissão da propriedade immovel e a constituição dos outros direitos reaes não eram subordinadas a nenhuma formalidade sacramental, destinada a assegurar a publicidade; na Allemanha, porém, onde, desde tempos mui remotos, a propriedade territorial era não somente a parte mais importante do patrimonio do individuo, mas ainda a base da organização communal, assim como dos direitos e deveres publicos, onde mesmo a propriedade individual não tomou provavelmente nascimento sinão no dia em que se decidiu partilhar entre os diversos membros da comunidade uma parte do solo pertencente collectivamente a esta comunidade, a transmissão das terras e predios deveria naturalmente ter logar com concurso e verificação da comunidade interessada: não era valida sinão com

a condição de ter sido consummada por um acto solenne e publico. Na origem, a transmissão exigia dous actos successivos, designados sob os nomes de *sala* e *investidura*: *sala* era a declaração feita pelo vendedor de que cedia sua propriedade ao adquirente e corroborada por um certo numero de praticas symbolicas que variavam segundo as localidades; *investidura* era a immissão na posse material do adquirente pelo vendedor, segundo uma forma sacramental (*cum baculo, incurvatis digitis*, etc.) Os dous actos tinham por consagração a presença de numerosas testemunhas e provavelmente do magistrado local. Mais tarde, foram sufficientes uma tradição symbolica perante o tribunal do logar da situação do immovel e uma homologação judiciaria (*gerichtliche Auflassung*: e depois substituiu-se este processo oral por inscripção em registros, presididos geralmente por um juiz; de sorte que, em Direito Germanico, jamais bastou uma simples convenção, nem mesmo com immissão na posse, para validar uma transmissão de propriedade immovel. O que dissemos desta operação se applica tambem á constituição de hypotheca ou, para dizer melhor, da antichrese; em virtude da *Satzung*, que se operava em juizo como as alienações propriamente ditas, o credor era materialmente installado no immovel do devedor e percebia-lhe os fructos; mais tarde dispensou-se essa posse immediata, substituindo-a por solemnidades em juizo, para assegurar a publicidade; depois substituiu-se a forma oral da hypotheca em juizo por uma inscripção em registros publicos.

Estas tradições juridicas se mantiveram na Allemanha, não obstante a influencia immensa do Direito Romano e deram nascimento á instituição do registro territorial e hypothecario, que hoje alli impera e do qual opportunamente nos occuparemos.

— Quanto aos auxiliares do processo judicial, isto é, aos escrivães (*gerichtschreiber*), officiaes de justiça (*gerichtsvollzieher*, *gerichtsvögte*) e outros, já dissemos que o processo allemão adoptou as formas canonicas (66).

3). PAIZES BAIXOS.—Nos Paizes Baixos, ao que parece, o notariado foi instituido pelos soberanos da casa de Borgonha; e desde o anno de 1494 uma Ordenança do Archiduque Felipe faz menção dos notarios. (67). O imperador Carlos V, pelo edicto de 10 de Maio de 1529, deu ao notariado uma organização mais regular; mas, este edicto era anterior á incorporação do ducado de Ghelkia aos Estados do imperador, e não pode reparar o descuido dos duques. Esta provincia, como a do Over-Isel, viu-se privada do notariado, o qual foi estabelecido só em 1808. Si o notariado era exercido nos restantes lugares dos Paizes Baixos, os notarios não gozavam daquella confiança que só podia conceder um grande soberano e que os limites alli restrictos da autoridade communal não permittiam ceder a um official especial, sem reduzir muito evidentemente as attribuições dos magistrados. As communas dos Paizes Baixos, ciosas de tirar aos notarios uma porção da jurisdicção voluntaria, nunca admittiram a supressão completa do notariado; mas, investiram os tribunaes de muitas dessas attribuições, estabelecendo a regra fixa de que nenhuma alienação de immovel pudesse ser feita sem a presença de um magistrado administrativo ou judiciario; reservaram aos notarios muitas outras especies de actos e deram geralmente aos secretarios dos tribunaes o direito de lavrar instrumentos cumulativamente com os notarios. Na Hollanda, os juizes eram testemunhas

(66) STRICKIO, *De jure protocolli*, Disp. IX, cap. V.

(67) PAPPAFAVA, cit.

instrumentarias. Esta concurrencia, maximé nas communas ruraes, entre os secretarios dos tribunaes e os notarios, devia equivaler á exclusão dos notarios, que não podiam, por causa do ciume e mutua independencia das communas, exercer o officio além dos limites da communa para a qual eram nomeados, e tinham de ficar sem serviço, porque as relações do secretario, que era ao mesmo tempo balio senhorial, a necessidade de recorrer a elle nos casos em que se tratasse de actos reservados ao conhecimento do magistrado, as vantagens que elle tinha, ou como chefe da justiça communal, ou como chefe da administração, determinavam por elle a preferencia. Por outro lado, os actos notariados, nos Paizes Baixos, não tinham execução preparada, de sorte que, sobre a forma privada, nada mais tinham do que a autenticidade. Na pratica, as partes resolviam remetter ao juiz um acto notariado, no qual consentiam fazer-se condemnar voluntariamente e, então, pediam ao juiz ratificação: esta sentença da ratificação, que podia ser dada ou não, e que tornava executorio o acto notariado, era pelos praticos chamada—*willige condemnatien* (68).

4). INGLATERRA. A Inglaterra, mais do que nenhuma outra nação, continuava aferrada aos costumes e tradições anglo-saxonios, normandos e feudaes (69). O notariado ahi não podia, pois, ter desenvolvimento algum: basta considerar que o principio fundamental do direito inglez, em materia de propriedade immovel, é que todas as terras dependem da corôa mediata ou immediatamente; o soberano tem o dominio directo e

(68) MEYER, *Esprit, origine, et progrès des Institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe.*

(69) LEHR, *Elements de Droit Civil Anglais*, ns. 368 e seguintes.

absoluto, os possuidores effectivos têm apenas o dominio util; as terras são, em suas mãos, simples feudos da corôa. E' verdade que, actualmente, este dominio util confere quasi tantos direitos como o dominio pleno; os *freeholders* não têm mais necessidade da investidura e, quando vendem, não precisam da confirmação da corôa. Entretanto, para explicar a exclusão do notariado, precisamos entrar na apreciação das formas antigas: A forma mais antiga é a da imissão na posse effectiva (*feoffment with livery of seisin*). O systema feudal jamais cessou de reger a propriedade territorial de Além-Mancha: a investidura consistia na concessão de um direito hereditario ou vitalicio (*state*) sobre o immovel, acompanhado da *livery of seisin* do vassallo (*tenant*). A *livery of seisin* se operava de dous modos: em factio (*in deed*) ou em direito (*in law*). Para a imissão da posse *in deed*, o senhor e seu representante, de uma parte, e o vassallo (*tenant*), de outra, pondo cada um a mão sobre o acto de investidura e sobre o anel, ou sobre uma vara, ou sobre um torrão, emblemas do dominio,—o senhor pronunciava palavras sacramentaes, depois do que, si se tratava de uma casa, o vassallo (*tenant*) entrava só, fechava a porta, tornava a abrir e fazia entrar a assistencia. A imissão da posse *in law* (*livery in law*) não se fazia no immovel mesmo, mas á vista; o senhor mostrava-o com a mão ao vassallo (*tenant*) e convidava-o a ir tomar posse. Em qualquer dos casos, o *estate* conferido ao *tenant* devia ser bem determinado (*limited*); era preciso que se determinasse si lhe era conferido vitaliciamente, ou em feudo substituido, ou em feudo simples, ou de qualquer outro modo. No reinado de Henrique VIII, no seculo XVI, a validade de uma investidura foi subordinada, pelo *Statute of uses*, á condição de ter uma justa causa (*consideration*) e de ser feita expressamente não sómente ao te-

nant mas em seu proveito (*to the use of the feoffee*). Antigamente, o acto da investidura não era escripto, era simplesmente sacramental; mas, posteriormente, foi de rigor o acto escripto e sellado, que era lavrado ou pelo proprio senhor ou por seu secretario particular. O instrumento probatorio sellado e devidamente confeccionado tomou, em direito, o nome de *deed, factum*; ao passo que o escripto não sellado não importava mais do que uma simples promessa verbal, para exprimir *id quod conventum est* e não *id quod actum est*.

Mais tarde se substituiu ao antigo modo feudal de investidura um modo mais simples, conhecido sob o nome de *lease ad release*, que consistia no abandono ao comprador, abandono que se fazia por *deed*. Depois, ficou determinado que a posse legal de um immovel se transferisse pelo effeito da simples convenção verbal seguida do pagamento do preço, *by a mere bargain and sale*, ficando o vendedor constituido possuidor em nome do adquirente, independentemente de investidura e mesmo de *deed*. Por fim, o perigo dessas transmissões, desprovidas de publicidade, fez que, nesse mesmo anno, Henrique VIII, pelo St. 27, cap. 16, exigisse que toda a *bargain and sale* de immoveis fosse provada por um *deed* e registrada dentro de seis mezes lunares em uma das côrtes de *record* de Westminster ou em um dos tribunaes de condado, designado para isso. O registro foi depois abolido; a posse real foi supprida por uma posse presumida e legal, fundada no praso estipulado; mas, dous *deeds* ou actos escriptos foram exigidos, um para provar a *bargain and sale*, outro para provar a *release*. O *deed*, pois, é o acto autentico dos inglezes, posto que não confeccionado por pessoa publica, mas por *attorneys* e *solicitors*, por *scriveners*, e mesmo pelas partes, e, actualmente, até impresso em todo ou em parte.

Os *deeds* se dividem em *deeds poll* e em *indentures*. O *deed poll* é um acto unilateral; a *indenture* é um acto passado entre duas ou muitas pessoas. Outr'ora, quando os actos eram mais concisos, era uso, para aquelles que interessavam duas pessoas, escrever duas copias sobre a mesma folha de pergaminho, com algumas palavras ou letras atravessando de uma para outra; depois cortal-as adentando-as, isto é, entalhando-as em forma de dentes, de sorte que pudessem se reconhecer verdadeiras pela aproximação das duas copias. Mais tarde, dispensado esse córte pelo meio das letras ou das palavras, conservou-se, comtudo, pelo respeito á tradição e tambem para conservar o nome *indenture*, o costume de aparar o alto do papel em dentes de serra ou serrilha (70). Hoje esta serrilha é dispensavel, mas ainda assim conserva-se o nome *indenture* para os actos em que intervem duas ou mais pessoas e o nome *deed pool*, isto é, *deeds* com o papel alinhado ou polido no alto, para os actos assignados por uma só pessoa. Ha ainda o *deed of grant*, que é o modo actual da transmissão de propriedade mais ou menos absoluta dos immoveis, modo este que se redige conforme um formulario e cuja disposição graphica concorre para facilitar as investigações ou comparações (71). No *deed of grant* não ha necessidade de investidura nem de aforamento previo ficticio: *A* (vendedor) *doth by the presents grant unto B* (comprador) *and his heirs*, e esta cessão em boa forma basta. Eis, na ordem habitual, as partes de que se compõe um *deed of grant*:

1.º A data da *indenture*.

2.º As *partes*, isto é, nomes, qualidades e domicilio.

(70) BLACKSTONE, Comm. II, 295 e III, 168.

(71) LEHR, cit., pag. 258.

3.º Os *recitals*, isto é, a indicação da maneira pela qual o vendedor adquiriu o direito que se propõe ceder, assim como do contracto projectado entre as partes.

4.º O *testatum*; esta parte, que se reconhece pela formula—*now this indenture witnesset*, inscripta em grandes caracteres, encerra o que se chama—*operative words* do acto, as palavras operantes ou essenciaes, isto é, a afirmação de que a venda é feita mediante o preço de. ., que este preço foi numerado e pago e que, em consequencia, o vendedor cede (*grant*) ao adquirente os immoveis que fazem objecto do contracto,

5.º Os *parcels*, isto é, a descripção detalhada dos ditos immoveis com seus pertences e dependencias, e, si houver logar, a indicação daquillo que não ficou incluido na venda.

Estas cinco primeiras partes constituem o que se chama—as *premises* do acto; vêm em seguida:

6.º O *habendum*, isto é, o paragrapho em que são precisadas a natureza e extensão do direito cedido ao adquirente sobre os immoveis vendidos. Assim, si é a posse em feudo simples que é transferida, o *habendum* especifica que os immoveis são cedidos «*unto and to the use of B* (o adquirente), *his heirs and assigns for ever*». Observar-se-ha que o acto não se limita a dizer que os bens são cedidos a B (*unto B*), mas accrescenta que elles o são em proveito de B (*to the use of B*); e a razão é esta: antes do *Statute of uses* toda a alienação de immoveis, feita sem uma justa causa e sem declaração de *use*, era reputada feita em proveito do cedente; o *Statute of uses*, tendo convertido este proveito em propriedade para aquelle que tinha o *use*, resultaria dahi que este

estatuto teria, em certos casos e na falta de *consideration* sufficiente, aniquilado immediatamente a transmissão concertada entre as partes e effectuada em apparencia pelo *deed of grant*; para prevenir este resultado, é de regra inserir em todo o acto translativo uma declaração de *use* em proveito do adquirente e de seus successores. Tal é o fim da formula acima transcripta e que, á primeira vista, parece redundante.

7.º Os *covenants*, isto é, as declarações feitas pelo vendedor ao comprador e que são habitualmente em numero de cinco, a saber: 1.º que o vendedor tinha elle proprio o predio em feudo simples; 2.º que elle tinha o direito de alienar; 3.º que o adquirente e seus successores devem gozar d'elle pacificamente; 4.º que o predio é livre de encargos (*incumbrances*); 5.º que o vendedor e seus successores estarão sempre promptos a fazer qualquer acto suplementar que seja necessario para assegurar o effecto do *deed*. Hoje o primeiro desses *covenants* é frequentemente supprimido como se achando implicado no segundo; póde-se, além desses, acrescentar outros, si houver necessidade.

8.º O *testimonium*, (*conclusion, attestation clause*), que indica a ou as testemunhas, mas não faz parte integrante do *deed*.

9.º As assignaturas e signaes ou sellos das partes.

Ha, para as diversas partes que acabam de ser enumeradas, phrases e expressões consagradas pelo uso, mas não ha termo sacramental; mesmo a palavra—*grant*, tão importante, póde ser omitida sem nullidade, desde que seja clara a disposição.

Passemos, agora, aos instrumentos de contractos relativos a obrigações, isto é, aos *debts of records*, aos *covenants*, aos *bonds*, e aos *simple contracts*. As

duas variedades mais importantes dos *debts of record* são os creditos provados por julgamento (*judgement debts*) e os reconhecimentos judiciais (*recognizances*): aquelles são os creditos provados por sentenças das cortes *of record*; estes são obrigações contrahidas perante uma corte ou um magistrado competente, sob a condição de que se tornarão nullas si a parte obrigada cumprir um acto determinado, ou se absteriver de tal acto, ou pagar tal somma em tal epocha, ou se apresentar em juizo. O *covenant* e o *bond* são *deeds* sellados. Os *covenants* são assim concebidos: «A. (devedor) se obriga pelo presente, com seus herdeiros, executores e administradores, para com B (credor), seus executores ou administradores, a pagar etc.» O *bond*, ao contrario, é assim formulado: «Saibam todos os que o presente virem que eu (nome e domicilio do devedor), sou formalmente ligado ou obrigado (*bond*) para com B (nome e domicilio do credor) até a quantia de. libras, pagaveis a titulo de pena ao dito B ou a seus successores (herdeiros, cessionarios ou subrogados) e que me obrigo expressamente pelas presentes ao dito pagamento, assim como meus herdeiros, executores e administradores». Não é essencial mas usual essa declaração exposta quanto aos executores e administradores. Os *simple contracts* são os contractos sellados, feitos em papel não timbrado pelo Governo —: entre esses estão as letras de cambio, as notas promissorias e outros.

Quanto a testamentos, foi o *Statute of wills* de Henrique VIII, que estabeleceu a faculdade de testar em Inglaterra por simples escripto; o *Statute of frauds*, de Carlos II submetteu a faculdade de dispôr *mortis causa* a certas formas protectoras: não foi mais permitido testar por simples escripto desprovido de attes-tação ou testemunho; para que fosse valido o legado de um immovel, o estatuto exigia não só o escripto,

como a assignatura do testador ou de um terceiro a seu rogo e com a assistencia de um certo numero de testemunhas dignas de fé. Estas cautelas vieram depois soffrer modificação pelo *Wills act* de 1837.

Quanto aos auxiliares do processo judicial, a Inglaterra sempre foi prodiga de cercar as suas côrtes de officiaes, taes como os *clerks*, *chief clerks*, *masters*, *registrars*, *clerks of records and writs*, etc. (72).

5). RUSSIA.— Os Russos, no anno 1000, se tornaram christãos, ligando-se á Igreja grega. Foi o *Nomacanon* do patriarcha Phocius que introduziu entre os Russos os preceitos do direito canonico da Igreja grega, os quaes penetraram pouco a pouco no seu direito civil. Tanto os instrumentos de contractos, como os de testamentos, regulam-se segundo formas bem determinadas; o notariado alli teve grande extensão e já encontrou regras na *Russkaia Pravda*, do seculo XIII. No seculo XVI, nos reinados de Ivan III e Ivan, o Terrivel, começa a codificação das leis russas. No anno 1649 o tzar Alexis Mikhaïlovitch, promulgou o *Oulagenia*, da qual o actual *Svod* ou Digesto Russo manteve as disposições não derogadas. Opportunamente examinaremos as disposições do *Svod*. Devemos notar que na Russia os actos autenticos, em geral, eram passados ou certificados nos registros publicos, livros dos correctores e nos cartorios dos tribunaes, depois da minuta julgada legal pelos competentes inspectores ou juizes; entretanto, ha certos actos, como o emprestimo e outros, que são autenticados pela simples intervenção dos notarios e correctores. A consequencia disto é que o acto autentico suppõe minuta

(72) ALEXANDRE RIBOT, notas ao *Act* de 5 de Agosto de 1873, no *Annuaire de Legisl. étrang.*, pag. 54.

approvada, a qual deve ser archivada e *transcripta* nos registros si se trata de alienação de immoveis e outros semelhantes contractos, ou simplesmente *certificada*, isto é, autenticada pelos notarios, si se trata de testamentos, empréstimos, etc. Os primeiros são lavrados por *escrivães*, e os segundos podem sel-o pelos proprios notarios e correctores, ou mesmo pelos particulares. Os *instrumentos particulares* ou actos domesticos, desde que sejam autenticados pelo notario, tornam-se actos autenticos, como os lavrados pelo proprio notario.

Não temos elementos para apreciar as formas do processo russo; mas, houve sempre perante cada juiz ou tribunal *escrivães* e mais officiaes.

Veremos mais tarde os progressos que fez o notariado na Russia.

6). DINAMARCA.—As normas que regulam o notariado na Dinamarca, na Suecia e nos povos scandinavos resentem-se muito do espirito aristocratico e feudal que ainda anima esses paizes, onde não se chegou a comprehender como um simples notario possa ser transformado, pela simples escolha dos particulares, em pessoa publica com competencia para conferir aos actos de seu ministerio a mesma autenticidade e força executiva que tem a sentença do juiz, emanada por delegação da suprema autoridade do Estado.

Na Dinamarca, o secretario dos tribunaes inferiores é ao mesmo tempo o notario no districto do tribunal. Somente em Copenhague é que ha um notario geral que não exerce outros officios. Os secretarios dos tribunaes inferiores e o notario de Copenhague devem ter passado pelos estudos legaes e sujeitar-se ao exame de juiz. A sua nomeação é feita pelo rei e é vitalicia. Não são obrigados á caução. As attribuições desses

funcionarios são muito restrictas: elles não lavram as escripturas, cujo serviço é alli deixado aos advogados, mas limitam-se a legalizar, na presença de duas testemunhas, as firmas ou assignaturas das partes, sem que sejam obrigados a tomar conhecimento dos actos.

A transmissão da propriedade de bens immoveis é regulada pelo *Thinglesning* e, para conseguil a, é necessario um documento firmado pelas partes, o qual é publicado em alta voz pelo secretario do tribunal do districto em que é situado o immovel. Tal documento, assim como o protocollo tomado sobre a leitura do mesmo, são transcriptos no registro de propriedade. Os actos originaes são conservados em um repertorio donde o secretario extrahе certidões.

Os secretarios dos tribunaes inferiores percebem do Estado um estipendio fixo e as taxas, a que têm direito por actos de seu ministerio, entram para o Thesouro do Estado. O notario de Copenhague, porém, não tem salario fixo. Os seus honorarios são regulados por uma lei e é obrigado a indicar á margem dos actos que lavra os honorarios que percebe.

7). SUECIA E NORUEGA.—Na Suecia e Noruega, como na Dinamarca, o officio notarial é tambem exercido por empregados judiciaes. Os contractos relativos á transferencia de propriedade immovel são transcriptos nos registros do tribunal de primeira instancia do districto da situação dos immoveis. Taes contractos, assim como os de matrimonio, devem, para ser validos, ser lavrados por um notario em presença de duas testemunhas. Em todos os outros casos, o ministerio notarial se limita á legalisação das provas das partes e das testemunhas. Não ha lei especial regulando o

exercício das funções notariaes; e as respectivas formalidades são determinadas pelas leis livres de cada communa ou municipio. Os notarios não são sujeitos á caução.

Os preceitos e principios do Codigo Civil de 1688, regulam, com poucas variantes, para a Dinamarca, Suecia e Noruega. Nesse Cod., art. 274, se estabelece a regra de que os testamentos devem ser redigidos por escripto por qualquer pessoa sem character official, assignados pelo testador, em presença de um notario e de duas testemunhas.

8). HESPAÑHA.—A Hespanha, a principio dividida em diversos reinos e em lucta contra os Mouros, regulava-se pelo *Fuero Juzgo*, pelo *Fuero Real*, pela *Lei dos Estyllos*, pelo *Fuero de Leon*, pelas *Leis das Partidas*, pelas do *Touro*, jamais deixando de dar maxima importancia ao notariado; e, neste ponto, mais se infiltrou em sua legislação o Direito Canonico do que o Direito Romano. «Em Hespanha, disse MORCILLO Y LEON, pessoas, autoridades, tribunaes, e demais poderes do Estado, prestam ao notario toda a consideração que merece o character de um funcionario publico; nas funções civicas e nas solemnidades dos Tribunaes occupa um posto immediatamente depois da toga do jurisconsulto; os contractos encontram nelle a garantia de sua efficacia; elle conserva e mantem o deposito sagrado das convenções; as ultimas vontades, sancionadas por seu intermedio, se convertem em preceitos e leis; os direitos do orpham encontram nelle inexpugnável fortaleza, o filho natural consegue por sua mão a paternidade que a tão alta consideração o eleva na familia; o Estado assegura por meio d'elle essa troca incessante de prestações reciprocas, que

nascem, desenvolvem-se e morrem ao calor da convenção; a sociedade considera nelle um contrapeso exacto que mantem em constante equilibrio as forças oppostas resultantes do incessante torvelinho dos interesses privados; e o homem, emfim, na esphera de sua liberdade individual, encontra nelle um instrumento seguro para regular as condições que hajam de ligal-o á familia, a seus semelhantes, aos bens materiaes, a todas as relações que, já no fundo, já na forma, constituem sua maneira de ser na vida civil». Assim sempre foi e continua a ser. Em Hespanha, não foi, como em Portugal, admitido o nome *tabellião*, mas o nome—*notario*, para designar esse funcionario; entretanto, a palavra—*nota* não é empregada para significar o original, e sim o nome—*escriptura matriz* (73). Na provincia hespanhola de Catalunha, era muito cultivado o estudo da arte notarial: isto explica-se pelo facto de ser Barcelona, capital do então condado de Catalunha, um modelo de administração e ponto commercial e industrial de primeira ordem. Foi em Barcelona que se fez a famosa compilação—denominada—*Consolato del Mare*, a verdadeira base do Direito commercial e maritimo moderno (74).

9). PORTUGAL.—Estendamo-nos mais sobre Portugal. MELLO FREIRE, na sua *Historia juris civilis lusitani*, diz que, «no principio da monarchia, era nenhum o uso dos escrivães e tabelliães, pois cada qual fazia particularmente, ou um por pedido de outro, os instrumentos de testamentos e contractos; as lides nascidas desses instrumentos eram dirimidas, não por juizes constituídos por autoridade publica mas por

(73) MORCILLO Y LEON, Discurso lido na Academia Madrilense do Notariado para abertura do curso academico de 1872, pag. 57.

(74) CANDIDO MENDES, Historia do Commercio, pag. 127.

homens bons e honestos; depois, os pretores das provincias, com a sua immensa turba de *lictors* e *apparitores* apparecem e o Supremo Magistrado, que se chamava — *Sobrejuiz*, decidia em segunda instancia». Ha, porém, nas *Memorias da Academia Real de Sciencias de Lisboa*, uma de escriptor anonymo, a qual diz o seguinte: (75) «Reflectindo nos costumes dos povos, dos quaes nasceu a nossa monarchia, achamos que elles tinham uso contrario. *Placita et cœtera ejusmodi scripta ab authenticis clericis sive iudicibus, vel ab archidiacono, sive ab ipsius loci archipresbitero fiant. Sin autem casu habeantur* (AGUIRRE, Conc. Hisp., III, 323). A palavra — *placita*, de que se derivou a nossa — prazos —, usada em outra significação nos monumentos da primeira idade da monarchia, era muito generica e denotava as cartas de doação, de convenção, etc. Segundo a Legislação propria dos povos que nos deram nascimento, os testamentos, doações, contractos e foraes dos primeiros tempos do reino, eram todos feitos por ecclesiasticos, O Foral de Thomar (1162) foi feito pelo Deão D. Paio: *Dom Paio Deão o notou*. O de Pombal (1176) — *Tellus Præbyter notavit*. Além disso, as palavras — *notario* e *tabellião* — são frequentissimas nos primeiros tempos da monarchia. Na doação que D. Affonso Henriques fez aos Templarios, da terça parte que ganhasse no Alemtejo, assigna Pedro Faisão, *Notarius Regis*. E na de Ordeales, que D. Sancho I fez a Pedro Ferreira, se vê que ella foi formalisada por Julião, Notario do Rei: *Julianus, Notarius Regis, scripsit*; achando-se tambem a cada passo chamado *Notarius Curie* (o que comtudo se encontrá referido dos Chancelleres móres). No Foral da Villa do Touro (1220) se lê esta clausula: *quæ predicta charta sic ostensa prædictus Dominus Magister, petit ab illo Alva-*

zile, qui de me dictum Tabellionem de autoritate ordinaria mandare sibi fieri, et dari publicum instrumentum cum thenore dictæ Chartæ». Vejamos agora como é apreciada essa phase histórica por outros, entre os quaes o notavel tabellião de Lisboa, snr. Jorge CAMELIER (76), ao qual muito recorreremos.

Fundada a monarchia portugueza, continuou a vigorar o Codigo Visigothico, levemente alterado, quanto ao notariado, pelos foraes e pelas cortes, até que no reinado de Affonso III (1283) começou para Portugal a era das reformas, adoptando-se o Direito Romano e as tendencias civilisadoras da Escola de Bolonha. E' de certo essa a epocha em que o notariado portuguez adquiriu character official e se tornou classe de funcionarios com fé publica. Mas, o erudito JOÃO PEDRO RIBEIRO affirma que, já em um documento de 1214, Er. de Cesar, aliás 1252, Era Christã, se lê: *Vicentius notuit, qui tenebat vices Tabellionis*; e cita mais onze documentos, que alcançam até o anno de 1224 (1262), onde vem a palavra *tabellião*, ora em latim, ora em vulgar, n'uns desacompanhada de outro titulo, n'outros dizendo-se—*publicos, d'El Rei, primeiros tabelliães das localidades*—, e de corporações. O citado sr. CAMELIER, para provar que o notariado official portuguez pertence ao reinado de D. Affonso III (1270-1279 ou 1308-1319), funda-se no seguinte: 1.º Que foi a adopção do Direito Romano que promoveu na Europa o renascimento do notariado e essa adopção teve lugar em Portugal no reinado de D. Affonso III; 2.º Que, sendo para D. Affonso III primeiras em tudo as idéas e novidades de França, coincide com os ultimos nove annos de seu reinado a creação dos primeiros notarios francezes, feita por Luiz IX para o prebostado de

(76) Dissertação lida na Associação dos tabelliães de Lisboa, inserta na revista portugueza—*O Notariado*, I, pag. 33 e seguintes.

Paris; 3.º Que, á similhança do *Chatelet* de Paris, onde os notarios parisienses trabalhavam sujeitos em tudo ao preboste, houve em Lisboa o *Paço dos Tabelliães*, onde estes exerciam seu officio sujeitos ao Chanceller Mór; 4.º Que, finalmente, a mais velha memoria do *livro de notas* remonta ao mesmo reinado e se acha em um documento do Real Archivo, exarado por Domingos Paez, tabellião em Lisboa, no qual são lidas as seguintes palavras: *et eam in Registro suo scripsit*. A primeira razão não procede, porque, como já demonstramos, não do Direito Romano mas do Direito Canonico procede a fé publica dos notarios, tal como está constituida na praxe moderna; as outras tres, porém, apenas demonstram que D. Affonso III foi quem procurou organizar e deu impulso a uma instituição, que já existia com o caracter de função publica. Parece, pois, que a informação de JOÃO PEDRO RIBEIRO não foi abalada pelas considerações do illustre tabellião portuguez.

A D. Affonso III succedeu D. Diniz, que expediu, depois da fundação da monarchia, os primeiros regimentos dos tabelliães, datados de 12 e 15 de Janeiro de 1305 (1343), os mesmos que vêm nos Livros das Leis e Posturas antigas, do Archivo da Torre do Tombo.

Na Hespanha, por essa epocha, já era conhecido e usado o papel de pannos, tanto assim que, na Lei das Sete Partidas, III, tit, VIII, *das Escripturas por que se provam os preitos*, L. 5.^a e outros, se prescreve quaes sejam as cartas que se deveriam fazer em *pergaminho de coiro* e quaes em *pergaminho de pannos*, sendo que na rubrica desta lei, na traducção mandada fazer por D. Diniz, está — *Quaes cartas devê seer sectas ê pergaminho de coyro e quaes em papel*. Posteriormente, na citada Lei de 15 de Janeiro de 1305, D.

Diniz determinou que os tabelliães jurassem na chancellaria que escreveriam «as notas das Cartas ou dos Instrumentos primeiramente em *livro de papel* e que registrariam em *bons livros de coiro* as Cartas que fizessem e fossem de firmidões ou contractos»; e mais que «as escripturas e os instrumentos quando houvessem de sahir para fóra do reino, fossem *antenotadas e registradas em pergaminho de coiro*, mas quando fossem para o Reino, isto é, para ficar nelle, as registrassem em papel».

A nossa lingua começou então a ser empregada nos documentos publicos: é um portuguez vertido á letra do antigo formulario latino; d'ahi o *Saibam quantos este instrumento virem*, formula preambular das actuaes Notas ou Escripturas, traducção do *Notum sit omnibus hoc publicum instrumentum visuris*. Occorre mais aqui fazer uma digressão util: os nossos annos, antes e depois da desmembração do reino de Hespanha, contaram-se até D. João I, anno de 1422, pela *Era de Cesar* ou *hispanica*, que precede 38 annos ao Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo, isto é, pela epocha da conquista da Hespanha por Cesar. Foi a Lei de 22 de Agosto de 1460, que pela primeira vez reduziu o mesmo anno a ficar sendo o de 1422 da Era vulgar, rasão pela qual os instrumentos desse anno em diante consignam expressamente, na determinação da data, o anno do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo.

Depois vieram as Ordenações Affonsinas, que são do meiado do seculo XV, (1447), distinguindo, no L. I, tit. XVI, XXXV e outros, o tabellião do escrivão e referindo-se ao «que devem levar os *Tabelliães* e *Escrivães* das *Cartas, Sentenças, Alvarás* e *Escripuras*, que se fizerem, conforme forem ou devem ser escriptas em *pelles todas de carneiro ou de pergaminho*,

ou em *papel*; e o L. III, tit. XIV, reproduzindo uma lei de D. Fernando, exigia escriptura para a prova de muitos contractos e determinava formalidades.

As Ordenações Manoelinas (1521) distinguem os *tabelliães das notas* dos *tabelliães do judicial* e, tanto ella como o Regimento do Desembargo do Paço, referem-se aos tabelliães geraes, que eram aquelles que podiam escrever em qualquer cidade, villa, logar ou concelho.

As Ordenações Philippinas (1604) acabaram com os tabelliães geraes, cujas funcções, aliás, já as Manoelinas restringiam, de sorte que ficaram subsistindo apenas os tabelliães territoriaes, cujo officio era conferido a titulo de propriedade. As capitánias do Brazil tinham a attribuição de nomear tabelliães e escrivães; mas, tendo a Corôa readquirido os direitos conferidos aos donatarios, passaram os tabelliães a ser nomeados pelo Poder Real.

Em meiado do seculo XVIII começaram os tabelliães a abandonar o Paço e, afinal, conseguiram de D. João V permissão para exercerem os officios em suas residencias.

Quanto ao processo judicial, ainda no reinado de D. Diniz, quando o Rei dava alguem por juiz ás partes, este não decidia por si mas com o Concelho (77). No tempo de D. Affonso III já havia *autos* do processo (Ord. Aff., L. III, tit. 45 § 1); mas, «a phrase com que as leis desse tempo se explicam: *dos Juizes, que ouvem feitos*; as terras onde havia juiz e não havia escrivão para escrever os seus mandados; as Partidas, que por este tempo, fallando dos Juizes da Côrte, dizem que seria bom que soubessem escrever e a referida legislação de D. Diniz, mostram que ainda então o

(77) Decreto de 20 de Maio de 1301 (1263), inserto no vol. VI das *Memorias da Academia de Sciencias de Lisboa*, pag. 94.

processo pela maior parte não era escripto e que os Juizes tinham mais feitos para ouvir do que para ver». Do seculo XV em diante principiaram os Reis a attender para a ordem judiciaria; assim notaremos: a ordem judiciaria de D. Affonso V (Ord. Affons., L. III, tit. 20); a ordem judiciaria de D. Manoel (Ord. Manoel., L. III, tit. 15); a ordem judiciaria de D. João III, de 5 de Julho de 1578; a ordem judiciaria de D. Sebastião, de 28 de Janeiro de 1578 e a ordem judiciaria de D. Felipe I (Ord. Philip., L. III, tit. 20). Devemos notar que os juizes ordinarios, até meiado do seculo XVII, ainda podiam ser analfabetos; pois, foi D. João IV quem, por uma lei de 13 de Novembro de 1642, ordenou que não fossem «feitos nem eleitos juizes que não soubessem lêr e escrever».

Em summa, quando terminou o seculo XVIII, os regimentos dos tabelliães de notas e do judicial eram a Ord. Philip. L. I, tits. 78, 79 e 80 e L. III, tit. 19; o dos escrivães de orphams era a Ord. L. I, tit. 89; o dos escrivães da provedoria e de ausentes, a Ord. L. I, tits. 50 e 63 e o Alvará de 7 de Janeiro de 1692; os escrivães do crime eram, em regra, os mesmos tabelliães do judicial. Os regimentos dos outros officiaes, taes como distribuidores, contadores, meirinhos, depositarios, etc., acham-se em outros titulos desse mesmo L. I das Ordenações. Philippinas.

Neste ultimo estado da forma escripta dos processos judiciaes, foi esta a classificação dos glosadores, commentadores e praxistas: 1.º *processo simplesmente verbal*, 2.º *processo verbal por escripto* e 3.º *processo escripto*.

O *processo simplesmente verbal* formava-se nas causas que não excediam a quatrocentos réis e nas que tinham por objecto coimas de gados e infracções de policia municipal: o Juiz ouvia as partes verbalmente

e suas provas, limitando-se o tabellião ou escrivão a fazer, em seu *protocollo*, um assento de como o Juiz ouviu as partes sobre aquelle factó e condemnou ou absolveu; e deste assento se extrahia *Mandado* para execução (Ord. L. I tit. 65 §§ 7, 23 e 73).

O *processo verbal por escripto* consistia em fazer escrever pelo tabellião ou escrivão tudo quanto as partes dissessem ou seus procuradores, dando-se dilação breve e peremptoria para prova e mandando o juiz escrever pelo mesmo tabellião ou escrivão as razões finaes que dissessem as partes ou procuradores de seu direito e proferindo a sentença sem mais dar vista. Usava-se deste processo para as causas de força nova, deposito, guarda, roubo, soldada, colhimento de fructos, injurias verbaes entre pessoas de condição ordinaria, contas mercantis, causas fiscaes, litigios de quatrocentos até mil réis, vistorias rusticas e urbanas feitas pelos senado da Camara, almotacés em nunciação de obra nova, aposentadoria, conducção, repartição e exgottamento de aguas, — repartição de maninhos e baldios, adjudicação de pastagens ao senhorio do terreno, avaliação de bemfeitorias e despejo de herdades.

O *processo escripto* era *ordinario* ou *summario*: consistia sempre em *actos escriptos*. Assim, os *acta causæ et argumenti* eram escriptos pelas partes ou por, procuradores e advogados; os *acta causæ et probationis* eram ou instrumentos produzidos ou depoimentos e vistorias reproduzidas e descriptas pelo tabellião ou escrivão; os *acta judicii et dispositiones* ou do *fazer das audiencias*, eram no *protocollo de audiencias* reproduzidos pelo tabellião judicial ou escrivão e transportados, por copia, para os autos; os outros *acta judicii*, taes como os *termos do continuar dos feitos*, são lavrados nos autos pelos ditos tabellião ou escrivão; a sentença, sempre escripta, datada e assignada pelo juiz.

D'ahi as seguintes classificações genericas dos *actos escriptos* pelos tabelliães, escrivães e mais auxiliares.

A) No fôro extrajudicial:

- 1.º Originaes ou protocollados.
- 2.º Extrahidos.

—Os *originaes* subdividem-se em *escripturas* e *instrumentos avulsos*. Os *extrahidos* subdividem-se em *traslados*, *publicas-formas* e *certidões*.

B) No fôro judicial :

- 1.º) Actos de audiencia ou protocollados.
- 2.º) Actos transportados do protocollo para os autos.
- 3.º) Actos fóra do protocollo.
Ou, segundo outros,
 - 1.º) Actos do fazer das audiencias;
 - 2.º) Actos do continuar dos feitos.

No fôro judicial, as seguintes classificações especificas: *termos*, *autos*, *assentadas*, *certidões*; *mandados provisões*, *alvarás*, *ordens*, *cartas*; *fés* e *contra-fés*.

Em um e outro fôro, *guias*, *averbações*, *informações*, *bilhetes*, *colas*, *certidões*, *copias* e *extractos*.

Nos registros, *assentos*, *inscripções*, *transcripções* e *averbações*.

Sobre todas estas *formas technicas* pretendemos dar mais amplas noções.

10). FRANÇA.—Em França, o direito de lavrar os actos se confundiu por muito tempo com o de fazer justiça. Dos senhores feudaes, este Direito passou aos juizes. Seus secretarios e notarios se acostumaram

a expedir e publicar os contractos fóra de sua presença, mas sempre em nome delles. Dahi vêem que em França, os actos autenticos têm execução preparada como as sentenças, effeito que não tinham em Direito Romano (78).

Luiz IX (1226-1270), retomando a sabia obra de Carlos Magno, destinada a dar ao notariado a maxima dignidade e importancia, aboliu a reunião em uma só pessoa do direito de fazer justiça e de lavrar os actos e contractos, tornando independente a jurisdição voluntaria, para cujo exercicio instituiu em Paris sessenta notarios regios, os quaes exerciam seu officio na prefeitura daquella cidade, isto é, no Chatelet. Todo o acto devia ser sempre feito perante dous notarios, ter no alto o nome do preboste e ser sellado por um official publico que tinha o sello do Estadò. Tres quartas partes dos emolumentos pertenciam ao Rei.

Em Março de 1302, Felipe, o Bello, com applauso geral, estendeu a todos os seus dominios esta renovada instituição; e uma Ordonnance, expedida em Julho de 1304, obrigou todos os notarios, á excepção dos de Paris, a ter um registro de seus actos (*chartularium seu protocollum*). Os notarios se uniram em collegios e compilaram os seus estatutos, dos quaes os primeiros foram os do collegio de Paris, approvados em 1348. A obrigação de ter *protocollo* foi depois, por uma Ordonnance de Carlos VII, de 1 de Dezembro de 1437, estendida aos notarios de Paris.

Francisco I, por um edicto de 1542, distinguio *notarios* de *tabelliães* e declarou incompativel, excepto para os notarios de Paris, a accumulção das duas profissões. Os notarios lavravam as minutas dos contractos, as quaes tinham o valor de simples conven-

(78) CLERK, DALLOZ ET VERGÊ, Com. á lei do 25 ventôse, II, n. 3.

ções privadas até que as partes as levassem aos tabeliães, que tinham o encargo de guardal-as e dar copias aos contrahentes que as requeressem.

Foi nessa epocha que se desenvolveu em quasi toda a Europa, a venalidade de officios, taes como o de *notaire* (notario), *greffier* (escrivão), *huissier* (official das citações e diligencias) e outros, os quaes foram até equiparados, para certos effectos, aos bens immoveis. (79).

Ao mesmo tempo eram expedidas ordonnances sobre o processo judicial. Na pratica franceza, as peças do processo (*dossier*) eram guardadas em saccos; cada sacco de processo tinha uma etiqueta com os nomes das partes, dos procuradores, etc., donde o conhecido dictado francez, em relação aos juizes que se decidem por sympathias, antipathias pessoaes, ou por outra prevaricação: *Fuger sur l'etiquette du sac*. Opportunamente seremos mais extensos sobre os estylos do fôro francez em relação aos actos dos *greffiers*, dos *huissiers* e mais officiaes.

Em Maio de 1575, Herique III creou os *gardenotes*, que eram officiaes destinados a ter em deposito e guardar os actos dos notarios demissionarios ou defunctos.

Henrique IV, por um edicto expedido em Maio de 1596, reuniu em um só todos os supramencionados officios e proclamou os notarios tabelliães e guardanotas. O officio foi, pelo mesmo edicto, declarado hereditario: erro gravissimo, porque, transformando uma funcção pessoal em propriedade transmissivel, offendia-se a liberdade e a igualdade civil, coarctava-se de certo modo a vocação dos filhos e herdeiros do possuidor do officio e punha-se o governo na necessidade ou de praticar uma expoliação ou de fazer graves sacri-

(79) POTHIER, VIII, 91; XIII, pag. 485; XIV, pag. 342, etc.

ficios pecuniarios no dia em que quizesse recuperar a sua plena liberdade de acção.

Luiz XIV, por um edicto do mez de Abril de 1664, determinou o numero de vinte notarios para as capitaes das provincias, de dez para as cidades, em que havia senescalato, de quatro para as pequenas cidades, de dous para os burgos onde havia mercado, e de um para as parochias habitadas por mais de sessenta familias. Successivamente concedeu aos notarios um sello ou sinête, com as armas reaes, para applicar aos seus actos.

Assim foi até a Revolução de 1789, que trouxe o Decreto de 29 de Setembro de 1791, a celebre Lei do 25 ventôse do anno XI e outras disposições que acarretaram tambem uma revolução no regimen do notariado e dos outros officios de justiça, como veremos.

Dr. João Mendes de Almeida Junior.

(Continúa).



APONTAMENTOS SOBRE A PRESTAÇÃO DA CULPA

A culpa, o acto illicito, que viola o direito de outrem, sujeita o culpado á reparação da offensa; e o sujeita porque a vontade é da essencia da culpa, como o é do acto juridico: o acto illicito não é uma violação material, é sim - falta, e como tal imputavel ao seu autor.

A culpa póde dar-se ou—*in committendo*—*facere quod fieri non debet, vel fieri consuetum non est, aut alii non fecissent*; ou *in omittendo*—*non facere quod fieri debet, vel quod fieri consuetum est, aut quod alii fecissent*: no 1.º caso responde geralmente o culpado para com todos, no 2.º espeçialmente para com certas pessoas.

E' da culpa—*in omittendo*—que nos vamos occupar.

A culpa *in lato sensu* comprehende o dolo—*culpa lata dolus est*, ou—*lata culpa plane dolo comparabitur*; mas em sentido espeçial, technico, a culpa não é dolo.

Há dolo quando o acto illicito é praticado sciente e voluntariamente, e ha culpa quando o acto illicito

tem por causa a negligencia; força impulsiva no dolo, simples inacção na culpa.

A theoria da culpa, que é a da responsabilidade ou da não responsabilidade do devedor no caso de inexecução mais ou menos completa de sua obrigação, prende-se á materia dos direitos reaes, tal é o objecto da lei *Aquilia*; mas prende-se de uma maneira mais estreita ao *systema* das obrigações—relação esta sob a qual os Jurisconsultos principalmente a estudão.

O Direito Patrio, a Ord. L. 4.º, T. 53, § 2.º, gradua a culpa em—lata, leve e levissima.

Este *systema* das tres faltas até certo tempo geralmente acceito, ou acceito pelos antigos Jurisconsultos, começou, meado o seculo XVIII, de ser criticado; e, em nossos dias, é energicamente combatido por alguns modernos; mas cumpre reconhecer que emboratenha perdido terreno, é certo que ainda muitos Codigos o consagram explicita ou tacitamente e notaveis Jurisconsultos o sustentam: offerece difficuldades e graves, mas dellas não é isenta a theoria pela qual o substituem.

A culpa é definida por C. da Rocha - a omissão indiliberada da diligencia devida—é a noção de Waldeck—*culpa est indiliberata intermissio diligentie debita*—.

Conforme a imputação de quem a pratica, continua aquelle Jurisconsulto, costuma graduar-se em—lata, leve e levissima.

Diz-se—lata aquella omissão de diligencia, que se podia evitar com uma capacidade ordinaria e sem esforços de attenção; leve—a que se podia evitar com uma attenção ordinaria; e levissima—a que só se podia evitar com uma habilidade transcendente, ou com conhecimento particular da cousa, ou com uma attenção pouco commum.

C. Telles, por palavras differentes, expende as mesmas ideas.

Culpa lata é a falta de diligencia, que ainda as pessoas dissolutas costumam usar—equiparada ao dolo.

Leve é a falta de diligencia, que costuma fazer qualquer pae de familia bem governado.

Levissima é a falta, que se não pode evitar senão com uma habilidade transcendente, ou com uma força de attenção maior que a cõmmun.

E' a doutrina exposta a de Waldeck, de Vinnio, de P e Souza e de todos os que seguem este systema.

O Jurisconsulto patrio, autor da consolidação das leis civis, a respeito diz:

As palavras da Ord. L. 4.º, T. 53, § 2.º, sobre a distincção da culpa SÃO EMPREGADAS NO SENTIDO TECHNICO DO DIR. ROMANO.

Culpa lata, ou grave—grande é a falta com intenção dolosa, ou por negligencia impropria do commum dos homens.

A leve é a falta evitavel com attenção ordinaria.

Culpa levissima é a falta só evitavel com attenção extraordinaria, ou por especial habilidade e conhecimento singular.

As regras para conhecer as prestações devidas nos casos particulares, Vinnio ás estabelece nos termos, que seguem:

Si quidem tale sit negotium in quo ejus qui quid suscepit nulla vertitur utilitas... Tum solus dolus praestatur. Ubi vero utriusque contrahentium utilitas vertitur... ibi praeter dolum praestatur et culpa. Quod vero

utilitatem ejus duntaxat qui accepit, non etiam ejus qui dedit, continet... in eo et culpa praestatur et diligentia.

Para decidir pois qual o gráo de falta pelo qual responde o devedor em cada um dos contractos e quasi contractos tem o *systema tres principios*:

Nos contractos feitos unicamente a bem dos interesses do credor, não exige-se do devedor senão bôa fé, em consequencia elle só responde pela culpa lata.

Este principio soffre excepção em relação ao contracto de mandato e ao quasi contracto—*negotiorum gestorum*;—pois que não se exige sómente a bôa fé da parte do gerente, tambem um cuidado proporcionado á natureza do negocio.

E a razão é porque na gestão de negocios, a cousa que faz objecto do contracto *mandati* e do quasi contracto *negotiorum gestorum*, exigindo um certo cuidado, o gerente considera-se como obrigando-se a dispensar esse cuidado á gestão: *Spondet diligentiam gerendo negotio parem.*

Nos contractos e quasi contractos que se fazem a bem do interesse reciproco das partes, como nos de venda, de aluguel, de penhor e semelhantes e no quasi contracto de communhão exige-se em relação á cousa, que faz objecto do contracto, o cuidado que todo o homem diligente dispensa ordinariamente aos seus negocios.

Nos contractos feitos no unico interesse da parte que recebeu e deve entregar a cousa-objecto do contracto, como o emprestimo para uso, o *commodatum*, exige-se em relação á cousa o cuidado o mais exacto e por isso o devedor é obrigado ainda pela culpa levissima.

Tal a traços largos a theoria das tres faltas.

Esta theoria pensão alguns Jurisconsultos—foi formulada pelo D. Romano; outros—dedusida do D. Romano; e outros finalmente nem formulada nem dedusida e sim inventada pelos commentadores, que deram-lhe fórma systematica.

Vamos considerar ligeiramente estas opiniões.

Que a triplice graduação da falta não foi formulada pelo D. Romano parece fóra de toda duvida, pois que não encontra-se texto algum em que se estabeleça, como faz a Ord. L. 4.º, T. 53, § 2.º, que a culpa é lata, leve e levissima, e só em termos taes ou equivalentes fôra licito sustentar que foi formulada pelo D. Romano; accrescendo que a graduação do D. R. é, como veremos, outra.

Pothier que sustenta a doutrina das tres faltas, reconhece que os Jurisconsultos Romanos «não fizeram algumas vezes senão uma divisão bipartida dos contractos—os que não exigem senão bôa fé e os que exigem um cuidado maior ou menor segundo a sua natureza»; mas accrescenta «o segundo membro da divisão sendo sujeito a uma subdivisão—contractos que sómente exigem um cuidado ordinario e os que exigem o mais exacto cuidado—a divisão bipartida importa a divisão tripartida.

E' verdade igualmente, continúa, que os Jurisconsultos Romanos não fizeram algumas vezes senão uma divisão bipartida das prestações—a do dolo e a da culpa; mas, accrescenta, a prestação do dolo, que tem logar nos contractos, que só exigem bôa fé, comprehendendo não só a malicia, a intenção de prejudicar, mas tambem a culpa lata como opposta á bôa fé exigida no contracto, e é neste sentido que as leis dizem que —*lata culpa comparabitur dolo, lata culpa dolus est.*

O 2.º membro da divisão, prosegue, que é a prestação da falta, comprehende as duas especies de faltas—a leve e a levissima, em tanto quanto a culpa é opposta ao dolo, e em tanto quanto os contractos que exigem um cuidado maior ou menor e em que ha logar a prestação da culpa, são oppostos aos que não exigem senão bôa fé, e nos quaes não ha logar senão a prestação do dolo: tal é a divisão que se encontra na famosa lei—*Contractus*—23 D. L. 50, T. 17.

Mas nesta divisão bipartida das prestações o 2.º membro da divisão, que é a prestação da falta, é sujeito a uma subdivisão—a prestação da falta levè e a da falta levissima; em consequencia esta lei consagra os tres gráos de culpa, de harmonia com a lei 5.ª D. L. 13, T. 59, QUE É EXPLICITA.

E' aceitavel a doutrina de Pothier?

Ha razão séria de duvidar.

Os textos invocados por Pothier e alguns mais que poderia ainda invocar como a lei 18 D. L. 13, T. 5.º, lei 1.ª § 4.º, D. L. 44, T. 7.º e outras, não auctorisam o seu modo de vêr.

A lei 23 D. L. 50, T. 17, como diz Pothier a famosa lei—*Contractus*—que é a de maior peso para o caso diz:

Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum-depositum et precarium: dolum et culpam-mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelæ, negotia gesta; in his quidem et diligentiam: societas et rei communio et dolum et culpam recipit. Sed hæc ita, nisi si quid nominatim convenit vel plus vel minus in singulis contractibus; nam hoc servabitur quod initio convenit; legem enim contractus dedit, excepto

eo quod Celsus putat non valere si convenerit, ne dolus præstetur; hoc enim bonæ fidei iudicio contrarium est, et ita utimur.

Animalium vero casus, etc.

Estudemos a lei com Lebrun.

O damno pôde dar-se por uma de tres causas—o dolo, a falta, o caso fortuito.

A convenção é a primeira lei, que cumpre consultar para saber quem o obrigado a reparal-o, excepto—*si convenerit ne dolus præstetur*; porque uma tal convenção é nulla, como contraria á bôa fé e aos bons costumes.

Se não ha convenção—o caso fortuito *a nullo præstatur*.

Quanto ao dolo e a falta—*contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt; quidam et dolum et culpam*.

Ulpiano, autor desta lei, não distingue absolutamente duas especies de falta, porque elle comprehende no dolo a falta grave, que as leis presumem ser dolo e designa a falta leve pela unica palavra—*culpa*—e esta é a linguagem ordinaria dos Jurisconsultos Romanos.

E' verdade que depois de ter feito uma enumeração dos contractos em que se responde pela falta, elle accrescenta—*in his quidem et diligentiam*.—Mas que significam estas palavras? A extrema diligencia na omissão da qual consiste a falta levissima respondem os intérpretes.

Vejamos, — dos oito contractos e quasi contractos aos quaes se referem aquellas palavras—*in his quidem et diligentiam*, ha quatro nos quaes elles proprios sustentam que não se é responsavel senão pela falta leve.

E que razão darão elles da differença que o Jurisconsulto estabelece entre os oito contractos e os dous ultimos, elles que não acham differença alguma para a prestação da falta entre estes dous contractos e os quatro anteriores—*in quibus utriusque utilitas vertitur?*

Pretenderão que o Jurisconsulto mal dispoz sua phrase e que deveria ter reunido estes quatro contractos com os dous ultimos, de sorte que o —*in his*— não se referisse senão ao *mandatum, commodatum, tutela, negotia gesta?*

Ou pretenderão que estas palavras não foram empregadas para distinguir os dous ultimos contractos dos oito antes indicados?

Parece que a verdadeira intelligencia da lei é a que vamos dar.

Nos oito contractos a falta mede-se pela diligencia de um bom pae de familia, é a diligencia por excellencia para modelo a aquelles, que encarregão-se de negocios puramente de outrem.

Nos dous ultimos a falta não se mede do mesmo modo, ella regula-se pela diligencia que o homem dispensa aos seus bens. E' o que Gaio ensina clara e positivamente na lei 72 D. L. 17, T. 2.º, em relação á Sociedade—*Socius socio etiam culpæ nomine tenetur, id est, disidiæ atque negligentia. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: SUFFICIT ETENIM TALEM DILIGENTIAM COMMUNIBUS REBUS ADHIBERE SOLET, quia qui parùm diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.*

Quanto a *communio* temos uma decisão formal na lei 25 § 16 D. L. 10, T. 2.º—*Non tantum dolum, diz Paulo, sed et culpam in re hæreditaria præstare debet cohærs, quoniam cum cohærede non contrahimus, sed incidimus in eam.*

Non tamen diligentiam præstare debet qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. TAMEM IGITUR DILIGENTIAM PRÆSTARE DEBET QUALEM IN REBUS SUIS.

O coherdeiro, diz Paulo, não é sómente responsável pelo dolo, o é ainda pela falta. Não é entretanto obrigado a ser tão diligente como um bom pae de familia, mas tanto quanto o é—*in rebus suis*—.

Não ha pois senão duas regras para medir a falta—a diligencia de um bom pae de familia e a diligencia de cada um em seus negocios.

Do estudo feito sobre a lei 23, como das que tratão em particular dos contractos mencionados por Ulpiano vê-se que não é a prestação da culpa, que distingue os oito primeiros contractos dos dous ultimos, visto como em qualquer delles responde-se pela falta: é a regra pela qual se mede a culpa, que os differença,

As leis que tratam dos primeiros lembram *sempre* a obrigação de imitar a diligencia de um bom pae de familia, e as que tratam dos dous ultimos não fãõ *senão* da diligencia *in rebus suis*.

Em conclusão—*præstare culpam et diligentiam*—expressão que não foi empregada senão quasi por Ulpiano, significa—ser não somente responsável pela falta mas pela especie de falta, que se mede pela diligencia de um bom pae de familia.

Veamos agora a lei 5.^a § 2.^o D. L. 13, T. 6.^o, que é ainda de Ulpiano e na qual encontra-se, como affirma Pothier, *explicita* a graduação das tres faltas.

A lei supra no § 2.^o *in fine* diz, no caso em que o contracto é no exclusivo interesse do Commo-

datario. *verior est Quinti Martii sententia, existimantis et culpam præstandam et diligentiam.*

Nesta lei quando o Jurisconsulto apoz ter dito *et culpam præstandam*—acrescenta—*et diligentiam*—quer dizer, ou diz simplesmente que a falta do Commodatario deve ser apreciada *in abstracto*.

A lei 18 principio do mesmo Titulo decide que o Commodatario deve a mesma diligencia—*qualem quisque diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet, ita ut tantum in eos casus non præstet, quibus resisti non possit.*

E a lei 1.^a § 1.^o D. L. 44, T. 7.^o firma que o Commodatario—*EXACTISSIMAM—diligentiam rei præstare compellitur.*

Nestas leis o emprego dos superlativos não tem absolutamente a importancia que a theoria das tres faltas lhes dá; pois é certo que nesta materia os Jurisconsultos Romanos empregarão indifferentemente o qualificativo em qualquer dos grãos de significação.

Comprovemos.

Pelo systema das tres faltas o Locatario responde pela culpa leve e não pela levissima, mas conforme a Inst. L. 3.^o, T. 24, § 5 *ab eo custodia talis desideratur, qualem DILIGENTISSIMUS paterfamilias suis rebus adhibet.*

Reciprocamente segundo o systema das tres faltas a diligencia do Commodatario deve ser exactissima; mas conforme a Inst. L. 3.^o, T. 14, § 2.^o *EXACTAM diligentiam restituendæ rei præstare jubetur.*

Temos além disso textos formaes, que collocam na mesma linha o Vendedor e o Commodatario, o caso em que o contracto é bilateral com o caso em que é unilateral—Paulo diz: *Custodiam venditor talem præ-*

tare debet, quam præstant hi quibus res commodata est, ut diligentiam præstet exactiorem quam in rebus suis adhibent. E Ulpiano exprime-se: *Si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandam esse dico propter utilitatem, periculum non. Si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.*

E pois a diversidade de expressões — os positivos, comparativos e superlativos — *lata, latior; levis, levior, levissima; diligens, diligentissimus; exacta, exactissima*; não são senão variações de estylo.

Os que teem pretendido em uma phraseologia tão variada, empregada por Jurisconsultos diversos, em situações algumas vezes mui diferentes, se teem perdido em uma obscuridade inextricavel.

A opinião pois de Pothier e dos que o acompanhão considerando a doutrina das tres culpas — formulada pelo Direito Romano não parece aceitavel; visto como os Jurisconsultos Romanos só admittem dous graos na culpa e não trez.

Illustremos ainda a materia ouvindo Ortolan.

Os Jurisconsultos Romanos, affirma o notavel Jurisconsulto, teem dividido ostensivamente a culpa em dous grãos. Um 1.º grão, que elles qualificão de — *culpa lata, culpa latior, magna culpa* — uma falta grave — assimilhaeda ao dolo quanto á responsabilidade pelos damnos e interesses — *Magna culpa dolus est.* — E um 2.º grão, que elles designão pelas palavras — *culpa*, em geral, ou *omnis culpa, culpa levis, levior* e em uma só passagem — *levissima*.

Mas estes grãos, estes epithetos nada exprimem sem o termo de comparação, a unidade de medida, que passamos a determinar.

Dous processos apresentavam-se—um termo de comparação absoluto e um termo de comparação relativo: os Romanos empregarão ambos.

Conforme o primeiro processo em relação á falta grave—*lata culpa*—o typo é o *commum* inferior dos homens - haverá falta grave no caso de actos ou negligencias prejudiciaes, que o *commum* o mais grosseiro dos homens não teria commettido, cujas consequencias todos comprehenderiam e que todos teriam podido evitar—*Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere, quod omnes intelligunt. Late culpæ finis est non intelligere, quod omnes intelligunt*: assim a definirão, quasi pelas mesmas palavras, Ulpiano e Paulo.

Em contrario quanto á falta leve o typo é o pae de familia o mais considerado, o mais diligente—*quisque DILIGENS, DILIGENTISSIMUS paterfamilias*.

Para ser isento de toda falta é indispensavel proceder em tudo como o teria feito um igual homem.—*Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset*. E' o que os Romanos chamavam *exacta, exactissima diligentia*.—*Talis diligentia qualem quisque diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet*.

Conforme o segundo processo o typo é o character habitual do proprio, cujo acto trata-se de apreciar, e se diz, segundo o caso, que se é obrigado a mais cuidado que o que se presta ou dispensa aos negocios proprios.—*Non sufficit si eandem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit*—lei 1.^a § 4.^o D. L. 44, T. 7.^o; ou então igual ou o mesmo cuidado.—*Sufficit etenim talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet*—lei 72 D. L. 17, T. 2.^o

Temos aqui uma outra medida, mas não ha mais que dous grãos: no 1.º caso se diz que se é obrigado mesmo pela falta leve; no 2.º que só se responde pela falta grave.

Na linguagem da doutrina se diz em relação ad 1.º processo—que a falta é considerada *in abstracto*, e em relação ao 2.º—que ella o é *in concreto*.

Mas estabelecida a medida dos grãos de falta, porque principios ou regras determinar a responsabilidade nos contractos ou nas obrigações nascidas como de um contracto; pelo 1.º somente ou mesmo pelo 2.º gráo da falta, conforme o 1.º ou 2.º processo de apreciação?

Não ha regras geraes, absolutas. Os Jurisconsultos Romanos decidiram segundo os casos, tendo em consideração razões das quaes podem extrahir-se algumas ideas predominantes.

A 1.ª destas ideas, a que mais influe nas decisões dos Jurisconsultos Romanos, é que nos contractos beneficos, em que a vantagem é exclusiva de uma das partes, esta é obrigada pela culpa calculada pelos cuidados do pae de familia o mais diligente, não sendo a outra parte obrigada sinão pelo dolo ou pela falta grande.

Quando ao contrario o contracto é oneroso, em vantagem reciproca das duas partes, cada uma é obrigada não só pelo dolo, mas ainda pela falta, apreciada igualmente de uma maneira absoluta segundo os cuidados do pae de familia o mais diligente

E' a regra formulada precisamente pela lei 108 § 12 D. L. 30, na qual diz Africano: *Sicut in contractibus bonæ fidei servatur, ut si utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa; sin unius solius, dolus*

malus tantummodo praestetur. E o mesmo dizem Gaio e Ulpiano.

Mas este principio não basta, circumstancias outras, outras considerações o podem modificar.

A 2.^a idea, que assignalamos como motivando estas modificações, é que aquelle que é encarregado, ou antes que encarrega-se de prestar cuidados a uma cousa ou a um negocio, em que é proprio interessado responde conforme os cuidados que dispensa aos seus proprios negocios. A culpa será calculada não pela medida absoluta, mas pela medida relativa—*talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in rebus suis*—e a razão desta conclusão é—*quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi*.

Emfim uma 3.^a regra encontra-se expressa algumas vezes nos textos—é que aquelle que confia em pessoa pouco cuidadosa, de si deve queixar-se, quando a negligencia da pessoa o venha a prejudicar.

Se dos principios geraes passa-se, com os textos dos Jurisconsultos Romanos, á applicação não encontra-se em definitivo senão as duas maneiras de medir as faltas, uma—absoluta e outra relativa, combinadas ou associadas entre si as mais das vezes em seu resultado, e por isso temos duas especies de responsabilidade nas faltas :

1.^a Responsabilidade das faltas conforme os cuidados do pae de familia o mais diligente, mais cuidado mesmo que o que se tem por costume dispensar aos proprios negocios; e

2.^a Responsabilidade das faltas segundo seu character habitual, tanto cuidado quanto o que tem por costume dispensar aos proprios negocios.

Ainda e finalmente em illustração ás ideias expendidas vamos ouvir a Du Caurroy.

O damno, o prejuizo que uma parte tem causado á outra—por seu dolo, isto é, sciente e propositalmente, deve sempre ser reparado; reciprocamente ninguém responde pelos casos fortuitos ou de força maior, por factos independentes de sua falta, isto é, de sua negligencia.

Se é pois, sempre responsavel pelo dolo e algumas vezes pela falta; mas a falta não se aprecia em todos os casos do mesmo modo.

Com effeito os textos romanos distinguem mui precisamente—1.º, a falta, visinha do dolo—*proxima dolo*—falta grave ou culpa lata, resultante de negligencia extrema—*dissoluta negligentia*, que parece não poder existir senão nas pessoas cuja intelligencia obtusa não comprehende o que outros comprehendem, ou, por outras palavras, que não eleva-se até o senso commum; 2.º, uma falta ligeira—*culpa levis*—na qual entrão até o caso fortuito exclusivamente, TODAS AS NEGLIGENCIAS, QUE NÃO CONSTITUEM UMA FALTA GRAVE.

Até aqui o dolo e a falta grave, posto que visinhos, distinguem-se; mas os Jurisconsultos do 2.º e maximé do 3.º seculo os tem assimilado, e neste sentido se diz—*magna culpa dolus*: d'ahi vem que esses mesmos Jurisconsultos e notavelmente Ulpiano fálão muitas vezes do dolo, de uma culpa que elles denominão simplesmente—*culpa* e de um cuidado chamado—*diligentia*.

Nesta enumeração o dolo comprehende implicitamente a falta grave, da qual se tem tornado inseparavel; culpa se entende da falta que nada mais tem de commum com o dolo, falta propriamente dita, ou falta ligeira; e si os textos falam além disso de *diligentia* de *exacta* ou *exactissima diligentia*, é para indicar que a falta ligeira deve ser apreciada de uma maneira especial.

Assim Gaio e Justiniano interrogão primeiro — se os associados respondem unicamente pelo seu dolo como o depositario, isto é, pelo dolo e pela falta grave, ou se respondem mais, ou além disso, por uma falta que se não imputa ao depositario, ou falta propriamente dita.

E adoptando o derradeiro partido accrescentão que esta falta não se aprecia *ad exactissimam diligentiam*, que cada associado deverá sómente aos negocios communs o mesmo cuidado, que elle dispensa habitualmente a seus proprios negocios; ao passo que a falta do Commodatario e do *negotorim gestor* se aprecia de uma outra maneira. Um e outro devem *diligentiam exactam diligentiam*, isto é, que o cuidado habitual, que elles desenvolvem em bem de seus negocios não basta, ao menos quando é verdade que com mais cuidado se teria ou conservado o que o Commodatario deixou perecer, ou administrado mais utilmente que o gerente.

Com effeito, quando um homem é habitualmente tão cuidadoso como todo outro, não se póde exigir mais; no caso contrario o Commodatario, o *negotiorum gestor* negligentes para com os seus negocios, não o serião impunemente para os negocios de outrem.

A falta propriamente dita se aprecia pois ora em sentido relativo conforme os habitos pessoaes daquelles aos quaes se a imputa, e ora em sentido absoluto, independentemente de taes habitos. E' daqui que procede a distincção de muitos interpretes sobre a falta apreciada seja—*in concreto*, seja *in abstracto*.

Exposta esta doutrina, Du Caurroy estuda o principio segundo o qual se distinguem as obrigações em que só responde-se pelo dolo, que comprehende sempre a falta grave, e as em que pelo dolo e falta ligeira ou falta propriamente dita com ou sem diligencia.

O depositario só é obrigado pelo dolo, por que presta um serviço gratuito, e sob esta relação elle distingue-se das pessoas, que, impondo-se outras obrigações, tirão uma vantagem, uma utilidade qualquer, como na venda, no aluguel, na sociedade, etc; nestes diferentes casos responde-se pela falta propriamente dita.

Na sociedade dá-se a mesma cousa, por que ella se contrahe sempre no interesse commum dos associados, mas a seu respeito a falta aprecia-se sempre *in concreto*. A razão conforme o texto seria por que a admissão de um associado negligente é uma imprudencia, que cada um deve imputar a si proprio; entretanto os herdeiros e colegatarios, que não são de livre escolha, estão sujeitos á mesma responsabilidade. O cuidado que cada um delles dispensa habitualmente aos seus negocios basta para os negocios communs, precisamente por que sendo negocios seus, ao menos em parte, elle é naturalmente chamado a geril-os—*propter suam partem causam habuit gerendi*.—

A mesma razão se applica aos associados e sobretudo ao proprietario que deve entregar a cousa sua a outrem depois de certo tempo ou sob certas condições, como o marido a respeito dos bens dotaes, como o herdeiro ou o legatario a respeito das cousas que um fideicomisso o obriga a restituir: o cuidado que elles devem, é aquelle que elles dispensão aos seus proprios negocios.

Em sentido inverso e por um motivo directamente opposto a falta do *negotiorum gestor* se aprecia *ad exactissimam diligentiam*, porque elle não tem como os precedentes—*causam gerendi*. E' certo que administra gratuitamente, *mas espontaneamente*. Não espera que se lhe offereça a gestão, a toma proprio; ora é certo que offerecendo-se á obrigação, assume por isso mesmo

uma responsabilidade mais extensa; neste sentido temos para exemplo o depositario—*qui se obtulit deposito*.

O mandatario não está no mesmo caso, entretanto se lhe impõe a mesma responsabilidade que ao *negotiorum gestor* pela razão sem duvida que o mandato suppõe entre os contractantes—uma amisade, uma affeição á qual offenderia a menor negligencia.

O vendedor até a tradicção, o credor pignoratício, o locatorio, que detem a cousa alugada, são obrigados pelo dolo e pela falta propriamente dita, porque sua obrigação não é inteiramente desinteressada como a do depositario, e como elles não teem—*causam gerendi*—como nada teem a temer dos casos fortuitos, que os associados, os coherdeiros e outros coproprietarios supportam em commum, a falta do vendedor, do locatorio, do credor pignoratício aprecia-se *in abstracto*, ou, por outros termos, respondem pela falta de diligencia. O mesmo da-se *a fortiori* em relação ao Commodatario, a quem o contracto procura uma vantagem exclusiva.

Bastantes os apontamentos tomados, não vamos além; e concluímos:

Que a doutrina das tres faltas não foi formulada pelo Direito Romano, porque este Direito só reconhece-a—*culpa lata e a culpa levis*;

Que não foi tambem dedusida do Direito Romano, porque este Direito reconhecendo positivamente só dous grãos na culpa a—*culpa lata* e a *culpa levis*, repelle a *culpa levissima*, que por isso não podia delle ser dedusida; e finalmente.

Que não foi inventada pelos interpretes, porque destes—uns a acreditarão effectivamente consagrada pelo Direito Romano—*explicita*—como diz Pothier; e outros—não formulada expressamente pelo Direito Ro-

mano, mas offerecendo este Direito elementos, que a autorisavam.

Não consagrada pelo Direito Romano, não deduzida deste Direito, não inventada pelos interpretes; então o que?

Foi extrahida do Direito Romano mas erroneamente, levados os interpretes a tal desvio pela interpretação forçada, que fizeram de algumas leis romanas, pelas distincções infundadas e principalmente pelos comparativos e superlativos encontrados nos textos, e de que entretanto os Jurisconsultos Romanos usarão indifferentemente, ou no mesmo sentido do simples qualificativo.

Em poucas e ultimas palavras—a doutrina moderna.

Na falta *in omittendo* — negligencia, desidia—distinguem-se tres grãos—falta grave, falta leve apreciada *in abstracto* e falta leve apreciada *in concreto*.

A falta grave é a *negligentia dissoluta*, equiparada ao dolo.

A falta considerada *in abstracto* é a omissão dos cuidados, que habitualmente um bom pae de familia dispensa aos seus negocios; dizer pois que um devedor responde pela falta *in abstracto*, é affirmar que será considerado culpado desde que não tenha feito o que em seu logar faria um homem cuidadoso em geral.

A falta considerada *in concreto*, ao contrario é a omissão dos cuidados, que o devedor proprio dispensa habitualmente aos seus negocios; dizer pois que um devedor responde pela falta *in concreto*, é affirmar que será considerado culpado, desde que não tenha dispensado ao cumprimento de sua obrigação os cuidados, que proprio dispensa habitualmente aos seus negocios.

Não são precisamente tres faltas, diz um notavel Jurisconsulto; mas tres graos de responsabilidade.

Um ponto constante em materia tão controvertida é que os Contractantes podem ampliar ou restringir á vontade—a responsabilidade, que resulta do contracto—quanto ás faltas somente; porque em relação ao dolo, como diz Ulpiano na lei 23 D. L. 50, T. 17, in medio. *excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit— ne dolus praestetur.*

Vicente Mamede. .



DA UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO (*)

O direito commercial marítimo, ou mais communmente o *direito marítimo*, é uma secção apenas do direito commercial. Não é um direito autonomo. A separação, em que por seculos se manteve, foi um accidente da evolução historica, por que medrou e se desenvolveu; enquanto o direito commercial confundido ficára na massa do direito commum.

Durante largo periodo constituiu economia separada; creou relações novas; distendeu as relações antigas; gerou institutos juridicos sem correspondencia com as creações do direito commum.

Ao tempo da dominação romana, observa Goldschmidt, a *lex Rhodia* tinha a envergadura de um direito commum, de um *jus gentium* de todos os povos navegantes do mundo antigo; caracter que mais tarde se reproduziu com o *Consolato del Mare* e as leis de Winsby, e, poder-se-ia accrescentar, com as ordenanças da marinha. Sobreveiu, porém, o periodo da codificação; e o direito marítimo se agrupou ao direito commercial e com elle fez corpo. Era natural semelhante fusão.

(*) Este trabalho foi em parte publicado na *Lição Inaugural do curso do Direito Commercial*, professado pelo autor, no corrente anno lectivo (1897).

O commercio é um phenomeno economico da circulação das riquezas. Essa, a sua feição mais saliente. E' um vehiculo sempre em movimento por onde a producção escôa as riquezas, que o consumo utiliza e applica. Nessa série de movimentos, em que se exterioriza a circulação, uns phenomenos são movimentos de *transmissão*, outros — movimentos de *deslocação* de utilidades. Na *transmissão* funciona a *troca*, na *deslocação* opera o *transporte* (1). Mas uma e outra dessas séries de phenomenos economicos servem a um fim, a circulação das riquezas, approximando productora e consumidor. A *troca* deu origem ao phenomeno do *commercio*, conformado mais tarde em *industria*; o *transporte* tambem se organizou na industria desse nome.

As relações economicas assim indicadas se transmudam em relações juridicas. No phenomeno—*commercio*, a relação economica ou mercantil, eis que nasce, se converte em relação de direito. O facto juridico e o facto economico são nelle simultaneos: o acto que engendra a producção da utilidade, ao mesmo tempo crea uma relação de direito; o que aliás se não repete com as demais industrias economicas (2).

(1) Contra: MANARA, *Gli atti di commercio*, n. 15, em nota (2), entende que a circulação abrangendo sómente a série daquelles movimentos que operam a transmissão das riquezas, da producção para o consumo, comprehende a *troca*, e não o *transporte*; que a troca e o transporte são phenomenos essencialmente distinctos e diversos, porque o primeiro constitue a base de toda a doutrina economica da circulação, emquanto que o segundo é puro elemento da producção. Mas, é força attender de accordo com a opinião de Cossa, que a industria de transporte tem um caracter mixto: só a parte mais geral de sua theoria pertence ao quadro da producção e do consumo. A industria commercial, sendo productiva, é tambem um phenomeno da producção; e entretanto a sua funcção principal se faz sentir na série da circulação. Cauwés reconhece o caracter mixto de que se reveste o transporte (*Cours d'Économie Politique*, n. 380).

(2) P. ESTASÉN, *Instit. de Derecho Mercantil*, tom. VII, parte tórica, 19.

Embora propulsoras, ambas, do movimento circulatório das riquezas, a industria commercial e a industria de transporte não se confundem. A' primeira tocam os movimentos da *transmissão* das riquezas, de pessoa á pessoa; a outra tem por funcção economica *deslocar* as riquezas, movêl-as de um logar para outro. Economicamente, são distinctas; mas auxiliam-se reciprocamente, e de tal arte, que, segundo Verri, o commercio não mais é que o transporte de mercadorias, de um logar para outro, ou—conforme a intuição de J. B. Say—uma industria que põe o producto ao alcance do consumidor: incorporadas numa só as duas linhas da circulação, o transporte e a distribuição das mercadorias.

Si á variedade das relações economicas, em que se desenvolve a circulação, correspondesse, em feições exactas e precisas, uma dupla ordem de nórmas jurídicas, a uma parte do direito commercial poderia caber em dominio a *transmissão* das riquezas, a industria commercial propriamente dita; passando para a exclusiva competencia da outra parte do mesmo direito a disciplina dos actos e contractos oriundos da *deslocação* das riquezas, isto é, da industria de transporte. Essa correspondencia, porém, não existe. Ao contrario, são noções recebidas: que o direito commercial terrestre formúla nórmas para a industria commercial e em parte para a industria de transporte; que o direito marítimo, regulando o transporte por agua, tem por conteúdo os institutos das *pessoas, cousas, obrigações e privilegios*, em quanto interessantes ao navio e á navegação no commercio privado. E como a industria de transporte entra por elemento auxiliar á industria do commercio; assim o direito marítimo concorre, como parte, para a estructura do direito commercial.

Mas, assim reunidos e formando um só vulto, o direito commercial e o marítimo apresentam demar-

cações, de tanto relevo e distincção, que os extremem do direito *commum*? Ha necessidade de manter um dualismo de preceitos juridicos no plano *commum* do direito privado? Não conviria mais fundir num só organismo o direito *commercial* e o direito civil, apagando dest'arte os traços que, porventura convencionalmente, distanciam entre si o acto do *commercio* e o acto civil? Ou, serão repugnantes á fusão as indoles de um e outro direito?

No direito antigo, passou desconhecida a separação entre essas duas provincias do direito privado. Nem occorreu ella ao senso eminentemente juridico dos *jurisconsultos* romanos.

E' certo que com os peregrinos, na capital romana, e á proporção que as transacções lucrativas se foram expandindo, se introduzio um direito menos rigido e formalista que o tradicional *jus civile*; mas essas duas correntes juridicas, vigorosa uma e outra archaica, se reuniram, mercê do temperamento novo incutido— *corrighendi juris civilis causa*, pelos edictos do *pretor peregrinus*; e juntas formaram um direito accentuadamente cosmopolita, inspirado na *naturalis ratio*, influenciado pela philosophia stoïca,—um direito simples, symetrico, isento de divergencias historicas e locaes. Ao genio juridico dos romanos, com a sua tendencia profundamente unificadora, devia repugnar a existencia de um direito especial do *commercio* (Cesare Vivante). Quando não bastassem os largos conceitos do direito *commum* das obrigações, como disciplina necessaria ás variadas fórmas e ás *clausulas technicas* das transacções *commerciaes*, *derogações*, e notaveis, eram feitas á regra geral.

Em bem do *commercio*, e para facilitar o credito pessoal e a circulação dos valores, garantir a boa fé e promover a conclusão dos *contractos*, o direito

moderno instituiu no mecanismo obrigacional, a presumpção de solidariedade, de onerosidade, a materialização das obrigações, a simplificação do processo, a supressão de formalidades que embarcem a perfeição dos contractos. Todos esse institutos se deparam no direito romano e singularmente applicados ás relações juridico-mercantis, taes como estas são comprehendidas nas legislações modernas. Gabriello Carnazza copiosamente o demonstra no seu *Il Diritto Commerciale dei Romani*. Roma foi tambem, na reconstrucção historica de Mommsen, uma cidade commercial e maritima, e—senhora do mundo - instituiu com a paz a acção de suas leis, *ubique pax, ubique romanæ leges*.

Quebrada a unidade dos dominios romanos, e com ella a energia unificadora da sua legislação, começaram em cada povo as tentativas de reorganização de um direito proprio. O commercio agrupou os seus membros em corporações; recebeu as leis tradicionaes que mais convinham ao seu temperamento, ajuntando novas praticas, adoptando usos e costumes, donde conseguiu lentamente desentranhar um corpo de nórmas reguladoras de suas transacções. E modernamente difundido em toda sua congenita expansibilidade o espirito mercantil, renovada por essa direcção a face da humana civilização, não é de extranhar que o direito commercial ganhasse a influencia que tem exercido, e que de mais a mais avulta, sobre as velhas instituições do direito civil; estendesse a esphera de suas leis, ao lance de se ir transformando em direito commum.

O processo de execução em materia cambial, e que é a mais audaciosa das conquistas do direito e a um tempo a mais segura tutela para o credito, já não depara óbices no character civil do devedor (1). -- O

(1) CESARE VIVANTE, nos *Annales de Droit Commercial*, anno VII, fasc. I.

instituto da fallencia, em mais de uma legislação positiva, não mais distingue o devedor civil insolvel e o devedor commercial insolvel; a lei ingleza de 25 de Agosto de 1883, a prussiana de 8 de Maio de 1855 — fonte primordial do direito federal germanico, e completada e desenvolvida na lei federal do *Concursordnung* de 10 de Fevereiro de 1877, as de 25 de Dezembro de 1868 e de 16 de Março de 1884 promulgadas na Austria, a da Hungria sancionada em 27 de Março de 1881, são symptomas dessa tendencia unificadora na applicabilidade do instituto das fallencias a quem quer que se ache insolvel, tendencia que caracteriza todas as legislações do grupo germanico.

Essa evolução, que vae absorvendo o direito civil, provã que as leis protectoras do credito, podem, consoante o espirito do legislador, se estender á toda a communhão civil; nossa constituição social é na actualidade profundamente homogenea: na preocupação da luta pela existencia, em todas as direcções se encontram e se cruzam as differentes classes sociaes. Si o commercio exige promptidão e pontualidade nos negocios, esses habitos bons, graças á facilidade das communicações, se espalham por toda a vida social. As regras de direito que, por uniformes e fóra da compressão das leis locaes, o commercio recebe e adopta, de prompto se popularisam, ao grande impulso da concorrência que distribue a agitação mercantil pelos centros mais apartados da vida burgueza e agricola (1).

E' incontestavel a estreita affinidade que do direito commercial aproxima o direito civil, porque um e outro, si bem que em relações diversas, submettem o mesmo *objecto*, o mesmo *sujeito* de direito. Com res-

(1) C. VIVANTE, cit.—GERMANO *Istit. di dir. Com.*, n. 47.

peito aos bens, um dos caracteres differenciaes, depá-
rados por De La Grasserie, entre ambos os direitos,
é que a *riqueza em formação* pertence ao commercial,
a *riqueza formada* — ao civil (1). — Conceito quasi ana-
logo ao de Pisanelli: — os bens podem ser encarados
sob um duplo aspecto, por sua utilidade directa e im-
mediata, ou pela utilidade que offerecem mediante a
troca, — *valor de uso, valor de troca*. As leis civis con-
sideram os bens no primeiro aspecto; as leis commer-
ciaes — no segundo; em todo o caso é o mesmo o
sujeito de uma e outra relação. Isto adverte a aper-
tada afinidade que existe entre as leis civis e as com-
merciaes, aquellas precedendo estas, mas supportando
o seu influxo absorvente, graças ao movimento indus-
trial contemporaneo (2).

Dahi, procede que uma relação economica, uma
em substancia, se transforma em dupla relação juridica,
disciplinada como é por duas ordens de nórmas, não
raro antagonicas; e se aviva de mais a mais o *con-
traste entre o systema legislativo em vigor e a unidade
da vida economica*.

O direito commercial resume o seu conteúdo na
regularisação juridica do *acto do commercio*, que repe-
tido habitualmente, professionalmente, liga em séries as
relações do commercio. Disciplina externa, define-o com
amplitude Ercole Vidari, dos factos economicos que
formam a substancia do commercio, e dão causa ás re-
lações entre os homens. Que é um *acto de commercio*?
Devido a que particular assignalamento pode ser iso-
lado da massa dos actos da vida commum, das rela-
ções da vida civil? E' evidente que da noção clara e
precisa do acto de commercio, successivamente depende
a realidade do commercio e do direito commercial.

(1) DE LA GRASSERIE, *De la classification scientifique du droit*.

(2) PISANELLI, *Trattato sulla competenza*, n. 12.

Que é uma industria, cujos factos componentes se não caracterizam e não tem existencia authenticada? Que póde regular o direito commercial, quando não se discrimine o seu conteúdo--do conteúdo do direito commum? Entretanto, a noção do acto de commercio, noção que é *primaria e fundamental* (1), ainda é um problema insolúvel para a doutrina; um tormento para o legislador; um enigma para a jurisprudencia. Nem a theoria, nem a pratica alcançaram desfazer as duvidas e as confusões na delimitação da esphera juridica, em que se move o phenomeno do commercio.

Historicamente, primeiro dominou o criterio *subjectivo*, como unico possível, na discriminação dos actos mercantis. Erão estes as transacções dos commerciantes: a qualidade do agente imprimia character nos actos. Durante o regimen corporativo, era toda pessoal a jurisdicção commercial. Abolidas as corporações de officios, o movimento industrial e mercantil induziu os legisladores a regularem *objectivamente* os actos do commercio, buscando um criterio mais seguro na indole, na natureza desses mesmos actos. Mas economistas e jurisconsultos ainda não puderam conseguir accordo, quanto á substancia propria e especial dos actos de commercio (Mancini).

Para uns doutrinarios, a intenção de lucro, o fito de lucro, a especulação, basta para caracterizar o acto mercantil (Ruben de Couder); a outros parece que a commercialidade se resume na mediação (Beslay); ainda outros, e essa é a opinião mais generalizada, reúnem a especulação e a mediação, e com esses elementos juxtapostos combinam o producto, um acto de commercio (2). Ulysses Manara pretende, porém, que a mediação e a especulação devem ser travadas por uma

(1) B. CIPELLI, *Teoria giurid. degli atti di commercio*, Prefazione.

(2) ALMÉRICO BRANCACCIO, *Dello stato di commerciante*.

relação de causa para effeito; a mediação é a causá do lucro; essa connexão, e só ella, determina a commercialidade (1). Cipelli a quem cabe a primasia na tentativa de una theoria juridica dos actos mercantís, assenta a commercialidade em tres notas concorrentes e características, *a especulação, a materia habil, o risco ou a eventualidade* que correm o capital e o trabalho empregado (2). Repellido uns e outros desses criterios, Thaller formúla uma nova theoria: o commercio é a circulação dos productos; toda intervenção directa em qualquer trecho dos movimentos da circulação, do productor para o consumidor, é acto mercantil. Lyon Caen et Renault, depois de apurarem que a especulação e a mediação, isoladas ou reunidas, não desenhão o character distinctivo do acto de commercio, e não encontrando nas condições absolutas de direito e de justiça uma definição adequada — um *criterio logico* (3), consideram actos de commercio, todas aquellas relações juridicas que, por motivos de utilidade pratica, quiz o legislador subtrahir á acção do direito commum, para sujeital-as ao regimen de um direito especial. E' a mesma doutrina de Labbé (4). Delamarre e Le Poitvin já haviam sustentado que todos os actos de commercio são de pura criação do legislador (5).

Nos codigos, a mesma vacillação ainda no systema adoptavel para a caracterização dos actos mercantís. E accresce notar — ser impossivel resumir num só conceito os actos *disparatados*, em que o legislador imprime o cunho mercantil (6).

(1) U. MANARA, *Gli atti di commercio secondo il cod. com. ital.*

(2) B. CIPELLI, *Teoria Giuridica degli atti di commercio.*

(3) PRECERUTTI, *Uno sguardo ai lavori legislativi d'Italia e d'altri paesi.*

(4) L. DAVID, *De la compétence en matière commerciale*, 27—30.

(5) DELAMARRE ET LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial.*

(6) C. VIVANTE, *Trat. di dir. com.* n. 27; Relazione MANCINI: «*è facile convincersi che tutte le proposte definizioni sono inesatte e incomplete*

No primeiro grupo. O código italiano, lei de 2 de Abril de 1882, e o da Rumania, de 1887, fazem uma longa enumeração exemplificativa de actos reputados commerciaes (art. 3.º); e como taes ainda consideram os contractos e obrigações dos commerciantes, não contemplados na indicação do art. 3.º, com tanto que não sejam por natureza essencialmente civis, e toda a vez que o character civil não resulta do proprio acto (art. 4.º). O mexicano de 1890, depois de abundante nomenclatura no art. 75, incluye quaesquer outros actos de natureza analoga aos que relaciona, e, em caso de duvida, deixa á apreciação do juiz a determinação da natureza commercial do acto.—Ao systema da enumeração ainda pertencem os codigos, chileno de 1867, e o argentino de 1890; o primeiro especifica desanove actos mercantis (art. 3.º); o segundo, embora faça uma individuação minuciosa (art. 8.º), em

o cumuni ben anche a molte contrattazioni civili».—LYON CAEN et RÉNAULT, *Traité de droit com.* n. 103: «*On a tort de chercher une formule embrassant tous les cas prévus par la loi. Les actes de commerce ne trouvent pas leur définition dans des conditions absolues de droit et de justice...*».—FR. BEHREND, *Lehrbuch des Handelsrechts*, § 3 e 6: «*eine scharfe Sonderung des Handels von dem sonstigen Verkehr nicht durchführbar ist*».—SMITH, *Introd.* p. LXIII: «*the division between mercantile law and other parts of the law of contract must necessarily be some what arbitrary*». Todos citados por Vivante, na nota (1) ao indicado n. 27.

VEIGA BEIRÃO, no seu relatório, exposição de motivos do projecto do código commercial portuguez, assim se exprimia: «Na impossibilidade de encontrar uma caracteristica geral que distinguisse, só por si, os actos commerciaes, era mistér formular a disposição que declarasse quaes os actos, que a lei, como taes, classifica. Pareceu-me que, em vez de se fazer logo no principio do código, uma larga enumeração dos actos que a lei reputa commerciaes, bastaria uma simples disposição, na qual se preceituasse que sejam commerciaes *os actos especialmente regulados no código*, isto á semelhança do que, em parte, se fez em Hespanha. Assim evita-se a repetição, numa longa lista, dos actos que constituem depois a materia do código, e evita-se a duvida sobre se essa lista é taxativa ou exemplificativa. O systema proposto corta, cerce toda a questão...»

O processo scientifico, diz J. BENEVIDES, nos *Contractos commerciaes*, seria a definição do acto de commercio. A definição, porém, é *ainda impossível* para o estado actual da sciencia.

Quem é capaz, pergunta F. Lastres (*Los actos de commercio*, p. 12), de determinar o que seja um acto mercantil?

clausula geral reputa commerciaes tambem os actos especialmente por elle regulados (art. 8.º n. 11).—No direito patrio, o decreto n. 737 de 25 de Novembro de 1850, supprindo lacunas do codigo commercial, enumera em resumidos numeros, os actos que reputa mercancia (art. 19).

No segundo grupo, O codigo hespanhol de 1885, e o portuguez de 1889, separam se do systema enunciativo das outras legislações; numa formula geral, aquelle tem por commerciaes os actos comprehendidos no codigo e quaesquer outros de natureza analoga (art. 2.º); e este, seguindo em parte o codigo italiano, estende o conceito da commercialidade a todos os contractos e obrigações que, contrahidas por commerciantes, não tiverem um character exclusivamente civil, si do proprio acto não resultar a não pertinencia ao exercicio do commercio (criterio subjectivo); e a todos os actos de commercio por elle especialmente regulados (criterio objectivo) (1).

Do estudo comparado dessas legislações, duas resultantes provêm:—os legisladores não puderam ainda aceitar um systema unico, na caracterização dos actos mercantis. As enumerações, quer limitativas, quer meramente enunciativas, acceitas numa legislação, são recusadas por outra que, em formula generica, procura resumir o assignalamento dos actos de commercio. Além disso, os codigos que distribuem em categorias

(1) O codigo commercial portuguez, art. 2.º tem esta redacção:

«Serão considerados actos de commercio todos aquelles que se acharem especialmente regulados neste codigo, e, além d'elles, todos os contractos e obrigações dos commerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrario do proprio acto não resultar».

A expressão—*se o contrario do proprio acto não resultar*, identica á do codigo italiano—*se il contrario no resulti dall'atto stesso*,—deve equivaler a estas:—*se do proprio acto não resultar a não referencia, a não pertinencia ao exercicio do commercio*. Para que o acto praticado por commerciante seja commercial deve *não ser de natureza exclusivamente civil e ter referencia ao commercio*. J. BENEVIDES cit. tit. I, cap. I.

os actos mercantis, não são uniformes na nomenclatura dada:—assim é que, a commercialidade dos bens immoveis, admittida no codigo italiano (art. 3, n. 3.^o), é excluida implicita ou explicitamente por outros. Tudo testemunha a confusão e a incerteza que cercam a noção do acto mercantil. O systema das formulas geraes, não se estribando numa noção completa e limpada que a sciencia tenha chegado a enunciar, não distinguindo o acto pelos seus caracteres intrinsecos, e por outro lado, variando empiricamente de codigo em codigo a nomenclatura scientifica e pratica, que Lysandro Segovia, o preparador do codigo argentino, figura como indispensavel fio de Ariadne (1) no labyrintho das difficuldades que semelhante questão suscita, um e outro desses systemas não desfazem, antes complicam, as indecisões da materia.

Pudesse (2) a jurisprudencia dos tribunaes supprir as incertezas da lei; e talvez que, embora lentamente, se adiantasse a solução do problema. Mas a jurisprudencia é varia, como vacillante a doutrina, e arbitrarios os codigos.

E voltam impertinentes as interrogações: que são actos de commercio? E, si não é ainda possivel construil-os, com a necessaria nitidez, em todos os seus contornos,—como definir o direito commercial e traçar o seu dominio? *Une science ne peut pas se constituer tant qu'elle a une idée vague et indéterminée de son objet* (Jouffroy).

(1) LYSANDRO SEGOVIA, *Projet de code de commerce de la république argentine*, nota ao art. 4.^o

(2) CIPELLI citado:—«*In nessuna parte di dottrina le sentenze possono meno valere come in questa delle controversie sull'indole e natura dell'atto, se cioè commerciale o civile; perciocchè sono controversie per elementi intenzionali e di fatto e di circostanze, i quali elementi difficilmente, per non dire mai, possono ripetersi identicamente nell'insieme loro.*» Prefazione.

Mais logica e mais simples é a tendencia unificadora do direito privado, e de que dão irrecusaveis documentos algumas legislações. O direito commercial inglez, e o americano, não se distinguem, em corpo separado, do direito commum, alimentado por dous mananciaes perennes, os costumes—*common law*, e as leis escriptas—*statute law*. Em referencia ao direito inglez, Smith observa que os costumes commerciaes, se infiltrando pelo direito commum, são preceitos geraes obrigatorios. A Suissa, organisando o seu *Codigo Federal das Obrigações*, codigo commum ás relações civis e ás relações commerciaes, obedeceu ao temperamento de suas instituições democraticas e ao espirito republicano de seu povo, hostile a toda e qualquer distincção de pessoas. O seu conselho federal, em mensagem de 27 de Novembro de 1879, como justificação do plano unitario daquelle codigo, accentuou que a instrucção e o espirito mercantil estavam na Suissa mais diffundidos, que nos outros paizes europeus (1).

Mas a idéa de um codigo unico em direito privado, não é *recentissima* e *nova*, como parece a Tortori, um extrenuo defensor da escola innovadora (2).

Antes que na Allemanha—Endemann, e na Italia—Vivante dispuzessem as linhas da nova escola, no direito patrio, alguma cousa se tentou para a organização de um *Codigo Geral*. Foi tentativa mallograda; não echoou, nem fez proselytos; mas a concepção do systema unificador cabe indisputavelmente a um jurisconsulto brasileiro. Para a sua memoria devemos reivindicar a honrosa precedencia.

Em 1867, numa proposta endereçada ao governo do imperio, escrevia o eminente jurisconsulto, dr. Augusto Teixeira de Freitas:

(1) V. ROSSEL, *Man. du droit fédéral des obligations*, Introd. II.

(2) A. TORTORI, *Sociologia e diritto commerciale*, n. 80.

«Não ha typo para essa arbitraria separação de leis, a que deu-se o nome de Direito Commercial ou Codigo Commercial; pois que todos os actos da vida juridica, exceptuados os beneficos, podem ser commerciaes ou não commerciaes, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniario, como outra satisfação da existencia.

«Não ha mesmo alguma razão de ser para tal selecção de leis; pois que em todo o decurso dos trabalhos de um Codigo Civil apparecem raras casos, em que seja de mistér distinguir o fim commercial dos actos, por motivo de diversidade nos effeitos juridicos.

«Entretanto a inercia das legislações, ao inverso do progressivo desenvolvimento das relações juridicas, formou lentamente um grande deposito de usos, costumes e doutrinas, que passaram a ser leis de excepção, e que de leis passaram a ser codigos, com seus tribunaes de jurisdicção restricta e improrogavel. Eis a historia do Direito Commercial! Eis falsificada a instrucção juridica e aturdidos os espiritos com a frivola anatomia dos actos até extrair-lhes das entranhas o delicado criterio!

«O meio de sahir de taes embaraços, de sanar tantos inconvenientes, de reparar os erros do passado, de fixar os conhecimentos juridicos, de estabelecer a unidade da legislação e de extremar os verdadeiros limites da codificação civil só o acharemos na composiçãõ de dous codigos cujas divisões capitaes vêm a ser:

CODIGO GERAL

Livro 1.º — Das causas juridicas.

Secção 1.ª — Das pessoas.

Secção 2.ª — Dos bens.

Secção 3.ª — Dos factos.

Livro 2.º — Dos effeitos juridicos.

CODIGO CIVIL

Livro 1.º — Dos effeitos civis.

Livro 2.º — Dos direitos pessoaes.

Livro 3.º — Dos direitos reaes.

«A idéa de um Codigo Geral não é nova, tem sua primeira semente nos dous ultimos Titulos do Digesto *de verborum significatione* e *de diversis regulis juris antiqui*, como tão judiciosamente comprehendeu Pothier nas suas *Pandectas*, quando diz: *Quasi pro totius operis coronide*.

«Em verdade, ha uma grande massa de materias que, por isso mesmo que entram em todos os ramos da legislação, não pertencem a algum dos ramos peculiares, *quæ nulli certæ tractatione peculiare propria dici possunt*. Encerram noções preliminares, servem para interpretação de todas as leis, *necnon ea, quæ ad prævias quasdam legum notiones earumque interpretationem pertinent*.

«Outra semente acharemos na *legum leges* de Bacon, nas leis, que têm por objecto todas as outras leis, e cada uma d'ellas, *ex quibus informatio peti possit, quid in singulis legibus bene, aut perperam positum aut constitutum sit*. E alargando o intuito predominante do sabio analysador, ahí temos a suprema classe de leis, que descreve as mais especies, regula sua publicação, vulgarisação, interpretação e applicação; e marca os casos de sua abrogação ou derogação.

«Mais um precedente mostra-nos o Codigo Civil da Louisiana em seu ultimo — Titulo da significação das palavras — onde firma-se a intelligencia dos vocabulos, que no corpo do Codigo não tem sido particularmente definidos.»

E dando o esboço dessa organização uniforme do direito privado, o sabio autor da *Consolidação das Leis Civis* assim distribuia os institutos commerciaes:

«Os contractos em geral, o mandato, a compra e venda, a troca, a locação, o mutuo, a fiança, a hypoteca, o penhor, o deposito, as sociedades, os pagamentos, a novação, a compensação, a prescrição, e os seguros voltão a seus respectivos gremios no Código Civil, onde as inscrições são as mesmas.

«O mandato completar-se-ha com as disposições sobre correctores, agentes de leilões e commissarios.

«A locação de serviços com os relativos a feitores, guarda-livros, caixeiros, commissarios de transportes, capitães de navios, pilotos, contramestres e gente da tripulação.

«O deposito com os concernentes a trapicheiros e administradores de armazens.

«A troca com o contracto de cambio, e letra de cambio.

«A locação de bens com os fretamentos.

«O mutuo com as contas correntes, letras de terra, notas promissorias e emprestimo á risco.

«A indemnisação do damno completar-se-ha com as avarias.»

E concluia:

«Tal é o plano, que nos permittirá erigir um monumento glorioso, plantar as verdadeiras bases da codificação, prestar á sciencia um serviço assignalado. Só elle corrigirá o vicio de quasi todos os trabalhos legislativos, que é o de tomar a parte pelo todo, o que frequentemente se faz por tudo que se póde fazer.»

Ouvida sobre a proposta, a secção de justiça do Conselho de Estado, em parecer de 1 de Julho de 1868 e firmado por Nabuco, Torres Homem e Jequitinhonha, acolheu favoravelmente a proposta, nos seguintes termos:

«A outra idéa da refusão do Codigo Commercial no Codigo Civil, trazendo a excepção a par da regra, e fazendo cessar as jurisdicções exceptionaes, e por consequencia as questões de competencia, que multiplicação e eternizão as demandas, é tambem de manifesta utilidade; está sobejamente sustentada pelo autor, e homens eminentes como são Rivière, Courtois, etc., já propugnão pela mesma idéa.

«A secção reconhece que a codificação proposta é uma cousa nova.

«Mas na Legislação como na sciencia, as idéas por novas não devem ser repellidas in limine, mas pensadas e estudadas.

«A nova idéa é de difficil execução, mas não deve ser por isso repellida in limine, quando quem se propõe a executal-a é o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, que tantos abonos tem dado de sua alta capacidade.

«Que inconvenientes ha em que o governo ajude e facilite a grande concepção do autor? Não pede elle augmento de despeza.

«Não é de uma lei, de que elle está encarregado, mas de um projecto sujeito ao exame de uma commissão, e que póde ser rejeitado, se não preencher seu fim.

«Haverá demora, mas uma demora compensada pela possibilidade de uma invenção, que póde dar gloria ao autor, e ao paiz.»

O governo, porém, recusou a proposta; e assim o declarou em aviso de 18 de Novembro de 1872. O ministro da justiça de então, o conselheiro Manoel Antonio Duarte de Azevedo, em o *Relatorio* de 1872, deixou nitida a impressão, com que o governo recebera aquella proposta:— «A novação, por involver plano mais vasto que o já adoptado pelo Poder Legislativo, convinha não fosse acceita, embora tenha fundamento razoavel a concepção de um Codigo Geral, contendo definições e as disposições applicaveis aos diversos ramos da legislação; e a outra idéa, a da refusão do Codigo Commercial no Civil, esteja apoiada pela opinião de homens eminentes.

Podia, porém, ser adoptado o alvitre indicado na representação, afim de se não dilatar por mais tempo a organização do Codigo Civil, cujos trabalhos preliminares e preparatorios encetámos ha desoito annos.» (1).

Mais tarde, em 1888, o illustre jurisconsulto conselheiro José da Silva Costa, numa *Exposição de motivos sobre codificação*, apresentada ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, suggeriu um plano, que se lhe afigurou digno de estudo.

«As relações civis e commerciaes, escrevia elle, constituem duas vastas especialidades, tendo entretanto pontos de contacto, que chegam a identificar-se. Com effeito certos contractos existem que participam dos mesmos caracteres, obedecem ás mesmas causas geradoras, dando lugar a iguaes effeitos, só differençando-os o fim que os pactuantes têm em vista.

«A compra e venda, por exemplo, o mutuo, a locação, o deposito e outros contractos têm a mesma

(1) *Relatorio* do ministro e secretario de estado dos negocios da justiça, apresentado á assembléa geral legislativa, em 1872.

conformação, devem por isso estar sujeitos aos mesmos preceitos dominantes.» (1)

Ha, porém, entre nós algum trabalho legislativo feito, preparação, inadvertida talvez, de uma fusão geral e definitiva no nosso direito privado. Conforme o regimen planeado na lei de 1864 (24 de Setembro), e reproduzido no decreto de 1890 (n.º 169 A, de 19 de Janeiro), a *hypotheca* é regulada somente pela lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam commerciantes; derogadas assim as disposições do Código Commercial, relativas á *hypotheca* de bens de raiz.—A lei de 4 de Novembro de 1882 e outras consolidadas no decreto de 4 de Julho de 1891, submeteram ao mesmo organismo juridico as companhias ou sociedades anonymas, quer o seu objecto seja commercial, quer civil.—O decreto n.º 917, de 24 de Outubro de 1890, em reforma a uma parte do Código Commercial, contém disposições que approximam os dous direitos, como a de poderem dividas civis concorrer com obrigações mercantís para constituir o estado de fallencia; como ainda a que reputa insolva-veis, embora não fallidos, os devedores por titulo civil no caso de cessação de pagamentos ou de insolvencia.—O decreto n.º 763, de 19 de Setembro de 1890, generalizando os intuitos inspiradores do decreto de 5 de Outubro de 1885, desenvolvidos no decreto de 23 de Janeiro de 1886, unificou tanto quanto possivel o processo, julgamento e execução das causas civeis e commerciaes.—E como esses, outros.

A *idéa nova* já se fez escola. Entrevista em 1847 por Montanelli o primeiro que vislumbrou a *anormalidade* da separação do direito privado em duas ramificações distinctas (2), se propaga e cresce contempo-

(1) *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, tom. XII, pags. 38

(2) G. MONTANELLI, *Introd. allo studio del Dir. Com. Positivo* cap. XIV.

raneamente, mercê dos trabalhos scientificos de Vivante, Bolaffio, Tartufari, D'Aguanno, Cimbali, Bruschettini, Perrone, Sraffa, Lebano, Tortori, Germano, na Italia (1); Endemann e Dernburg, na Allemanha (2); Memzinger, na Suissa (3); Yseux (4), avivando a opinião de Alauzet (5), na França; Molengraaf, na Hollanda; Comas, Azcárate, Silvela, na Hespanha (6).

No gremio da comissão alleman, encarregada em 1874 da organização de um código civil, empenhada discussão se travou sobre a conveniencia da unificação do direito privado. Na Hollanda, a lei constitucional soffreu modificação, para facilitar a fusão dos códigos; e em 1890 se dissolveu a comissão nomeada em 1879 para a revisão do código commercial, exactamente porque os membros daquella comissão não lograram accôrdo ácerca da questão dualista nas leis de direito privado (7).

Todos esses elementos de luta scientifica, todas as tentativas da legislação que se renova, e que uma

(1) CESARE VIVANTE, *Trattato di dir. com.* introd. § 1.—BOLAFFIO, *Per un codice unico delle obbligazioni*.—TARTUFARI, *I contratti a favore dei terzi*.—D'AGUANNO, *La riforma integrale della legislazione civile*.—E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*.—BRUSCHETTINI, no *G. degli economisti* (1894).—PERRONE, *La idea sociale nel diritto commerciale*.—SRAFFA, *La lotta commerciale*.—LEBANO, *Ancora sul codice unico delle obbligazioni*.—ALFREDO TORTORI, *Sociologia e diritto commerciale*.—MICHELE GERMANO, *Instituzioni di diritto commerciale*.

(2) W. ENDEMANN, *Das Handelsrecht*, vol. 1, § 4.—DERNBURG, *Lehrbuch des Preuss. Privatrechts*.

(3) MEMZINGER, *Motifs du projet de cod. de commerce suisse*.

(4) VICTOR YSEUX, *Un code unique des obligations*, nos *Annales de Droit Commercial*, anno VII, fasc. 1.

(5) I. ALAUZET, *Commentaire du Cod. de Commerce*, introd. n. 10: «Au point de vue tout à fait théorique, nous aurions voulu peut-être opposer à ce système le système tout différent qui ne veut qu'une seule et même loi pour les transactions civiles comme pour les transactions commerciales: ce qui est bon pour les unes devrait être bon pour les autres; et si c'est, en effet, le progrès des lumières et la marche de la civilisation qui ont crée la distinction des deux lois, un nouveau progrès les ramènerait à l'unité.»

(6) Citados por BLANCO CONSTANS, *Estudios de Derecho mercantil*.

(7) BLANCO CONSTANS, *Estudios de derecho mercantil*, pag. 105.

orientação melhor fôr accumulando, devem em periodo talvez não muito remoto concorrer para uma reorganização mais simples e mais util; vindo a eliminar, na phrase de Cimbali (1), o deploravel dualismo, o anachronico dualismo que, por convenção, ainda separa a legislação civil e a legislação commercial. O influxo energico que o direito commercial exerce nas instituições do direito privado, determinando oppórtunas reformas do direito geral, é um seguro auxiliar para ir lentamente attenuando as divergencias e impulsionando a refusão,

Para essa obra grandiosa de reconstrucção, todos devemos aparelhar os materiaes: o que importará em summa vantagem para a sciencia do direito, que irá levantando sobre alicerces mais largos e precisos um systema simples e vigoroso, em que logicamente se fundam as variadas nórmas disciplinadoras, que emergem de cada movimento da actividade economica (2).

S. Paulo, 1897.

Brasílio Machado



(1) CIMBALI, *La nuova fase del dir. civile*, n. 246.

(2) CESARE VIVANTE, *Trattato di diritto com.* Introd., § 1.

THEORIA

DO

PROCESSO CIVIL E COMMERCIAL

(Continuação)

CAPITULO III

DAS FORMAS GERAES DO PROCESSO

SECÇÃO I

DO DIREITO FORMULARIO. SUA IMPORTANCIA E CARACTERISTICOS
SEGUNDO A TENDENCIA DO DIREITO MODERNO

§ 51

Definição

Direito formulario se define o systema das formulas segundo as quaes se processam as causas em juizo (1).

(1) O estudo das formulas judiciaes deve ser feito sob duplo aspecto:—o *theorico* e o *pratico*. Pelo primeiro, adquirimos o conhecimento do *direito formulario*; pelo segundo, o da *jurisprudencia eumatica* ou *formularia*. Aquelle nos dá noticia das leis, principios juridicos e estylos constructores da parte do direito que no § 8.º denominámos *pathologia juridica*, completada pela *therapeutica juridica*. A outra, que se denominará *pharmacologia forense*, nos ensina o modo de manipular e usar os remedios contra as violações das relações de direito. O *direito formulario theorico* nos mostra, assentado o diagnostico da lesão juridica, qual o remedio (*actio*) a em-

Indeclinabilidade da forma

Inconcebível é a idéa de *processo* sem a de uma *forma* qualquer pela qual aquelle tenha um modo visível de existir. Pode haver uma justiça abstracta, disse Bentham, mas a justiça a distribuir pelo processo judicial — *suum cuique tribuere*—é sensivelmente concreta (1).

Assim como os actos de declaração da vontade só tem existencia juridica effectiva depois que, por meio de sua expressão sensível ou externa, se fazem reconhecer no mundo dos phenomenos economico-juridicos, assim tambem só por meio da forma póde existir o processo (2).

pregar; a *eurematica formularia* nos habilita a compôr e applicar o remedio indicado. *Theoria forense—pratica forense*: eis a denominação synthetica de cada qual d'aquelles aspectos.

Nesta cadeira se estuda a forma em sua feição legal abstracta; na de pratica forense, iremos aos cartorios, ás audiencias, ás vistorias, em uma palavra—aos autos. Exemplificando: aqui veremos o que é citação, seus caracteres e seus effectos, ali, quaes os modos porque se fazem as citações; aqui, o que são arbitradores, natureza juridica de suas funcções e sua competencia, ali, faremos a respectiva louvação e lavraremos pareceres ou laudos; aqui, analysaremos os caracteres fundamentaes da sentença, ali, simulando qualquer hypothese, redigiremos uma sentença. Em uma palavra:—a forma em abstracto e a forma em concreto, ou como talvez dissesse Ihering, a *intuição* e a *arte forense*: eis a theoria e a pratica judiciaria.

(1) *On peut aisément concevoir*, assim se exprime o famoso jurisconsulto, *une justice ABSTRAITE, celle qui paraîtrait telle aux yeux d'un juge infaillible, instruit de toutes les circonstances de la cause; mais distinguer cette justice abstraite de la justice légale, c'est une prétention vaine et dangereuse qui livrerait le juge aux fantômes de son imagination; et lui ferait perdre de vue son véritable guide, qui n'est autre que la loi.*—*Oeuvres*, ed. Dumont, 2.^o Vol. pag. 242, 1.^o col.

(2) Ihering, *Espr. du D. R.*, III, 165. Estupendamente concisas são, a este proposito, as expressões do illustre professor. *A forma é o proprio conteúdo do acto debaixo do ponto de vista de sua visibilidade. A forma supõe sempre o conteúdo: não ha conteúdo sem forma, nem forma sem conteúdo. A apparencia do contrario prende-se á MUDANÇA da forma. Assim tambem com a vontade juridica, cuja existencia somente podemos admittir quando nos fór possivel reconhecê-la mediante a sua manifestação externa. Neste sentido, portanto, não ha acto de vontade sem forma: uma vontade sem forma é como a faca de Lichtenberg, que não tem folha nem cabo.*

E' lei de todo e qualquer sentimento ou productò da actividade affectiva, social ou esthetica do homem, como, a proposito da predilecção dos romanos pelo elemento externo do direito ou materialismo juridico, nol-o demonstra Ihering, nas scintillantes paginas do § 48 do seu *Espirito do Direito Romano*—que, evolutivamente, a *materialidade* precedeu á *espiritualidade*, o *sensível* ao *ideal*, ao *abstracto* o *concreto* (3): em religião, o culto cerimonioso antecipou o dogma, em direito, foi o symbolo o predecessor do *jus scriptum*, na linguistica, o *mutum et turpe pecus*, da satyra III de Horacio, representa para Leibnitz, Locke, Condillac, Rousseau, Turgot e outros, o *primeiro modulo da evolução hominal*, na phrase de Abel Andrade (4), na arte, não foi certamente sobre as leis e regras constitutivas da theoria das côres, dos sons, das linhas, que a pintura, a musica, a architectura teve cada qual sua primitiva manifestação sensível.

Se é certo, porém, que a tendencia do espirito humano leva-o cada vez mais a deduzir e induzir idéas, abstracções, generalidades, que, destacadas, no dizer de Spencer, dos phenomenos externos, constituem o opulentissimo thesouro da psychologia e da logica, não o é menos que o espirito jámais se emancipará por completo da influencia do mundo externo; e ainda para mais uma vez reproduzir o inextinguivel professor de Goettingen, *assim é, primeiro e antes de tudo, sob o ponto de vista da manifestação e realisação do direito, isto é, das formas sob as quaes o direito conquista sua applicação e sua realidade concreta tanto no commercio da vida como perante a justiça. Este ponto de vista, continúa o emerito romanista, corresponde, em materia religiosa, ao culto.*

(3) Vid. nt. 2.^a ao § 4.^o supra.

(4) *Principio das Nacionalidades*, p. 38.

A necessidade de manifestação externa, que nella se traduz pelo conjuncto das cerimoniaes, leva, no direito, ao formalismo. Longe de pôr obstaculos á acção do elemento sensivel, a natureza do direito provoca-lhe, ao contrario, a manifestação (5).

O *direito formulario forense*, que, com muita propriedade, Bordeaux (6) chama *direito instrumentario*, é a manifestação das relações de direito perante a justiça social. Sua indeclinabilidade, pois, não é menos evidente do que a necessidade da propria justiça.

§ 53

Sua importancia politico-juridica

A importancia da *forma* tem por medida a sua mesma indeclinabilidade. Se indeclinavel é a *forma* porque, como vimos, só atravez dos instrumentos forenses é que as relações de direito se effectuam ou sensibilisam no commercio da vida e perante a justiça social, mais importante não pôde ser a sua funcção politica e juridica. Na *forma* tem o homem o mais continuo e seguro defensor de suas liberdades: tal a eminente funcção politica da *forma*; pois que só mediante a *forma* preestabelecida na lei podem os juizes agir, ella só basta para garantir a concretisação dos quatro principios, que no § 5.º ficaram assignalados como outros tantos preceitos legitimativos do processo perante o principio supremo da liberdade individual (1).

(5) *Espr.*, vol. 3.º, p. 114.

(6) *Philos. de la Proc. Civ.*, pg. 342.

(1) No § 50 do seu *Esp. do D. R.*, nunca assaz invocado, Ihering nos mostra como, atravez da evolução historica d'aquelle direito, e não obstante a contradicção apparente entre a liberdade, que não tolera limitações á vontade *material*, e a forma, que sob o ponto de vista *formal* tão estreitamente restringe a liberdade, existiu sempre certa relação característica, parallelismo das respectivas linhas de desenvolvimento, dependencia mutua. Neste

Na *forma*, pois que a *forma* legal é só a que estiver *preestabelecida* na lei (2), reside a condição vital da authenticidade dos actos forenses, sem a qual não póde haver garantia de direitos (3): e tal é a sua funcção juridica fundamental.

sentido é a lição irreductivel da historia: o periodo do florescimento da liberdade romana, diz Ihering, foi tambem o do mais penoso rigor da forma; com o seu declinio, relaxada ficou a severidade da forma, e quando chegou a dominar a oppressão cesariana, com a suffocação da liberdade, desapareceram as formas e formulas do direito antigo. E não foi tambem assim recentemente entre nós? Se o estado de sitio absorveu por completo a *forma*, salta aos olhos que esta é o paladio da liberdade, pois que aquelle é a sua deturpação ou negação.

Ainda sob outro aspecto se patenteia a importancia politica da *forma* —é que ella, ainda na pbrase de Ihering, *serve de contrapeso á attracção da liberdade para a licença... as formas fixas são a escola da disciplina e da ordem*. Apague as formas do processo, impossivel será manter a ordem, que é a propria igualdade na distribuição da justiça.

(2) Vid. a definição do *Direito Judiciario* no § 1.^o *supra*.—Const. Federal art. 72, § 15.

(3) Ihering, loc. cit., pag. 187, condensa esta idéa no seguinte conceito: *A forma é para os actos juridicos o que o cunho é para a moeda*: isto é, assim como o cunho legal da moeda dispensa qualquer verificação de seu titulo e peso, assim tambem a forma por si só patenteia ao juiz qual a vontade das partes no acto juridico sujeito ao seu julgamento, e qual é esse acto nos casos em que as formas differem segundo a natureza do acto. E' por isto que, com o mesmo escriptor, já dissemos que *a forma é o proprio conteúdo do acto debaixo do ponto de vista de sua visibilidade*.

Nem aquella coaproximação da forma e do cunho legal da moeda é idéa original de Ihering. Já Pedro Ayrault, *L'Ordre, formalité et instruction judiciaire*, p. 3, dava, nas seguintes linhas, a mais frisante synthese do nosso assumpto: «En justice la formalité y est si nécessaire, qu'on y scauroit se desvoyer tant soit peu: y laisser et obmettre la moindre forme et solemnité réquise, que tout l'acte ne vint incontinent à perdre le nom e surnom de justice.. La raison est, parce que justice n'est quasi proprement autre chose que formalité et cérémonie. C'est donc comme d'une monnoye publique, tant que l'image et la forme du prince y est, elle s'appelle monnoye, dont l'autorité et le crédit vaut plus que l'or: ostez l'image, ce n'est désormais qu'une masse et rien de plus; ainsi est-il de la justice, qui en osterá l'ordre».

Reproduzindo Ihering, dissemos que com a suffocação da liberdade desapareceram as *formas* e *formulas* do direito antigo. Haverá differença entre *forma* e *formula*? Qual? Lê-se em Frain du Tremblay, *Essais sur l'idée du parfait magistrat*, ch. 28, *Des Procédures et formalités*: «On confond ordinairement les termes de procédure et de formalité: ce sont choses néanmoins très—differentes. Les procédures sont proprement tous les acts nécessaires pour l'instruction d'un procès, soit civil soit criminel; et les formalités sont les clauses et dispositions qui composent la forme des acts, soit devant les notaires, soit en jugement».

Sobre isto podemos dizer: que *forma* (fôrma ou fôrma, de etymologia commum, *forma* em latim, *morphé* em grego), é a figura externa do acto

**Elementos intimos da *forma* ou sciencia do
direito formulario**

Segundo apreciarmos as formas ou por seu numero ou por sua configuração externa ou pela necessidade do principio que as creou, distinguiremos na *forma* tres elementos, aos quaes Ihering chama *quantitativo*, *morphologico* e *de principio* (1). Oprimeiro concerne á quantidade ou numero das formalidades que entram na composição visivel do acto juridico ou de processo em sua integridade formal; o segundo, á maneira de ser da forma, isto é, sua configuração ou composição morphologica—se é simples ou complicada, de uso facil ou difficil, commoda ou incommoda, etc; o ultimo, á structura interna do systema das formas: «trata-se de vêr, diz aquelle romanista (pag. 175), se as disposições sobre a necessidade da forma emanam de um principio unico ou se applicam unicamente a alguns actos isolados e disseminados no direito, isto é, se têm o character da unidade e da consequencia, ou o da variedade e do arbitrio».

Ficou assentado, qual postulado irreductivel do Direito Judiciario, que na authenticidade das formas processuaes reside a garantia unica da justiça e igual reintegração das relações de direito; e como, segundo dissemos no § 4.º (2), *é na mais segura e breve adaptação da forma á relação de direito litigiosa que assenta o melhor systema judiciario, cujas condições devem ser*: PROMPTIDÃO, SIMPLICIDADE, GARANTIA,—do exame analy-

juridico ou do processo, seu molde ou modelo; *fórmula* é o systema organico da forma. Em uma palavra: a forma é uma addição de que as formulas são as parcellas. Tal qual com a *jurisprudencia*, cujas parcellas são os arestos, usos, costumes e estylos forenses.

(1) *Loc. cit.*, pag. 173.

(2) *Revista da Faculdade*, Vol. 1.º, pag. 9.

tico d'aquelles elementos, postos ao serviço deste conceito, emerge inteira a sciencia do direito formulario, consoante a tendencia do movimento juridico moderno.

Sem nos affastar do incomparavel auctor do *Es-
pirito do Direito Romano*, deixemos firmados os seguintes conceitos, manifestações praticas d'aquella tendencia.

Elemento quantitativo. A evolução juridica se accentúa no sentido da diminuição da *quantidade* ou *numero* das formas. Assim como reduzir a technica juridica a *pequeno numero de formas, a algumas formas fundamentaes é o meio de tornar mais facil e menos arriscado o conhecimento e applicação do direito*, assim tambem a simplificação do processo pela *diminuição quantitativa* das formas seria o melhor meio de apurar o seu estudo e attingir os seus fins. Tal é, de resto, a consequencia logica dos principios informativos do processo, que no § 5.º (3) chamámos o *principio politico* e o *principio economico*, synthetisados na lei fundamental da economia politica — *maximo resultado com minimo esforço*: lei que, pela mesma intenção, imprime igual tendencia ao

Elemento morphologico. — A simplificação morphologica das formas forenses deve acompanhar a sua redução quantitativa. Formas indispensaveis e simples — eis o mote que a sciencia offerece ao legislador esclarecido (4).

(3) *Idem*, pag. 11.

(4) O Dec. n.º 363 de 19 de Setembro de 1890, transcripto na nota ao § 22 (*Revista*, vol. 2.º, pag. 168), em parte concretisou, como ali dissemos, uma das mais fecundas lições do genio de Ihering: *a simplificação quantitativa da massa juridica é um dos factores da forma intellectual do direito*; e até parece que o seu auctor se inspirou nas seguintes linhas do classico Solon, *Théorie sur la nullité*, vol. 2.º, n.º 147 «Nous ne terminerons pas sans émettre le vœu de voir modifier les formes des procédures; elles sont quelques fois si compliquées, que l'homme sans fortune et l'homme timide ont tout à craindre des ressources qu'elles offrent à ces hommes aguerris, que les

Elemento systematico.—Do mesmo modo que deve haver correlação perfeita entre as noções jurídicas e sua forma, assim também as *formas* do processo devem variar segundo a relação de direito em litigio varia em seus elementos morphologicos proeminentes (5).

difficultés et les chicanes ne font qu'animer.—Le commerce jouit des faveurs d'une justice prompte et expéditive; c'est un privilège dont on doit être jaloux, et dont on ne peut suffisamment expliquer la cause.

Nous ne voyons pas qu'il y eût le moindre inconvénient d'appliquer, dans une infinité de cas, aux matières civiles, cette manière de rendre la justice. Au reste cette nécessité est si universellement sentie, que nous devons tout espérer de la sollicitude du législateur et du bon esprit du siècle où nous vivons*.

E' o que se fez naquelle decreto, e dissemos em parte, porque o mesmo Reg.737 ainda é susceptivel de reforma no sentido do texto. Pode-se, com vantagem, ter *menos e mais simples*.

(5) O citado Decr. n. 763 também observou esta lição, quando, no § unico do art. 1.º, manteve em vigor as disposições legaes que regulam os processos especiaes, não comprehendidos no Reg. 737 de 1850. A este proposito pretende Bellot, *Loi sur la proc. civ. du canton de Genève, Expos. des mot. du tit. IV*, 4.º ed., pag. 24, que dois erros capitaes se encontram em todas as leis e em todos os tratados de processo. Consiste o primeiro, diz elle, em se pretender classificar, quanto á instrucção do respectivo processo, todas as causas, a despeito de sua infinita variedade, em duas familias —a das causas *ordinarias* e a das *summarias*, tomando-se como criterio da classificação ora a natureza da propria causa, ora o seu valor pecuniario, ora finalmente a circumstancia de ser julgada na 1.ª ou na 2.ª instancia; consiste o segundo, em se considerar *ordinarias* as causas menos simples e *summarias* as que mais o são.

Entretanto por mais imponente que seja a auctoridade d'aquelle professor, parece que taes systemas não constituem erros assim fundamentaes. Se o fundamento juridico da acção é, como vimos no § 10, o proprio direito violado, nada mais logico do que dar á acção a forma que mais apta fôr para garantir a reintegração e estabilidade do mesmo direito; e esta aptidão, ou melhor, esta adaptabilidade da acção ao direito deve logicamente ser mais ou menos prompta ou facil, segundo fôr mais ou menos complicada a relação de direito litigiosa. A afinidade entre o conteúdo e a forma deve ser a mais estreita possivel; e pois, parece que o melhor criterio para a classificação das acções será o deduzido da natureza das relações de direito.

Portanto, ainda, a maior ou menor simplicidade institucional e morphologica das mesmas relações de direito deve ser o criterio da maior ou menor complicação formal da acção.

Quanto ao criterio baseado sobre o valor pecuniario da causa, se bem que a intensidade do sentimento juridico não esteja sempre na rasão arithmetica do seu conteúdo, nem o enredo material das relações de direito é mais ou menos intrincado porque valem ellas maior ou menor quantidade de moeda, é incontestavel, todavia, que, sendo a moeda, como diz Savigny no seu *Tratado das Obrigações*, o denominador commum de todos os valores, direitos e obrigações, outro criterio, na contingencia de se observar a lei economica da divisão do trabalho, tão urgente na actividade do poder judiciario quanto na

Do exposto, podemos com segurança tirar a lei fundamental do direito formulario: *a observancia rigorosa das formas deve ser imposta, sómente emquanto necessaria á effectividade da relação de direito litigiosa* (6).

Portanto, sómente quando, da inobservancia da forma, soffre em sua substancia e vida a relação de direito, é que ha *nullidade*.

de outro qualquer factor da ordem social, não se nos apresenta mais simples e natural do que esse, combinado com o anterior, para a divisão das acções sob os dous aspectos —da competencia e da forma. Nem talvez fôra impolitico dar em absoluto ao valor monetario da causa o padrão do respectivo processo: o dinheiro está para as relações de direito, reaes ou obrigacionaes, assim como o titulo de certa e determinada moeda está para essa moeda. Se este é o peso de metal precioso contido em cada moeda cunhada igual á moeda typo, o dinheiro é a expressão material do goso encerrado em qualquer das relações de direito concretisaveis no commercio ordinario da vida. Entretanto, como o travamento, mais ou menos complicado das relações de direito em sua constituição material, não se prende sempre ao respectivo valor economico, bem entenderam os legisladores em modificar o criterio monetario pelo deduzido da propria natureza do direito litigioso.

(6) O genesis desta lei da politica judiciaria tem-o na Const. 17 Cod., *de jure deliberandi*, VI, 30; *scrupulosam solemnitate[m] amputari decernimur*; e com maior generalidade no conhecido brocardo *utile per inutile non vitiatur*—que o nosso Ass. de 10 de Junho de 1817, interpretando o de 17 de Agosto de 1811 relativamente á observancia das formulas testamentarias, que, note-se bem, são das mais rigorosas, teve sem duvida em vista nas palavras: *nunca devem entender-se de uma observancia supersticiosa da lei, a qual olhando só para a lettra destrua a sua verdadeira intenção; mas sim das formalidades substanciaes*.

E isto é de direito universal—Mazzoni, *Dir. Civ. Ital.*, IV, 88; Goyena, *Concord. del cod. civ. español*, vol. 2.º pag. 22., etc., etc.

Se tivessem presente esta regra não sustentariam alguns praticos que, se é licito, consentindo as partes, fazer-se ordinario o processo *summario*, inadmissivel é a reciproca—Ramalho, *Pract. Civ. e Com.*, P 1.ª, Tit. 1.º § 5.º com os autôres citados na nota c; Nazareth, *Elem. do Proc. Civ.*, § 132; Ribas, *Consol.* art. 676; Silva, *ad. Ord.* III, 30, pr. n.º 2, *ibi*: *causa sui natura ordinaria non potest fieri summaria, etiam de consensu partium*. Mas porque, se a convenção deixou garantida a substancia do direito em litigio? porque, se ás partes é licito recorrerem ao juizo arbitral, dispensadas as solemnidades do processo? finalmente porque, se não ha lei que o prohiba? Nem insistam no argumento—que as leis de processo são de direito publico, e por isso não podem ser alteradas pela vontade particular—porque então tambem não poderia ser licito tratar ordinariamente a causa *sui natura summaria*.—Cf. Lobão, *Acç. Sum.* § 4.º nt; Paula Baptista, § 81; Mello Freire, IV, VII, 13; Moraes Carvalho, § 2.º—Vid. Bordeaux, obr. cit., pag. 434.

SECÇÃO II

THEORIA GERAL DAS NULLIDADES

§ 55

Definição de nullidade

Nullidade (1) em geral é o vicio ou defeito que torna inefficaz em direito qualquer acto ou convenção; no direito judiçario especificamente designa o vicio ou defeito de forma que annulla o processo (2).

(1) «Esta palavra, no sentido primitivo, significa simplesmente o estado do que é nullo; mas por ellipse, applica-se ou á causa de nullidade ou á disposição de lei que pronuncia a mesma nullidade.» Dalloz, *Répert. v.º Nullité*, n. 1; ou como diz Merlin (*Répert. v.º Nullité*), aquella palavra significa ao mesmo tempo o estado do acto que é nullo, e o vicio que impede que o acto produza effeito.

(2) Dizemos de *forma*, porque nesta definição comprehende-se qual-quer das especies em que varios escriptores dividem as nullidades, e estão consignadas no Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850, arts. 672, 680 e 682, isto é: nullidades do *processo*, nullidades da *sentença*, e nullidades dos *contractos*. Supponha-se que o vicio consiste na incompetencia do juizo (art. 680 § 1.º)—ha nullidade formal, porque no *systema das formas segundo as quaes se processam as causas em juizo*, a competencia do juiz é uma das mesmas *formas*; supponha-se que o vicio está na preterição de alguma solemnidade substancial á existencia do contracto, base da acção, por ex., escriptura publica nos casos em que é exigida *ad substantiam* (art. 682 § 2.º)—ainda a nullidade será de *forma*, porque é solemnidade formal do processo o instruir habilmente a acção.

Nem nos parece que vae bem collocada em leis de processo, como no cit. Reg. 737, que (*sic*) *determina a ordem do juizo no processo commercial*, a materia referente á nullidade dos contractos propriamente dita. Essa entra no quadro do direito material ou substantivo: no direito formal ou adjectivo, que é o *systema das normas pelas quaes o poder judiçario applica a lei aos casos occorrentes*, só se deve enquadrar, além das nullidades do processo em sua definição ou constituição legal, as regras segundo as quaes devem os juizes pronunciar as nullidades dos contractos ou actos juridicos em geral. O direito substantivo define a nullidade em these; o direito adjectivo dá as normas para a respectiva pronunçiação—eis a verdadeira theoria.

Para exemplo da confusão em que, a este respeito, incide o cit. Reg. n. 737, basta citar o art. 690, em cujo primeiro periodo se contempla nullidade puramente material, que só as leis do direito substantivo podem definir, ao passo que no segundo se reproduz mera regra de direito judiçario. Nos arts. 691, 692 e 693 ha materia puramente juridica ou extranha ao direito processual.

Condição jurídica das nullidades

A idéa jurídica de *nullidade* presuppõe a existencia de um acto ou termo que produziria todos os seus effeitos se não fôra o vicio legal por cuja força o mesmo acto tornou-se inefficaz; entretanto esta inefficacia não deve ser havida como resultado fatal e constante de qualquer vicio de que o acto venha contaminado. Acto nullo não se confunde com acto não existente (1); e é porisso que muitas vezes o acto, apesar de nullo, subsiste (2). Isto posto, para que a nullidade possa ser pronunciada, preciso é o concurso das seguintes condições, que constituem os principios cardeaes e legaes da theoria das nullidades:

I. Que a lei tenha previamente considerado como nullidade o vicio de que se tratar, ou pelo menos resulte necessariamente da natureza das cousas e como effeito natural dellas (3).

II. Que da inobservancia da forma resulte prejuizo da relação de direito, cuja existencia ou efficacia a mesma forma garantia (4).

III. Que não tenha dado logar ao vicio aquelle mesmo que o argúe (5).

IV. Que sómente pode arguir nullidades aquelle a quem aproveita a respectiva pronunciação (6).

(1) Vid. Zachariæ, *Le droit civ. franç.*, ed. de Massé e Vergé, § 35.

(2) *Multa facta tenent quæ nondum facta velantur.*

(3) Paula Baptista, § 77; Pimenta Bueno, *Apont. sobre as Form. do Proc. Civ.*, n. 3; Reg. 737 de 1850, art. 672, §§ 2.º e 3.º

(4) *Pas de nullité sans grief*—tal era a maxima dos velhos praticos francezes (Vid. Bordeaux, *Phil. de la Proc. Civ.*, pag. 387), que o nosso Reg. 737 em parte adoptou no art. 677 § 1.º Vid. Solon, ob. cit., 1.º vol., n. 407.

(5) E' regra de direito racional que não deve ser desprezada—Solon, ob. cit., 2.º vol., n. 146; Merlin, *Quest. de droit v.º Fait du souverain*, § 1.º

(6) Consequencia logica das condições anteriores—Solon, ibi—*Quando actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus,*

§ 57

Extensão das nullidades

As *nullidades* devem ainda ser consideradas respectivamente á sua *extensão*, e debaixo deste aspecto pode a nullidade ser *geral* ou *especial*, segundo vicia todo ou parte do processo. A este respeito dominam as duas seguintes regras:

I.—O effeito da nullidade não vai além do acto nullo; subsistem, portanto, os actos anteriores (1).

II.—A nullidade de um acto prejudica os actos posteriores que forem consequentes ou dependentes daquelle (2).

§ 58

Idéas complementares da theoria geral das nullidades

Como complemento dos principios expendidos no § 56, tem a theoria geral formulado as regras seguintes:

I. A nullidade proveniente da incompetencia do juizo *ratione materiae* é a unica que pode ser pronun-

dizia Mantica. Nestes quatro principios pode ser synthetizada a theoria inteira das nullidades, comprehendida a divisão que leis e juriconsultos fazem das nullidades em *legaes*, *substanciaes* e *accidentaes*, em *substanciaes absolutas* e *substanciaes relativas*, etc., etc. No direito escripto é certo haver profunda differença pratica entre as nullidades legaes, que são aquellas que a lei formalmente pronuncia, e as que o não são; attribuindo-se ás primeiras, *ipso jure*, o effeito de invalidar o processo; e ás segundas, somente *ope exceptionis* (Ramalho, *Praxe Braz.*, § 243). O juiz pode *ex-officio* pronunciar aquellas, estas só a requerimento da parte. Entretanto, convem concordar em que taes distincções são incongruentes ou contrarias ao espirito do direito privado, cuja natureza só acceta os principios scientificos apontados no texto.

(1) Reg. n. 737 de 1850, art. 674; Solon, II, 141. Entretanto, como bem ensina este tratadista (n. 142), se entre o acto nullo e os actos precedentes houver dependencia essencial, nullos tambem serão estes primeiros actos, *ad instar* do acto cuja existencia estivesse subordinada ao implemento de condição essencial, que não se effectuou.

(2) Solon, II, 143; P. Baptista, § 80.

ciada *ex-officio*, quaesquer que sejam os termos do processo (1).

II. Nenhum acto será declarado nullo senão quando não fôr possível a sua repetição ou rectificação (2).

III. A arguição de nullidade não deverá ser recebida se a parte que a produz houver deixado scientemente que se procedesse sobre o mesmo acto (3).

IV. Salvo prova em contrario, a lei presume que os actos foram processados regularmente (4).

Dr. João Pereira Monteiro

(1) Eis o ponto principal de reforma a introduzir na theoria legal das nullidades. Nem rigor supersticioso, nem liberdade plenamente desentrevada. Mas tambem sendo o processo civil o modo pratico de se resolverem as contestações entre livres titulares de direitos privados, não deve a pura theoria scientifica do direito formulario accetar outro limite á liberdade dos litigantes além do que deriva logicamente da propria legitimidade do magistrado. Mas das regras, que nos §§ 29 e 30 (*Revista*, Vol. 3.^o, pag. 67) firmámos sobre a theoria da jurisdicção e competencia, facil é ver que só os motivos de ordem systematica ou scientifica consoante os quaes *certo juiz pôde conhecer unicamente de determinadas causas* (competencia *ex-ratione materiae*), devem ficar fóra do alcance da vontade particular. Que razão superior de ordem publica deve obstar que, quanto á competencia *ratione personæ* ou *ratione loci*, transijam voluntariamente as partes litigantes? E por que ha de o juiz, competente *ratione materiae*, annullar o feito em que rigorosamente seria incompetente *ratione personæ* ou *loci*, si os litigantes o elegeram—o auctor, provocando-lhe a actividade judiciaria, o réo, não lhe oppondo a respectiva excepção?

Quanto ás nullidades meramente de *forma*, intoleravel nos parece a jurisprudencia que commette aos juizes a faculdade de as pronunciarem *ex-officio*. Correcto, pois, era o systema da ordenança franceza de 1667, que nos dois seguntes principios resumia todo o systema das nullidades:

1.^o Sem excesso do poder não pôde o juiz crear nullidades.

2.^o Nenhuma das nullidades creadas pela lei é comminatoria.

C'est la condamnation, diz Bordeaux (pag. 385), *du système de l'appréciation par le juge et de l'équité absolue*.

Tambem nos parece que só nos termos desta nota deve ser interpretado o art. 16 do Dec. n.^o 848 de 11 de Out. de 1890. E foi assim que construímos o art. 289 do *Proj. de Cod. Proc. Civ. do Estado de S. Paulo*. —Cons. L. do Proc. Civ. de Genebra de 29 de Setembro de 1819, arts. 745 e 746; Cod. Proc. Civ. ital., art. 56; do Uruguay, art. 676.

(2) Cit. *Proj.*, art. 290: L. de Genebra, art. 749; Cod. Uruguay, art. 675.

(3) Cit. *Proj.*, 293 § 1.^o; L. de Genebra, art. 747 § 1.^o

(4) Tal devia ser a presumpção geral de direito respectivamente a quaesquer actos ou instrumentos. A presumpção contraria entrava pesadamente a actividade juridica e affronta a propria natureza humana.

SUCCINTA EXPOSIÇÃO HISTÓRICA DAS LEIS E DECRETOS

QUE

organisáram e têm reformado a Faculdade de Direito de S. Paulo

«Ministerio da Justiça e Negocios Interiores. Capital Federal, 31 de julho de 1897. Directoria da Instrução. 1.ª Secção N. 496. Recommendo-vos que com a brevidade que vos fór possível elaboreis e remettais a este Ministerio uma resenha chronologica e expositiva dos actos relativos á organização dessa Faculdade, caracteres desta, das reformas por que tem passado, indicando os pontos essenciaes das mesmas, annexando quanto vos parecer conveniente para tornar mais conhecida a vida e as diversas phases dessa instituição.—Saúde e Fraternidade—*Amaro Cavalcanti*.—Snr. Director da Faculdade de Direito de S. Paulo.»

Senhores Lentes

Em cumprimento da ordem expedida pelo ministro do interior á directoria desta Faculdade, a comissão eleita para elaborar uma succinta exposição historica da fundação da Academia e das reformas por que ella tem passado vem apresentar-vos o seu trabalho.

Não é mistér prevenir-vos de que o perfunctorio trabalho é uma synopse. Nem outra cousa parece que se nos recommendou que fizessemos.

*
* *

Creado, conjunctamente com o de Olinda, pela lei de 11 de agosto de 1827, o Curso de Sciencias Juridicas e Sociaes de S. Paulo, que conta hoje quasi setenta annos de fecunda existencia, foi installado no anno de 1828.

Não é talvez o momento azado para recordar o jubilo enthusiastico com que foi saudada a promissora lei, nem a festiva solemnidade em meio da qual se inaugurou o Curso Juridico de S. Paulo.

Dispunha a citada lei que se dividissem as materias do ensino em 9 cadeiras e em 5 annos, de conformidade com o seguinte plano: no primeiro anno uma cadeira unica em que deviam ser professados o direito natural, o direito publico, a analyse da Const. do Imperio, o direito das gentes e a diplomacia; no segundo a continuação das materias do primeiro anno em uma cadeira, e em outra o direito publico ecclesiastico; no terceiro duas cadeiras egualmente, leccionando-se na primeira o direito civil patrio, e na segunda o direito criminal, inclusive a theoria do processo criminal; no quarto a continuação do direito civil patrio na primeira cadeira e na segunda o direito mercantil e maritimo; finalmente, no quinto anno a economia politica e a theoria do processo, havendo uma cadeira para cada materia.

Eram 9 os lentes cathedrauticos e 5 os substitutos, aos quaes todos facultava a lei a escolha dos compendios, desde que as doutrinas ensinadas não offendessem o systema politico jurado pela nação.

O Curso conferia os gráus de bacharel e de doutor, e só aquelles que obtinham este ultimo podiam ser nomeados lentes.

Cumpre notar que as primeiras nomeações se foram fazendo á proporção que exigiam as necessidades do ensino, e sem dependencia de concurso,

Para o fim de dar á lei a mais rapida execução possível, foi prescripto em um de seus artigos que os estatutos organisados pelo Visconde da Cachoeira em 2 de março de 1825, e que eram um projecto de regulamento ao decreto, nunca executado, de 9 de janeiro de 1825, que creou um Curso Juridico na cidade do Rio de Janeiro, fossem applicados aos de S. Paulo e Olinda, em tudo que não contrariasse a lei de 11 de agosto, e até que as Congregações dos Lentes organisassem estatutos completos, os quaes seriam submettidos á approvação da Assembléa Geral do Imperio.

São notaveis os estatutos do Visconde da Cachoeira pela grande cópia de sabias ponderações e excellentes conselhos que encerram, especialmente em sua exposição preliminar.

Era grave preocupação do eminente conselheiro de Estado a qualidade, e não a quantidade, dos bachareis em direito. De que serviriam, pergunta elle, bachareis formados, dizendo-se jurisconsultos na extensão da palavra, si o fossem só no nome?

A' falta de bons estatutos e á relaxada pratica dos que havia em Portugal attribúe o facto de ter tido aquelle reino bachareis em numero demasiado, e que nada sabiam, indo aprender nos diversos empregos rotinas cegas e uma jurisprudencia casuistica de arestos, sem jámais possuírem os principios da sciencia do direito. Só depois que se reformáram os estatutos da Universidade de Coimbra elevou-se alli o nivel dos estudos juridicos.

Todavia, pensava o Visconde da Cachoeira que os estatutos da Universidade de Coimbra, posto que reformados, não deviam ser adoptados entre nós, porque o nimio saber juridico e demasiada erudição dos

seus autores recheáram o curso juridico de antiguidades e subtilezas, que mui pouco uso prestam na pratica, com menoscabo do direito civil patrio, dos principios philosophicos do direito, do direito das gentes e da diplomacia, do direito commercial e maritimo, do criminal e da economia politica.

Com seu grande bom senso entendia o illustre homem de Estado que o legislador devia exigir profundos estudos dos diversos ramos do direito patrio, e conhecimento dos principios philosophicos do direito, da economia politica e da diplomacia e direito das gentes.

Segundo os estatutos do Visconde da Cachoeira eram preparatorios indispensaveis para a matricula nos cursos juridicos o latim, o francez, a rhetorica, philosophia, arithmetica e geometria. Os examinadores deviam interrogar os alumnos especialmente sobre as regras da logica e os principios da ethica, que mantem com o direito relações muito estreitas.

Reputamos superfluo dar idéa do plano de estudos do curso juridico adoptado pelos estatutos a que nos referimos. Esse plano não foi acceito pela lei de 11 de agosto. No primeiro anno eliminou-se o direito romano, que os estatutos exigiam. No segundo prescreveu-se o estudo do direito ecclesiastico em lugar do direito commercial e maritimo. Alterações semelhantes fez o legislador de 11 de agosto de 1827 nos outros annos do curso.

Consagravam os estatutos, nesta parte adoptados pela lei, a frequencia obrigatoria dos alumnos, que por 15 faltas sem causa, ou por 40 ainda que justificadas, perdiam o direito de prestar exame no fim do anno lectivo.

O exame era exclusivamente oral, tirado o ponto 24 horas antes, excepto no quinto anno, em que o prazo era dobrado.

No fim do anno lectivo a Congregação distribuia a dois estudantes de cada anno premios que consistiam em 50\$ para cada um dos galardoados.

Disposição que merece não ser omittida é a que facultava aos lentes o regerem as cadeiras para cujas materias se reputassem mais aptos, sendo-lhes permitido passarem de umas para outras, si isso conviesse ao aproveitamento dos alumnos.

Recommendavam muito os estatutos que o lente fosse breve e claro nas suas exposições, não ostentando erudição por vaidade, mas aproveitando o tempo com lições uteis, trabalhando quanto possivel por concluir a explanação das materias do compendio. Já então era bem sentida a necessidade de evitar o grave defeito, tão censurado por Cogliolo em suas «*Malinconie Universitarie*», dos professores «*che divagano in esortazioni ampollose, discussioni vaghe, accenni politici diretti a strappare applausi*». Taes discursos não são raros nas universidades italianas.

Com isso não queremos preconisar o defeito contrario dos professores allemães, que com sua exposição monotona, secca, aspera e dura, esgotam rapidamente as mais difficeis e extensas materias. De um lente de pandectas nos diz Blondel que em 22 minutos o vio expôr toda a theoria da novação, e em menos de meia hora a da compensação (*De l'enseignement du droit dans les universités allemandes*). A razão desse methodo é a que nos dá o mesmo Blondel: os professores allemães são antes sabios que professores. Elles esquecem-se de que a missão do professor é *professar*, e não escrever, como dizia Valette.

Nem a lei de 11 de agosto de 1827, nem os estatutos do Visconde da Cachoeira, mandados observar por essa lei, continham disposições sobre o provimento das cadeiras por concurso. As primeiras nomeações para o Curso Juridico de S. Paulo foram feitas, como já vimos, sem concurso e á proporção que as pediam as necessidades do ensino nos diversos annos.

Nas Instrucções que baixáram com o decreto de 29 de agosto de 1831, expedido pela Regencia em nome do Imperador, lemos os primeiros preceitos sobre o concurso para o logar de lente dos Cursos Juridicos do Império, — concurso que fôra creado pelo art. 18 da lei de 14 de junho do mesmo anno de 1831. Consistiam as provas do concurso em uma prelecção que devia durar uma hora, e para a qual se concediam 24 horas de preparo, em uma prova escripta feita em 8 horas, e na arguição sobre 4 theses para cujo preparo e impressão os candidatos tinham 8 dias.

Os estatutos provisoriamente postos em vigor pela lei de 11 de agosto deviam ser substituidos por outros approvados pela Assembléa Geral. A promessa do legislador foi cumprida a 7 de novembro de 1831. E' verdade que poucas modificações fez o dec. dessa data aos estatutos do Visconde da Cachoeira. O que fez o legislador, mais digno de menção, foi estabelecer regras permanentes para os concursos, e permittir que os lentes jubilados tomassem parte nas deliberações da Congregação. Tambem determinou-se que os estudantes do 3.º, 4.º e 5.º anno fizessem uma prova escripta.

Os estatutos de 7 de novembro de 1831 vigoráram até, que pelo dec. n. 1.386, de 28 de abril de 1854, e em virtude da autorisação concedida pelo dec. n. 714, de 19 de setembro de 1853, novos es-

tatutos foram dados aos Cursos Juridicos, que dessa data em diante passaram a denominar-se Faculdades de Direito.

Estatuio esse decreto que no 1.º anno, além da cadeira de direito natural, fossem ensinadas as Institutas de Justiniano, e no 5.º conjunctamente com as duas materias até então professadas o direito administrativo. Creou 11 logares de lente cathedratico e 6 de substituto. Vagando uma cadeira, devia ser nomeado cathedratico o mais antigo dos substitutos.

Para o provimento do logar de substituto era indispensavel o concurso, que consistia na defeza de theses, em uma prelecção oral e uma dissertação escripta. As theses constavam de um certo numero de proposições, nunca menos de tres, sobre todas as materias do curso. O processo dos concursos devia ser designado em regulamento especial. Dentro em pouco teremos occasião de conhecê-lo.

Si, findo o prazo das inscripções, o qual podia ser espaçado, não se apresentava nenhum candidato, o Governo tinha a faculdade de fazer directamente a nomeação d'entre os doutores em direito com exercicio por 5 annos da advocacia perante as Relações, ou de cargos publicos. Manteve-se o ensino obrigatorio. Dez faltas não justificadas, ou 40 abonadas, faziam perder o anno.

Por dec. n. 1.568, de 24 de fevereiro de 1855, foi approvedo o regulamento complementar dos Estatutos das Faculdades de Direito. Esse regulamento fixou em 6 mezes o prazo para as inscripções dos candidatos ao logar de lente substituto.

Cada concurrente dispunha do prazo de um mez para o preparo das theses, as quaes se escolhiam d'entre as nove que cada professor era obrigado a

apresentar. Arguiam-se os candidatos reciprocamente entre si, tocando uma hora a cada um, ou apenas meia hora, si eram tres, ou mais, os concurrentes.

Dous dias depois da defesa de theses dava-se a prova escripta, que podia ser feita em 4 horas no maximo.

Decorrido o mesmo intervallo, effectuava-se a prova oral, ou prelecção, que devia durar meia hora.

São essas as mais interessantes alterações que se nos deparam nos decretos de 28 de abril de 1854 e de 24 de fevereiro de 1855.

Por dec. de 13 de abril de 1864 ficou estatuido que as Congregações podiam admittir á matricula os alumnos que se não houvessem matriculado no praso marcado nos estatutos, isto é, até 15 de março, em consequencia de impossibilidade proveniente de motivos extraordinarios e independentes de sua vontade, competentemente provados, devendo ser-lhes contadas como faltas todas as prelecções anteriores á matricula.

Duas innovações de algum interesse fizeram os decretos n. 4675, de 14 de janeiro de 1871, e n. 4806, de 22 de outubro do mesmo anno. O primeiro instituiu a prova escripta para todos os annos, tendo cada examinando uma hora para fazel-a. O segundo abolio o praso de 24 horas que mediava entre a tiragem do ponto e a realisação da prova oral.

Por mais de meio seculo viveram as academias de direito sob o regimen cujos traços geraes temos procurado desenhar. Profunda revolução veio trazer a esse regimen o dec. n. 7247, de 19 de abril de 1879, que logo no art. 1.º declarou que era completamente livre o ensino superior em todo o Imperio, salva a necessaria inspecção para garantir as condições de moralidade e hygiene.

Permittia o citado decreto a associação de particulares para a fundação de cursos onde sejam ensinadas as materias que constituem o programma de qualquer curso official de ensino superior. Ao Governo era vedado intervir na organização dessas associações. A's instituições desse genero que, funccionando regularmente por espaço de 7 annos consecutivos, provassem que pelo menos 40 alumnos seus obtiveram o gráo academico do curso official correspondente, poderia o Governo conceder o titulo de *Faculdade Livre*, com todos os privilegios e garantias das Faculdades officiaes. Essa concessão dependia de approvação do Poder Legislativo. Para a matricula nas Faculdades Livres eram exigidos os mesmos requisitos que para a das Faculdades officiaes. A mesma identidade foi prescripta quanto aos exames, aos quaes deviam assistir, quando prestados nas Faculdades Livres, commissarios nomeados pelo Governo. Tambem o plano de ensino e os programmas das duas especies de faculdades deviam ser eguaes.

Constando a pratica de abusos nas Faculdades Livres, ao Governo cabia mandar proceder a rigoroso inquerito, e, verificados os abusos arguidos, cumpria que fosse logo cassado o titulo de *Faculdade Livre*, com todas as prerogativas inherentes.

Nos edificios das Faculdades do Estado facultava-se ás respectivas congregações a concessão de salas para cursos livres das materias professadas nos mesmos estabelecimentos.

As Faculdades de Direito foram divididas em duas secções: a de sciencias juridicas e a de sciencias sociaes.

A secção de sciencias juridicas comprehendia—o direito natural, o direito romano, o constitucional, o

ecclesiastico, o civil, criminal e commercial, a medicina legal e a theoria e a pratica do processo civil, commercial e criminal.

A secção de sciencias sociaes constava de direito natural, publico universal, constitucional, ecclesiastico, das gentes, diplomacia e historia dos tratados, direito administrativo, economia politica, sciencia da administração e hygiene publica. Foram estabelecidas 20 cadeiras, e 10 logares de substituto.

O gráo de bacharel em sciencias sociaes habilitava para os logares de addido de legação, de praticante e amanuense das secretarias de Estâdo e mais repartições publicas. O de bacharel em sciencias juridicas para a advocacia e magistratura.

Além dos preparatorios até então necessarios para a matricula exigiram-se o italiano e o allemão.

Dois pontos capitaes sobrelevam no dec. de 19 de abril de 1879: a abolição da frequencia obrigatoria das aulas até então imposta aos alumnos, e a permissão de fundarem-se *Faculdades livres*.

Só diremos duas palavras sobre o primeiro, por ser o unico que se relaciona com o fim que temos em mente.

Si exceptuarmos os jovens que frequentam as Faculdades de Direito, e exclusivamente durante o periodo em que são alumnos, porquanto, terminado o estadio academico, são os mais vehementes na exterioração da opinião contraria, póde affirmar-se que tem sido, e é, quasi unanime a condemnação do regimen escólar estabelecido por esse decreto, geralmente apontado, entre as causas desorganisadoras e deprimentes do ensino juridico no Brasil, como o principal fóco de que tem derivado o mal.

Em verdade, não descobrimos motivo plausível para a adopção da livre frequencia em nosso paiz.

O relator deste ligeiro trabalho não esquece as palavras que ouviu uma vez em Lisbôa, proferidas pelo Dr. Theophilo Braga: com a grande copia de compendios, tratados e monographias, que ha actualmente sobre todas as sciencias, a missão do professor limita-se hoje a tornar a sciencia amavel.

Nem siquer a primeira parte da asserção do erudito professor de litteratura é verdadeira em relação ao nosso paiz. Escassêam os trabalhos didacticos sobre os diversos ramos do direito patrio, e sem um curso regular é muito difficil, sinão impossivel, ao neophyto da jurisprudencia adquirir noções systematisadas sobre a vasta congerie das nossas leis extravagantes.

Ainda quando existissem entre nós em profusão livros juridicos didascalicos, no Brasil mais do que em qualquer outro paiz (e em nenhum se julgou até hoje dispensavel o auxilio do mestre) seria muito proveitosa, muito efficaz, a missão do lente.

Não temos um meio social que desperte a dedicação aos estudos scientificos. Tudo, desde a baixa temperatura da nossa atmosphaera intellectual até aos factores do nosso enervante meio cosmico, tudo contribue para gerar a desidia mental, a apathia da intelligencia, que, no dizer de notavel publicista, é uma das fórmias mais invenciveis da inercia, sendo necessaria para combatel-a a energica intervenção do Estado.

Si nações como a França, a qual por sua antiga e adiantadissima civilisação, alacridade de espirito, animada vida politica e posição internacional, está envolta em um ambiente hyperorganico incomparavelmente mais elevado e incondescente do que o nosso, não pudéram ainda applicar com proveito tão liberal regimen aca-

demico, que nos será licito esperar da illimitada liberdade de frequencia concedida á mocidade brasileira?

De facto, para só nos referirmos á lei que temos sob os olhos, o decreto de 28 de dezembro de 1885, posterior, como se vê, ao nosso de 19 de abril, conferio ao conselho, ou congregação, de cada faculdade da França a attribuição de estabelecer no regulamento interno os meios adequados a assegurar a frequencia dos estudantes.

Ainda no «*Petit Manuel de l'Étudiant en Droit*» do corrente anno de 1897 lêem-se as saguintes palavras: «*l'assiduité aux cours est une règle absolue pour l'étudiant, et nul ne peut, sans permission spéciale, se dispenser d'y assister*».

Note-se que a grande difficuldade em Paris, não só na Faculdade de Direito, como especialmente na de Medicina e na Polytechnica, consiste, não em atrair alumnos para os cursos, mas em obter logares para o numero consideravel de ouvintes que enchem os amphitheatros, como teve occasião de observar quem escreve estas linhas.

Nem se nos objecte com o regimen adoptado pelas universidades allemãs. Comprehende-se o livre regimen universitario da Allemanha, porquanto alli o gráo academico não dá ingresso em nenhuma carreira publica.

Só têm valôr os exames denominados *de Estado*. A lei de 6 de janeiro de 1840 tirou aos titulos scientificos todo o effeito profissional.

Antes da lei prussiana de 6 de maio de 1869 o doutor em direito que pretendia a investidura de uma funcção publica para a qual se exigem conhecimentos juridicos era obrigado a passar por tres exames: o *Auscultator Examen*, o exame *Pro referendariatu*, e o

Assessor-examen. Actualmente são necessários dois exames sómente, tendo sido abolido o *Pro auscultatura*.

As universidades allemãs têm um caracter especial.

Como observa Sybel, citado por Blondel na obra já indicada, ellas não são tanto estabelecimentos de instrução, como officinas de sciencia. Na Allemanha ha uma regra sempre presente ao espirito do estudante: —quem não está disposto a guardar o mais religioso silencio durante tres quartos de hora deve abster-se de penetrar em um desses sanctuarios da sciencia que se chamam amphitheatros ou salas de uma universidade, para não perturbar o trabalho dos que ouvem e meditam. Quão diversos são os habitos dos professores e estudantes italianos! O erudito e insuspeito Cogliolo no já citado livro conta-nos que ouviu na Universidade de Camerino uma lição que elle não duvidou comparar á scena de conhecida peça burlesca em que um professor canta com seus discipulos um artigo do codigo civil ao tom da aria do côro dos conspiradores da *Madame Angot*.

Fechemos esta ligeira digressão, lembrando que em todos os paizes e em todos os tempos ha uma razão de ser primordial para as universidades e academias: consiste, dizia Savigny, no «*impulso que se communica ao pensamento scientifico pelo encontro da actividade mental dos ouvintes com a dos professores.*»

Pelo dec. n. 9360, de 17 de janeiro de 1885, novas alterações se fizeram no plano de estudos desta Faculdade.

Assim foi que se creáram as cadeiras de historia do direito nacional e de legislação comparada. Dividiu-se o curso de sciencias juridicas em 6 séries, e o

de sciencias sociaes em 5. Elevou-se a 11 o numero dos substitutos. Segundo esses decretos devia esta Faculdade ter 33 lentes.

Com o nosso inveterado habito de imitar as leis e regulamentos francezes, preferimos então ter um numero consideravel de professores, em um paiz em que tão difficil é recrutar o pessoal habilitado para tão alta e nobre funcção, a seguir o exemplo dado pelas universidades allemãs e italianas, onde é muito limitado o numero dos lentes, incumbindo-se cada um de dois e mais cursos. E' talvez por isso que nessas es-cólas ha professores, alguns dos quaes advogam. No Brasil, em regra, temos advogados que leccionam. Nem com os miseraveis vencimentos que percebem os lentes das nossas Faculdades é possivel exigir e conseguir que elles se consagrem, como tanto conviria, com exclusivo labor ao seu arduo ministerio.

Em seu interessante estudo sobre o ensino do direito nas universidades italianas Eugenio Duthoit mostra-nos como nesse paiz, á imitação da Allemanha, é reduzido o quadro do pessoal docente de cada faculdade. Na de direito de Napoles, a mais povoada de estudantes, só ha 14 professores ordinarios; na de Padua, que occupa o segundo lugar, 12; nas de Roma Turim e Bolonha, 10; em Genova e Piza 9; em Pavia e Modena apenas 8. Não fallamos das pequenas faculdades, como as de Sienna e Macerata.

O dec. de 17 de janeiro de 1885 alterou algum tanto o modo de proceder aos concursos. A's provas até então prescriptas addicionou a prova oral de improviso, que devia durar tres quartos de hora. O prazo para as inscripções foi reduzido a 4 mezes. Facultou-se ao candidato a livre escolha das theses, que deviam versar unicamente sobre as materias do curso a que pertencesse a cadeira vaga, pois a Faculdade

foi dividida em 2 cursos,—o de sciencias juridicas e o de sciencias sociaes. Esses dois cursos correspondiam com pequenas innovações ás duas secções em que dividira a Faculdade o dec. de 19 de abril de 1870.

Havia duas especies de concurso: o concurso para a nomeação de lente cathedratico e o para a nomeação de substituto de cada secção. Ligeiras variantes distinguiam um do outro.

Reproduzio-se a disposição do dec. de 19 de abril que creou na Faculdade uma *Revista* de sciencias juridicas e sociaes. Foi tambem permittido que os doutores e bachareis em direito abrissem cursos livres de qualquer dos ramos das sciencias juridicas e sociaes no recinto da Academia.

Não se comprehende que ponderações poderiam ter levado o poder executivo a mudar o periodo das ferias para os mezes intercorrentes de março a agosto, deixando-se para o anno escolar o tempo menos apropriado em nosso paiz para os trabalhos de qualquer especie.

Augmentou-se o numero das materias exigidas como preparatorios, prescrevendo-se o estudo dos elementos de physica, chimica, botanica e zoologia.

Um anno ainda não havia decorrido depois que fôra promulgada essa reforma, e já por Aviso de 28 de novembro de 1885 ordenava o Governo á Congregação desta Faculdade que organisasse novos estatutos, em que se mantivessem tanto quanto possivel os preceitos contidos no dec. de 17 de janeiro desse anno. O Aviso foi obedecido, e uma commissão de 5 membros eleita por esta Congrêgação elaborou o projecto de estatutos que queria o Governo.

O projecto, feito com muito criterio, foi até certo ponto um regresso ao passado da Academia. Assim

que abolia a separação dos cursos, e eliminava quasi todas as materias exigidas pelos dois ultimos decretos, conservando apenas a sciencia das finanças e contabilidade do Estado.

Quanto ao regimen escolar, adoptava um meio termo: os alumnos que não dessem 40 faltas deviam fazer exame sómente sobre os pontos explicados em aula. Para os outros o exame sobre toda a materia.

A 2 de janeiro de 1891 nova reforma foi decretada para as duas Faculdades de Direito do paiz.

Cada Faculdade começou a ter tres cursos: o de sciencias juridicas, o de sciencias sociaes e o de notariado.

A' cadeira de philosophia do direito accrescentou-se o ensino da historia do direito. As demais materias eram as mesmas que havia prescripto o dec. de 17 de janeiro de 1885. O curso de notariado compunha-se de 4 cadeiras, das quaes tres eram destinadas á explicação succinta dos diversos ramos do direito patrio, e a quarta á pratica forense.

As aulas passáram a ser dadas em dias alternados, e por espaço de uma hora e meia. Havia 22 cathedra-ticos e 6 substitutos. Supprimio-se a denominação de *anno academico*, e adoptou-se a de *série*, já aliás empregada pelo dec. de 17 de janeiro de 1885, que só em parte foi executado.

Os substitutos, além da regencia das cadeiras a que eram obrigados, deviam fazer cursos complementares sobre as materias designadas pelo Director. Os cathedra-ticos ficáram isentos da obrigação de reger quaesquer cadeiras que não as de sua propriedade, sendo-lhes permittida a accumulção mediante uma gratificação egual a dous terços dos vencimentos da cadeira.

Vagando uma cadeira, o substituto da respectiva secção devia ser nomeado para preenchê-la. No caso de vagar uma cadeira em secção em que estivesse também vago o lugar de substituto, podia o Governo nomear, sem concurso, e com prévia informação da Congregação, pessoa que reunisse os seguintes requisitos: haver-se distinguido na Faculdade como alumno, ter publicado alguma obra importante, ou exercido com distincção o magisterio superior, e possuir o gráo de doutor, ou de bacharel, em sciencias juridicas e sociaes. Os graduados por academias estrangeiras não precisavam de sujeitar-se á prévia habilitação, desde que tivessem sido professores em uma Faculdade de qualquer paiz, reconhecida pelo respectivo governo.

O concurso compunha-se de 5 provas: theses e dissertação, prova escripta, prova oral ou prelecção, arguição sobre os assumptos da prova escripta e da oral e prova pratica (*). A defeza de theses e a prelecção deviam ser tachigraphadas, competindo á Congregação verificar a exactidão das notas tachigraphicas.

O candidato que por qualquer motivo, ainda mesmo por molestia, não completasse o tempo marcado para a prova oral (uma hora) ficava excluido do concurso.

De tres em tres annos a Faculdade devia indicar ao Governo um lente, cathedratico ou substituto, para ser encarregado de estudar nos paizes estrangeiros os estabelecimentos e instituições de ensino juridico mais notaveis. Preceituava o decreto que os comissionados se correspondessem com o director acerca de quaesquer descobertas e melhoramentos importantes para a sciencia, e podiam ser incumbidos de comprar e remetter objectos para uso da Faculdade.

(*) Esta ultima só para as cadeires de hygiene e medicina legal.

O alumno que, tendo completado os seus estudos, fosse classificado pela Congregação como o primeiro estudante do seu anno, tinha direito a fazer uma viagem pela Europa ou America, a expensas do Governo. Excluíam-se dessa regalia os alumnos que tivessem soffrido quaesquer penas disciplinares.

Continuáram abolidas as lições, mas duas vezes por mez, e em dias previamente marcados pelo lente, deviam realisar-se exercicios praticos, ou sabbatinas.

Foram mantidos os programmas de ensino que exigia o dec. de 1885 fossem apresentados pelos lentes antes de começarem as aulas.

A's Faculdades federaes, ou ás que se lhes equiparassem, permittiu-se a constituição de um patrimonio com o producto de subscrições, legados ou doações, patrimonio cuja administração foi confiada ao director do estabelecimento donatario.

Facultou-se a cada Estado da União a fundação de Faculdades de Direito, comtanto que os planos de ensino fossem identicos aos das Faculdades officiaes.

Foram admittidas as faculdades livres, com organização semelhante á que lhes dera o dec. de 19 de abril de 1879.

D'entre os preparatorios para a matricula nas Faculdades de Direito eliminou-se a philosophia.

Parece que o autor do dec. de 2 de janeiro de 1891, extranho, como era, á materia sobre que legislou, e tendo o espirito dominado por inexplicaveis preconceitos. philosophicos, entendeu que a palavra *philosophia* é synonyma de qualquer cousa que se prenda a uma determinada religião, ou a uma certa escola metaphysica.

Escapou-lhe a verdade, muito sabida e indiscutivel, de que sob a denominação de *philosophia*, no sen-

tido que tem o vocabulo na linguagem da instrucção secundaria, estão comprehendidas a psychologia, a logica e a moral, e que, qualquer que seja a religião a que nos filiemos, ou o systema philosophico que sigamos, a ninguem é licito contestar a existencia da psychologia, da logica e da moral.

Si a questão era meramente tautologica, que se eliminasse dos nossos regulamentos sobre a instrucção o vocabulo *philosophia*, que bem sabemos ter hoje significação muito diversa; mas, por amor ao ensino do direito não supprimissem jámais d'entre os preparatorios aquelles que o são por excellencia para quem se consagra ao estudo das sciencias juridicas e sociaes,—a psychologia, a logica e a moral.

A certo ministro que aconselhava ao rei de Napoles que modificasse as côres das fardas dos seus soldados, para que estes cobrassem mais coragem, e não fugissem nas horas de refrega, respondeu o sensato monarcha: vestidos de vermelho, ou vestidos de verde, elles sempre hão de fugir. Tambem a nós basta um pouco de bom senso para comprehendermos que, vestidas com a denominação de philosophia, ou com quaesquer outras, as sciencias a que nos temos referido sempre hão de existir, e hão de ser sempre elementos indispensaveis para a formação do jurisculto.

Assim tem-se entendido nos mais cultos paizes da Europa. Até na innovadora França a philosophia, com a antiquada accepção que ora lhe damos, figura ainda hoje nos programmas dos cursos de instrucção secundaria.

Pelo dec. n. 1.159, de 3 de dezembro de 1892, foi approvedo o codigo das disposições communs ás instituições de ensino superior do paiz.

O decreto mantém as duas Faculdades de Direito federaes. Consolida as disposições relativas aos direitos e obrigações do director, da congregação e dos lentes, com insignificantes innovações Reproduz do mesmo modo o que estava prescripto sobre os concursos, sobre a *Revista* da Faculdade, de que declarou ser bastante a publicação de um numero, sobre matriculas e exames, trabalhos escolares, commissões scientificas, para as quaes devia ser nomeado um lente de dois em dois annos, sobre policia academica, sobre licenças, permittindo que o director as concedesse até 15 dias, e estabelecendo regras sobre a percepção de vencimentos durante as licenças.

Determinou que o patrimonio das Faculdades seja convertido em apolices da divida publica. Instituiu um accrescimo de vencimentos para os lentes que contarem certo numero de annos de exercicio do magisterio, accrescimo que é proporcional.

A Lei n. 314, de 30 de outubro de 1895, deu a esta Faculdade a organisação que ella actualmente conserva.

Restabeleceu a divisão do curso geral em 5 annos, supprimindo a separação em sciencias juridicas e sociaes.

As materias são as seguintes: no 1.º anno—philosophia do direito, direito romano, publico e constitucional; no 2.º—direito civil, criminal, internacional-publico e diplomacia e economia politica; no 3.º—direito civil, criminal, sciencia das finanças e direito commercial; no 4.º—direito civil, commercial, theoria do processo e medicina publica; no 5.º—pratica forense, sciencia da administração e direito administrativo, historia do direito e legislação comparada sobre o direito privado.

São 19 os lentes cathedrauticos e 8 os substitutos, dos quaes alguns são obrigados a fazer cursos complementares.

As aulas funcionam de 15 de março a 15 de novembro. As prelecções duram uma hora, sendo permitido ao lente ouvir qualquer dos alumnos. São obrigatorios os exercicios praticos duas vezes por mez.

O alumno que der 40 faltas fica inhibido de fazer exame no fim do anno lectivo, e deverá prestalo no começo do anno seguinte, época em que podem ser admitidos os não matriculados.

Em nenhuma das épochas de exame é licito prestalo nas materias de mais de um anno.

Não é tão pouco permitido ao alumno approvado em um anno fazer exame das materias do anno subsequente na segunda época.

O alumno só póde ter guia de uma para outra faculdade depois de prestado o exame do anno em que está matriculado.

Abolio-se o curso de notariado.

As faculdades livres, para gozarem das regalias conferidas pela lei, devem ter um patrimonio de 50:000\$000, e uma frequencia de pelo menos 30 alumnos por espaço de 2 annos. Concedeu-se ás actuaes faculdades livres o prazo de 5 annos para a constituição do patrimonio:

Podem concorrer ao logar de lente de medicina publica os doutores em medicina. Este concurso será feito perante um jury de 7 membros, sendo tres—professores da respectiva faculdade, eleitos pela congregação, e 4—doutores em medicina, nomeados pelo Governo. A Congregação poderá divergir do voto emitido pelo jury.

O Governo apreciará as razões da divergencia.

Em egualdade de condições são preferidos os doutores, ou bachareis, em direito.

Pelo decreto n. 2226, de 1.º de fevereiro de 1896, foram approvados os estatutos em vigôr.

Acreditamos interpretar o pensamento desta illustrada Congregação, affirmando que as disposições da lei de 30 de outubro de 1895 satisfazem necessidades ha muito sentidas no ensino juridico do paiz. Por isso, a sabia lei foi recebida com sinceros applausos por todos que se preocupam com estes problemas de instrucção publica superior, e interessam-se pelo desenvolvimento scientifico do paiz.

Eis, senhores doutores, o que se nos deparou mais digno de ser notado em relação ás leis e decretos que organisáram e têm reformado esta Faculdade.

S. Paulo, 12 de setembro de 1897.

B. de Ramalho

Dr. Pedro Lessa, relator

Dr. João Monteiro

Dr. José Alpiano Pinto de Souza

Approvado pela Congregação, por unanimidade de votos, em sessão desta data. Secretaria da Faculdade de Direito de São Paulo, 13 de setembro de 1897.

O Secretario

A. Dias de Aguiar

SOBRE AS DECLARAÇÕES JUDICIAES DAS CREAÇAS

I

Estudando comparativamente as creanças e os animaes inferiores, sob o ponto de vista do grau, em que umas e outros podem subsistir, defender-se, travar a imperiosa luta pela vida, vendo a creança, nos primeiros alvares da existencia, tão fraca e incapaz de resistir ás condições desfavoraveis que a circumdam (1) vem-nos ao espirito um impeto de collocal-a entre os seus mais humildes companheiros da escala zoologica.

No berço, dependendo da vida puramente vegetativa, governado por instinctos limitados, o homem

(1) LUCRECIO, *De natura verum*, V. exprimia o mesmo pensamento em bellos versos:

Tum porro puer, ut sc̄vijs projectus ab undis
Navita, nudus humi jacet, infans, indigus omni
Vitali auxilio, cum primum in luminis oras
Nixibus ex alvo matris natura profudit;
Vagituque locum lugubri complet, ut œquum est,
Cui tantum in vita restet transire malorum.

é uma simples larva, em que mal se adivinha o ser intelligente nella encerrado.

Ao recém-nascido incumbe conquistar o mundo. Que mysterioso trabalho transforma em homem esse pequenino ser *apsychico*, sem subjectividade, sem a consciencia do tempo, sem a consciencia do espaço, surdo, intellectualmente cego, muito embora seja sensível aos raios da luz! Que maravilhoso processo progressivamente investe da actividade cerebral do adulto, delicada e poderosa, o cerebro rudimentar da creança, cuja superficie lisa, cuja formação imperfeita (1), bem mostram que é um orgam virgem, trazendo apenas, como anticipação da vida mental futura, elementos histologicos, disposições organicas, circumvoluções prestes a recommear o mesmo genero de trabalho que executavam no organismo dos antepassados!

Aos 7 annos, o cerebro adquire 85⁰/₀ ao seu desenvolvimento, aos 14 95⁰/₀. Nos quatro primeiros annos, a natureza edifica o santuario do templo; de 4 a 7, ha uma especie de retardamento, um armisticio de repouso, em que os materiaes se accumulam; dos 7 aos 14, dá-se a ultima demão a essa parte do edificio.

Para preparar a revolução da puberdade por uma evolução methodica e harmonica, a molleza primitiva da polpa nervosa facilita impressões e reacções; por exercicios repetidos, as cellulas se vão dispondo num sentido dado; e ao mesmo tempo, a immensa proliferação dessas cellulas constitue milhões de pequenos laboratorios promptos a armazenar outras tantas imagens sobre as quaes ha de operar a intelligencia, atando, desatando, reatando relações entre as ideas que ellas

(1) LUYVS, *Le cerveau et ses fonctions*, p. 126. Segundo R. BOYD (citado por EMMINGHAUS, no tratado de MASCHKA, trad. ital., 1889, IV, 203), o peso médio do cerebro dos recém-nascidos masculinos é de 330 grammas, e dos femininos--284 gr.

fornecem. Segundo affirma Küborn (1), é assim que até 14 annos se desenvolve tão poderosamente a memoria das cousas, á qual dentro em pouco succede a memoria logica.

Da vida vegetativa (reflexo simples), a creança passa successiva e progressivamente á vida instinctiva (actividade sensorio-motriz), e depois a vida intellectual (actividade ideo-motriz (2). A passagem de um para outro estadio está intimamente ligada á conhecida lei do parallelismo que prende o desenvolvimento psychico ao desenvolvimento physico.

A' proporção que o corpo se fórma, á medida que as circumvoluções cerebraes se accentuam, variadas manifestações da actividade cerebral succedem aos primeiros movimentos reflexos, simples e involuntarios, que acompanham as sensações produzidas quer nas visceras, quer nos orgãos dos sentidos. Pouco a pouco o observador descobre o desenvolvimento evolutivo das faculdades, modelado sobre o desenvolvimento gradual dos centros nervosos que servem ao espirito e ás suas manifestações. E' pelo exercicio que a creança se transforma em homem: as 3 funcções do cerebro, a intelligencia, a sensibilidade e a vontade, como *funcções* que são, sómente se produzem em sua plenitude quando o *orgam*, á mercê de uma nutrição estimulada, pelo exercicio, ganha paulatinamente a ductilidade, o poder, a actividade necessaria.

Antes que se complete o equilibrio entre as diversas porções do organismo, certas partes do craneo se avantajam sobre outras, por suas dimensões, e parallelamente certas partes do cerebro gozam de uma actividade preponderante e de uma verdadeira hegemonia

(1) HYAC. KUBORN, *Cours d'hygiène générale et pédagogique*, 1891, p. 1079.

(2) A. DEBIERRE, *Le crâne des criminels*, 1895, p. 336.

de acção (1): sem a coacção que mais tarde os centros de reflexão intelligente irão actuar, as regiões impulsivas, de automatismo puro, dominam e dirigem o conflicto das operações cerebraes. Eis a razão a que obedece Rassier quando escreve (2), que a ignorancia e a vivacidade do sangue imprimem aos pensamentos e aos actos infantis uma forma variavel, por ser mais ou menos impulsiva. Effectivamente, mais do que ninguém soffrem as creanças o vigoroso imperio dessa impulsão irreflectida e secreta, desse—*não sei que*—dessa força occulta e vaga e indeterminada, que, em actividade, determina, nas mais variadas occasiões, actos variados, que, num instante, ganham effectividade, sem passar pelo cadinho da razão ponderadora. Não são actos voluntarios e intencionaes, porque estes são aquelles, cuja forma, cuja energia, cuja marcha e cujo effeito nos apparecem em uma representação antecipada: é automatico o movimento que se realisa sem previsão e sem consciencia (3).

II

Bosquejámos em linhas vagas a vida psychica da creança. Accentuaremos com maior precisão as linhas

(1) V. DORTEL, *L'anthropologie criminelle et la responsabilité medicolégale*, 1891.

(2) *De la valeur du témoignage des enfants en justice*, 19.

(3) A. HERZEN, *Le cerveau et l'activité cérébrale*, 1387, 234-235
Honoré de Balzac dizia grande verdade ao fixar a figura da *prima Betti*, camponesa de caracter hispido e energico. Dizia Balzac que ella dominava a custo, pelo conhecimento das leis e do mundo, a rapidez natural, com que se effectua, entre os camponios, a passagem do sentimento á acção. Notando que nesse factio consiste a differença que separa o homem no estado de natureza, do homem no estado civilisado, accrescenta que o selvagem tem apenas sentimentos, ao passo que o civilisado tem sentimentos e idéas; aquelle pertence inteiramente ao sentimento que o invade, enquanto que no ultimo as idéas descem até ao coração que ellas transformam, milhares de interesses, sentimentos variados imperam sobre o homem civilisado; a alma do selvagem comporta o dominio de uma idéa unica. Conclue o grande romancista: «c'est la cause de la supériorité momentanée de l'enfant sur les parents, et qui cesse avec le désir satisfait, tandis que, chez l'homme voisin de la nature, cette idée est continue».

geraes da sua organização mental agora, ao encetarmos o estudo das causas de erro a que o espirito pueril se vê entregue. Na fallibilidade dos sentidos e da intelligencia infantis, repousa a presumpção de *insciencia* (percepção imperfeita) que milita contra as declarações judiciaes das creanças.

Ao passo que os determinantes da mentira, do engano consciente, da falsidade voluntaria se encontram na moralidade, os motivos do erro, engano involuntario e inconsciente, dependem primordialmente da estrutura physio-psychologica das creanças. Cõprehende-se que a ennumeração das causas, que empregamos, abraça unicamente as origens vulgares e communs, e é obvio que nos cumpre apenas applicar a um objectivo determinado as leis geraes de psychologia, sem particularidades fastidiosas, que não se ajustariam directamente á hypothese sujeita.

Para assignalar que a fonte principal do erro é a ignorancia, o divino Platão (1) comparava com engenho o espirito humano a um aviario, em que esvoaçam passaros de variadas especies, uns solitarios e isolados, outros em bandos reunidos. Figurae nesses passaros os conhecimentos. Em nossa infancia, o aviario está vasio: nelle reunimos os conhecimentos, á proporção que os apprehendemos. Quando, porém, desejamos recuperar um delles, acontece frequentemente que tomamos um em lugar do outro; assim, ao procurar o resultado da addicção de 7 e mais 5, podemos encontrar 11 em vez de 12, como num aviario podemos tomar á mão um canario em vez de uma rôla.

E' frisante a imagem que empregava o philosopho.

São numerosos os erros a que dá lugar a inexperiencia dos sentidos, durante a primeira infancia. As illusões na vista se exercem sobre a côr, a localisação

(1) *Théétète*. Apud AD. FARNIER, *Traité des facultés de l'âme*, III. 26.

no espaço, a forma, as dimensões, a distancia, a natureza, o numero dos objectos aclarados pela luz. As sensações auditivas occasionam erros especiaes, mas que não são tão numerosos, nem tão importantes como as sensações visuaes: a difficuldade que sentem as creanças, consiste menos na localisação de um som no espaço, do que na ligação desse som com o seu objecto real ainda que os dous phenomenos muitas vezes se confundam.

Além dessas illusões que manam de causas physiologicas, existem outras que derivam de causas moraes: os sentimentos e as inclinações constituem outras tantas causas de erro, para o adulto e para a creança (1). A febre de movimento que possui o corpo, a necessidade de agir, dependendo as suas forças physicas e a paixão pelo exercicio e pelos folguedos—são causas frequentes de erros. Muitas vezes, as creanças veem perfeitamente (até em certo ponto) o que lhes interessa, porque nessa percepção recahe o seu maximo esforço de attenção.

Mas não é a indagação da verdade que as attrae é a necessidade de agir, e de agir depressa, para attingir um fim determinado. Assim, tomam um partido, como que por uma subita inspiração. Não as preoccupam o alcance, ou os limites ou as consequencias remotas dos actos. Basta-lhes ver ou entrever o meio de produzir tal effeito: immediatamente poem em execução o proposito formado: creem e agem. A precipitação exaggerada prejudica a acção e ao pensamento, e frequentemente as creanças aprendem essa verdade á sua custa, porém como a experiencia lentamente ensina, caem logo depois nos mesmos erros, sob o imperio das mesmas illusões.

(1) Limitamo-nos a seguir o que expende BERNARD PEREZ, no seu notabilissimo livro—*La psychologie de l'enfant*, 1882, c. X, § VI, a exemplo de RASSIER, o. c., 39 e seg., que copia sem citar a fonte.

Não insistiremos sobre as illusões e os erros que accarretam o amor-proprio (1) a teimosia, os sentimentos pessoaes manifestados especialmente na primeira infancia.

Si essas são as raizes physiologicas e moraes dos enganos inconscientes a que está sujeita a infancia, existem outras que mais intimamente dependem dos phenomenos propriamente intellectuaes.

Na psychologia infantil, um factio surprehende todos os observadores, que unanimemente o proclamam: a creança é essencialmente imaginosa e suggestivel. Examinae as outras manifestações da sua cerebralidade; e reconheceréis a verdade que o espirito percuciente de Moreau exaggerava num livro superiormente pensado (2): á creança fallecem a comparação que approxima as ideas, a reflexão que nelles imprime a maturidade necessaria, o raciocinio que se pronuncia.

Com effeito, considerando separadamente as diversas faculdades intellectuaes, verifica-se que a attentividade, faculdade fundamental de aquisição, é exercitada com fraqueza, com rapidez, sem a força de concentração de pensamento que manifesta a superioridade mental. (3)

(1) «Marie est à la balançoire, où elle fait plus de bruit que les trois enfans qui la regardent faire et attendent leur tour. En cinq minutes elle trouve le temps de produire plus de vingt phrases toutes commençant ou finissant par le mot *moi*. — «Regardez-moi, comme je me balance vite! Personne ne pourrait monter aussi haut que moi! Regardez, comme je vais toute seule!» Elle croit tout cela vrai, et il n'en est rien. Illusion de jugement produite par le sentiment exagéré des faits personnels.»—B. PEREZ, *La psychologie de l'enfant*, 274.—Veja-se o que dizemos adiante sobre a auto-suggestão.

(2) PAUL MOREAU (de Tours), *La folie chez les enfans*, 1888, 18.

(3) Assignalando que a faculdade de attenção é fraca e imperfeita nos idiotas, cujos lobulos frontaes são de imperfeita estrutura, FERRIER, (*Les fonctions du cerveau*) conclue que—«les facultés d'intelligence et de réflexion se manifestent proportionnellement au développement de la faculté de l'attention.» Segundo Wundt e Bain, a attenção implica a actividade das faculdades motrices.

A atenção marca a primeira phase de todo o processo mental superior: estabelece a harmonia entre os elementos do sensorium e as irradiações das regiões periphericas, dá a nitidez de percepção ás camadas para que convergem todas as sensibilidades (1).

Si para estimular a concentração do espirito sobre um objecto determinado, para se abroquelar contra o desfatio e a fadiga inherentes ao trabalho intellectual, o adulto recorre a força imperativa do dever, do interesse, do amor-proprio, a creança solicitada por multipas impressões superexcitantes, dotada de pequena força muscular, sem os estimulantes que hão de soccorrel-a mais tarde, desfallece ao menor esforço de atenção e não resiste a menor fadiga cerebral. E observando que o seu espirito borboleteia ao capricho das mais futeis impressões de momentos, confirma Perez que «*l'enfant le plus attentif l'est infiniment peu*».

Menos imperfeita é a memoria psychica, faculdade de conservação intellectual, que se baseia sobre a memoria organica. A recordação de uma imagem constitue apenas, a reproducção do processo organico e psychico nos centros nervosos superiores, cuja actividade fôr acompanhada pela consciencia (2). A observação demonstra a tenacidade, a energia, a prompta actividade da memoria de ideas e sensações durante a infancia as proprias cousas que não comprehende gravam-se no seu espirito e serão comprehendidas ao despertar da intelligencia ou quando as paixões incipientes o exigirem. Mas, existe uma relação innegavel entre

(1) LUYS, *Le cerveau et ses fonctions*, 172 e seg. TH. RIBOT, *La psychologie de l'attention*, 1889. J. SULLY, *The psycho-physical process in attention* (*Brain*, II, 1890). Sobre a actividade physica e as condições physiologicas da atenção, veja-se CH. FÉRÉ, *La pathologie des émotions*, 1892. cap. 3.^o

(2) MAUDSLEY, *Physiologie de l'esprit*, 1879, 477.

a atenção e a memoria: a conformidade da reviviscencia de uma imagem depende da exactidão da sua percepção anterior e por isso, embora a memoria infantil guarde maior tenacidade na conservação dos factos, a memoria do adulto sobreleva quanto á maior fidelidade na sua conservação e na sua reproducção circumstanciada. Em virtude de um raciocinio analogo, a sensibilidade defeituosa da creança prejudica a actividade regular e perfeita da reproducção das imagens. A esses dous motivos se prende a *dispersão* de recordações, inherente ás organizações psychicas incompletas, creadas pelas molestias mentaes, pela falta de desenvolvimento na infancia, pela usura de elementos nervosos na velhice.

Assim, embora de extraordinaria agudez, a memoria das creanças é insegura e quasi esteril, na ausencia de um poder que empregue os materiaes heterogeneos por ella accumulados.

Todas as outras faculdades, a abstracção, a generalisação, a comparação, o juizo, a razão, gradualmente se affirmam, se precisam, se aperfeçoam á medida que a creança adquire força e experiencia; todas ellas, existem, em germen, na vida psychica infantil, porém, nenhuma dellas sobreleva em prematuridade e em energia á imaginação productora e á imaginação reproductora ou representativa.

Da imaginação manam os erros estupidos e as suaves illusões, enthusiasmos irreflectidos e sonhos consoladores, desgraças e venturas, a loucura e a esperanza.

Sob a força moderadora da razão, é o pulmão vivificante da alma, a que Feuchtersleben se refere; independente, desordenada, sem a coerção imposta pela reflexão ponderadora, bem merece o nome que

lhe impoz Blaise Pascal: *la folle du logis* (1). Conheceis a influencia perniciosa e perturbante que a imaginação exerce na economia da vida mental de individuos normaes: calculae as devastações que em cerebros incompletamente desenvolvidos a phantasia produz e fumenta. Velha verdade exprimia Shakespeare: é nas organisações mais fracas que a imaginação age mais prejudicialmente. Desde os primeiros tempos da vida extra-uterina (2), manifestam-se sensações allucinatorias sem objecto presente ou determinado, reminiscencias intensas, innumerass associaciones de idéas: não são effeitos da actividade imaginativa os sonhos, os estrelecimentos subitos, os gritos, os soluços, os sorrisos, os movimentos tendentes a tomar ou repellir objectos que se observam durante o somno de creanças de dous mezes e que parecem corresponder aos actos que em vigilia, são determinados pela fome, pela colera, pelo temor, pelo prazer, pelo desejo?

É mais tarde, quando a educação ainda não tiver affirmado na alma infantil a consciencia da propria força, quando o raciocinio ainda não tiver dissipado os temores terriveis, os terrores medonhos que a boçalidade de contos estupidos e a ignorancia fazem desabrochar no espirito da creança, arriscando-se a substituir á emotividade normal a emotividade morbida (3), a imaginação forma o medo e o medo reciprocamente desenvolve a faculdade imaginante.

Applicando á educação os dados physiologicos que fornece o estudo do medo (4), Mosso reflecte que

(1) «Cette superbe puissance, ennemie de la raison, a établi dans l'homme une seconde nature. Elle a ses heureux, ses malheureux, ses sains, ses malades, ses riches, ses pauvres; elle fait croire, douter, nier la raison; elle suspend les sens, elle les fait sentir; elle a ses fous et ses sages et rien ne nous dépité davantage que de voir qu'elle remplit ses hôtes d'une satisfaction bien autrement pleine et entière que la raison.» (*Pensées*).

(2) PEREZ, *La psychologie de l'enfant*, 172 e seguintes.

(3) CH. FÉRÉ, *La pathologie des émotions*, passim. LANGE, *Les émotions*, 1895, 51 e seg.

(4) *La peur*, trad. F. Hément.

aquelle que educa uma creança representa o seu cerebro. Tudo o que lhe disser de terrivel, de abominavel, serão outros tantos espinhos que ficarão enterrados nas carnes da creança e que hão de pungil-a eternamente. Com effeito, a apprehensão, o temor, o medo para sempre se gravam na memoria, como uma hera fatal e daninha enroscada á rasão.

Avida de conhecer, não se podendo conformar com a ignorancia limitada e a fraqueza mental da primeira idade, a sua alma se abre para o maravilhoso e para o supra-terrestre (1). Quasi todas as phrases que pronuncia se resumem em interrogações, tanto é verdade que, como dizia Fénelon (2), — «*la curiosité de l'enfant est un penchant de la nature qui va comme au devant de l'instruction.*» Presta maior attenção ás palavras pronunciadas em voz baixa; á noute, na escuridão que gera sombras e phantasmas, o seu ouvido se apura, o seu olhar se faz escrutador; quer ver os objectos que estão escondidos, quer tocar o que vê, quebrar o que toca, para descobrir o que ha dentro, o occulto, o desconhecido, o mysterioso. D'essa curiosidade insaciavel resulta, em parte, o desenvolvimento de qualidades hereditarias e a apropriação de qualidades individuaes uteis, em detrimento de habitos inuteis ou nocivos. O diabrete, que desloca os membros bambos de um polichinelo, que fura um tambor ou rasga o ventre de uma boneca, age, em principio, como

(1) Platão explica poeticamente a avidéz, a sede, a anciosa curiosidade de sobrenatural que se encontra no espirito pueril. O grande philosopho, em *Phædon*, suppõe que as almas, antes de serem encadeadas á materia, se deslumbraram na contemplação da verdade divina; e punge-lhes a saudade das delicias perdidas e da luz eterna: «il est peu d'âmes, chez lesquelles ce souvenir demeure assez vif. Néanmoins, toutes quand elles aperçoivent ici quelque ombre de ce qu'elles ont vu là-bas, elles se trouvent saisies, elles sont hors d'elles. Elles ne se rendent pas bien compte pourquoi elles sont ainsi émues, car elles n'ont pas assez conscience de leur état précédent.»

(2) *Traité de l'éducation des filles.*

o naturalista que, em suas experiencias, rasga o animal para descobrir as leis que regem o organismo (1).

A' creança não basta o mundo sensível e prosaico: é raro que um objecto positivo prenda a sua attenção por muito tempo, apaixonando a sua intelligencia. Que o maravilhoso, sublime ou horrível, paire sobre uma *historia*; que, num conto, se desenhem a bota do *menino pollegar* ou a sombra zombeteira e attrahente do *Pedro Malazarte*, toda a alma da creança se suspende aos labios de quem falla: nada consegue distrahil-a ou diminuir o interesse que a possui; e o seu rosto e os seus olhos espelham as emoções que na alma lhe perpassam.

Qual de nós não sentiu, nas alvoradas da meninice saudosa, o doloroso prazer, fascinador e empolgante, de ouvir, gelado de medo, as miraculosas aventuras, em que se prolongam macabramente as silhuetas de lobishomens e espectros!

A imaginação reproductora constitue, para alguns psychologistas, uma especie de memoria activa.

E' pela phase da representação que passa a principio a imaginação infantil. A imaginação activa e creadora apparece mais tarde. Emilio Egger (1) assignala a sua eclosão aos vinte mezes. Os folguedos pueris provocam o exercicio continuo desse poder inventivo: uma cadeira figura successivamente uma casa, um navio, um cavallo; com a maior seriedade, a creança representa em dous pedaços de madeira, de

(1) PREYER (*in Rev. Scient.*, cit.), reproduzindo exemplo semelhante, affirma que ambos não desejam procurar as causas e reconhecer como effeitos de movimentos as modificações que lhes solicitam a attenção; desejam antes reconhecer as modificações como dependencias de outras modificações.—Diz V. Cherbuliez que «après avoir été dupe des apparences à mesure que sa force grandit, il (l'enfant) l'emploie à détruire pour le seul plaisir de détruire, et le touche-à-tout se transforme en brise-tout.»

(1) *Observations et réflexions sur le développement de l'intelligence et du langage chez les enfans*, 53.

retalhos de papel ou de panno os personagens mais variados e os seres mais extravagantes.

Sem levar o exaggero a ponto de afirmar com F. Rassier, que a imaginação preenche a vida psychica da creança, não podemos negar que faculdade imaginativa domina em grande parte a sua actividade; e é por isso que, impressionada pelo lado maravilhoso das cousas, a creança *objectiva* tão poderosamente as suas ideas.

III

Os dous traços salientes da psyche infantil consistem na phantasia e na suggestibilidade.

A suggestibilidade da creança repousa sobre duas tendencias intellectuaes:—a credulidade e a imitação.

O grande incredulo, cujo nome ficou ligado a um seculo de incredulidade, esse anthropoide genial, na phrase de Hugo, Voltaire escreveu algures:

*L'homme est crédule, et dans son faible cœur
Tout est reçu; c'est une molle argile.*

A credulidade, que é a *credividade* attenuada, tem no espirito infantil, impressionavel e virgem, um terreno apropriado que a imperfeição dos orgãos prepara é a ignorancia fecunda.

Ninguém desconhece a fé, a confiança exaggerada que a creança deposita na apparencia das cousas. Aceita resolutamente todas as idéas que lhe passam pelo cerebro, e principalmente as que se revestem de força e de clareza, mercê da presença, das palavras e da autoridade de outras pessoas.

Quer exprimam verdades, quer manifestem absurdos, as phrases que a creança escuta passam a cons-

tituir as suas crenças (1): reside a origem da credulidade pueril na crença natural que prestam ao sentido que as palavras exprimem, á objectividade expressa pelas palavras.

A' proporção que a experiencia quotidiana indica a falsidade de certas apparencias, á medida que o espirito se convence de que nem tudo que lhe dizem se conforma com a realidade, á medida que se exerce a reflexão, as primeiras illusões fenecem, e á credulidade cega se substitue, em parte, a instinctiva desconfiança do adulto, que se estende apenas a certa ordem de factos, pois subsiste sempre em nossa alma um fundo inextinguivel de credulidade e de superstição

Num trabalho extraordinariamente pensado, Tarde diz que todas as imitações, em que não intervem a logica, se prendem a duas grandes cathogorias: credulidade e docilidade, imitação de crenças e imitação de desejos (2), isto é, apropriação dos phenomenos que, com a sensação, formam os elementos da alma.

Estudámos a credulidade infantil: sobre a docilidade não precisamos insistir.

Na creança vamos encontrar o mimetismo physico (3) e o mimetismo moral: reproduz, no estado

(1) PEREZ, *La psychologie de l'enfant*, III.

(2) *Les lois de l'imitation*, 1890, 222.

(3) «Un grand nombre d'animaux se placent d'instinct sur les objets colorés comm eux, de manière aussi peu visible que possible. Il en est de même qui, lorsqu' on les pose sur un objet d'une nuance donnée, ont le pouvoir de modifier en quelques minutes leur propre coloration, pour l'assortir à ce nouvel milieu. Ainsi le caméléon se rendra brun, vert ou olivâtre, en distendant plus ou moins ses vésicules colorées, et en combinant leur jeu de diverses manières. On prend un carrelet sur un fond vaseux où il se dissimulait complètement et on le place sur un fond de sable: bientôt son corps devient jaunâtre, et çà et là se pique de points noirs qui lui donnent un aspect sablonneux. Cette tendance instinctive à s'identifier à son milieu est ce que l'on a appelé le *mimetisme physique*.» SOURIAU, *La suggestion dans l'art*, 242.

normal, o interessante phenomeno hypnotico da imitação especulár; mas, ao passo que o cataleptico se limita a copiar servilmente os gestos do operador, a creança espelha gestos e pensamentos, attitudes e idéas, expressões de sentimentos e estados emotivos.

Parece que a imitação se propaga na vida infantil, ao contrario do que pensa Tarde, *ab exterioribus ad interiora*.

Na verdade, o seu intimo se molda sobre a exterioridade: vê uma acção; immediatamente procura copial-a; nota que esse acto está ligado a uma determinada expressão physionomica, que incontinentemente reproduz; e, conseguido o intento, uma nova luz desabrocha no seu espirito. Torna-se grave, por imitação da seriedade; terno, por imitação da ternura, e uma vez na corrente dessas impressões, a alma pouco a pouco vae-se modificando (1).

Os actos mais simples e communs trahem a plasticidade organica, a malleabilidade do character, a ductilidade da intelligência no decorrer da infancia. Que é o primeiro sorriso que descerra os labios dum bebé, sinão a photographia inexpressiva, automatica, inconsciente dos sorrisos que provoca?

Os primeiros passos, os folguedos, as attitudes, os gestos, as primeiras palavras, são echos reproductores de actos identicos e movimentos semelhantes que a creança observa nas pessoas que a cercam; e é obvio que a fidelidade e durabilidade da imitação está na razão directa da intensidade e da repetição da impressão moral, do *ictus*.

No meio familiar, a creança imita de preferencia os paes que, para ella, encarnam o typo supremo e

(1) Veja-se MME. NECKER DE SAUSSURE, *L'éducation progressive*, 1, 123.

perfeito. Graças á imitação quotidiana, o filho reproduz os defeitos e as qualidades, os habitos e os sentimentos paternos; e essa reproducção ou repetição da intelligencia e do character é favorecida e fomentada pelo concurso das disposições transmittidas conforme as leis da hereditariedade.

No meio collegial a tendencia permanece: substitue-se o modelo. Mestre ou condiscipulo, a individualidade mais forte domina a mais fraca.

Embora attenuada, subsiste a mesma tendencia no meio social. No pensar de Guyau, a vida não é uma balança de suggestões reciprocas e a educação não é apenas um conjuncto de suggestões coordenadas e reflectidas?

Todas as manifestações da actividade humana, em todas as classes de todos os paizes, em todos os tempos, são manifestações da captação do homem pelo homem.

A magnifica pagina de Rabelais sobre os carneiros de Panurgio photographa a vida infantil.

Não devemos esquecer que os actos determinados pela imitação encerram o germen de um habito: o cerebro é um organ essencialmente repetidor. A medida que esses actos se reproduzem, se fortalece a memoria organica; e ninguem desconhece a extraordinaria tenacidade das primeiras impressões. Gravae com a ponta de uma agulha uma palavra no tronco de uma planta em crescimento: a inscripção acompanhará, augmentando-se, o desenvolvimento da planta. Quando, porém, esta ganhar o desenvolvimento de uma arvore, para reproduzir a inscripção que a ponta fraca de uma agulha conseguiu traçar, será preciso um instrumento cem vezes mais resistente e cor-tante.

A docilidade mental, a credulidade, o minetismo, psychico, a suggestibilidade, tem explicação natural. Na infancia, resultam da falta de desenvolvimento das faculdades superiores do cerebro; nos adultos dependem da inactividade parcial ou completa dessas faculdades.

A suggestão, no sentido lato, indica a operação que pode incutir no cerebro de um individuo uma idéa capaz de se traduzir por phenomenos motores correspondentes. Compreende-se, que a suggestibilidade depende de predisposições organicas. Dissemos algures (1) que assim como ha solos em que a malária de preferencia domina, egualmente ha cerebros predispostos em que a suggestão facilmente se desenvolve. E' uma questão de receptividade. Num cerebro normal, a suggestão, strictu senso, não se desenvolve inteiramente: realisa-se apenas a primeira phase da sua evolução, porque o primeiro movimento do espirito humano, naturalmente credulo, é de acceitar a idéa que a suggestão impõe. Mas a razão intervem, como um verdadeiro poder moderador, e sopesando a suggestão e os seus resultados, impede a acceitação da idéa, impede o apparecimento do automatismo cerebral e por essa forma evita a transformação da idéa em acto.

Ora desde que as faculdades superiores se anormalisam por falta de desenvolvimento ou por motivo que diminua ou attene a sua actividade reflectida, augmentam, de uma parte, a credulidade, isto é, a

(1) *O hypnotismo, ensaio medico-legal*, 1895, cap. IV Como diz ALIMENA (*I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, 1896, 180), a suggestão em estado de vigilia deriva da lei de reversibilidade, que Rambosson formulou (*Phénomènes nerveux, intellectuels et moraux, leur transmission par contagion*, 1883, 200), da lei do contagio nervoso definida por DESPINE. (*De la contagion morale*, 1870, 13), e da lei da imitação investigada por G. TARDE (*Les lois de l'imitation*, 1890).

aptidão natural a aceitar idéas extranhas, e de outra parte, o automatismo cerebral, isto é, a aptidão a transformar a idéa em acto, actuar crenças e desejos. E, sem o exame da razão que refreia os impetus da credulidade e do automatismo, a suggestão é aceita e effectuada. Eis ahi o motivo da suggestibilidade da creança, que é um ser eminentemente impulsivo, sem a reflexão que pondera as acções e determina a vontade, sem habitos profundos, sem a regra idéal traçada pela consciencia do dever. E' incapaz do esforço necessario para repellir a suggestão das idéas e a suggestão de actos realizados, isto é, as imposições exercidas sobre as imaginações impressionaveis pela palavra, pela lição das cousas, pelos exemplos offerecidos á sua impulsividade.

Parece notavel a suggestibilidade infantil. Beaunis, tendo procurado hypnotisar oito creanças de 1 a 14 annos, não encontrou uma unica refractaria á suggestão (1). O mesmo facto é assignalado por F Hément, Aug. Voisin, Ladame, Bérillon (2), Magnin (3), Cullerre (4), Fajardo (5), e outros. D'ahi, as applicações do hypnotismo á pedagogia, e a transformação da suggestão em uma verdadeira orthopedia moral e intellectual, na phrase feliz de Durand de Gros (6).

Ao lado da *allo-suggestão* que acabamos de estudar, existe a *auto-suggestão*.

(1) *Le somnambulisme provoqué*, 1887.

(2) *De la suggestion envisagée au point de vue pédagogique*, in *Revue de l'hypnotisme*, I, 85.

(3) *Étude clinique et expérimentale sur l'hypnotisme*, 1884.

(4) *Magnétisme et hypnotisme*, 1892, 86.

(5) *Tratado de hypnotismo*, 1896, 79.

(6) F. THOMAS, *La suggestion, son rôle dans l'éducation*, 1895, COLLINEAU, *L'hygiène à l'école*, 1889, cap. XI. LADAME, *L'hypnotisme et la pédagogie*, in *Revue de l'hypnot.*, 2.^o anno. LIÉBEAULT, *Emploi de la suggestion hypnotique pour l'éducation des enfants et des adolescents*, na mesma *Revue*, 1889.

E' simples a differença que as separa: a primeira suppõe a existencia de um suggestionista e de um suggestionado, do senhor e do escravo, do sementeiro e do terreno. Na auto-suggestão, não ha intervenção de segunda pessoa: a suggestão engendra-se na propria intelligencia do suggestionado. Em vez de ser o resultado de uma impressão de *fóra*, (tal a hypothese da suggestão verbal), é o resultado de uma impressão de *dentro*, isto é, de uma idéa fixa, de uma concepção delirante, de uma idéa obsidente. Mas, como não existe a geração expontanea, a auto-suggestão prende-se sempre a uma impressão sensorial que engendra uma idéa ou uma associação de idéas, em relação com recordações accumuladas por suggestões anteriores (Bernheim).

ImproPRIAMENTE, talvez, porém com alguma verdade, empregamos a todo instante expressões como estas: as suggestões da vaidade, do amor-proprio, do medo, da inveja, da cubiça, do egoismo. Ninguem ha que desconheça essas suffocações da consciencia e da razão que os sentimentos mais intimos suggerem, afastando todos os obstaculos que surgem contra as idéas favoritas e os desejos predilectos.

La Rochefoucauld e Pascal, Nicole no profundo capitulo da *Logique du Port-Royal*, Malebranche em seu livro sobre a *Recherche de la vérité*, Molière longamente insistem sobre o poder das paixões, maravilhosos instrumentos que nos cegam deliciosamente. Não é por força de auto-suggestões, que a razão, dominando a indolencia e a fadiga, nos arrasta ao estudo de questões aridas, das quaes a repulsão nos afastava? Não é, sob a influencia de auto-suggestões, que á força de repetir a mentira, o mentiroso se convence da realidade de um facto, architectado por sua propria imaginação? Não são da mesma natureza certos grupos de idéas parasitas, que zom-

bando dos mais energicos esforços, se installam em nosso cerebro, fortalecidos na resistencia, revigorados na luta contra as suggestões contrarias creadas pela consciencia moral e pela reflexão?

Anteriormente assignalámos que os sentimentos constituem uma causa frequente de illusões.

Podem excitar, dirigir, perverter e transviar a intelligencia. O sentimento é o principio motor da intelligencia; a vontade é o principio director. E para comprehender o poderio que sobre a vida psychica sume o sentimento, basta reflectir que todos os phenomenos de consciencia têm um duplo aspecto: são ao mesmo tempo affectivos e representativos, sendo certo que nenhuma representação germina desacompanhada de um prazer ou de uma dor.

Pondo em jogo as mysteriosas affinidades e as repulsões mysteriosas que existem entre o espirito e o objecto, a dor e o prazer contribuem, ora para repellir e afastar uma idéa, ora para acaricial-a complacentemente, mantendo-a sob o olhar da consciencia. Soccorre-se desse strategema o coração, para enganar a intelligencia (1).

Considerae agora, a receptividade que a imperfeição organica das funcções mentaes desenvolve nas creanças; o dominio que sobre a vida infantil actuam as faculdades inferiores, a imaginação, e o automatismo; a immaturidade da vontade deliberrante; a violencia dos sentimentos, que fazem da creança um ser essencialmente emotivo e sensivel. Tudo isso nos deixa ver porque, nos primeiros annos da existencia, o homem é governado por suggestões extranhas e sugges-

(1) VICTOR BROCHARD, *De l'erreur*, 1897, consagra um admiravel capitulo ás causas psychologicas do erro.

tões intimas, suggestões de crenças e suggestões de desejos, suggestões do meio e suggestões organicas.

Krafft-Ebing (1), em um trabalho sobre as *idéas coercitivas* notou especialmente que, durante a puberdade, pódem dominar o cerebro idéas extranhas, que arrastam irresistivelmente o individuo a actuar num sentido determinado, quando animados por sentimentos anomalos: na producção desses actos impulsivos, a consciencia desaparece, e a creança é subjugada por esse *quid*, diversamente denominado *voz interna*, *suggestão diabolica*, etc.

Não taxemos, portanto, de paradoxal o notavel investigador das leis da imitação, quando escreve que a creança é um somnambulo, cujo sonho se complica ao desdobrar dos annos e cuja vida é uma superposição de sonhos, do berço ao tumulo.

Dr. Alcantara Machado.

(*Continúa*)



(1) *Vierteljahrschrift für ger. Med.*, 1870, 40.

REPARAÇÃO DOS ERROS JUDICIARIOS

«Il s'agit de proclamer que l'homme injustement condamné ou même injustement poursuivi a droit, d'abord, à ce que son innocence soit dans tous les cas reconnue, et, ensuite, à ce que le préjudice, qu'il a souffert soit, s'il y a lieu, réparé».

BÉRENGER.

I. Generalidades.—II. Distinções suggeridas.—III. Criterio geral da nossa legislação.—IV. Lacunas existentes.—V. Legislação comparada.—VI. Lei franceza de 8 de Junho de 1895.—VII. Conclusão.

I. O Estado para fazer valer o direito, quando violado na ordem criminal, não basta sómente punir os delictos.

O principio da defeza social, que geralmente os escriptores apontam como o fundamento do direito repressivo, deve ter maior amplitude, porquanto não se pode comprehender a efficacia d'essa defeza social, em face do delinquente, sem a reparação do mal, por meio dos differentes remedios indicados pela therapeutica criminal.

O que fica dito pode ser cousa antiquada e vulgar em materia de direito em geral, mas não é cousa corrente, irrefutavel, por todos reconhecida.

Innumeras são as questões suscitadas acerca do importante assumpto.

Assim, uns entendem que a reintegração do patrimonio da victima pertence exclusivamente ás leis civis (1) como se o assumpto tambem não interessasse, mui de perto, ás leis criminaes.

Outros que essa idéia «vaga e incerta» conduz á confusão de reparação do mal social com a reparação do mal individual (2) quando esses factos são intimos e connexos, embora distinctos perante o problema penal.

Outros emfim como Worms que, proclamando o principio da irresponsabilidade do Estado, assim se exprimio: «Les citoyens que ont contracté avec les sociétés, auront obtenus d'elle ce qu'elle pouvait donner, qu'ils en attendaient, en envisageant ses erreurs éventuelles comme des cas fortuits, des cas de force majeure, et ne lui en demandant pas plus compte que l'article 1382 ne permet de demander des comptes à l'auteur d'un fait, même dommageable, qui serait arrivé sans sa faute» (3).

(1) *Dr. Silva Costa* «Monographia sobre a satisfação do damno causado pelo delicto» *Direito*, 1879. vol. 18. pag. 369.

Contra esta opinião assim se exprime o illustrado Snr. Dr. João Vieira de Araujo na «*Exposição de motivos*» acerca do projecto n. 250 de 1893 que substitue o Cod. Penal ao actual—«... ou a indemnisação do damno será como regra, funcção do juiz criminal provocado pelo ministerio publico ou, de officio, ou será uma illusão como tem sido até aqui, mesmo para offendidos não desprovidos de recursos pecuniarios.

Destacar um processo do outro, separar os juizos, regular pelas normas geraes do direito civil, applicavel á vida economica normal, os actos criminosos, fraudulentos da vida economica anormal é fazer obra inutil e prejudicial aos interesses patrimoniaes do individuo ou da sociedade, atacados pelo crime contra o qual, até agora, teem sido impotentes n'este ponto, as sancções puramente penaes.

(2) *George Vidal*. Principes fondamentaux de la pénalité. pag. 183.

(3) Por occasião da discussão da lei franceza de 8 de Junho de 1895, sobre a reparação dos erros judicarios, o jurisconsulto *Guerin* sustentou, no senado, que a responsabilidade do Estado é inadmissivel em direito publico.

—Pertencemos ao numero dos que consideram a reparação do damno ex-delicto e do damno resultante do erro judiciario como «um-succedaneo da pena» no reflectido pensar de Spenser, como uma necessidade de ordem moral e social, como uma das mais brilhantes creações juridicas.

II. Em muito importa, porém, fazermos as seguintes distincções. A *reparação* do damno causado pelo delicto ou pelo erro judiciario, tanto se distingue da *satisfação* como esta se differença da *indemnisação* do mesmo damno.

Em nosso humilde modo de pensar, cada um d'esses termos, em direito, tem a sua accepção propria, a sua significação technica.

Vejamos:

—*a)* A *satisfação do damno* tem por fim exclusivo o ponto de vista subjectivo e moral, só se refere ao conceito, á reputação ou á honra do offendido.

Diverso não deve ser o nosso modo de pensar se reflectirmos que, ha mais de um seculo, já escre-

—*Laferriere* sobre o assumpto, escreveu: «La responsabilité qui peut incomber á l'Etat ne peut être regie par les principes que sont établis dans le code civil pour les rapports des á particuliers; cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; elle a des régles speciales qui varient suivant les besoins du service et de la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés».

Toda theoria de *Laferriere* se resume no seguinte, como diz *Guerin*: «lorsqu'un acte confine à la souveraineté ou se confond avec elle, il ne peut pas entrâner la responsabilité civile». *Berlet* «Dé la réparation des erreurs judiciaires», pags. 29, 33 e 91.

—*Garofalo*, que aliás é partidario da reparação, na sessão de 21 de Novembro de 1885, do Congresso de Antropologia Criminal de Roma, assim exprimo-se: «Le sentiment de justice nous porte necessairement á souhaiter que tout dommage causé par le delit soit largement et promptement réparé, soit par l'offenseur, soit par l'Etat. Eh bien! Messieurs, cette aspiration n'est seulement ideal, mais elle constitue une utopie».

Desnecessario é dizer que o eminente criminalista se referia á reparação em toda sua extensão, á reparação absoluta.

via, com justa razão, o juriconsulto inglez, a quem a celebre Convenção conferio o titulo de cidadão francez: «offrir á un homme d'honneur outragé le prix mercenaire d'un insulte, c'est lui faire un nouvel affront» (4).

Para tal fim não parece procedente a distincção de injuria legal e injuria moral, suggerida pelo Dr. Mendes da Cunha, porque a offensa é uma, unica, inseparavel, indivisivel.

A satisfação do damno gyra n'uma esphera mais elevada, visa o effeito moral que nem o duello pode produzir porque este não passa de uma reparação material desigual, de natureza differente das offensas moraes.

As operações da justiça, em materia de honra, devem assemelhar-se ao curativo das feridas produzidas pela lança de Achilles, as quaes não saravam senão com o toque da mesma lança. Devem participar da mesma natureza da offensa moral, como a admoestação, as explicações em juizo, a leitura de sentença ao delinquente ou pelo delinquente, a publicidade da mesma e outras penas congeneres que dão uma superioridade moral e compensadora ao offendido sobre o offensor.

As penas de ordem moral, infligidas pela França illustrada ao trahidor (?) Dreyfus, exemplificam exactamente a nossa distincção e attestam a procedencia das nossas ideias, sem embargo do que aconselha um abalitado criminalista: «Le législateur ne doit pas abuser de ces peines parce qu'elles ont deux défauts essen-

(4) *Jérémie Bentham*. «Traité de législation civile et penale». Trad par Dumont vol, 2, pags. 80, 96, 104 e 122.

—«L'honneur ne se chiffre pas en argent».

tiels. d'être inégalement ressenties et d'être destructives de la dignité humaine (5).

Considerando-se a questão sob este aspecto, pode-se dizer que existem algumas disposições a respeito em nossa legislação criminal; entre ellas esta, art. 322 do Cod. Pen., assim expresso: «As injurias compensam-se; em consequencia não poderão querellar por injuria os que reciprocamente se injuriarem». (6)

A reabilitação ou a reintegração do condemnado, em todos os direitos que houver perdido pela condemnação, quando fôr declarado innocente pelo Supremo Tribunal Federal, em consequencia de revisão extraordinaria da sentença condemnatoria (art. 86 do Cod. Pen.) é tambem uma satisfação dada pelo Estado que assim restitue a boa fama e conceito ás victimas dos erros judiciarios.

--b) Dá-se a *indemnisação* quando a parte lesada fica plenamente satisfeita com as vantagens materiaes offerecidas pelo damno causado.

Entre muitos, os crimes contra a propriedade, como o de furto, especificado no art. 330 do nosso Cod. Pen., se prestam a uma indemnisação além da pena imposta.

Na generalidade dos delictos desta categoria, o delinquente por meio de uma contribuição pecuniaria paga integralmente os prejuizos causados.

(5) *R. Garraud* «Precis de droit criminel» pag. 287.

(6) *Bentham* enumera algumas especies de satisfação aceitaveis como por exemplo, a restitutoria (quando o delinquente restitue a propria cousa sobre que recahio a acção do delicto); a attestatoria (attestação legal da verdade contrariada pelo delinquente); a honoraria (cujo fim é restabelecer ou manter a parte da honra atacada pelo delicto).

Simultaneamente com a reparação ou com a indemnisação pode ser pedida a restituição a qual, *Haus*, em seu tratado de Direito penal, pag. 300, assim define. «Par restitution l'on entend, en général, le retablissemént de l'état des choses antérieur au delit». A simples restituição já é uma perfeita satisfação; a privação da cousa por certo tempo ou a destruição ou damnificação do seu valor nada tem com a satisfação.

A indemnisação olha para o passado e a satisfação só tem em conta o futuro. Esta refere-se a uma cousa de inapreciavel valor como o credito e a honra; aquella só comprehende bens susceptiveis de compra e venda como tudo quanto forma o nosso patrimonio.

A indemnisação garantida no art. 32 do antigo Cod. Crim. e art. 260 § 5º e 291 do Cod. do Proc. Crim., posteriormente revogados pelo art. 68 da lei 3 de Dezembro de 1841, era a consagração da doutrina exposta, sem todavia estas disposições fazerem distincção alguma como as que ora suggerimos. (7)

As nossas leis criminaes, muito pouco têm adiantado a respeito de tão importante assumpto; n'ellas, apenas existem linhas geraes vagamente traçadas pelo legislador sem ser garantida a effectividade da indemnisação.

Ha mais de dez annos que exercemos a profissão de advogado e jamais tivemos um só caso de indemnisação do damno *ex-delicto*, nem ainda soubemos haver sido agitada, em nosso fôro, questão alguma nesse sentido.

Este facto basta para attestar a inefficacia e insufficiencia da lei criminal, que a respeito nem prevê a insolvabilidade do delinquente.

E' certo que o art. 69, lettra *b*, do Cod. Pen. determina «a obrigação de indemnisar o damno» como um dos effectos da condemnação do criminoso, logo que passe em julgado.

(7) O art. 32 do Cod. Crim. do Imperio era assim expresso: «Em todo caso não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado á prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação.»

Art. 68 da lei 3 de Dezembro de 1841.—«A indemnisação em todos os casos será pedida por acção civil.»—Confira-se com o art. 799 da Consolidação das leis civis.

Essa obrigação, porém, longe de ser prestigiada pela coacção da lei criminal é, na conformidade do art. 70 do Cod. cit., « .regulada segundo o direito civil.»

«Isto quer dizer, portanto, que o offendido deve intentar uma acção civil se quizer assegurar-se da reparação que a lei platonicamente lhe faculta. o que rarissimas vezes far-se-á effectivo, porque o offendido prefere sempre renunciar o seu direito a despendar tempo e dinheiro para reintegrar-o.» (8)

E' o caso de se dizer com os alvarás de 18 de Janeiro de 1765 e 28 de Setembro do mesmo anno: «Remedio que chega tarde, de ordinario não aproveita. proloquio que o vulgo traduz por outro não menos expressivo do «asno morto que não nos occorre á lembrança.» (9)

—c) Dá-se a *reparação* quando o Estado ou o delinquente compensa o erro judiciario ou o damno causado á victima, por meio de cousas equivalentes. (10)

Como se vê a reparação só se refere a factos irremediaveis, cujos effectos funestos nem a satisfação, nem a indemnisação podem extinguir.

(8) *Dr. Rodrigo de Andrade*, «O damno ex-delicto.» Artigo publicado na «Academia» de 22 de Agosto ultimo. O mesmo professor acrescenta: «Se nos fosse licito indicar uma reforma susceptivel de applicação immediata, pediríamos aos nossos legisladores que no projecto, actualmente em elaboração, incluíssem as sabias disposições do velho codigo criminal de 1830. O antigo legislador comprehendeu perfeitamente que a satisfação do damno *ex-delicto* devia ser regulada pela lei penal e que ao ministerio publico cumpria promovê-la de modo efficaz.

(9) Muito diverso é o que se dá no direito civil; ahí nada ha mais assegurado do que a indemnisação do damno causado. Diferentes são os remedios que o offendido tem para lançar mão, podendo até pedir a caução do damno porvir para premunir-se contra prejuizos emergentes. *Corréa Telles*, «Doutrina das Acções,» pag. 216. *Teixeira de Freitas*, «Consolidação das leis civis,» arts. 798 e seguintes.

(10) Desnecessario será dizermos que para haver reparação, indemnisação por parte do delinquente, é preciso que este tenha, com inteira liberdade, praticado o mal ou sciente e voluntariamente (dólo) ou por descuido ou negligencia de certas precauções (culpa). A exclusão do alienado ou do irresponsavel na reparação do damno é tambem de toda justiça.

A reparação, não satisfazendo inteiramente á parte lesada, não passa de uma verdadeira compensação ou resarcimento, ao passo que a indemnisação consiste no integral pagamento e a satisfação no restabelecimento da dignidade offendida.

Especie de reparação é o dote a que fica obrigado o agente do crime de estupro ou de rapto, por força do disposto no art. 276 do Cod. Pen., correspondente aos arts. 219 e 227 do antigo Cod. de 1830. (11)

A reparação do damno *ex-delicto* é tão justa como a reparação do damno causado pelo erro judiciario.

Este assumpto tem merecido attenção especial dos legisladores de todas nações cultas; e é digno do estudo de quantos se interessam pelo progresso e aperfeiçoamento das nossas leis criminaes.

III. O criterio geral da legislação criminal do Brazil em materia de reparação do erro judiciario, encontra-se no art. 86 do Cod. Pen. e no § 2.º do mesmo art., e no art. 9, secç. III do Dec. 848 de 11 de Outubro de 1890, o qual organisou a Justiça Federal.

A primeira disposição citada explica que «A reabilitação consiste na reintegração do condemnado em todos os direitos que houver perdido pela condemnação, quando for declarado innocente pelo Supremo Tribunal Federal, em consequencia de revisão extraordinaria da sentença condemnatoria.»

(11) Esta especie de reparação, diz o Dr. Silva Costa na monographia citada, não se pode confundir com a multa justamente porque esta é uma pena de ordem criminal definida pelas leis. In omni dispositione, hoc est regulare quod omni verbum, quantumvis modicum, debet de aliquo operari.

A segunda disposição estatue que «A sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indemnisação, que será liquidada em execução por todos os prejuizos soffridos com a condemnação.»

Finalmente a terceira,—o Dec. n. 848, firmando a competencia do Supremo Tribunal, declarou expressamente que o recurso da revisão dos processos criminaes e em que houver sentença condemnatoria definitiva, qualquer que tenha sido o juiz ou tribunal julgador — «é facultado exclusivamente aos condemnados.» (12)

Attendendo-se para a letra destas disposições, que tanto se prestam ao confronto, claramente se vê que o legislador brasileiro sómente cogitou da reparação do erro judiciario proveniente *da sentença condemnatoria*, com exclusão dos outros danos causados na ordem criminal.

O principio adoptado foi o da reparação aos condemnados e não ás victimas de outros erros judiciaarios, como são os absolvidos, os despronunciados, os detidos preventivamente e outros. (13)

IV Firmado o principio de que o legislador criminal do Brazil apenas teve em vista reparar o damno proveniente de sentença condemnatoria, nenhuma du-

(12) A Constit. de 24 de Fevereiro de 1891 no art. 81 assim dispõe: «Os processos findos, em materia crime, poderão ser revistos, a qualquer tempo, *em beneficio* dos condemnados pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença.

(13) Já vimos que na forma do art. 69 a obrigação de indemnisar o damno resulta da «*Condemnação do criminoso* logo que passe em julgado» O legislador não podia ter querido para o Estado o que evitou para o individuo que, como parte n'um processo crime, tambem deve reparar o damno causado, uma vez absolvido o supposto criminoso ou querellado.

vida restará quanto ás lacunas existentes e relativas aos absolvidos, aos despronunciados, aos perseguidos, aos detidos preventivamente e outros (14).

Interessantes questões podem ainda ser suggeridas a respeito, demonstrando não só a difficuldade do assumpto como a deficiencia das nossas leis.

Apresentamos as principaes.

—a) Todo o erro deve ser reparado?

As sentenças dos conselhos de guerra, pelo facto de emanarem de tribunaes especiaes, no caso de erro, devem se confundir com as proferidas pelos tribunaes civis?

Para a reparação criminal militar em nada influe a desigualdade que existe entre as penas de direito commum e as militares que são especiaes, e destituidas inteiramente do character infamante?

Sobre este ponto tem-se dividido a jurisprudencia de differentes paizes, não conhecendo nenhum julgado dos nossos tribunaes firmando o principio que deve prevalecer.

—b) A reparação assegurada pelas nossas leis tem o character de obrigatoriedade, ainda no caso em que o condemnado, por sua conducta ou precedentes dê motivo ao erro judiciario?

Exige-se entre nós que se prove cumpridamente a innocencia do condemnado?

(14) *A. Berlet* em sua monographia «De la reparation des erreurs judiciaires» traz a seguinte nota: «La doctrine avait toujours, sous l'empire du code de 1808 et avant la loi de 1867, déclaré la revision inapplicable aux jugemens et arrêts correctionnels. Elle avait même essayé de justifier cette restriction aux arrêts criminels. *Legraverend* (t. II, p. 735) l'expliquait ainsi: «Des peines correctionnelles, qui n'ont aucun caractère infamant, ne peuvent provoquer l'emploi de cette mesure extraordinaire dont le but est de réparer, dans des cas déterminés les erreurs possibles de la justice et de soustraire à la peine, et surtout à l'infamie, les condamnés à l'égard desquels il y a eu erreur reconnue. (V dans le même sens *Bourguignon*, t. II, p. 350 et *Carnot*, t. III, p. 234) La question s'était même posée de savoir si l'article 443 était applicable aux sentences des conseils de guerre»

Na hypothese de fazer este a apologia do crime ou do delicto, pelo qual foi condemnado erradamente, como autor ou como complice, tem em face das nossas leis direito á revisão e sua consequente reparação? (15)

Não será tal reparação que não se pode deixar de incluir no generoso e platonico art. 70 do Cod. Penal—uma cousa revoltante?

—c) Na hypothese da sentença condemnatoria haver sido calcada sob falsos depoimentos ou a detenção preventiva realizada sob falsas denuncias, ainda assim é o Estado obrigado a reparar o erro de seus tribunaes ou de seus magistrados? (16).

Acaso alguma lei criminal do paiz prevê esta circumstancia, quando se pretenda fazer effectiva a reparação assegurada no Cod. Penal?

O art. 86 do Cod. Penal, garantindo a indemnisação, embora em termos genericos, por ventura exclue esta hypothese?

—d) Baseando-se a acção de indemnisação no mesmo fundamento que tem o offendido de dar queixa e na forma do art. 324 do Cod. Pen. podendo esse direito ser exercido pelo conjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos, ou quem tiver a qualidade para representar a mesma parte offendida (407), nenhuma duvida restará quanto á competencia d'estes, para intentar a mesma acção de satisfação, indemnisação ou reparação.

(15) A lei austriaca de 16 de Março de 1892 é muito explicita sobre este ponto. A sua disposição é assim concebida: «Il n'y a pas bien d'accorde sur une indemnité au condamné qui a été la cause intentionelle de sa condamnation injuste ou qui a omis de faire opposition á un jugement par default».

(16) E' certo que existe uma certa responsabilidade para a magistratura e até o Cod. Penal nos arts. 207 e seguintes pune a prevaricação, a peita, excesso de autoridade. Com as penas estabelecidas está porventura reparado o damno causado ás victimas?

Esse direito hereditario tão resguardado e tão garantido em face das nossas leis, estende-se ou se transmite áquelles que renunciaram á herança?

Constituindo o patrimonio do morto, tanto a reputação, o nome ou a honra como os bens materiaes, a exclusão da herança material importa a exclusão de herança moral?

— e) Ainda quanto ás acções *ex-delicto* perguntaremos: — a despeito da terminante disposição do art. 31 do Cod. Penal, onde está expresso que «a isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil» contrastando com a divergente jurisprudencia sobre este ponto no passado e no presente (17) — são essas acções independentes?

Constituem ellas antes materia de processo do que da lei substantiva?

Se não nos enganamos os projectos dos Cods. do Proc. de S. Paulo e Minas admittem esta duvida.

Eis as disposições do projecto paulista:

«Art. 9.— A acção civil para a satisfação do damno causado pelo delicto, compete ao offendido nos termos do § 1.º do art. 2.º ou a seus herdeiros e successores contra os delinquentes, cumplices ou seus herdeiros até o valor de seus bens herdados.

Art. 10.— As duas acções podem ser intentadas isoladas, simultanea ou successivamente.

Art. 11.— A acção civil, porém, deverá ser intentada separadamente da acção criminal perante o juiz competente; *mas ficará suspenso o seu exercicio em quanto no juizo criminal não fôr proferida sentença condemnatoria definitiva. Cessará portanto a acção civil*

(17) Vide o Acc. do Tribunal de Justiça de S. Paulo de 20 de Fevereiro de 1893.

sempre que por sentença criminal definitiva ficar excluída do facto ou da autoria ou da cumplicidade.

Art. 12. Quando a acção criminal preceder á civil, nesta não mais se questionará sobre a existencia do crime ou quem seja o seu autor ou cumplice.

Art. 13. A renuncia da acção civil não obsta a acção criminal; não assim a composição *judicial* sobre o damno que extingue irrevogavelmente a acção penal em que não cabe acção publica».

—O projecto mineiro estatue:

Art. 10. A acção civil para a satisfação do damno causado pelo delicto, compete ao offendido ou seus herdeiros contra o delinquente ou seus herdeiros até o valor dos bens herdados.

Art. 11. A acção será proposta no fôro civil perante o juiz competente.

§ 1.º Se *preceder* á acção criminal ou *for proposta ao mesmo tempo* ficará *suspensa até o definitivo julgamento desta.*

§ 2.º Se for posterior não será licito agitar-se de novo questão já decidida na acção criminal.

Art. 12. A renuncia da acção civil não obsta a acção criminal; mas a composição sobre o damno resultante do delicto importa renuncia da acção criminal ou do direito de auxiliar o ministerio publico.» (18)

Em ambos os projectos, aliás identicos, se estabelece uma preponderancia da acção criminal sobre a civil, levando-se a autoridade da *cousa julgada* em materia criminal a uma decisiva influencia sobre a acção civil.

(18) O Snr. Dr. João Luiz Alves, em extenso estudo sobre as «*Obrigações ex-delicto*» publicado, no «Monitor Sul Mineiro» da Campanha, em 24 de Novembro de 1895, critica as disposições acima citadas dos projectados codigos, fazendo o mesmo confronto.

V O principio da irrevogabilidade da *res judicata pro veritate habetur*, em materia, criminal, está inteiramente revogado pela legislação moderna.

A disposição contida no art. 81 da Constituição Federal e citada na nota. deste artigo, é a consagração do sabio preceito que tão bem attesta o progresso da humanidade.

Quasi todos os povos cultos admittem a reparação dos erros judicarios, principio esse, pela primeira vez, publicamente expresso pelo celebre jurisconsulto inglez Bentham, como bem observa Dalloz em seu Suppl. ao Rep. Responsabilité. n. 377.

Conforme diz Berlet á paginas 143 e seguintes de sua monographia, por nós citada, póde-se classificar os paizes que admittem a reparação nas tres categorias seguintes: 1.º) Paizes que concedem uma reparação pecuniaria aos condemnados, aos absolvidos e despronunciados; 2.º) que só concedem esta reparação aos condemnados; 3.º) que não concedem nenhuma reparação.

—As nações que indemnizam sómente os condemnados são tres, a França, a Austria e Portugal. (19)

O artigo primeiro da lei austriaca, de 16 de Março de 1892, é assim formulado: «Celui qui, á la suite d'une action punissable poursuivie d'après la loi penale, a été condamné definitivement, a le droit de demander à l'Etat une indemnité proportionée au préjudice matériel que sa condamnation injustifiée lui a fait éprouver, si, á la suite d'une revision de la procedure, intervient un ordonnance de non-lieu ou un regret définitif de l'accusation et, en général, dans tous les cas où il y a posterieurement acquittement. La

(19) Cod. Civil portuguez de 1.º de Janeiro de 1868, lei de 14 de Junho de 1884 e Cod. Pen. de 1886 art. 126.

reclamation n'est pas admise si la condamnation résulte d'un fait intentionnel du condamné ou si en cas de condamnation par contumase, il a omis de former opposition.»

Comparando com a lei franceza de 8 de Junho de 1895, diz Berlet: «La loi française laisse aux tribunaux le soin d'apprécier si les condamnés sont dignes d'obtenir une réparation. Elle est également plus liberale que la loi autrichienne sur deux points: elle ne exige pas une condamnation definitive du demandeur en revision ni un préjudice *materiel* (à part l'exception du paragraphe 3 l'article 446 du cod. d'instruction criminelle.

Par contre, la loi autrichienne se contente d'un non-lieu ou d'un acquittement intervenant après une revision de la procédure tandis que notre article 446 ne permet d'indemniser que le condamné dont *l'innocence* est reconnue.

—As nações que abonam uma reparação pecuniaria aos absolvidos e aos despronunciados, além dos condemnados, são a Suecia, Noruega, Dinamarca, Baviera, os cantões suissos de Berne, Friburgo e Neuf-Chatel.

A lei suéca de 12 de Março de 1886, em seu art. 1.º, assim estatue: «Lorsqu'un individu *aura été arrêté* comme inculpé d'un délit et que la poursuite intentée contre lui aura été abandonée, ou qu'il aura été acquitté, il pourra lui être alloué ou, à son défaut, à sa femme ou à ses enfants, à la charge de l'Etat une indemnité *pour la suppression ou la restriction de ses moyens d'existence provenant de la privation de la liberté qu'il a subie*, s'il resulte de l'instruction que le delit pour lequel il était poursuivi n'a pas été commis, ou qu'il a eu pour auteur un autre que le

prévenu ou que de toute façon, il n'a pu être commis par lui, et que, dans les deux derniers cas, il n'y a pas lieu de le considerer comme complice.»

O Cod. norueguez de instrucção criminal, promulgado em 1 de Julho de 1887, é assim expresso acerca do assumpto; «§ 469 Le Tresor doit un indemnité a celui qui après avoir subi sa peine sera reconnu innocent. Une indemnité est due également á celui qui, après avoir subi une detention preventive, a été acquitté ou en faveur de qui une ordonnance de non-lieu a été rendue, la prevention n'étant pas suffissamment établie. Si l'ordonnance de non-lieu a été prononcée pour ce motif que l'action ne tombe pas sous le coup de la loi ou bien que l'on se trouve en presence du faits non reprochables, le tribunal aura á se prononcer suivant les circonstances sur la question suivant: y a-t-il lieu á indemnité?» Paragrapho 470: Il n'y aura pas lieu á indemnité, si l'accusé lui-même a donné lieu á l'accusation, soit par sa faute, soit en essayant d'égarer l'instruction ou d'influencer les temoins.»

O Cod. norueguez não concede a indemnisação senão ao condemnado reconhecido innocente.

A lei dinamarqueza de 5 de Abril de 1888 se assemelha em tudo ás leis da Suecia e da Noruega; essa lei somente tem uma innovação—o recurso contra o juiz culpado de abuso de autoridade, de negligencia ou de falta indesculpavel.

O Cod. Penal do cantão de Berne, além de adoptar os mesmos principios, estende o direito de exigir uma reparação «au prevenue dont l'acquittement n'est dû qu'à un doute et même á l'inculpé beneficiant d'un non-lieu fondé sur l'insuffisance des preuves.»

Os cantões de Friburgo e Neuf-Chatel admittem a reparação com pequenas restricções e assim tambem

o de Vaud (Cod. do proc. de 1850) que apenas exclue d'ella os absolvidos.

—O Mexico não indemnisa aos detidos preventivamente, mas sim aos absolvidos. O art. 344 do Cod. mexicano é assim expresso: «Lorsque l'accusé poursuivi d'office serà acquitté, non par suite de l'insuffisance des preuves, mais après avoir justifié de sa complète innocence au sujet du délit qui lui était imputé et auquel il n'aura pas donnée lieu par sa conduite antérieure à la poursuite, la sentence definitive le proclamera d'office, et si l'accusé le demande, le juge, après avoir entendu le ministère public, fixera le montant des dommages-interêts que lui seront alloués. Les dommages-interêts, dans ce cas, seront payés sur le fond commun des indemnités (20) si les juges ne sont pas responsables, conformément à l'article 348, ou si, l'étant, ils sont insolvables.»

Em outros paizes, como a Inglaterra, Allemanha, Belgica, Hungria e Italia, o importante assumpto tem sido objecto de diversos projectos de leis como de discussões interessantissimas em todas sociedades scientificas da Europa e em diversos congressos de anthropologia criminal, notavelmente o de Roma, em 1885.

Na França o principal promotor da lei 8 de Junho de 1895, cujo inteiro theor damos em seguida, foi o eminente publicista Bérenger que, em um discurso pronunciado no Senado em 9 de Fevereiro de 1894, assim exprimio-se: «il s'agit de substituer à la fiction légale si douloureusement démentie de temps à autre par les faits, ce grand principe, plus conforme à la conscience et, dans tous les cas, d'une haute portée morale: qu'aucune règle ne peut être placée au-

(20) Este fundo commun é formado da terça parte das multas e de uma pequena parte do salario pago aos presos pelo seu trabalho.

dessus du devoir social de rendre exactement la justice à tous, particulièrement à ceux—dont l'infortune est assurément plus pitoyable qu'aucune autre,—qui ont eu le malheur d'être frappés par une condamnation injuste.

Il s'agit de proclamer que l'homme injustement condamné ou même injustement poursuivi, a droit, d'abord, à ce que son innocence soit dans tous les cas reconnue, et, ensuite, à ce que le préjudice qu'il a souffert soit, s'il y a lieu, réparé.»

VI. Um dos monumentos legislativos da criminologia moderna, em materia de reparação do erro judiciario, é a lei franceza de 8 de Junho de 1895, cujo inteiro theor não podemos furtar-nos ao prazer de dar em seguida:

—Loi du 8 de Juin de 1895 «sur la revision des procès criminels et les indemnités aux victimes d'erreur judiciaires.»

Article unique. Le chapitre 3 du livre II, titre III, du Code d'instruction criminelle est remplacé par le chapitre suivant :

Chapitre III. Art. 443. La revision pourra être demandée en matière criminelle ou correctionnelle quelles que soient la jurisdiction qui ait statué et la peine qui ait été prononcée ;

1.^o Lorsque, après une condamnation pour homicide, des pièces seront représentées propres à faire naître de suffisants indices sur l'existence de la pretendue victime de l'homicide ;

2.^o Lorsque, après une condamnation pour crimes ou delits, un nouvel arrêt ou jugement aura condamné pour le même fait un autre accusé ou prevenu et que, les deux condamnations ne pouvant se concilier, leur contradiction sera la preuve de l'innocence de l'un ou de l'autre condamné ;

3.^o Lorsqu'un des temoins entendus aura été postérieurement à la condamnation, poursuivi et condamné pour faux témoignage contre l'accusé ou le prevenu, le temoin ainsi condamné ne pourra pas être entendu dans les nouveaux débats ;

4.^o Lorsque, après une condamnation, un fait viendra à se produire ou à se reveler, ou lorsque des pièces inconnues hors les débats seront représentées de nature à établir l'innocence du condamné.

Art. 444. Le droit de demander la revision appartiendra dans les trois premiers cas :

Au ministre de la justice ; au condamné ou en cas d'incapacité, à son représentant legal ;

Après la mort ou l'absence déclarée du condamné, à son conjoint, à ses enfants à ses parents, à ses légataires universels ou à titre universel, à ceux qui en ont reçu de lui la mission expresse.

Dans le quatrième cas, au ministre de la justice seul, qui statuera après avoir pris l'avis d'une commission composée des directeurs de son ministère et de trois magistrats de la Cour de Cassation, annuellement désignés par elle et pris en dehors de la chambre criminelle.

La Cour de Cassation, chambre criminelle, sera saisie par son procureur général, en vertu de l'ordre exprès que le ministre de la justice aura donné, soit d'office, soit sur la réclamation des parties dans le délai d'un an à dater du jour où celles-ci auront connu le fait donnant ouverture à révision.

La demande sera non recevable si elle n'a pas été inscrite au ministère de la justice ou introduite par le ministre, sur la demande des parties, dans le délai d'un an à dater du jour où celles-ci auront connu le fait donnant ouverture à révision.

Si l'arrêt ou le jugement de condamnation n'a pas été exécuté, l'exécution sera suspendue de plein droit à partir de la transmission de la demande par le ministre de la justice à la cour de Cassation.

Si le condamné est en état de détention, l'exécution pourra être suspendue, sur l'ordre du ministre de la justice jusqu'à ce que la cour de cassation ait prononcé et ensuite, s'il y a lieu par l'arrêt de cette Cour statuant sur la recevabilité.

Art. 445. En cas de recevabilité si l'affaire n'est pas en état, la Cour procédera directement ou par commissions rogatoires à toutes enquêtes sur le fond, confrontation, reconnaissance d'identité, interrogatoires et moyens propres à mettre la vérité en évidence.

Lorsque l'affaire sera en état, si la Cour reconnaît qu'il peut être procédé à de nouveaux débats contradictoires, elle annulera les jugements ou arrêts et tous actes qui feraient obstacle à la révision; elle fixera les questions qui devront être posées et renverra les accusés ou prévenus, selon les cas, devant une Cour ou un tribunal autre que ceux qui auront primitivement connu de l'affaire.

Dans les affaires qui devront être soumises au jury, le procureur général près la Cour de renvoi dressera un nouvel acte d'accusation.

Lorsqu'il ne pourra être procédé de nouveau à des débats oraux contre toutes les parties, notamment en cas de décès de contumace ou de défaut d'un ou de plusieurs condamnés, d'irresponsabilité pénale ou d'excusabilité, en cas de prescription de l'action ou de celle de la peine, la Cour de cassation, après avoir constaté expressément cette impossibilité, statuera au fond sans cassation préalable, ni renvoi, en présence des parties civiles s'il y en a au procès et des curateurs nommés par elle à la mémoire de chacun des morts; dans ces cas, elle annulera seulement celle des condamnations qui avait été injustement prononcée, et déchargera, s'il y a lieu, la mémoire des morts.

Si l'annulation de l'arrêt à l'égard d'un condamné vivant ne laisse rien subsister qui puisse être qualifié crime ou délit aucun renvoi ne sera prononcé.

Art. 446. L'arrêt ou le jugement de révision d'où résultera l'innocence d'un condamné pourra sur sa demande lui allouer des dommages-intérêts, à raison du préjudice que lui aura causé la condamnation. Si la victime de l'erreur judiciaire est décédée, le droit de demander des dommages-intérêts appartiendra, dans les mêmes conditions, à son conjoint, à ses ascendants et descendants.

Il n'appartiendra aux parents d'un degré plus éloigné qu'autant qu'ils justifieront d'un préjudice matériel résultant pour eux de la condamnation.

La demande sera recevable en tout état de la procédure en révision. Les dommages-intérêts alloués seront à la charge de l'Etat, sauf son recours contre la partie civile, le dénonciateur ou le faux témoin par la faute desquels la condamnation aura été prononcée.

Ils seront payés comme frais de justice criminelle.

Les frais de l'instance en révision seront avancés par le demandeur jusqu'à l'arrêt de recevabilité; pour les frais postérieurs à cet arrêt l'avance sera faite par le Trésor.

Si l'arrêt ou le jugement définitif de révision prononce une condamnation, il mettra à la charge du condamné le remboursement de frais envers l'Etat et envers les demandeurs en révision s'il y a lieu. Le demandeur en révision qui succombera dans son instance sera condamné à tous frais.

L'arrêt ou jugement de révision d'où résulte l'innocence d'un condamné sera affiché dans la ville où a été prononcée la condamnation, dans celle où siège la juridiction de révision, dans la commune du lieu où le crime ou le délit aura été commis, dans celle du domicile de la victime de l'erreur judiciaire, si elle est décédée. Il sera inséré d'office au *Journal Officiel* et sa publication dans cinq journaux, au choix du demandeur, sera en outre ordonnée, s'il le requiert.

Les frais de la publicité ci-dessus prévue seront à la charge du Trésor.

Art. 447. Dans tous les cas où la connaissance par les parties de la condamnation ou des faits donnant ouverture à révision serait antérieure à la présente loi, les délais fixés pour l'introduction de la demande courent à partir de sa promulgation.

VII. O que havemos succintamente escripto, embora abordando questões assás conhecidas pelos criminalistas patrios, não deixa de ter sua opportunidade e alcance pratico.

Assim pensamos porque sendo as nossas leis criminaes insufficientes para reparar o erro judiciario, conhecendo nós diversos e recentes casos tanto no estrangeiro como em nosso paiz (21) identicos aos de Lesurque, Calas e Doise, que tantas vezes são invocados em nossos tribunaes - tudo quanto se escrever a respeito é em favor da realisação e efficacia do principio de reparação criminal, tão afagaço e defendido pelos espiritos philantropicos e humanitarios.

Além disso, tratando-se de reformar o nosso Cod. Penal, como se vê do projecto n. 250 de 1893 da Camara dos Deputados, o momento é sem duvida alguma opportuno para se ventilarem questões como a que nos sêrvio de these, a qual merece acurado estudo dos especialistas e competentes na materia.

Contribuir para que o Brazil acompanhe o movimento da opinião illustrada da culta Europa, tambem se levantando em prol de uma idéia tão nobre quão generosa, como effectivamente é a da reparação

(21) Em 1877 foram condemnados á morte e alliviados na pena de galés perpetuas os pretos Joaquim e Camillo, escravos de José Maria Ribeiro de Carvalho, como autores do barbaro assassinato de seu senhor em Itajubá (Sul de Minas). Aggravando-se a enfermidade de Camillo, este, prestes a morrer contou em confissão ao virtuoso P. Paulo Emilio Moinhos de Vilhena, na cadeia da Campanha, que seu companheiro era innocente. O factó foi publicado; e posteriormente levado ao conhecimento de tres chefes de policia, sem suscitar providencia alguma. .

Só mais tarde o ex-imperador ao visitar Ouro Preto, em 2 de Abril de 1881, e a requerimento do Senador José Pedro Xavier da Veiga, mandou restituir á liberdade o pobre preto.

—O *Dr. Gustavo Penna*, no *Paiz* de 15 de Abril ultimo, narra o celebre erro judiciario dos tribunaes da Italia, acerca de Jorge Canzoneri, condemnado a galés perpetua em 1882 e cuja innocencia só foi reconhecida em Julho do anno passado. depois de 14 annos de soffrimentos na Penitenciaria de Portoferraio da ilha d'Elba!—

dos erros judiçarios, que tanto enaltece a nova escola penal (22), tal deve ser o objectivo de quantos se interessam pela integridade ou exacta applicação da justiça social, como pela sorte dos infortunados que, no abandono do carcere, na indifferença e execração de todos, raras vezes encontram quem lhes traga a palavra do conforto, o ramo da esperanza, a noticia da liberdade!

S. Paulo, 3 de Novembro de 1897.

Dr. João Pedro da Veiga Filho.



(22) *Garofalo*, em sua monographia intitulada «Riparazione alle vittime del delitto» escreve a pags. VIII: «Spetta alla nuova scuola positiva il vanto di avere considerato la riparazione come uno degli oblietti precipui della repressione; di aver messo muanzi il principio che il delito nato da delitto sia cosa ben diversa dal delito che ogni altra causa abbia prodotto; di avere sostenuto che la funzione dello stato non si arresti già ad una generica condanna del colpevole ai danni e interessi ma che esso debba costringere all'adempniato il riluttante, e adoperare a tale effeto ogni piu energico mezzo».

A ADVOCACIA

Discurso do Dr. João Monteiro na sessão magna do Instituto
dos Advogados de S. Paulo, em 7 de Setembro de 1897

Meus Senhores:

O nosso erudito e honrado presidente Dr. João Mendes de Almeida, por motivos que não temos o direito de discutir, não vem illustar nossa festa com a sua presença sempre respeitada, e sua palavra sempre ouvida com profundo acatamento. Eis ahi porque, como vice-presidente do Instituto, me cabe o difficil dever de substituir o nosso amado chefe nesta honrosissima cadeira.

Mas, surprehendido á ultima hora com tão escabroso encargo, falhou-me de todo tempo para preparar discurso digno do assumpto e da vossa captivadora attenção. Não é facil tarefa fallar em vez de quem facilmente se impõe pela vastidão de sua sciencia, pela robustez de seu esplendido talento, pela inteireza de suas convicções inflexiveis.

Pezadissima missão é também fallar da advocacia a advogados illustres e provectoros como sois vós, meus estimados collegas.

Entretanto, escravo do dever, comprehendi que me não era licito faltar á ordem do chefe, e eis-me aqui, obediente, e por isso mesmo digno da vossa benevolencia.

Que dizer-vos da nossa nobre e sancta profissão, que já não esteja escripto em vossa consciencia?

Nobre profissão, sim; e porque o é, representa um dos mais poderosos factores do poder mental das sociedades: foi por Cicero e Demosthenes que Roma e Athenas mais brilharam na historia social da humanidade; é por ella que ainda hoje Snyder, com os seus recentes *Great speeches by great lawyers*, e Munnier-Jolain, com sua *La plaidoirie dans la langue française*, exoram as corrompidas sociedades contemporaneas que não tenham como para sempre apagada a esperanza em possivel cura moral. Sancta profissão, sim; e porque o é, tem, como todas as religiões, o seu evangelho immaculavel.

E assim como, senhores, cada religião, para solemnizar suas festas, faz lêr aos fieis o evangelho das suas crenças, dae-me venia para desobrigar-me da minha espinhosa tarefa de hoje relendo-vos o artigo que escrevi para servir de *Introdução* ao primeiro numero da nossa *Revista*. E' o nosso *Evangelho*, que escripto ha um quinquennio, já ficou esquecido de alguns, e ainda não se fez conhecido dos que vieram depois.

E terei assim construido inteiro o meu discurso de hoje.

«Se a tanto nos forçasse a estafada rotina de borenta praxe, fastidiosa houvera de ser a enumeração —assim á guisa de apophtegmas forenses, como se deleitava em fazel-os Dupin, o velho—dos direitos e deveres do advogado, ou a anatomisação da positiva influencia moral, juridica e economica da advocacia sobre o progresso das sociedades antigas e modernas, ou a repetição do papel que representam os successores de Hyperides, o malicioso defensor da formosa Phrynéa, de Tito, o principe tão querido quanto antes fôra estimado patrono dos fracos e opprimidos, de Péliisson, o sagacissimo advogado de Fouquet, de Fourcroy, aquelle, que pleiteando por Saint-Agnan, teve esta felicissima phrase: *A vida tem duas especies de inimigos: os homens e as molestias*, de Jonhson, Erskine ou de Mathew Hale, na terra de Blackstone, de Alvaro e Thomé Valasco ou de Caldas, na terra de D. Philippe, do preclarissimo Gustavo Hugo ou do estimadissimo Marini-Serra, lá onde depois brilharam os dous maiores jurisconsultos da Allemanha e da Italia: Savigny e Carrara. Molesto ainda fôra, porque entibia-se a imaginação si a vulgaridade serve-lhe de mira.

Quem não sabe, que assentando, por lei fatal da natureza humana, na Familia e na Propriedade a razão social da Lei civil, é no advogado que summaria-se, como em Cicero se condensára a eloquencia juridico-romana, a sciencia architectada do Direito, que é precisamente a massa de que se compõe a mesma Lei, a que estreitamente se conchegam, como condição vital, a Familia e a Propriedade?

Quem não sente, si o honesto lhe é o ideal, como para Platão o universal era a unica substancia, que o advogado está para o Direito assim como Demosthenes para a eloquencia, Aristoteles para a philosophia, Homero para a poesia, Phidias para a arte,

ou como Voltaire para a França, Humboldt para a Allemanha, Stuart Mill para a Inglaterra, Vico para a Italia? Imaginae antes philosophia sem logica, arte sem natureza, vapor sem calorico, musica sem som, fósseis em estado integro-organico ou morphologico, do que sociedade sem lei, lei coactiva sem direito, direito sem advogado.

A mais desastrosa das desharmonias sociaes, o contraste grosseiro por excellencia, é a contraposição entre o direito e a lei. A immutabilidade de um não raro oppõe laboriosa lucta á versatilidade da outra.

Aquelle, por ser institucionalmente absoluto, esculpiu, Phidias correctissimo, no grande livro do sentimento humano, a rutila formula republicana: Liberdade, Igualdade, Fraternidade—os tres degrãos, na expressão de V. Hugo, da escadaria suprema; esta, espelho onde quotidianamente se reflectem as relatividades sociaes, oppõe, á Liberdade, a pena, á Igualdade, o censo, á Fraternidade, o imposto.

O direito, por que é, ainda na expressão do esculptural autor dos *Actes et Paroles*, insubmersivel, tem como equivalente a justiça, mas a lei, que ás vezes arroga-se petulancias anarchisadoras, creou a cousa julgada. A *res judicata* é, substancialmente, arma revolucionaria posta nas mãos da anarchia: effectua a deposição do logico *suum cuique*.

O direito é a manifestação physiologica da supremacia humana; é a sadia condensação da humanidade. Diz-se que os allemães punham a cabeça descoberta quando ouviam o nome de Cujacio: fascinação pelo mestre? não: irresistivel e perenne culto ao direito cujo sacerdote elle era. Se eu tivesse tido a feliz fraqueza de commungar na mesa das idéas divinas, diria que o direito é a mais sublime forma da divindade,

e que, assim como se diz que Padre, Filho e Espirito Santo são as tres pessoas da Sanctissima Trindade, Liberdade, Igualdade e Fraternidade são as tres pessoas da Trindade social. Quem tem por si o direito dispõe da mais poderosa de todas as forças: é dominador no lar, na cidade, na patria, no mundo. *Urbi et orbi*. Mas vem o commercio eleitoral e faz o votante, o votante faz o legislador, o legislador faz a lei, finalmente a lei desfaz o direito. Frequente e terrivel sorites.

A lei, devendo ser invariavelmente remedio cuja virtude provê de forças a deficiencia individual, pode muitas vezes ser entidade morbida, perturbadora da saúde collectiva. Profundos espiritos houve, alguns mesmo argamassados de solida instrucção juridica— Leibnitz, por exemplo—que na lei mais não viam do que proximamente o antípoda do direito (1). Neste revés, quem destróe o morbo? quem salva o direito?

Se nova lei, moldada agora na verdade juridica, contrariando a negação scientifica operada pela primeira, restabelece a norma positiva do direito, bem vai. *Lætificat cor hominis*. A lei pode aniquilar a lei. Ha mesmo phenomenos mais curiosos. Referem tradições homericas, que no cerco de Troia, fôra Telepho, filho de Hercules, gravemente ferido pela lança de Achilles e que, consultado o oraculo de Apollo acerca do que convinha oppôr á gravidade da ferida, que augmentava, e ás torturas da dôr, que cruciava o vencido mysiano, disse que só a propria lança do famoso filho de Peléa podia curar o mal.

(1) Não pareça haver exaggeração no conceito, autorisado pelo seguinte trecho do famoso chefe da escola monadologica: *Nam si accurate rem consideramus omne jus civile magis facti est quam juris, quia probandum est non ex natura rerum sed ex historia seu facto.*—Vid. *Opera omnia*, IV, 211; *Nova Methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ*, II, § 71.

Mas si persiste a antagonia? si a lei faz contubernio manteúdo com o injusto? ou si, na melhor hypothese, foi a lei vasada nos moldes do justo, mas da reciproca manifestação de duas actividades livres nasceu um contraste nas relações de direito, operou-se, como diz Herzen em sua *Physiologia da Vontade*, a desorganisação funcional de dous centros parallellos? Quem o medico que ha de operar a reorganisação juridica, o reconstructor do edificio, que a lei esboçou no momento em que delle desapossou o direito?

O magistrado, dir-me-ia Bacon. Engano; ou melhor: inversão de posições. Primeiro, o advogado, e só depois deste, o juiz. Vêde em Roma, onde, desde Rómulo, isto é, *ab initio*, estava prescripto que os advogados sahisses da classe dos que houvessem de exercer as funções do sacerdocio ou da magistratura.

E que maior lustre para a advocacia do que os nomes dos primeiros advogados romanos: Sexto Elio, cognominado o Cato, P. Mucio Scœvola, Catão o Grande, M. Manilio, Bruto, Cicero, Publio Rufo, Julio Cesar, e outros, e muitos outros (1)? Não foi do seio da vida activa do *Forum*, onde as luctas oratorias abriam franca estrada á investidura nos mais elevados cargos, que emergiram os maiores cidadãos romanos? Não era então corrente ser o *Forum*, *le barreau*, na traducção de Eug. Henriot (2), o viveiro das honras? *Est corpus advocatorum seminarium dignitatum*. Não temos a confissão de Cicero, de que não entrára naquella laureada carreira «senão por ambição, e que, si ainda lhe supportava os labores, era para melhor salvaguardar, pelo favor que tal carreira

(1) Montezuma, *Rev. do Inst. dos Advogados Braz.* I, 73.

(2) *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome*; III, 99.

proporcionava, as altas dignidades que nella adquirira (1)»?

Quem não conhece estas verdades triviaes? Já não disseram, no remoto seculo V, tão militarizado como *cette fin de siècle*, os imperadores Leão e Antemio, que não militam pela patria somente os que se fazem fortes nas espadas, nos escudos e nas couraças, mas tambem os advogados, porque estes, munidos da força da eloquencia, protegem os que soffrem, alimentam-lhes a esperança, defendem-lhes a vida e os filhos (2)?

Qual de nós já esqueceu, do portentoso Cicero, a passagem em que, na vigorosa oração *pro Murena*, faz elle o paralelo entre o advogado e o general de exercito? O genial escriptor da *Republica*, o *primeiro escriptor do mundo*, no parecer de uma das maiores autoridades litterarias (1), produzindo, emulado pelas arrogancias de Catão, advogado do accusador Servio Sulpicio, acreditado jurisconsulto, a defesa de Murena, consul e homem de guerra, exprimiu-se assim: «Vigias, tu, á noite, a fim de te habilitares a responder aos teus clientes; elle, para fazer chegarem suas tropas a tempo no ponto que quer occupar; aquelle accorda ao primeiro canto do gallo, este, ao som das trompas guerreiras; o primeiro, preparando e dispondo seus meios de accusação ou de defesa, o segundo, seu plano de batalha; um, velando na guarda de seus clientes, o outro, na das cidades e campos; elle sabe

(1) *Forensem laborem*, escrevia Cicero a Attico, *antea propter ambitionem sustinui, nunc ut gratia dignitatem tueri possim*.—Vid. Eug. Henriot, loc. cit.

(2) *Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, et thoracibus nituntur: sed etiam advocatos militant namque patroni causarum, qui gloriosæ vocis confisi minimè, laborantium spem, vitam, et posteros defendunt*—const. 14 *de advoc. div. jud.*

(3) Villemain, *E'tud. de litterat. anc. et étrang.*, pag. 48, ed. Didier, 1854.

como haver-se para se livrar do inimigo, tu, como proceder para affastar as aguas pluviaes; elle, exercitou-se na defesa das fronteiras, tu, na demarcação dos limites (1).»

Não temos no ouvido ainda o écho d'aquella phrase do mesmo Cicero, no tratado *de officiis*: «*Cedant arma togæ; concedat laurea linguæ?*»

E de facto, durante longo tempo foi a toga, que sobre a espada, prevaleceu em Roma: attestam-o o poeta Bassus, a quem é attribuido o *Carmen ad Pisonem*:

*Sic etiam jam tunc Cicerone vigente,
Laurea facundis sesserant arma togatis—*

e o emprego vulgar das seguintes metaphoras: *Mars forensis, togata militia, arma civica, arena fori, garrula bella*, etc.

Nem por outro fundamento senão pela grande estima em que eram tidos os advogados, como os mais apurados cultores do direito, explica-se a passagem de Pomponio (fr. 2 § 43, *de origine iuris*): *Turpe est patricio et nobili viro, et causas oranti, jus in quo versatur ignorare* (2).

(1) «*Vigilas, tu, de nocte, ut tuis consultoribus respondeas, ille, ut eo quo intendit mature cum exercitu perveniat; te gallorum, illum buccinarum cantus exsuscitât; tu actionem instituis, ille aciem instruit; tu caves ne consultores tui, ille ne urbes aut castra capiantur; ille tenet et scit ut hostium copiæ, tu, ut aquæ pluvie arceantur; ille exercitatus est in propugnandis finibus, tu in regendis.*»

«*Si dans le métier de la parole, diz La Bruyère, il y a plus de risques que dans celui de la guerre, auquel il ressemble en quelque chose, en revanche la fortune y est plus rapide.*» (Chap. 14).

(2) O valor do estudo do direito está nitidamente impresso n'aquelle texto, tão interessante, que não podemos nos furtar ao prazer de transcrevel-o. «O proprio Servio merece logar distincto entre os advogados celebres. Occupava elle a primeira fila entre os oradores, ou pelo menos a segunda, preferindo-lhe Cicero. Refere-se, segundo Marco Julio, que tendo ido consultar Quinto Mucio acerca de uma causa que interessava a um de seus amigos, Servio não logrou comprehender o que Mucio havia decidido; que inquiriu-o segunda vez, e não comprehendeu ainda a resposta do jurisconsulto; pelo que foi-lhe por Quinto Mucio feita esta reprimenda: «Torpe é a um patricio, nobre, e

O que ha de mais sabido do que, ha quasi dous seculos, disse D'Aguesseau: que a ordem dos advogados é tão antigá como a magistratura, tão nobre como a virtude, tão necessaria como a justiça (1)?

Eis porque, incumbido, pela esmagadora benevolencia dos meus illustres collegas do Instituto, do primeiro artigo de sua primeira *Revista*, afigurou-se-me que fastidioso fôra escrever mais uma pagina sobre a historia e missão da advocacia, esta sancta religião a cujo culto votei todas as forças do meu minguado talento e as melhores energias da minha afanosa actividade.

De resto, para fazer-me echo do celebre cantor de *Mazeppa*.

This too sinks after many a league
Of well sustain'd but vain fatigue (2).

Como, pois, desempenhar-me ?

Houvera eu accumulado os créditos litterarios do grande desventurado Vieira de Castro, e poderia aqui deixar, parodiando-lhe a primeira phrase do seu famoso discurso sobre a Caridade, a minha ultima linha: — E o meu artigo está feito.

E estaria, se não me estivessem duas paixões, bem impulsionadas ambas, estimulando alguns conceitos mais, que vou traduzir em dupla exhortação ao Instituto.

Pela primeira incito-o a vehemente insurreição contra os diffamadores da advocacia, que os ha muí-

advogado, ignorar o direito no qual devia ser versado.» Magoado por esta especie de affronta, applicou-se Servio ao estudo do direito civil, e procurou as licções de muitos dos jurisconsultos sobre que temos fallado... Deixou cerca de 180 volumes dos quaes muitos nos restam ainda.»

(1) Carrara, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati*, Intr.

(2) Byron, *Mazeppa*, II, 12. «Tambem elle afinal succumbe após longo caminho de vã fadiga corajosamente sustentada.»

tos, torpes invejosos uns, exploradas victimas, outros, dos togados escurios. No templo da nossa religião ha tambem mercadores. Pois bem: da acção collectiva do nosso notabilissimo e independente ministerio pode vir, e é nosso dever procurar que venha, a larga, a inteira, a moralisadora nobilitação d'este officio, que é a guarda da Familia e da Propriedade, isto é, do Direito.

E nada ha mais facil. Abra cada qual, no livro de sua consciencia, duas paginas alvissimas, e n'ellas inscreva, como estrellas rutilantes de esplendor, estas duas unicas palavras, solido compendio das mais rigidas prescripções moraes: Estudo e Honra.

Se da prolifica imaginação de Moysés vem o lêr-se na biblia que Deus é o *alpha* e o *omega* da criação, não me levem á conta de louçania, ou lavor pedante, paraphrasear o mais fecundo creador de lendas: Estudo e Honra são o *alpha* e o *omega* da advocacia.

Estudar o direito, como Servio Sulpicio, para applical-o na defesa alheia, que melhor meio de desmentir a ataxia romantica do languido Bernardin de St. Pierre: — *Partout où il y a beaucoup d'avocats et de médecins, les procès et les maladies sont en plus grand nombre qu'ailleurs?!*

Parva needade! Imaginae quanta paz, que profunda paz reinaria onde não houvesse advogados nem medicos: não haveria pleitos, mas as molestias possessorias matariam as industrias; não haveria receitas, mas o cemiterio alargaria a propria area. Verdadeira paz de Varsovia. Até faz lembrar certo telegramma passado em certo estado de certa Republica militar: « Casas fechadas. Commercio paralyzado. Reina inteira ordem e completa tranquilidade » Em minha *Miscellanea* collei aquella joia politico-litteraria, e caudei-lhe esta

paraphrase: « *Cemiterio da Consolação, á meia noite. Silencio profundo.* »

Estudar o direito conscienciosamente, demoradamente, apaixonadamente, fazer d'elle a arma unica nos combates judiciarios — que victoria! que pregão lançado aos tolos impertinentes, como aquelle juiz do 'seculo XVI, de Harlay, celebre pela sua *Harlœana*, picante collecção de anedotas forenses:— *Rien n'est plus ais      juger qu'une affaire quand elle se pr  sente dans les tribunaux; quand les avocats ont parl  , rien n'est plus difficile!*

Estupida ironia! e que vontade faz de rir o topar assim um Marcial vestido com a toga de magistrado! E quantos ha que do advogado fizeram o alvo da suas biliarias expans  es! Porque? exclusivamente por isto: porque o advogado aponta-lhes quotidianamente as lic  es juridicas que elles esqueceram por for  a de nega  o congenita, de aberrac  o organico-institucional. Abre-se-vos corrente azo para uma cita  o latina? imperdoavel peccado! quem mais supporta a dulcissima lingua de Virgilio (1)? Vosso erudito espirito acha pertinente a invocac  o de um, dous, dez escriptores? A rememora  o de um factu juridico, de um episodio historico? o novo Marcial de logo tenta ridiculizar-vos, e, insufflando-se at   macaquear Dumoulin, aquelle que de si dizia—*ego, qui omnes doceo et a nemine doceri possum*—repeteria, si soubesse, o epigramma das tres cabras, do espirituoso amigo de Plinio, o mo  o (2). Gostaes de ser, no

(1) Lembro-me de ter lido em um jornal do Rio, como justificac  o da violenta aposentadoria do conselheiro Justino de Andrade, *muito amigo de citar textos romanos*, dizia o articulista, *n  o haver hoje quem possa apreciar a leitura de Virgilio ou de Cicero em latim!* Como    atrevida a ignorancia!

Com certeza aquelle litterato    dos *novos*...

(2) Que Racine, nos *Plaideurs*, plagiou assim:

... *Avocat, il s'agit d'un chapon,*
Et nom pas d'Aristote et de sa Politique.

estylo, paciente e esmerado lapidario? sentis proveitoso recreio em tornear a phrase, enfronhando o pensamento nos atavios de deleitavel purismo? sereis logo tosquiado pela baixa inveja dos escrevinhadores de cargação (1).

Parallelamente, deve correr a honestidade. Ha quantos seculos deram do advogado a conhecida definição—*VIR BONUS*, isto é, homem honrado, *dicendi peritus*? A chaga que mais purulentamente pode abrir-se na nossa profissão é essa, que chamarei pirataria forense, e que infelizmente ás vezes lastra na baixa praia da advocacia miuda. Mercantilismo repulsivo, a venalidade forense é o ultimo periodo da decomposição social. Unamo-nos, pois, em guerra, desapiedadamente continua, contra aquelles a quem, já lá vão seculos, referia-se Pamphilo Saxo:

Per fora clamosas exercent improba lites,
ou Michael:

Ventosaque verba
Venali jactata foro.

Esta é a primeira exhortação. A outra, vamol-a antes segredar, bem baixinho, do que arremessal-a tão sonante e livremente como fizemos com aquella. E' ainda um pacto de guerra—guerra de morte, sem tregoa, a todo custo: guerra á politica nos arraiaes do Instituto. Entre a politica e o direito não ha contacto possivel. Na politica ama-se ou odeia-se muito, disse Cavour; no direito não se conhece o odio. Na

(1) Entretanto, quão bem applicam-se, aos advogados, as seguintes linhas de um dos mais famosos professores contemporaneos. E' só lér *arrazoado* onde se lê *licção*. «*La lezione de un professore è il suo campo di battaglia, e in essa è riposto il suo trionfo: qualunque disciplina s'insegni, anche pratica e sperimentale, la parola può colorirla, la verità può infocarla, perchè ogni fenomeno ha il suo lato poetico ed ogni cosa ha il suo splendore.*» Cogliolo, *Melanconie Universitarie*, p. 133.

politica não ha lealdade; no direito o que não fôr leal não medra. A impostura politica falla em nome do povo, como a impostura religiosa falla em nome de Deus (1); o direito falla sempre em nome da justiça, que é a propria verdade. Nós somos as sentinellas dos Tribunaes; pois bem — tenhamos sempre viva no espirito esta sentença, caustica, mas verdadeira, vergonhosa, mas real, de um estimado professor italiano: Quando a politica entra nos tribunaes, qualquer que seja a mão que a introduz, qualquer que seja o motivo por que entra, a justiça vê-se constrangida a fugir (2)

Cá fora sim: quem tiver alma grande, crenças generosas, combata, derrame até a ultima gotta de sangue pela unica politica harmonica com a superioridade do homem — pela Republica; mas pela Republica verdadeira, a genuina, pela Republica que sonhámos todcs os que queremos o Brasil grande, o Brasil respeitado pelo mundo inteiro».

Dr. João Monteiro.



(1) Bentham, *Organ. Judic.* cap. 18.

(2) Manfredini, *Progr. del corso di Proc. Civ.* pag. 266.

ASSISTENCIA MEDICA GRATUITA

Parecer apresentado pelo Dr. Veiga Filho,
como relator da commissão de finanças da Camara Municipal

O regimen republicano federativo destruindo os velhos moldes do unitarismo centralizador e dando completa autonomia aos municipios, veio ampliar extensamente a esphera de acção das instituições municipaes.

Organisadas em beneficio do publico, funcçãoando sob a immediata vigilancia do povo, procurando attender ás exigencias sempre crescentes do progresso, em vista da responsabilidade que lhes corre sobre a vida, riqueza, educação, conforto e felicidade da população—as instituições municipaes têm presentemente um brilhante papel a desempenhar, um grande problema a resolver

As municipalidades modernas são effectivamente destinadas, como diz Chamberlain, a rivalisar, em fama, com as cidades medievas da Germania e da Italia.

Em materia de beneficencia e assistencia publica ninguem póde restringir a acção humanitaria, civilisa-

dora e efficaz das instituições municipaes, mesmo por ser cousa corrente que o descontentamento, os soffrimentos ou a miseria do povo offerecem sempre o terrivel aspecto da vida publica, bem como um perigo constante para os governos negligentes e descuidados.

«L'azione sociale della pubblica amministrazione, diz PERSICO (*Diritto Amministrativo. vol. 2. pag. 308*) nel fatto del pauperismo é di un interesse politico e sociale, che un Governo bene ordinato non può disconoscere».

LAFERRIERI, publicista insuspeito, em assumptos d'estes, em seu classico livro (*Droit Public et Administratif, vol. 1.º pag. 443*), generalizando a theoria exposta, acrescenta «C'est sur ce principe d'ordre social et d'humanité que reposent nos institutions de charité ou d'assistance publique et que devront reposer les ameliorations à venir».

De accôrdo estão todos os escriptores autorizados, em cujo numero se destaca o economista STUART MILL que, sustentando a obrigatoriedade da assistencia publica, (*Dictionnaire du XIX Siècle, vol. I, pag. 796*), affirmou: nul n'est responsable de sa naissance.

—E' certo, como attesta Pradier Foderé, (*Précis du Droit Administratif. pag. 434*) que os povos christãos, são ricos em instituições de beneficencia e que a caridade privada tem multiplicado para corresponder á diversidade ou aos contrastes da sociedade.

Mas não é menos certa a insufficiencia da liberalidade privada, sobre tudo nos paizes novos, onde a iniciativa particular é sempre fraca e, não raro, impotente ou inefficaz.

A acção particular e publica deve ser simultanea e conciliadora, no intuito de attenuar os males sociaes e proporcionar maior prosperidade economica.

THIERS, em seu classico relatorio sobre a assistencia publica, assim se exprimio . «S'il faut pour soulager la misère, la bienfaisance individuelle, il faut aussi la bienfaisance publique, car l'une et l'autre, dans leur plus grande extension, dans leur plus vif élan de bonté suffiront á peine non pas á supprimer la misère, mais tout au plus á la diminuer» —(LABARTHE, *Dictionnaire populaire de médecine usuelle vol. pag. I. 183*).

Cumpre pois, autorisar, prestigiar, favorecer largamente a todas as associações beneficentes, que servem de intermediarias entre o povo e as administrações geraes e locaes; não em nome de uma tutela philantropica, mas no intuito de um mero estímulo salutar e vivificador da energia popular.

* * *

--De preferencia ao Estado e á União, compete ás municipalidades exercitar essa intervenção justa, bem-fazeja e fecunda.

Os mestres mais autorisados da sciencia da administração, em geral, são unanimes em perfilhar o mesmo principio.

ORLANDO (*Principi di Diritto Amministrativo. pag. 211*) diz: «Ma per quanto riguarda l'indole propria di tali attribuzioni, il comune può tutte esercitarle, ingendosi nei rapporti fisici, curando l'igiene locale o, come si dice, *risanando* il comune» e mais adiante, (pag. 212) acrescenta: «E questo é veramente il campo che un ordinamento ideale dei comuni dovrebbe riserbare, assai largamente, alla loro attività».

W. CAVAGNARI sustenta o mesmo criterio em seu livro (*Elementi de Scienza dell'Amministrazione*) pag. 248 e seg.) fornecendo curiosas estatisticas sobre os

dispendios que, para esse fim, têm sido feitos pelas municipalidades da Italia.

E. CHEVALIER, explanando o assumpto, «*Dictionnaire d'Economie Politique*» vol. 1.º pag. 75) declara: «L'assistance officielle doit être *locale*. La commune n'est elle pas un sorte de famille naturelle?»

De pleno accordo ensina o eminente economista e professor CH. GIDE, («*Principes d'Economie Politique*», pag. 586) quando escreve: L'assistance publique doit être *communale* (ou paroissiale, comme on dit en Angleterre). «La commune, en effet, précisément parce qu'elle constitue d'ordinaire une petite association, est beaucoup mieux à même que l'Etat de distinguer les vrais de faux indigents, et elle est d'ordinaire aussi plus ménagère de ses deniers».

Na França, desde a lei de 15 de Julho de 1893, tem sido commettida ás municipalidades essa nobre tarefa.

Os principaes artigos da referida lei que se encontram em magistral estudo feito por A. D. BANCEL sobre a assistencia medica gratuita. (*Revue d'Economie Politique*) (Fevrier 1897, n. 2 pag. 135), são assim expressos:

Art. 3.º Toute commune est rattachée, pour le traitement de ses malades, à un ou plusieurs des hospitaux les plus voisins Art. 4.º Il est organisé dans chaque département, sous l'autorité du préfet et suivant les conditions déterminées par la présente loi, un service d'assistance médicale gratuite pour les malades privés de ressources».

Na Belgica, onde esse serviço acha-se admiravelmente organizado, a intervenção das municipalidades vai ao ponto destas corporações nomearem os

medicos das polyclinicas. PALMBERG, (*Traité de l'Hygiène Publique*» pag. 245).

Em todos os mais paizes, como na Allemanha, Austria, Suissa e Italia e especialmente na Republica Argentina a assistencia medica gratuita recebe o mais decidido apoio das municipalidades. Essa demonstração deixamos de fazer para não estender por demais este parecer.

O auxilio á todas as instituições beneficentes pelo seu character eminentemente local constitue, portanto, uma das mais legitimas attribuições das camaras municipaes; na ordem das instituições sociaes são essas corporações administrativas que têm contacto mais directo com as classes populares e por isso devem inspirar-se em seus reclamos, bem como satisfazer as suas mais palpitantes necessidades.

E outra cousa não affirmou um publicista illustre quando escreveu: «A comunidade proporciona para todos os membros vantagens que, de outro modo, seriam desfructadas apenas pelos felizes do dia. Qualquer ricaço póde permittir-se de tudo que o povo só obtém por meio das municipalidades.

O rico póde possuir jardins, livros, quadros, agua, carruagens, cavallos; sua algibeira lhe fornecerá todas as facilidades e prazeres que a civilização creou. Os pobres ou as classes remediadas ver-se-hiam desprovidos de quasi tudo que constitue presentemente o conforto se a administração local não lhes fornecesse aquillo que precisam, pelo preço que podem pagar, ou não favorecesse e subsidiasse as associações existentes para fins humanitarios e philantropicos».

Bem sabemos que o verdadeiro meio de se beneficiar as classes proletarias, como ensina AD. COSTE em sua apreciavel obra (*Hygiène sociale contre le*

pauperisme pag. 34), consiste, entre muitos, nas instituições de previdencia, nas associações cooperativas, no desenvolvimento do credito popular, na organização do trabalho, na repressão da vagabundagem dos grandes centros, nos lyceus de artes e officios, nas caixas economicas escolares, que tanto incutem o habito da economia no genio infantil.

O que, porém, havemos feito nessa ordem de cousas? Nada, absolutamente nada! Nenhuma dessas reformas assignala a passagem das outras administrações que nos têm precedido.

Na impossibilidade, ou antes, na difficuldade de levarmos a effeito em curto prazo qualquer um desses generosos emprehendimentos, tão proclamados pela sã democracia, devemos começar a resolução do problema pelo seu lado mais facil, guardadas as devidas condições de opportunidade e exequibilidade das medidas.

A nossa Municipalidade deve, pois, á medida de suas forças, *secundum vires*, ir ao encontro da iniciativa privada, cujo brilhante successo, nesta opulenta capital, já é attestado a cada passo por diversas instituições humanitarias como hospitaes, asylos, orphelinatos, maternidades e outras associações de beneficencia, que tanto ennobrecem o espirito alevantado e cosmopolita desta laboriosa população.

Dois são os systemas de intervenção municipal na questão da assistencia publica: o directo e o indirecto.

BOCCARDO (*Dixionario Universale, ec. voc. beneficenza*) affirma ser toda a intervenção uma arte difficil, mais do que de ordinario se crê.

Realmente um auxilio mal entendido, em vez de concorrer para a reparação do mal, póde até aggravalo,

e, nesse sentido, já deu eloquente prova a caridade official na Inglaterra com a criação da taxa dos pobres que, multiplicando a mendicidade, tantas difficuldades creou á administração publica e dissuadio o governo da sua inconveniente ingerencia no facto da assistencia publica.

FREDERICO PERSICO, o famoso professor da Universidade de Napoles, em seu livro acima citado («*Diritto Amministrativo*». pag. 311), com inexcedivel conhecimento de causa, assim esclarece o ponto controvertido:

«L'equivoco dannoso nasce facilmente dal confondere la povertá con *l'indigenza*. Concetti affini tra loro, una differenza notevole é a farsi tra l'una e l'altra, riguardo all'obbligo dell'assistenza publica. La *povertá* é la condizione di chi vivendo del lavoro della sua mente e delle sua braccia appena basta a soddisfare discretamente i bisogni communi della vita, e si vede di continuo minacciato dal più grave infortunio di non potere più sustentarsi, per mancanza di capitali in casi di sinistro, como uno sciopero, una infermitá e simili.

L'indigenza è appunto lo stato della miseria assoluta, della impossibilitá verificata di non potere da sé sostenere la vita di se e della famiglia. Il povero è ancora un uomo independente; dovechè l'indigente è già caduto nel bisogno del soccorso altrui».

Nenhuma instituição interpreta melhor a verdadeira theoria exposta do que as *Polyclinicas*.

Estas utilissimas associações, contribuindo para diminuir o numero dos pobres, trabalham ainda para a reconstituição do character, da virilidade, da energia, da previdencia e da iniciativa dos desherdados da fortuna.

As *Polyclinicas* são essas instituições que, na phrase de VICTOR HUGO, — *substituem a esmola que degrada pela assistencia que fortifica.*

Cumpre reconhecer que a nossa municipalidade não pretende seguir orientação diversa, embora seus actos de benemerencia tenham sido diminutos, insignificantes, inteiramente insufficientes.

Os seguintes dados estatisticos demonstram de um modo indiscutivel essa triste realidade.

O Estado de S. Paulo, com uma receita de pouco mais de quarenta mil contos, consigna em seus orçamento auxilios e subvenções a instituições de beneficencia, propriamente ditas, na importancia de mais de mil contos, fracções desprezadas ou dous e cinco decimos de seus recursos.

A municipalidade da Capital Federal, com uma receita de mais de quinze mil contos, distribue sete centos e cincoenta contos de réis ou cinco por cento dos seus recursos, para o mesmo fim especial.

Pois bem, a nossa municipalidade, tendo uma receita orçada para o exercicio vigente de dous mil e novecentos contos, apenas consigna para subvenções e auxilios a quantia insignificante de trinta e seis contos de réis ou um e tres decimos por cento de seus recursos!

Evidentemente muito resta ainda a fazer no ponto de vista em questão, sobre tudo quanto á *Polyclinica de S. Paulo*, que o projecto n. 16 pretende beneficiar

O que tem sido essa importante instituição paulista, organisada ha menos de dezoito mezes, attestam as seguintes informações officiaes, que nos foram ministradas pelo seu digno director dr. Arnaldo de Carvalho:

«Desde a data de sua fundação, até hoje, um anno e cinco mezes, foi a *Polyclinica* frequentada por 2.426

enfermos para os quaes prescreveram-se 3.902 receitas. O numero de operações, de pequena e alta cirurgia, alli praticadas, foi no mesmo periodo de 1.135.

Calculando-se a 10\$000 cada consulta e no minimo 50\$000 as operações de pequena e alta cirurgia, ahi praticadas, temos no minimo a somma de 95.770\$000 que representam o valor dos serviços medicos prestados pela Polyclinica.»

Este surpreendente resultado, habilita-nos auspiciar á nascente instituição, sustentada por um limitado grupo de medicos dedicados e illustres, um futuro brilhante, de modo a poder ser equiparada ás celebres Polyclinicas de Buenos-Ayres e de Roma, em cujo edificio se reunio, ha dois annos, o 17.º congresso internacional de medicina, no qual tomaram parte oito mil medicos.

*
* *

- A commissão resolveu expender estas considerações com certo desenvolvimento, pelo facto de haver sido, em parte, adiada a realisação deste projecto pela repartição do Thesouro Municipal, cujo parecer aliás subscreveu a commissão de justiça, attentos os estreitos limites da verba «Auxilios», que se encontra no art. 11, § 1.º da lei do orçamento vigente, a qual se acha inteiramente distribuida.

Embora seja uma verdade esse facto, a commissão, lembrando um precedente desta Camara que resolveu, ha pouco, mandar effectuar, por meio da inversão de uma verba orçamentaria, a despeza com o reparo do novo paço municipal, julga que, da mesma forma, se póde, desde já, conceder o auxilio a que se

refere o projecto, uma vez seja elle incluido na verba das «despezas imprevistas.»

E, finalmente, alterando, somente quanto á forma, o projecto que, em seguida, vai no seu inteiro theor, a commissão o adopta como a exacta conclusão deste parecer.

PROJECTO DE LEI: (*)

- Art. 1.º Fica concedido, desde já, á Polyclinica desta capital o auxilio mensal da quantia de um conto de réis que será destinada á manutenção e custeio da mesma instituição.
- Art. 2.º A' Intendencia de Policia e Hygiene serão remetidos, pela Directoria de Polyclinica, balancetes annuaes ácerca do movimento daquelle estabelecimento.
- Art. 3.º A despeza, ora autorizada, correrá no presente exercicio pela verba das «despezas imprevistas» do orçamento vigente.
- Art. 4.º Revogadas as disposições em contrario.

Sala das Commissões, 23 de Agosto de 1897.

(*) Este projecto foi convertido em lei sob n. 319 de 30 Agosto de 1897.

PARECER SOBRE O PROJECTO
DE
REFORMA DA ORGANISAÇÃO JUDICIARIA
DO ESTADO DE S. PAULO

A commissão nomeada pela Congregação dos Lentes da Faculdade de Direito, para dar parecer sobre o projecto de reforma da organização judiciaria do Estado, vem apresentar o resultado do seu estudo.

A projectada reforma traz relevantes alterações na constituição do organismo do poder judiciario, alterações que affectam, em mais de um caso, si não a substancia, ao menos importantissimas modalidades do systema adoptado pelas leis e regulamentos em vigor. Sem entrar no exame de minuciosidades, a commissão destacará os seguintes pontos culminantes da reforma:

- 1.º) A criação dos circuitos de comarcas e dos tribunaes de circuito;
- 2.º) A criação dos juizes de direito substitutos;
- 3.º) A redução dos membros do Tribunal do Jury a nove;

- 4.º) A desclassificação dos juizes arbitros;
- 5.º) A intercalação de disposições extranhas ao systema da organisação judiciaria e o cerceamento das attribuições do poder judiciario;
- 6.º) A criação de mais uma restricção ao principio da vitaliciedade da magistratura;
- 7.º) A suppressão das correições.

I

Os circuitos são collectividades de comarcas, tendo por séde uma destas. Em cada circuito constitue-se um tribunal civil e criminal, composto de juizes de direito das respectivas comarcas, em numero não inferior a sete nem superior a doze. Haverá doze circuitos: na composição do tribunal de cada circuito entram todos os juizes de direito das respectivas comarcas, excepto no do circuito da Capital, do qual não fazem parte os juizes do crime. Estes tribunaes de circuito são de segunda instancia; têm como presidente o juiz de direito da séde do circuito e como secretario o serventuario do primeiro officio judicial civil da mesma séde; devem reunir-se todos os annos no primeiro dia útil dos mezes de Fevereiro, Maio, Agosto e Novembro, funcionando com a maioria de seus membros, em conferencias diarias, successivas e publicas, não excedendo cada sessão periodica cinco dias uteis. O membro do tribunal, que tiver funcionado na causa em primeira instancia, não tomará parte no respectivo julgamento. O presidente não terá voto sinão no caso de haver divergencias de opinião sobre a posição e ordem das questões ou sobre o resultado da votação. Aos tribunaes compete julgar em ultima

instancia: 1.º) as appellações criminaes das sentenças dos juizes de direito nos processos das contravenções a que não estiver imposta pena restrictiva da liberdade pessoal por mais de um anno, assim como os dos crimes punidos com multa ou com qualquer outra pena não restrictiva da liberdade pessoal, e os dos crimes a que estiver imposta pena restrictiva da liberdade pessoal por tempo que não exceda de um anno; 2.º) as appellações civeis das sentenças dos juizes de direito nas causas cujo valor não exceder a cinco contos de réis. Não julgam aggravos de petição, nem de instrumento, ao que parece; julgam apenas aggravos no auto do processo, quer nas appellações criminaes, quer nas appellações civeis. Em unica instancia compete-lhes julgar a reforma de autos perdidos no tribunal, as habilitações, as desistencias e as composições em autos pendentes de sua decisão, a deserção das appellações civeis por falta de preparo no prazo legal, assim como advertir e multar os advogados e solici-tadores. Ao presidente do tribunal, além das attribuições de direcção e expediente, compete decidir no crime os recursos *stricto sensu* e no civil, diz o texto do projecto, «os aggravos de damno irreparavel e se-melhantes, que estiverem taxativamente determinados «no regimento do tribunal, dos despachos dos juizes «de direito nos feitos appellaveis para o mesmo tri-bunal»; compete-lhe tambem conhecer e decidir das suspeições postas aos membros do tribunal e ao escri-vão. O exame dos processos no tribunal será feito mediante *relatorio*, *revisão* e *discussão*: as decisões serão tomadas mediante *votação*.

Descriptos estes traços geraes, quer quanto á *jurisdicção*, quer quanto á *competencia*, quer quanto ao *processo*, a commissão passa a demonstrar que a crea-ção de taes tribunaes, longe de trazer qualquer vanta-gem, acarretará muitos inconvenientes, taes comò:

1.º) Diminuirá a confiança nas decisões e a auctoridade da jurisprudencia; 2.º) Redundará em grave prejuizo da administração da justiça local; 3.º) Longe de trazer brevidade na decisão dos pleitos, commodidade ou maior facilidade para a defeza dos direitos das partes, simplificação dos actos processuaes, economia de custas e despesas judiciaes, — acarretará inevitaveis prote-lações, incommodos mais fatigantes, maior complicação do processo e inutil dispendio; 4.º) Traz em seu bôjo a terrivel ameaça da suppressão dos aggravos de pe-tição e de instrumento.

Não ha publicista algum que, tratando de determinar as condições de uma boa organização judiciaria, deixe de assignalar, como resultado de todas as meditações e experiencias, o seguinte ponto:—convém multiplicar os districtos de jurisdicção de primeira instancia, afim de que haja juiz proximo do domicilio das partes; convém reduzir, tanto quanto fôr possivel, o numero de districtos de jurisdicção da segunda instancia, afim de que os juizes superiores estejam arredados do domicilio das partes. A imparcialidade dos juizes superiores, dizem todos os publicistas, será mais segura si estiverem affastados do theatro em que os negocios tiveram origem, porque estarão sobranceiros ás perigosas suggestões de localidade. Reflecta-se que, si os juizes inferiores se deixarem dominar por influencias locaes, ha recurso para os juizes superiores; mas, si os juizes superiores se deixarem dominar por identicas influencias, das decisões que proferirem não ha recurso algum. Applicando estas considerações aos *circuitos de comarca*, facil é comprehender quão pouco segura estará a isenção dos juizes de direito que com-põem o respectivo tribunal; as mesmas influencias locaes que preponderam nas comarcas e que quasi sempre são a causa das injustiças na primeira instancia, fácilmente estenderão ao circuito a sua acção delete-

ria; por outro lado, não é conforme á indole humana reformar a sentença de um collega que, comquanto não vote, está presente ao tribunal, coagindo os outros na discussão, impedindo, em summa, a liberdade na verificação e declaração dos erros do processo e da mesma sentença; além disso, sob pretexto de reciproca força moral, não raras vezes será sacrificado o direito dos recorrentes; e, quando assim não seja, essa reunião de juizes de igual cathegoria, fiscalizando-se reciprocamente, dará em resultado muitos votos dados mais por espirito de emulação do que por espirito de justiça. Accrescente-se a tudo isso a vacillação que fatalmente surgirá das decisões desses doze tribunaes, quer no modo de considerar as relações de direito, quer no modo de discernir as regras que as dominam, quer na apreciação e solução das incertezas que obscurecem os elementos da decisão, produzindo uma diversidade de estylos e arestos em prejuizo da uniformidade da jurisprudencia: este resultado pernicioso será consequencia não só da natural fallibilidade, não só das referidas contingencias locaes, como tambem, segundo a expressão de BACON, *propter æmulationem curiarum*. (1)

(1) A proposito da actual organização judiciaria da Inglaterra, diz LEHR, a existencia de muitos tribunaes superiores, da mesma ordem e do mesmo gráo, conduzia fatalmente a conflictos e a contradicções na jurisprudencia... Desde 1850, muitas commissões foram instituidas para estudar os meios de fazer desaparecer este inconveniente... O remedio pareceu á ultima commissão, nomeada em 1860, consistir na fusão de todas as côrtes superiores de direito commum e em acabar com a separação das duas jurisdicções de direito commum e de equidade. E nesse pensamento foram progressivamente feitas as reformas constantes dos actos de 5 de Agosto de 1873 e de 27 de Agosto de 1881.

Em 1814 exclamava DUPIN, no seu opusculo *Des Magistrats*, n. 43: «Tout le monde convient qu'il y a trop de tribunaux em France; on sent généralement le besoin d'en reduire le nombre: pourquoi n'opère-t-on pas cette reduction?» E as posteriores leis vieram, tanto quanto possivel, corresponder a essa pungente interrogação.

Em summa, a reduçãõ tanto quanto possivel dos tribunaes de segunda instancia é, em todos os povos cultos, um signal de progresso na

A retirada dos juizes de direito para as sédes dos circuitos deixa as comarcas realmente açephalas durante os periodos das sessões dos tribunaes. Não se supponha que, durante esses periodos, fiquem no exercicio os juizes de direito substitutos ou os juizes de paz: os juizes de direito substitutos são apenas dous ou tres em cada circuito e esses, segundo o projecto, só serão convocados em outros casos taxativamente determinados; os juizes de paz, como suplentes dos substitutos, só serão chamados no caso unico de não haver substituto desimpedido em algum dos circuitos e nos mesmos restrictos casos em que poderiam ser convocados os substitutos. Quantos interesses legitimos, quantos direitos serão sacrificados por falta de juiz nas localidades, durante os periodos das sessões do tribunal? Ficam as comarcas, durante esses periodos, em verdadeiro estado de sitio (2).

organisação judiciaria. Por que havemos nós de crear, sem necessidade alguma, esses tribunaes de circuito? A multiplicidade de tribunaes em França produzia aquelle cumulo de collecções de arestos, que, na phrase do citado DUPIN, eram compilados não por *arestographos* mas por *arestophagos*.

(2) Essa idéa dos circuitos, para tribunaes em sessões periodicas, como imitação das *courts of assise* inglezas ou anglo-americanas, não é de modo algum applicavel ao nosso paiz. Na Inglaterra, por exemplo, os juizes dessas côrtes são os mesmos juizes das tres côrtes superiores de *common law*, os quaes, *ad instar* dos antigos *justitiiarii in itinere*, percorrem a Inglaterra e o Paiz de Galles duas vezes por anno, para commissões determinadas, dous para cada circuito. No Estado de New-York, esses tribunaes de circuito são compostos dos juizes da *Court of Oyer and Terminer*, os quaes, á imitação das *Courts of assise* inglezas, fazem as taes sessões periodicas duas vezes por anno em cada condado ou circuito. Não são, pois, tribunaes de segunda instancia. Note-se que, na Inglaterra, ha tendencia para acabar com os taes *circuits*, tanto assim que, pelo *Supreme Court of judicature act* de 1873, art. 23, foi autorizada não só a modificação como mesmo a supressão dos circuitos actuaes.

Este mesmo *Supreme Court Act* de 1873 supprimiu aquella celebre divisão do anno judiciario em *terms*, isto é, em certas epochas fóra das quaes as Côrtes de *common law* não podiam expedir certos negocios, nem mesmo reunir-se *in banco*: havia quatro termos, o *Hilary* (de 11 a 31 de Janeiro), e *Easter* (de 15 de Abril a 8 de Maio), o *Trinity* (de 12 de Maio a 12 de Junho), e o *Michaelmas* (de 2 a 25 de Novembro). A justiça nunca se deve fazer esperar; e, si adoptassemos essas reuniões periodicas determinadas no projecto, teriamos, aliás sem podermos allegar as razões e a applicabilidade do antigo systema inglez, de soffrer as consequencias que apontamos no texto.

Entretanto, a decisão dos pleitos nos tribunaes de circuito será fatalmente mais tardia do que o é a decisão dos pleitos no Tribunal de Justiça. Em primeiro lugar, a multiplicação das *passagens* e *remessas* de autos trará o accrescimo de actos e termos, a menos que se pretenda o absurdo de exigir o *relatorio* e a *revisão* dentro dos cinco dias da reunião periodica dos tribunaes:—os autos são *remettidos* da comarca para a séde do circuito, afim de serem feitas a apresentação e a distribuição; da séde do circuito haverá uma segunda *remessa* para a comarca do juiz *relator*; da comarca deste juiz, si os autos não tiverem de ser *remettidos* de novo para a séde do circuito, haverá uma terceira *remessa* para a comarca do primeiro revisor, e assim de seguida, de sorte que os autos de appellação criminal, em que ha tres revisores, terão mais duas *passagens* e mais tres *remessas*, e os autos de appellação civil, em que pode haver tres, cinco ou sete revisores, terão mais duas, quatro ou seis *passagens* e mais tres, cinco ou sete *remessas*, até que voltem á séde do circuito, onde permanecerão á espera da epocha da reunião do tribunal. Em segundo lugar, os escrivães do primeiro officio judicial civil das sédes dos circuitos, sobrecarregados com as funções do seu officio e com a secretaria do tribunal, certamente não serão mais expeditos do que podem ser o secretario do Tribunal de Justiça e os escrivães privativos das appellações. Em terceiro lugar, nas sédes dos circuitos (á excepção do IV, cuja séde é a Capital, isto é, a mesma do Tribunal de Justiça), os advogados residentes são em menor numero, de sorte que as partes perdem nos elementos para a escolha dos patronos das causas. Em quarto lugar, as multiplicadas *remessas* pelo correio exigirão das partes um accumulo de cautelas para evitar as occasiões de extravio e perda de autos.

Não ha, pois, simplificação quantitativa nem qualitativa dos actos processuaes: o processo das apellações permanece (como não póde deixar de permanecer) com os termos de *remessa, apresentação, autoação, conclusão, data, juntada, vista*, e outros do *continuar dos feitos*, assim como permanecem os actos das partes e dos juizes, isto é, as *razões, o relatorio, as revisões, a discussão, a votação e a decisão*; os prazos, si podem ser abreviados em sacrificio do estudo dos advogados e dos juizes, serão dilatados pelas muitas *remessas e revisões*. Em resumo, os actos processuaes, quer *da causa*, quer *do juizo*, não se tornam menos numerosos, nem mais facéis, nem mais efficazes, e os prazos não se tornam mais breves; ao contrario, multiplicam-se, complicam-se, delongam-se, crescendo na mesma razão a importancia das custas, taxas do correio e mais despezas. Não se allegue que a despeza com o comparecimento pessoal das partes será menor nas sédes dos outros circuitos do que o é na Capital, séde do Tribunal de Justiça e do IV circuito: isso é muito relativo. Accresce que as procurações aos advogados que têm de funcionar na segunda instancia, como em geral acontece, ou são remettidas pelo correio, ou vêm juntas aos autos desde a primeira instancia, de sorte que poucas vezes as partes têm necessidade do comparecimento pessoal e demora na séde do Tribunal de Justiça, onde a despeza pode até ser menor do que a que se fará nas sédes dos circuitos. Ora, qualquer differença na despeza de transporte, no estado actual da viação publica, não sendo tal que compense outros e maiores dispendios, não pode, por si só, impôr um plano de economia.

Dir-se-á que, ao menos no tocante aos recursos *stricto-sensu* e agravos de petição e instrumento, a reforma traz uma simplificação: manifesto engano, ou antes, deploravel confusão. A simplificação, na phrase

de IHERING, é a diminuição da massa dos materiaes sem prejudicar os resultados a atingir; ora, no caso dos recursos *stricto-sensu* e aggravos, a reforma não simplifica, porque suprime prejudicando, isto é, traz a abolição de uma garantia importante para as partes, qual seja a de serem os recursos de despachos e sentenças interlocutorias conhecidos e julgados por collectividade de juizes e não por juiz singular. O projecto não dá aos tribunaes de circuito a competencia para julgar aggravo algum, a não serem os aggravos no auto do processo, tanto nas appellações criminaes como nas appellações civeis; e, referindo-se á competencia do presidente do tribunal para julgar aggravos, usa das expressões: — «aggravos de damno irreparavel e outros semelhantes».

Qual a extensão da idéa contida nessa expressão — *semelhantes*? Abrange essa expressão os outros casos de aggravo determinados no art. 669 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 e em outras leis? Si não abrange, quaes são esses aggravos *semelhantes* e em que consiste essa *semelhança*? Si abrange, quaes são esses aggravos *não semelhantes*? Ficam supprimidos esses *aggravos não semelhantes*? Si não ficam supprimidos, a quem competirá o julgamento delles? Si ao Tribunal de Justiça, teremos a anomalia de um tribunal superior julgando interlocutorias e um tribunal inferior, ao menos em cathogoria, julgando definitivamente a mesma causa e processo; si ao tribunal de circuito, teremos a anomalia de uma attribuição não conferida pela lei; si ao presidente do tribunal de circuito, para que, então, se usou daquella expressão restricta — «*aggravos de damno irreparavel e semelhantes*»? ?

Occorre ponderar que a reforma mantém o decreto federal n. 763 de 19 de Setembro de 1890,

que mandou applicar ao processo, julgamento e execução das causas civeis em geral as disposições do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, excepto as que se contêm em alguns titulos, capitulos e secções da primeira parte expressamente enumerados, e continuando em vigor as disposições legaes que regulam os processos especiaes não comprehendidos no referido regulamento. Ora, o Regul. n. 737 de 1850, no tit. I, cap. IV, da parte terceira, art. 668, disposição não exceptuada por aquelle Dec. n. 763 de 1890, desconhece os aggravos no auto do processo, ou antes, apenas admite os aggravos de petição e de instrumento; entretanto, a reforma refere-se com generalidade a aggravos no auto do processo em appellações civeis. Querera a reforma restaurar completamente os aggravos no auto do processo em materia civil? Querera a reforma transformar em aggravos no auto do processo os taes aggravos de petição e instrumento *não semelhantes*? . *Latet anguis in herbis*. Em todo o caso, a commissão dá o grito de alarma.

O projecto repelle os embargos aos accordams dos tribunaes de circuito, isto é: o accordam não póde ser embargado senão na execução, podendo, porém, ser declarado mediante simples petição, si não fôr meramente protelatoria a juizo do relator. A supressão deste recurso nem ao menos tem o merito de abreviar o pleito, porque, applicado ao processo o art. 583 do Regul. n. 737 de 1850, os embargos do executado terão de ser forçosamente remetidos ao tribunal do circuito, onde haverá nova contradança de *remessas* e *passagens* dos autos. Além disso, convém notar que o juizo do *relator* é o menos isento, como redactor que foi do accordam, para julgar da necessidade de declaração. Por outro lado, convém notar que os embargos á execução não podem ser considerados como um recurso; pois, sendo a execução uma

nova instancia, taes embargos são formas de contestação que, dadas certas circumstancias, podem acarretar ampla discussão, dilações para prova e mais termos.

II

Haverá trinta e dous substitutos dos juizes de direito, assim distribuidos pelos circuitos, em cujas sédes residirão: tres, em cada um dos primeiro, segundo, sexto, oitavo, nono, decimo, undecimo e duodecimo; dous, em cada um dos terceiro, quarto, quinto e setimo. Serão nomeados dentre os cidadãos, maiores de vinte e cinco annos, diplomados por qualquer das Faculdades de Direito da Republica, officiaes ou livres, que, approvados em concurso perante o Tribunal de Justiça, tenham sido admittidos á *matricula* dos habilitados ao primeiro grão da magistratura. A matricula far-se-á na Secretaria dos Negocios da Justiça, mediante despacho do Governo em petição do matriculando, instruída com certidão de sua approvação e folha corrida. O concurso terá logar duas vezes em cada anno, nos mezes de Março e Setembro, e constará de exame pratico, escripto e oral, sobre quaesquer das seguintes materias: leis organico-judiciarias, direito civil e criminal, processos respectivos e pratica forense. Serão sorteados tres ministros para examinadores e o julgamento dos examinandos será declarado pela formula—*approvados*—*reprovados*, conforme o numero e a qualidade dos votos. A investidura dos substitutos obriga-os a servir em qualquer comarca, mas só no impedimento do juiz effectivo por motivo de *suspeição*, *licença*, *doença grave*, *força maior* e na *falta* de juiz effectivo da comarca, guardada sempre a ordem das substituições. Em nenhum caso podem

servir na presidencia dos tribunales de circuito, nem mesmo quando estejam substituindo, em plena jurisdicção, os juizes de direito que accumulam aquella funcção. Dentre os substitutos existentes no quadro activo da magistratura do Estado serão escolhidos os juizes de direito effectivos. Os substitutos terão como supplentes os juizes de paz, os quaes, porém, sómente servirão na comarca a que pertencerem, segundo a ordem da designação dos districtos, feita triennialmente, pelo Governo, e *no caso unico de não haver nenhum substituto desimpedido em algum dos circuitos*; da substituição por esses supplentes continuam excluidos os julgamentos de natureza contenciosa, definitivos ou com força de definitivos, para os quaes será competente o juiz de direito da comarca mais visinha. A convocação do substituto será feita pelo juiz de direito da séde do circuito onde se der o impedimento, si a esse circuito pertencer o substituto convocando; e, si se houver de recorrer a substituto de outro circuito, a convocação será feita pelo presidente do Tribunal de Justiça.

Surgem deste mechanismo os seguintes inconvenientes:

1.º) Os substitutos são dois ou tres em cada circuito; as comarcas que compoem o circuito são pelo menos sete. Si se der o caso de não haver juiz substituto desimpedido no circuito, nem por isso serão chamados os juizes de paz como supplentes, porque, antes de chamar os juizes de paz, é preciso, segundo o systema do projecto, que o presidente do Tribunal de Justiça percorra os substitutos desimpedidos dos outros circuitos. As delongas que dahi podem provir não são compensadas pela vantagem de obter substituto letrado; tanto mais quanto esse substituto letrado, em vista do tempo perdido em requisições e convo-

cações, jámais servirá para os casos urgentes. Relativamente aos julgamentos de natureza contenciosa, definitivos ou com força de definitivos, tanto vale moralmente a decisão do juiz de direito da comarca mais visinha como valerá a decisão do substituto, pois que ambos são letrados; e, aliás, mais facil é recorrer ao juiz de direito da comarca mais visinha, como se faz actualmente, do que ao substituto do circuito com o complicado apparatus das requisições e convocações.

2.º) Os juizes substitutos deverão residir na séde dos respectivos circuitos, de sorte que o processo da substituição exige os seguintes movimentos:— dado o impedimento do substituendo, haverá a *requisição* deste ao juiz de direito da séde do circuito; depois haverá a *convocação* do substituto, feita pelo juiz de direito da séde do circuito; guardando-se a prioridade segundo a numeração ordinal dos substitutos em cada circuito, de sorte que, si o primeiro estiver impedido, será feita outra *convocação* ao segundo, e si o segundo estiver impedido, será feita outra *convocação* ao terceiro nos circuitos em que ha tres substitutos; si o ultimo substituto do circuito estiver impedido, o juiz de direito da séde do circuito fará disso *comunicação* ao presidente do Tribunal de Justiça; e, então, o presidente do Tribunal de Justiça, *sempre guardada a prioridade segundo a numeração ordinal*, convocará substituto do outro circuito mais proximo. Em qualquer dos casos, o juiz de direito da séde do circuito, acto continuo ao recebimento de requisição do substituendo, ou quando elle proprio fôr o impedido, officiará ao presidente do Tribunal de Justiça, *communicando* ou a convocação que tiver feito ou a falta de substituto desimpedido no circuito. Ora, tudo isto depende de officios de *requisição*, *convocação* e respectivas *respostas*, assim como de *prazos* que serão marcados, conforme

as distancias e regularidade da viação publica, pela autoridade convocante; estes officios devem ser registrados em um livro especial que, em cada comarca, deve estar a cargo do escrivão do jury; é inevitavel um accrescimo de termos de data, juntada e outros necessarios para que, não só desses livros especiaes dos escrivães do jury como dos proprios autos, constem *requisições* e *convocações*, afim de ser provada *no processo* a legitimidade e competencia do convocado; dahi, não só a necessidade de maiores cautelas para as partes interessadas na brevidade e segurança das *requisições* e *convocações*, como tambem um excessivo augmento de custas e despezas.

3.º) A *matricula*, registro ou alfôbre de pretendentes, põe em almoeda o character dos candidatos:— aquelle que mais se humilhe e que melhores referencias traga dos cabos eleitoraes, esse terá quasi sempre de forçar a nomeação. O correctivo da applicação do principio da antiguidade e o correctivo da classificação dos concurrentes, os quaes poderiam minorar essas occasiões de fraqueza ou arbitrio do Governo, não apparecem. O concurso é um simples exame de habilitação; no qual nem mesmo ha a intervenção de todos os interessados, porque o projecto não admite examinadores nomeados pelo Governo, nem o examinador nomeado pelo corpo de advogados; além disso, supprime as provas sobre a materia de Direito Constitucional, como si os juizes estivessem dispensados de attender aos fundamentos e regras da organização social e ás garantias consagradas nos pactos politicos. O principio da antiguidade nem mesmo prevalece entre os substitutos, de cujo quadro deverão sahir os juizes de direito effectivos, tanto assim que, no art. 136 de projecto, está expressamente declarado que o tempo de serviço, nos cargos de juizes substitutos, será computado sómente para o effeito da aposentadoria.

III

Si, para *dizer o direito*, nem sempre ha vantagem na pluralidade dos juizes, outro tanto não se póde afirmar quando se trate de *dizer o facto*. O conhecimento e applicação do *direito* depende de juizos e proposições analyticas, de raciocinios fundados em principios scientificos, de juizos praticos baseados em leis, cujo espirito é muitas vezes difficil de comprehender; o conhecimento e affirmação de um *facto* depende sómente da observação e da experiencia, pessoal ou communicada. Não é o numero de argumentos que decide da verdade de uma proposição, ao passo que, em regra, o numero de observações decide da realidade de um phenomeno. «A convicção, diz MACAREL, a proposito do jury (Direito Politico, III, § 3.º. art. 7.º), depende muitas vezes das mais variadas circumstancias, pois o que escapar á penetração de um, pode ser cuidadosamente apanhado por outrem: assim, quanto maior fôr o numero de pessoas, tanto mais são os elementos de certeza moral. O numero de *doze* juizes de *facto* foi fixado pelos Inglezes, que foram os primeiros a organizar o jury; e, como este numero tem a seu favor antigas tradições, não ha motivo plausivel para substituil-o». Todas as nossas leis têm *mantido* este numero; a Constituição Federal mandou *manter* a instituição do jury. Dir-se-á que isto se entende apenas dos seus elementos essenciaes, isto é, *pluralidade* de juizes, juizes sómente do *facto*, juizes *tirados á sorte da massa geral dos cidadãos capazes, recusações não motivadas* e julgamento *secreto*; mas, seja como fôr, ninguem poderá negar que a determinação da pluralidade dos juizes, isto é, a determinação da quantidade emquanto mantem a maior confiança na verificação do *facto*, é uma garantia já conseguida, já ex-

perimentada, e que, portanto, não pode ser reduzida sem prejuizo do *direito*. Dir-se-á, ainda, que o numero *par* deixa muitas vezes absolvido um criminoso em consequencia de voto de Minerva; a isso responderemos que o numero *par* deixa muitas vezes de condemnar um innocente em consequencia do voto de Minerva. Dir-se-á, finalmente, que é mais difficil conseguir a presença de trinta e seis jurados do que a presença de vinte e sete, de modo que a reduçãõ tornar-á mais facil a constituição do tribunal do Jury; mas, a isso responderemos: 1.º) Que essa difficuldade desapparecerá, desde que os juizes de direito sejam solictos e imparciaes na imposição das multas e desde que os exactores fiscaes sejam solictos na arrecadação; 2.º) Que não ha base para aquella supposição, porquanto o Jury, principalmente nas comarcas do interior (onde, aliás, é menor o numero dos incluidos nas revisões), raras vezes deixa de reunir-se; 3.º) Que, si tal argumento fosse procedente, provaria demais, isto é, chegaríamos a reduzir o numero de membros do tribunal do Jury a dous, porque mais facil é conseguir a presença de seis jurados do que a presença de vinte e sete; 4.º) Que, por fim, com essa mesma razão, chegaríamos até a abolição do Jury.

IV

A organisação politica suppõe um poder de jurisdicção todas as vezes que dá o direito de applicar as leis aos casos particulares, por meio de decisões que se obriga a fazer executar por seus agentes. O poder judiciario conhece e julga as questões que lhe são sujeitas; aquelles que auxiliam este poder — não

conhecem nem julgam as questões, limitam-se a fornecer elementos para a prova e para a execução. Ora, os juizes arbitros, ou, como diz o projecto, os *arbitros compromissarios*, não têm a missão de fornecer elementos para a prova e para a execução; a sua missão é de conhecer e julgar, isto é, de applicar o direito ao facto, e as suas decisões são tão exequiveis como as dos outros juizes. Por conseguinte, não são simples auxiliares da administração da justiça, são organs do poder judiciario, são autoridades judicarias, investidas pelo compromisso para certo e determinado negocio e cujas attribuições constam do mesmo compromisso (3).



Parece á commissão que uma lei de organização judiciaria deve limitar-se a determinar: 1.º) a jurisdicção dos juizes e o ministerio dos auxiliares da justiça, isto é, a composição do organismo, as condições da investidura e as condições do exercicio; 2.º) a competencia dos juizes e as attribuições dos auxiliares da justiça. Assim sempre se tem entendido; entretanto, o projecto, entre outras exorbitancias, deter-

(3) Certamente preponderou no espirito do autor do projecto a idéa de que, não tendo os juizes arbitros a attribuição da *coercitio seu imperium*, porém apenas as attribuições da *notio* e do *judicium*, falta-lhes o poder de jurisdicção. Mas, ha nisso uma confusão: o character de autoridade não depende da attribuição pessoal da *coercitio seu imperium*, bastando que o *judicium* tenha a sancção e pouco importando que outros tenham a attribuição de executal-o. Juizes sem o *imperium*, diz HENRION DE PANSEY, «não são magistrados, mas não deixam de ser juizes, desde que dizem o direito», como o fazem os juizes arbitros. *Non exsequutio sed sententia sit extremum in jurisdictione*, diz HEINECCIO, *ad Pandec.* L. II, tit. I, § 244. Em todo o caso, os *arbitros compromissarios* não podem ser classificados como simples auxiliares dos juizes de direito e dos tribunaes, *ad instar* de arbitradores, avaliadores, peritos ou expertos. A Ord. L. III tit. 16 os chama—juizes.

mina, no art. 156, condições do direito de acção, formas processuaes e prescripção extinctiva, intercalando inconstitucionalmente na reforma materia de direito civil e, inopportunamente, meras regras de processo (4).

Tratando da extensão e limites da jurisdicção do poder judiciario em geral, o projecto não se mostra mais proficiente nessa materia, das mais relevantes pela difficuldade das questões que envolve. Começando por declarar, no art. 153, que a competencia (*sic*) do poder judiciario *estende-se a qualquer* materia de natureza civil ou criminal», logo em seguida enumera tantas e tão comprehensivas excepções, que de todo nullifica-se o enunciado generico. Sem pronunciar-se sobre a vigencia ou abrogação do contencioso administrativo após a instituição do actual regimen politico, preceitúa o projecto, no art 156, que «o poder judiciario conhecerá das causas que se fundarem na lesão de *direitos individuaes* por actos ou decisão das autoridades administrativas, estadoaes ou municipaes». Qual a extensão o comprehensão da idéa contida na locução—*direitos individuaes*? Essa locução é manancial fecundo dos mais deploraveis desacertos; d'ahi decorrerá o mais absurdo cerceamento das attribuições do poder judiciario, si os juizes acreditarem que a tecnologia juridica, de rigor nas leis, foi observada na reforma projectada. Baldado seria qualquer artifi-

(4) Não se pretenda que, restringindo o direito de acção, o projecto limita-se a estabelecer regras de processo. Além de que, como está dito, é inopportuno intercalar disposições meramente processuaes em uma lei de organização judiciaria, occorre que, diz BLONDEAU, « para convencermos de que a materia das acções pertence ao direito privado propriamente dito e não ao processo, é bastante considerar que esse não é senão um complexo de actos e formas para o exercicio dos nossos direitos, ao passo que as acções são direitos em si mesmas », isto é, são faculdades de agir e não formas de movimento para o exercicio dessas faculdades. Vem a proposito lembrar a phrase de SAVIGNY, Dir. Rom., VIII, § 361: « Mais de uma regra que parece pertencer ao processo, realmente pertence á propria relação de direito; » aliás, na hypotese, nem pode haver duvida alguma,

cio de hermeneutica para illudir-se o concepto scientifico e usual daquellas expressões, sendo, como é, inconcusso que sempre se entendeu por *direitos individuaes* a classe de direitos tambem chamados *congenitos, primitivos, absolutos, innatos*, em contraposição aos direitos chamados *adquiridos, derivados, hypotheticos*, que procedem de algum facto ou contracto, ao passo que os primeiros têm por titulo a propria natureza e existencia do homem. Tal é a significação consagrada quer na doutrina quer nos precedentes legislativos, desde a *declaração dos direitos do homem* da Constituição Franceza de 1791, bem como usual e corrente na jurisprudencia patria, como adverte PIMENTA BUENO, no seu commentario ao art. 178 da Constituição do Imperio. Não acredita a commissão que o projecto vizasse innovar as relações entre o poder judiciario e a administração, cerceando a jurisdicção daquelle poder, com singular menospreso dos principios acolhidos entre os povos cultos e em detrimento da segurança e protecção devidos aos direitos civis e até a alguns direitos politicos, cuja efficacia tem sido confiada á salvaguarda dos nossos tribunaes de justiça. Mas, por força da enunciado litteral — *direitos individuaes*, ficariam subtrahidos á acção do poder judiciario os direitos não incluídos nessa classe: *Inclusio unius fit exclusio alterius; Verba cum effectu sunt accipienda*. Quantos direitos ficarão abandonados, sem protecção, ao arbitrio da autoridade administrativa?

Note-se que o projecto não trepidou em tirar as consequencias da expressão — *direitos individuaes*, porque explicitamente tirou ao cessionario, subrogado ou successor, ainda mesmo herdeiro, qualquer direito a litigar com a administração publica!

VI

Si a projectada reforma mostra tão pouco respeito á Constituição Federal, não é de admirar que fira o principio da vitaliciedade da magistratura, consagrado no art. 47 § 1.º da Constituição Estadoal. Esse artigo da Constituição do Estado assim dispõe: «A Constituição garante á magistratura completa e segura independencia, firmada nos seguintes principios de ordem constitucional: 1.º Vitaliciedade — o magistrado, depois de empossado, *só por sentença criminal definitiva* ou *aposentadoria*, na forma da lei, perderá o cargo.»

Entretanto, o projecto estabelece um caso de perda do cargo, qual seja *a incapacidade physica ou moral*, caso que não está mencionado naquella taxativa disposição constitucional. Parece á commissão que, provada e julgada por sentença a incapacidade physica ou moral do magistrado, a consequencia será a suspensão do exercicio e não a perda do cargo; aliás, não ha consideração de ordem alguma que justifique a preterição de uma garantia constitucional. (5)

VII

A Ord. L. I, tit. LVIII, § 6, dizia o seguinte: «E mandará (o Corregedor) apregoar que venham perante elle os que se sentirem aggravados dos Juizes,

(5) Pouco importa a commissão que a Lei Estadoal n. 18 de 21 de Novembro de 1891, art. 83, tivesse tambem incluido mais esse caso de perda do cargo de magistrado; essa lei é *ordinaria* e o citado artigo da Constituição é expressamente de *ordem constitucional*.

Procuradores, Alcaides, Tabelliaens, ou de Poderosos, e d'outros quaesquer, que lhes fará cumprimento de direito.» As leis do Imperio, especialmente o Decr. de 2 de Outubro de 1851, deram nova face ao serviço das correições, incumbindo-o á exclusiva competencia do juiz de direito da comarca e estabelecendo regras sobre o modo e a forma de proceder. Os juizes de direito, por essas leis, deveriam abrir correição annualmente em cada um dos termos das comarcas; mas, a verdade é que raramente era posto em pratica este serviço, de sorte que o relaxamento occasionou uma quasi suppressão por desuso. Alguns juizes de direito julgam-se mesmo dispensados desse serviço, desde que foram supprimidos os termos das comarcas.

Convirá aceitar essa suppressão, ou convirá antes reagir contra esse relaxamento? Uma instituição tão antiga, consagrada nas Leis Romanas, nas Leis Barbaras, nas Ordenações do Reino, nas Leis do Imperio e até agora não abolida pelas Leis da Republica,—teria perdido a sua razão de existencia? Ou, por outra, não haverá vantagem nessa inspecção e fiscalisação annual dos actos dos funcionarios do fôro? Haverá outro meio, na nova organização judiciaria, capaz de supprir essa salutar fiscalisação? A acção do ministerio publico e o direito de queixa por crime de responsabilidade—são garantias sufficientes para supprir os effeitos daquella tão antiga instituição, destinada não só á regularisação do serviço forense, como á reparação dos direitos dos fracos, lesados pela influencia dos poderosos ou pela desidia dos funcionarios? Que o digam as viúvas, os orphams, os interdictos, os ausentes, os encarcerados; que se levantem dos tumulos os testadores para exigir a applicação dos residuos; que o digam aquelles que têm visto seus direitos prejudicados por erros e omissões nos

Livros de Notas, nos Livros de Registros, nos Protocollos e mesmo nos livros auxiliares. Si na maioria dos actos do fôro judicial, a inspecção do juiz é permanente, outro tanto não acontece em todos os actos do fôro extra-judicial e em muitos actos do fôro judicial. Ora, ao menos para estes actos, a commissão não vê, na organização do projecto, inspecção alguma que possa supprir o serviço das correições. Si esta instituição falta na legislação e na pratica de alguns paizes mais cultos, isso não é razão sufficiente para supprimil-a; além de que, nesses paizes, não faltam camaras de disciplina, conselhos notariaes (6), recolhimento periodico aos archivos com prévia inspecção e outros meios de vigilancia e fiscalisação da escripturação dos notarios, da contabilidade dos depositarios judiciaes e, em geral, do serviço forense. Dê-se, pois, ao serviço das correições novo regulamento, apropriado ás modificações que, nas attribuições dos funcionarios do fôro, ocorreram após o Decr. n. 834 de 2 de Outubro de 1851; mas, não seja esse serviço supprido inoportunamente e sem a creação de outros meios capazes de suppril-o.

A commissão, no empenho de corresponder á solicitação de apresentar o seu estudo em breve tempo e mesmo para não alongar esta exposição, abstem-se

(6) Ainda ultimamente, em França, era muito lamentada a falta de acção de uma autoridade superior, no que diz respeito á fiscalisação dos actos dos notarios e depositarios judiciaes. As camaras de disciplina não têm dado os resultados que se deviam esperar. Confirma-se, a proposito, a Circular de 1.º de Março de 1890, expedida pelo ministro THEVENET, sobre o regimen notarial em França. Essa circular está inserta, por extenso, no tomo II, pags. 505 e seguintes do Formulario de CLERC, DALLOZ e VERGÉ.

de entrar na critica de outros pontos do projecto, aliás importantes, taes como a ordem do conformar dos votos no julgamento das appellações e a determinação e classificação das attribuições dos auxiliares das autoridades judicarias. Parece á commissão que, na analyse que fez dos pontos culminantes, avultam os elementos para a apreciação sufficiente da projectada reforma.

Entretanto, a commissão deve declarar que, julgando a sua missão mais de critica do que de organização, deixa de apresentar emendas. Discutindo em seu seio sobre a razão dada—de accumulo de serviço no Tribunal de Justiça, attento o grande desenvolvimento das relações juridicas no Estado,—entendeu a commissão que isso poderia autorisar o augmento do numero de ministros do Tribunal de Justiça ou a divisão em camaras, mas nunca a creação dos tribunales de circuito. E ponderará mais os seguintes pontos:

1.º O projecto é insufficiente e vago na determinação da competencia do Juizo da Provedoria em relação ás pessoas juridicas de interesse publico, assim como na determinação de todas as competencias especiaes.

2.º O projecto, nas causas de divorcio, litigioso ou por mutuo consentimento, e nas de nullidade ou annullação de casamento, restringiu a competencia do juiz de direito da vara de orphams ao caso unico de existir filho ou filhos menores dos conjuges divorciandos ou litigantes. Convém muito ponderar sobre esta restricção.

3.º Quanto ás attribuições do ministerio publico, nota a commissão que o projecto, no art. 59, mantem,

nas attribuições dos promotores da justiça, a accumulção da curadoria das massas fallidas: a conveniencia dessa accumulção é digna de muito estudo.

4.º Em relação ao notariado, a projectada reforma deixa, como em tudo o mais, muito a desejar; mas, desde já nota a commissão que, na determinação das attribuições dos tabelliães, ha, nos arts. 187 e 188, expressões que, por se affastarem da technica, vão dar logar a muitas duvidas; e o mesmo acontece, na determinação das attribuições dos escrivães, arts. 189 e 195. (7) O art. 191, mantendo a necessidade da incorporação da nota do distribuidor nas escripturas publicas, mostra-se atrazadissimo: não seria melhor adoptar o expediente do art. 36 da lei portugueza de 16 de Junho de 1855, pelo qual os tabelliães são obrigados, sob certas penas, a remetter ao distribuidor

(7) Assim: a expressão—*convenções*, no art. 187, letra *a*: qual a extensão e comprehensão desse termo? Em que se distingue elle do termo *contractos*? Não seria melhor empregar os termos—*actos e contractos*, usados pelas leis notariaes modernas de todos os paizes? A Ord. L. I tit. 78 § 5.º usa das expressões—*contracto ou firמידão*; a mesma Ord., §§ 12 e 13, usa da expressão—*convenças*, quando se refere aos instrumentos dependentes de homologação e ao juramento promissorio: a expressão—*convenções* será homonima de *firmidão* ou de *convença*? A expressão—*papeis*, do mesmo artigo, letra *c*, terá significação diversa da expressão—*documentos*? A expressão—*instrumentos particulares*, inserta no mesmo art. letra *e*, dá logar á supposição de que o tabellião possa, sem a presença judicial e sem a presença das partes, isto é, sem as cautelas do 153 do Regul. n. 737 de 1850 (que aliás só refere-se a escrivão), dar por conferidos e concertados instrumentos particulares. A expressão—*trasladar* por publica forma, mesmo art., letra *g*, denatura o caracteristico de *unicidade*, que a technica forense ligou á expressão—*traslado*. A expressão *tirar*, no art. 188, vae complicar com identica expressão contida no art. 381 do Cod. do Commercio e no art. 373 do Regul. n. 737 de 1850: o tabellião não *tira* o protesto, *toma-o*; o portador e o possuidor são os unicos competntes para *tirar* o protesto e devem *tiral-o* em prazo peremptorio, prazo este que importa consequencias. No art. 189, letra *d*, dá-se á expressão *termos* um sentido generico, não se cogitando da distincção technica, material e formal, entre *termos* e *autos*, distincção contida na Ord. L. I tit. 79 §§ 5.º e 9.º

Emfim, o projecto parece não ter cogitado nem das Ordenações L. I tit. 24, 78, 79, e outros, nem do Decr. n. 9420 de 28 de Abril de 1885, nem de quaesquer outras leis relativas ao modo, á forma e á conservação dos instrumentos publicos.

uma relação mensal das escripturas que lavrarem, afim de ser feita pelo distribuidor a averbação dellas? (8)

A commissão julga ter cumprido o seu dever.

Faculdade de Direito de S. Paulo, 10 de Fevereiro de 1897.

João Mendes de Almeida Junior.

Brazilio Rodrigues dos Santos.

Raphael Correa da Silva.



(8) Em uma dissertação, lida na Associação dos Tabelliães de Lisboa pelo sr. Jorge CAMELIER e inserta na *Revista do Notariado Portuguez*, lê-se o seguinte: «Outra antigualha veneranda do notariado portuguez é a distribuição das escripturas, que acabou para Lisboa e Porto em 1749, mas a que se referia já a Ord. Affonsina e que era exigida pelas Ords. Manoelina e Philippina». Ora, si, apezar daquella citada lei de 1855, se considera em Portugal a distribuição das escripturas como uma *antigualha*, faça-se idéa da nossa situação actual em que ainda se exige a incorporação da nota do distribuidor! Para que serve essa distribuição? Para os tabelliães, de nada serve, desde que é licito ás partes indicar ao distribuidor o tabellião que preferirem; para as partes, serve apenas de inexplicavel encargo e despesa; para a lotação, é isso inútil desde que o Regul. n. 7545 de 22 de Dezembro de 1879, art. 9.º, facultando aos exactores fiscaes todas as requisições e diligencias, até mesmo a inspecção do Livro de Notas, deixou de considerar como base para o arbitramento a informação do distribuidor.

DIFFERENÇA ENTRE O FIDEICOMMISSO E O USOFRUCTO ;

Ha certas relações de semelhança entre o fideicommisso e o usufructo, que podem suscitar duvidas ponderosas na interpretação das ultimas vontades ; existe todavia, e sempre existiu, differença profunda entre estas duas especies (*Teixeira de Freitas*, Additamentos á Consol. das leis civis, pag. 681). A investigação, porém, dessa differença tem sido tortura da advocacia (*Teixeira de Freitas*, Formul. do Tabellionato, § 518).

Parece-nos, pois, ser de utilidade recordarmos aqui os principios geraes, que regem esses dois institutos juridicos, buscando compendiar, ligeiramente, os seus pontos divergentes.

I

O fideicommisso é uma disposição pela qual um doador ou testador encarrega uma pessoa, que elle beneficia em primeiro logar (*fiduciario* ou *gravado*), de conservar, durante sua vida, os bens constantes da

doação ou do legado, e de entregal-os, quando fallecer, a uma outra pessoa, beneficiada em segundo lugar (*fideicommissario* ou *substituido*), si esta fôr viva e capaz nesta epocha.

Este instituto encerra, portanto, uma dupla liberalidade: a primeira em proveito do fiduciario ou gravado, a segunda em proveito do fideicommissario ou substituido, subordinada esta á sobrevivencia do fideicommissario ao fiduciario. O seu character essencial, pois, consiste em duas transmissões successivas e duas liberalidades, vindo, não uma em falta de outra, mas uma depois da outra.

A primeira liberalidade abre-se no momento mesmo da disposição, si é feita por doação *inter-vivos*, e sómente por morte do testador, si feita por testamento ou doação *mortis-causa*; a segunda liberalidade se não abre, porém, senão por morte do fiduciario ou gravado. E dahi resultam duas consequencias: a) basta que o fideicommissario esteja concebido no momento da morte do fiduciario; não é necessario que o esteja no momento em que se abre o direito deste; b) é necessario que o fideicommissario sobreviva ao fiduciario, porque ninguem pode adquirir um direito, não existindo na epocha de sua abertura. Portanto, si o fideicommissario fallecer antes do fiduciario, a substituição se não abrirá, e este se tornará proprietario incondicional, visto desaparecer o encargo de entregar, a que estava eventualmente obrigado.

Convem observar, sobre este ultimo ponto, que diversamente ensina *Coelho da Rocha*, Dir. Civil § 719, fundando-se na L. 41 § 12 Dig. *de legat.* 3.º Parece-nos, porém, que este insigne escriptor, sobre este particular, enganou-se visivelmente, porque aquella lei, em que elle se funda, absolutamente não ampara a sua

opinião; sendo que resolve, pelo contrario, no sentido de nossa affirmação.

Vê-se que a substituição se não abre senão pela sobrevivencia do fideicommissario ao fiduciario. Este facto, ao mesmo tempo que dá nascimento ao direito do fideicommissario, opera a resolução do direito do fiduciario. Pode-se dizer, para exprimir esta ideia, que o fiduciario é proprietario sob a condição resolutive da sobrevivencia do fideicommissario; e como a condição, uma vez cumprida, produz effeito retroactivo, o fiduciario é considerado como se não tivesse sido proprietario dos bens fideicommittidos: isto arrasta a resolução das alienações e outros direitos reaes por elle consentidos, *ex-vi* da regra — *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. O fideicommissario, pois, recebe os bens substituidos, livres de todos os onus estabelecidos pelo gravado.

As condições constitutivas do fideicommisso, portanto, são tres: encargo de conservar, encargo de entregar, estabelecimento duma ordem successiva. A primeira condição tem como resultado collocar os bens respectivos fóra do commercio, feril-os de inalienabilidade, no sentido de que as alienações e constituições de direito reaes, consentidos pelo fiduciario, não podem ser oppostos ao fideicommissario; serão nullos em relação e elle, ou, para usar da linguagem geralmente adoptada pelos auctores, se resolverão pela abertura da substituição. A segunda condição é estabelecida em proveito duma pessoa determinada ou determinavel, não podendo haver fideicommisso si essa condição fôr estabelecida em favor duma pessoa indeterminada. O encargo de entregar deve crear um direito á favor de alguém, em cujo interesse é estabelecido; é necessario um laço de direito que constitua o fiduciario devedor e o fideicommissario credor.

A terceira condição mostra que o fideicommisso suppõe duas disposições á titulo gratuito dos mesmos bens, feitas pela mesma pessoa com ordem successiva, isto é, para produzir seu effeito uma depois da outra: a primeira em proveito do fiduciario e durante a sua vida, a segunda, em proveito do fideicommissario, para o tempo que seguir a morte daquelle, si este lhe sobreviver. Em uma palavra, o testador regula a sorte dos bens fideicommittidos, em sua propria successão em primeiro lugar, depois na successão do fiduciario, designando o successor deste quanto áquelles bens. Na successão do fiduciario, portanto, uma parte dos bens de que ella se compõe é deferida, segundo as regras do direito commum, aos herdeiros designados pela lei ou áquelles que o fiduciario escolheu por seu testamento, e a outra, aquella que comprehende os bens fideicommittidos, segundo uma ordem particular regulada pelo testador. Existe a terceira condição, a *ordo successivus*, quando a propriedade dos bens, que fazem o objecto da disposição pertence successivamente a duas pessoas: o fiduciario é proprietario até a sua morte; neste momento os bens passam ao fideicommissario, que torna-se, por sua vez, proprietario, si sobreviveu ao fiduciario. Um e outro houve o seu direito do testador, mas com esta differença que o primeiro o recebe directamente, o segundo indirectamente, obliquamente.

Taes são os caracteres do fideicommisso: dupla liberalidade dos mesmos bens, feita com ordem successiva, em proveito de duas pessoas differentes e com encargo de conservar e de entregar.

III

O usufructo é o direito real de retirar da cousa alheia, durante um certo periodo de tempo, mais ou

menos longo, as utilidades e proveitos que ella encerra, sem alterar-lhe a substancia ou mudar-lhe o destino.

Algumas vezes, porém, dá-se de accôrdo com o direito romano, o nome de *usofructo* ao direito de gozar, que pertence ao proprietario sobre sua propria causa; e para distinguir este usofructo impropriamente dicto do verdadeiro usofructo, daquelle que existe sobre uma cousa alheia, isto é, em proveito dum outro que não o proprietario, chama-se o primeiro—usofructo *causal*, e o segundo—*formal*. O usofructo do proprietario é causal, *cousalis*, porque tem por causa a propriedade, *quia competit ex causa proprietatis; quia causæ suæ, id est domini junctus est*. Pelo contrario, o usofructo sobre uma cousa alheia, isto é, que pertence a um outro que não o proprietario, é qualificado de *formal*, *quia per se consistit; quia propriam formam habet*.

O usofructo é um direito real, pois o usufructuario se acha em relação directa e immediata com a cousa, o que constitue o character distinctivo do direito real. Entretanto, algumas vezes se diz que o usofructo é um direito *pessoal*; mas, esta locução tem aqui um sentido todo especial. Ella não significa que o usofructo seja um direito de obrigação; não significa que o direito de usofructo esteja exclusivamente ligado a pessoa do usufructuario; mas exprime pura e simplesmente esta idéia que o direito de usofructo reside sobre o usufructuario e morre com elle. Em outros termos, o direito de usofructo não passa aos herdeiros do usufructuario, não é hereditariamente transmissivel. Eis ahi o character essencial do direito de usofructo. Em vista de interesse geral, *ne in universum inutiles essent proprietatis, semper abscedente usufructu*, o legislador quiz que o usofructo não estivesse

perpetuamente separado da propriedade, que se tornaria então um titulo illusorio; é por isso que elle fez do usufructo um direito transitorio.

O usufructo constitue um direito inteiramente distincto da nua propriedade: são dois direitos rivaes, mas de natureza differente, sobre uma mesma cousa. E, por isso, não ha communhão nem por consequencia indivizão entre o nú-proprietario e o usufructuario dum mesmo bem; porque a communhão suppõe dois direitos da mesma natureza sobre uma mesma cousa: não pode, portanto, haver partilha entre o nú-proprietario e o usufructuario.

Constituido o usufructo, o proprietario e o usufructuario se mantêm independentes um do outro, cada um dentro do circulo de seus direitos. Ao proprietario fica a nua propriedade com os direitos que lhe são inherentes; ao usufructuario passa com todos os seus consecutarios o direito de usar e fruir: duas ordens de direitos sobre a mesma cousa, mas distinctos e separados.

III

Definidos assim o fideicommisso e o usufructo, errar-se-hia dizendo que a abertura da substituição reduz o direito do fiduciario a um simples usufructo.

A situação deste, cujo direito se extingue pela abertura da substituição, não é, sobre quasi todos os pontos de vista, a mesma dum usufructuario. Ha entre um e outro differenças importantes, quaes são as seguintes:

a) o usufructo é constituido *vel ab homine, vel judice, vel a lege, vel a prescriptione*; ao passo que o

fideicommisso só pode ser constituído—*ab homine*. Basta abrir o *Corpus Juris*, nos livros relativos aos fideicommissos: estes são tratados sempre como *declarações de vontade* do constituidor, quer *inter-vivos*, quer *mortis causa*.

b) No usufructo ha um desmembramento da propriedade, ao passo que no fideicommisso a propriedade se conserva inteira. Pois, o usufructuario possui, uza e goza uma coisa que está sob o dominio de outrem, de modo que, na noção de usufructo, se destacam estas duas ideias; a) o dominio dum lado—*nuda proprietas*; b) o uso e fructu de outro lado. São duas actividades que se mantem independentes, são dous direitos rivaes. No usufructo fica o proprietario unica e exclusivamente privado da posse, uso e gozo; logo, o outro elemento do dominio, ou a disposição da propriedade, permanece no *dominus* ou titular da *nuda proprietas*. O nú-proprietario, pois, póde dispôr da coisa posta em usufructo, salvo este durante o termo da respectiva constituição; logo ainda, por sua morte, o direito á coisa que está na posse, uso e gozo do usufructuario transmite-se immediatamente á seus herdeiros, em quem, findo o termo do usufructo, se consolidará plenamente o dominio do *de cuius*. Entretanto, o fiduciario é verdadeiramente proprietario, porque a propriedade não póde ficar suspensa. Accresce que os bens, objecto do fideicommisso, não poderiam, durante a condição, pertencer senão ao gravado ou fiduciario, ou ao chamado fideicommissario; mas, não pertencem ao fideicommissario, porque o direito deste está suspenso até o acontecimento que ha de abrir o fideicommisso. Logo, pertencem ao fiduciario.

c) O fiduciario, sendo proprietario, tem um direito de gozar mais extenso que o usufructuario, que

o não é: pode fazer á substancia da cousa certas transformações, que um usufructuario não teria o direito de o fazer.

d) O usufructuario é obrigado, antes de haver a cousa e entrar no exercicio de seus direitos, fazer inventario dos bens fructuarios com especificação do bom ou máo estado respectivo, prestar caução ou fiança de usufruil-os como bom pae de familia. Entretanto, o fiduciario não tem essa obrigação, antes ou depois de haver a cousa e entrar no exercicio de seus direitos, porque lei alguma lh'a impõe.

e) Sendo o fiduciario obrigado a conservar para entregar, é, por isso mesmo, tambem obrigado a fazer as grandes reparações necessarias á conservação dos bens substituidos, embora tenha a faculdade de exigir o reembolso, por occasião da abertura da substituição, das quantias que tiver dispendido para esse effeito. Entretanto, o usufructuario não tem absolutamente essa obrigação.

f) O fiduciario tem direito á bonificação pelo augmento de valor que der aos bens substituidos, fazendo melhoramentos. A recusa expressa de toda indemnisação, que a lei faz ao usufructuario sobre este ponto, deroga ao direito commum, e sua disposição não pôde ser extendida ao fiduciario.

g) Por esse mesmo motivo, o fiduciario tem direito á indemnisação pelas despezas de cultivo e sementes, que correspondem aos fructos pendentes no momento em que se abre o direito do fideicommissario. Entretanto, aquelle direito, por especial disposição legislativa derogatoria do direito commum, o não tem o usufructuario.

h) Um dos modos porque o usufructo se extingue consiste no perecimento ou destruição da cousa onerada. As Institutas de Justiniano nos dão o motivo: *Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum jus*

loli necesse est. Assim, si uma casa acabou, ou se extinguiu, por incendio, terremoto ou pela diuturnidade, extingue-se o usufructo adquirido, a que a mesma estava sujeita, sem que subsista sobre o sólo ou terreno. Mas, se não perece a casa toda, subsiste o usufructo no resto. Donde vem que, se a casa no todo, ou na parte destruida, é reedificada pelo proprietario, não renasce o usufructo, e sómente subsiste na parte não destruida. Accresce que, no caso de perda total, o usufructuario não tem mesmo nenhum direito sobre os restos ou destroços da cousa; deve restituil-os ao nú-proprietario. Assim, o usufructo constituido sobre um rebanho, si este perece totalmente, o usufructuario deve prestar conta dos coiros ao proprietario. Entretanto, o mesmo se não dá exactamente com relação ao fideicommisso.

Pois, ninguem dirá que a destruição ou perecimento duma casa fructuaria, por incendio, terremoto ou pela diuturnidade, acarrete a extincção do fideicommisso respectivo, ou que este não subsista mais sobre o solo: o usufructo se prende apenas á superficie; o fideicommisso se prende á superficie e ao sólo. Demais, si é exacto que o perecimento ou a destruição total da cousa fideicommittida extingue tambem o fideicommisso, em dados casos, si para isso não correu culpa ou dóllo do gravado ou herdeiro (L. 26 § 1.º Dig. *de legat.* 1.º; L. 22 § 3.º Dig. *ad Senatusconsult. Trebellian.*), em todo caso, si alguma cousa resta e pode ser aproveitada, esta pertencerá ao fiduciario, que deverá, realisada a condição, entregal-a ao fideicommissario; facto que, como vimos, se não verifica com relação ao usufructo.

Logo é saliente a differença entre o fideicommisso e o usufructo.

DIREITO CIVIL

Póde revogar-se um testamento por
uma escriptura publica?

Por tres modos permittia a principio o direito romano .que se revogasse um testamento: 1.º) pela destruição voluntaria do acto material em que estavam contidas as disposições testamentarias: 2.º) pelo cancellamento egualmente voluntario de todas as instituições; 3.º) por um novo testamento (fr. 20, *de injusto, rupto, irritato facto testamento*, fr. 1.º § 3.º, *de his quæ in testamento delentur*, Inst. de Jus. § 3.º, *quibus modis testamenta infirmantur*, Maynz, *Cours de Droit Romain*, tom. 3.º, § 394, Accarias, *Précis de Droit Romain*, tom. 1.º, n. 341).

A esse tempo o direito romano não tolerava um acto -oral ou escripto—meramente revocatorio de um testamento.

A razão é que o testamento tinha o character augusto de uma lei, e uma lei só pode ser revogada por outra lei: *lex lege tollitur* (Troplong, *Dona-*

tions et Testaments, tom. 3.º, pag. 540 e seguintes) *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est*, dizia Ulpiano (fr. 35, *de regulis juris*).

Uma constituição de Honório e Theodosio (c. 6.ª C. Th.) modificou profundamente o direito até então vigente: decorrido o prazo de dez annos depois de feito um testamento, reputava-se este revogado, ou *rôlo* (é o termo).

Finalmente, Justiniano estatuiu que, passados dez annos, o testador podia revogar seu testamento, ou por uma simples declaração oral em presença de tres testemunhas, ou por escripto, — *apud acta* (c. 27, *de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur*).

Consequentemente, no direito romano *actual* um testamento não se rompe unicamente pela destruição da cedula, ou pelo cancellamento das instituições, ou por um novo testamento. Expirado o lapso de dez annos (preceito absurdo que nenhuma legislação moderna perfilhou), pode revogar-se um testamento por uma declaração verbal diante de tres testemunhas, ou por uma declaração escripta (*apud acta*).

*
* *

Em relação ao ponto que estudamos, os actuaes codigos das nações cultas dividem-se em duas grandes classes: em uma estão todos aquelles que só facultam a revogação de um testamento por outro testamento, em outra os que permitem um acto expresso meramente revocatorio. Está subentendido que, tratando sómente da questão que nos preocupa, fazemos abstracção neste momento de tudo quanto preceitúam esses codigos sobre a destruição, ou laceramento, da cedula, ou sobre a obliteração das disposições — outros tantos meios de revogar testamentos.

O cod. austriaco (art. 719), o hespanhol (art. 738), o argentino (art. 3827), o da Luisiana (art. 1685), o do cantão de Zurich (art. 1042) e outros só permitem a revogação de um testamento por outro testamento, ou por um acto revestido de todas as formalidades essenciaes aos testamentos.

O cod. francez (art. 1035), o italiano (art. 917), o portuguez (art. 1755), o do cantão de Valais (art. 753), o de Neuchatel (art. 744), o direito inglez (Lehr, *Droit Civil Anglais*, n. 937, pag. 666) admittem expressamente a revogação de um testamento por um acto escripto sem as solemnidades testamentarias.

O código italiano não se satisfaz com as formalidades ordinarias das declarações de vontade; mas, não prescreve as mesmas solemnidades peculiares aos testamentos (C. Lasana, *Le Successioni Testamentarie*, pag. 515).

Muito expresso é o código portuguez, quando estatúe que a revogação do testamento póde ser feita em outro testamento, ou por escriptura publica.

Não esqueçamos que o recente código allemão, alto monumento de saber juridico, dispõe nos arts. 2254 e 2255 que um testamento se revoga por outro, ou pela destruição voluntaria do titulo testamentario, ou quando o testador faz nesse titulo quaesquer *modificações pelas quaes é costume exprimir a vontade de revogar uma declaração escripta.*

Isto posto, os codigos citados da ultima classe não applicam á revogação dos testamentos o brocardo contido no fragmento já transcripto de Ulpiano. «Neste ponto, diz o Sr. Dias Ferreira, não se segue a maxima: *Res eodem modo dissolvi debent quo fuerunt colligatae*, porque não é preciso exigir do testador tantas formalidades quando elle quer voltar á ordem legal da

successão, como quando d'ella quer desviar-se (*Cod. Civil Portuguez Annotado*, vol. 4.º, pag. 169).»

*
* *

No direito patrio não ha absolutamente disposição que permitta, ou prohiba, a revogação de um testamento por escriptura publica (Accordam do Supremo Tribunal, de Portugal, de 2 de julho de 1872, publicado no *Diario do Governo*, n. 167).

A Ord., liv. 4.º, tits. 80 e 84, guarda silencio a respeito deste assumpto.

Dahi o affirmarem alguns que o testamento só pôde ser revogado por outro testamento, ao passo que entendem outros que uma escriptura publica com duas testemunhas é meio efficaz de revogar um testamento.

O sabio Mello Freire não se pronuncia positivamente sobre a questão. Depois de ensinar que um testamento se rompe por outro, feito com todas as solemnidades legaes, diz-nos que a simples revogação em presença de tres testemunhas, decorridos dez annos, não infirma o testamento, por não estar em uso entre nós a Const. de Justiniano. E' evidente que Mello se refere á *revogação verbal*, que Justiniano permittio após o lapso de dez annos, contados do dia em que foi feito o testamento (*), e não da revogação, como suppõe Mello (*Inst. Jur. Civ. Lusit.*, liv. 3.º, tit. 5.º, § 49).

Lobão sustenta galhardamente o pró e o contra.

E' este um dos pontos em que o assombrosamente erudito causidico beirão de tal n.odo se contradiz na sua chilra algaravia transmontana, que bem justifica a hyperbole candente com que o espirito me-

(*) Mainz, *loco citato*.

thodico e lucidamente systematisador de Alexandre Herculano estigmatizou essa «pilha de volumes repletos de erudições gravíssimas, pesadíssimas, pedantíssimas, onde o pró e o contra das opiniões dos juriconsultos se acham accumulados por tal arte, que a leitura dessas dezenas de *in quartos* é o meio mais seguro de se não saber qual é o verdadeiro direito na maior parte das materias juridicas.»

Nas «Notas a Mello» escreve Almeida e Souza: «subsiste o testamento, ainda que o testador perante sete testemunhas diga que não quer valha a sua disposição ou testamento, menos que ou não faça outra ou passem dez annos (*aliter de usu hodierno*, Stryk. *Us. mod.*, L. 28, T. 3, § 7) depois do assim revogado testamento (e não do dia dessa declaração).» Affirma-se, pois, nesse trecho que só por outro testamento póde revogar-se um testamento (vol. 3.º, pag. 287 edição de 1883).

Entretanto, nas «Segundas Linhas» (vol. 3.º, pag. 166, edição de 1868), depois de firmar o principio de que «toda a materia da revogação do testamento se funda na verosimil vontade do testador, não só expressa, mas ainda tacita por conjecturas e indicios» disse Lobão: «Nem ainda basta que um testador diga simplesmente perante sete testemunhas que quer que não valha um testamento, que não abre nem rasga, e conserva intacto, para só por isso se subentender revogado, *se juntamente não accrescenta (e assim se prove) que não quer que valha, porque quer morrer abintestato.*» Parece claro que, feita essa declaração de que o testador quer morrer intestado, está revogado o testamento, posto que não seja feito outro testamento.

C. Telles e Coelho da Rocha são categoricos: para ambos uma escriptura publica com duas testemunhas é meio efficaz de revogar um testamento.

Eis as palavras do sabio auctor do «*Digesto Portuguez*»: «Tambem se pode revogar qualquer testamento, fazendo o testador escriptura em Notas, em que declare querer revogar o testamento feito, sendo a escriptura assignada pelo testador, e por duas testemunha além do tabellião (vol. 3.º, n.º 1883).»

C. da Rocha não é menos explicito: o testador póde até á sua morte revogar o seu testamento por meio de outro testamento posterior, valido e legal, ou «por outro acto solemne feito por tabellião, e assignado pelo mesmo testador e duas testemunhas (*Direito Civil*, vol. 2.º, § 724).»

Liz Teixeira (que não tem a autoridade de nenhum dos dois jurisconsultos acima citados) tambem opina que «póde qualquer revogar, ou romper, o testamento por declaração tomada por tabellião, sendo a escriptura assignada, além deste, pelo testador e mais duas testemunhas (*Curso de Direito Civil*, vol. 2.º, pag. 345).»

Teixeira de Freitas (Nota ao art. 1.142 da *Consolid.*) ensina que um testamento se revoga por outro valido posterior, ou por agnação do posthumo. Nas notas ao § 113, 2.º, do *Tratado dos Testam.*, de Gouvêa Pinto, reproduz a citada nota da *Consolidação*, e transcreve egualmente os paragraphos em que se contém a doutrina de C. Telles e C. da Rocha, sem commentarios ou observações de especie alguma.

*
* *

Fallece-nos o subsidio da jurisprudencia patria sobre a questão. Pelo menos, não nos foi possivel descobrir casos julgados que manifestassem uma corrente determinada de doutrina.

Poderíamos appellar, o que já fizemos em parte, para a opinião commum dos doutores, que a Ord.,

liv. 3.º, tit. 64, § 1.º, manda observar na falta de leis patrias, costumes e estylos,—Ord. que não foi derogada neste ponto, nem pela lei de 18 de agosto de 1769, nem pelo alvará de 28 de agosto de 1772, que proscreveram apenas as opiniões de Accursio, Bartholo e Irnerio (*Codigo Philippino*, por Candido Mendes, notas ao § citado, pags. 664. e 665).

Mas, ainda ahi pouco seria dado respigar, cumprindo ponderar sómente que os jurisconsultos posteriores a Mello e Lobão que tratáram expressamente da questão que nos preocupa sustentáram a revogabilidade de um testamento por umá escriptura publica, como já mostrámos.

* * *

Aquelles que opinam pela inefficacia da escriptura partem da erronea supposição de que em direito romano um testamento só se revoga por outro. Assim foi no antigo direito. No direito justiniano, porém, bastavam tres testemunhas ou um escripto — *apud acta* para a revogação do testamento.

Ora, si no proprio direito romano, quando o testamento foi perdendo o character de lei, não mais se respeitou o principio formulado por Ulpiano no já citado fragmento—«*nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est*»—, como pretender que vigóre esse principio no direito patrio, em que pela lei de 25 de junho de 1766 e especialmente pela de 9 de setembro de 1769 declarou o legislador preferir a successão legitima, por ser mais conforme á razão natural? Note-se que no preambulo da citada lei de 9 de setembro foi expressamente declarado que o *espirito* da nossa legislação em materia de successão é *diametralmente opposto* ao da le-

gislação romana, na qual o principio dominante era o consagrado na *lei das XII Taboas*: *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*, dando-se, pois, preferencia em direito romano á successão testamentaria. Note-se mais que o decreto de 17 de julho de 1778, que suspendeu em parte a lei de 9 de setembro, conservou-a em pleno vigor no que concerne ao assumpto que nos preoccupa.

Por outro lado, como ensina Mello (liv. 3.º, tit. 5.º, § 50), reputa-se vigente o direito romano na parte em que permittia o rompimento de um testamento pela laceração da cédula testamentaria, ou pela obliteração das disposições (fr. 20, *de injusto, rupto, irrito, facto testamento*, fr. 1.º, *de his quæ in testamento delentur*). Essa doutrina romana, observa com razão Trigo de Loureiro, é summamente incerta e arriscada, sendo muito mais segura a do cod. civ. francez e das outras legislações que citámos, as quaes admittem a revogação por uma escriptura publica (*Inst. de Dir. Civ. Brazil.*, § 379).

Si o testador consulto, diz Lobão, cancellou, obliterou, rasurou seu testamento, ou riscou a sua subscrição e a das testemunhas, julga-se o testamento revogado no todo (*Segundas Linhas, Dissert.*, vol. 3.º, pag. 177 da edição de 1868). Ora, é intoleravel puerilidade permittir a revogação por esse modo, e vedal-a por escriptura publica.

Demais, obrigar o testador a fazer novo testamento para revogar um anteriormente feito pôde ser muitas vezes um grave constrangimento. E' possivel que tenha motivos reservados para não fazer novo testamento, para nutrir a vontade de morrer intestado. Si o testamento é cerrado ou mystico, ou aberto por escripto particular, e perdeu-se, ou foi substrahido,

como revogal-o *meramente*, a não ser pelo meio que nos parece acceitavel?

No direito patrio mais do que em qualquer outra legislação tem cabimento o preceito enunciado pelo Sr. Dias Ferreira: não é preciso exigir do testador tantas formalidades, quando elle quer voltar á ordem legal da successão, como quando d'ella quer desviar-se.

A successão legitima é da indole do nosso direito.

Por todas essas razões abraçamos a opinião de C. Telles e C. Rocha: um testamento póde ser revogado por uma escriptura publica.

Bem sabemos que não faltam juristas que irreflectidamente reproduzem a opinião contraria como doutrina incontroversa. Assim procedendo, elles fazem como as andorinhas de que nos falla Alexandre Caetano Gomes no seu *Manual Pratico, Judicial, Civil e Criminal*, as quaes, quando uma vôa, vôm todas.

S. Paulo, 18 de outubro de 1897.

Dr. Pedro Lessa



PROSTITUIÇÃO. POLICIA DE COSTUMES. LENOCINIO



Quid sordidius, quid inaniu decoris et turpitudine plenius meretricibus, lenonibus ceterisque hoc genus pestibus dici potest? Aufer meretrices de rebus humanis turbaveris omnia libidinibus.

S. AGOST. de Ordine II, 12.

O problema da prostituição considerado como phenomeno social, fatal e necessario, tem consumido o tempo a grandes pensadores, que para o seu estudo collocaram-se acima de todos os preconceitos filhos de um falso pundonor daquelles que vendo o perigo, conhecendo mais ou menos a sua causa, voltaram-lhe o rosto n'um *laissez faire, laissez passer* de indisivel despreso, como cousa indigna de ser estudada, como um mal que não valia a pena remediar.

A despeito, porém, de tudo quanto se tem dito e escripto sobre o assumpto elle continúa insolúvel, desafiando a competencia dos que como PARENT-DUCHATELET, CARLIER, LACOUR, ACTON, VINTRAS, JEANNEL e outros desceram ao *bas-fond* da sociedade, per-

correram os prostibulos, estudaram um a um os typos que compõe esse mundo á parte e deram-nos a noticia de seus costumes, de suas leis, já anteriormente desvendados pelos classicos gregos e romanos, mas de que não tinhamos exacto conhecimento pela pouca vulgarisação das suas obras.

A fatalidade do phenomeno da prostituição é innegavel para todos aquelles que, buscando a sua origem, veem-n'a perder-se na immensidade dos tempos.

Elle, como o crime, é um resultante de factores anthropologicos, physicos e sociaes.

PARENT-DUCHATELET já disse:

«Les prostituées sont aussi inevitables dans une agglomeration d'hommes que les égouts, les voiries et les dépôts d'immondices.»

A sua necessidade explica-se pelo derivativo que offerece ás excitações genesicas muito intensas, que sem ella não respeitariam, talvez, nem a infancia, nem o lar domestico.

E' o que pensava S. AGOSTINHO ao proferir as palavras que citámos em começo e que tanta indignação causaram a FIAUX (*).

Mas, si assim consideramos a prostituição, como devemos tratá-la? Abandonar completamente para que ella se manifeste com todos os seus horrores, toda sua hediondez, toda sua podridão? Reconhecê-la como instituição licita e portanto regulamental-a? Ou finalmente reprimil-a com toda energia, como um dos mais terriveis flagellos da humanidade?

(*) FIAUX, La maison de tolerance.

Eis os tres aspectos da questão que ainda hoje preocupa o mundo civilizado, especialmente a França, que de ha muito tinha se decidido pelo segundo alvitre.

Os que opinam pelo abandono da prostituição a si mesma consideram-n'a como uma questão de moral individual com que o Estado nada tem que ver, *a menos que ella se manifeste de modo a perturbar a ordem publica e prejudicar os direitos de outrem.*

A hypothese, porém, de não perturbar a ordem publica e os direitos de outrem é inadmissivel, sem que haja severa fiscalisação do poder publico.

Todo ataque á moralidade publica envolve uma offensa á ordem, bem como toda offensa á ordem publica prejudica os direitos da collectividade e de cada um dos membros que a compõem.

Cada cidadão tem o direito de se fazer respeitar e de não consentir que a todo momento a sua pessoa seja ultrajada com exhibições impudicas, com as scenas publicas de deboche, com espectaculos da mais revoltante devassidão e lubricidade.

A tendencia natural do vicio é de alastrar-se n'um *crescendo* que tudo levará de vencida, si não se lhe oppuser uma barreira, que contenha os seus impetos.

Haja vista para o que se dava nesta Capital: o jogo teve tal incremento que S. Paulo estava transformado, por assim dizer, n'um novo Monte-Carlo, attra-hindo de todos os pontos, mesmo do estrangeiro, os individuos que pretendiam obter pela sorte aquillo que o trabalho honesto não lhes daria em pouco tempo.

Os trens de ferro viviam repletos de *alabamas*, agenciadores de freguezes para as casas de jogos!

A libertinagem assumiu taes proporções, a desfaçatez das mulheres publicas era tal, que tivemos ruas inteiras por onde era impossivel o transito de familias e pessoas honestas.

A prostituição por ser fatal não deixa de ser susceptivel de modificações favoraveis á moralidade publica.

Quem olhar para o passado, quem quizer levar os seus estudos ás epochas mais remotas, verá com justo prazer que nos tempos modernos, nos logares onde impera com mais violencia a devassidão—Londres—por exemplo, não existem as saturnaes, que abundavam no mundo antigo; e, por certo, essa evolução tão propicia não foi produzida pelo systema abstencionista.

Os partidarios da repressão consideram a prostituição como uma infracção, a cujas penas estão sujeitas as mulheres que a ella se entregam.

Este systema, além de inefficaz, encerra uma grande injustiça.

A prostituição, como diz L. BRIDEL, é um facto duplo que suppõe naturalmente dois agentes: a mulher que se entrega pelo dinheiro, e o homem que a compra.

E' impossivel a prostituição da mulher sem a coparticipação do homem, que na generalidade dos casos é a sua causa directa ou indirecta.

Punir um sem punir o outro, seria a mais clamorosa injustiça, por isso que a repressão recahiria sobre a parte mais fraca.

Estamos mui longe de admittir com varios escriptores que a mulher foi creada para o homem e não este para aquella.

Demais, si debaixo do ponto de vista social, é reconhecida a conveniencia da prostituição, toda repressão seria um contra-senso.

Resta a terceira opinião, isto é, daquellés que a consideram uma cousa inevitavel, *um mal necessario*, e que portanto deve ser tolerada, mas neutralizada com medidas administrativas mais ou menos severas relativamente ás mulheres.

Este systema tem sido adoptado na França, na Belgica, na Italia, na Republica Argentina, etc.

Tal systema, porém, é o que se póde chamar em linguagem clara -- **CAFTISMO OFFICIAL**. Basta para isso examinar o que seja nesses paizes uma casa de tolerancia, cuja organização é delineada pelo poder publico, cuja direcção é entregue a uma mulher da confiança da policia, que tambem organisa a tabella dos preços donde sae uma quota que, como na Italia, vae engrossar a receita orçamentaria do governo! (*)

Maior ataque á liberdade individual não é possível: a mulher recolhida a uma casa de tolerancia torna-se escrava das *abbadessas*, a quem entrega as gratificações que recebe, embora aquella, á entrada, já tenha recebido do visitante o imposto devido; não póde sahir á rua, não tem a liberdade e o direito de escolha; é uma machina de satisfazer os appetites dos homens e produzir dinheiro ás felizes donas de casa.

(*) IVES GUYOT—La prostitution, pag. 77.

A's mulheres que vivem isoladas é prohibido residirem em certos e determinados pontos, especialmente nas immediações de estabelecimentos publicos, collegios, igrejas, quartéis, etc.

Muitas outras medidas restrictivas da liberdade, e sem utilidade apreciavel para a moralidade publica, pezam sobre as infelizes, não fallando, attento o ponto de vista em que nos collocamos, nas medidas hygienicas, sempre é bom declarar, unilateraes.

O spectaculo que as mulheres publicas davam nesta Capital, escandalizando a nossa sociedade, enchendo de pasmo os nossos hospedes, depondo contra os nossos costumes, envergonhando-nos aos olhos do estrangeiro, reclamava uma prompta intervenção da policia.

Qual, porém, o caminho a seguir, de modo a garantir a efficacia dessa intervenção?

Si é verdade que á Policia falta competencia para regulamentar a prostituição, que, embora de modo indirecto, é até punida pelo Cod. Penal, art. 399; é tambem fóra de duvida que lhe corre o dever, assiste-lhe a obrigação de prevenir e reprimir toda infracção ao art. 282, isto é, toda offensa á moral e aos bons costumes.

Para a consecução deste fim foram dadas instrucções aos guardas de policiamento, e recommenidou-se ás mulheres publicas:

a)

«Que não são permittidos os hoteis ou conventillos, podendo as mulheres publicas viver unicamente em domi-

cilio particular, em numero nunca excedente a tres.»

A razão desta medida está na obrigação que tem a policia de impedir o *caftismo*, com o qual as mais prejudicadas são as infelizes mulheres.

Desde que vivam em domicilio particular não ficam sujeitas á tyrannia das hoteleiras, cujo verdadeiro mistér consiste na exploração dessas miseras creaturas. Longe de ser essa medida uma perseguição ás mulheres publicas, é, ao contrario, uma protecção.

b)

«As janellas de suas casas deverão ser guarnecidas, por dentro de cortinas duplas e por fóra de persianas.»

Em geral, nas ruas Libero Badaró, Benjamin Constant, Senador Feijó, Quintino Bocayuva, Theatro, Quartel e Esperança, as casas dessas mulheres são baixas, de modo que quem passa na rua é sempre testemunha das scenas de immoralidade, que alli se desenrolam. Demais, basta o desalinho em que ellas costumam estar, para justificar essa medida.

c)

«Não é permittido chamar ou provocar os transeuntes por gestos ou palavras e entabolar conversação com os mesmos.»

O que mais escandalisava o publico era o facto dessas mulheres, com especialidade as polacas, collocadas á porta ou á janella, chamarem a todos que passavam, sem distincção de classe, de posição, de

idade, e sem o minimo respeito para com as familias visinhas ou transeuntes.

Pelo desenvolvimento que isso tomava, viamos que S. Paulo, em breve, levaria a palma á Capital Federal, onde esses escandalos tocam as raias da mais revoltante indignidade.

Era justamente á noite que taes factos se davam. Durante o dia, naturalmente, pelo cansaço dos excessos nocturnos, essas scenas eram muito mais raras; as mulheres pouco appareciam á janella, e mesmo a fiscalisação tornava-se mais facil.

Para garantia dessa medida e como complemento

d)

«Das 6 h. da tarde ás 6 da manhã nos mezes de Abril á Setembro inclusive, e das 7 h. da tarde ás 7 h. da manhã nos demais, deverão ter as persianas fechadas, de modo aos transeuntes não devassarem o interior das casas, não lhes sendo permittido conservarem-se ás portas.

e)

«Deverão guardar toda decencia no trajar uma vez que se apresentem ás janellas ou saiam á rua, para o que deverão usar de vestuarios que resguardem completamente o corpo e o busto.»

Nas ruas acima referidas, as mulheres saham em trajes menores, em mangas de camisa, com os seios á mostra, e, nesse estado, visitavam-se, atravessando as ruas.

f)

«Nos theatros e divertimentos publicos que frequentarem deverão guardar todo recato, não lhes sendo permittido entabolar conversação com homens nos corredores ou nos logares em que possam ser observados pelo publico.»

Esta medida de ha muito era reclamada. A desfaçatez dessa gente nos theatros impedia muitas familias de lá ir e indignava as que lá iam.

Nada mais justo do que exigir-se mais um pouco de recato, tanto mais que para os que sentem o prurido de conversar com mulheres nos logares publicos, existem os botequins, os gabinetes reservados, etc.

Essa medida, que tanta celeuma levantou por parte dos escandalosos, está muito longe das existentes em certos paizes da Europa, e principalmente na Italia, onde as mundanas não têm entrada nos theatros. (*)

Tendo apparecido algumas divergencias na interpretação das ordens policiaes devido á diversidade do pessoal incumbido desse serviço, pessoal esse que não podia deixar de ser renovado quotidianamente, julgamos necessario reduzir á escripto e publicar essas instrucções sob o titulo de REGULAMENTO PROVISORIO DA POLICIA DE COSTUMES.

Cada exemplar desse Regulamento seria rubricado e numerado pelo Delegado e entregue ás mulheres.

Para evitar duplicatas, foi creado um livro, em que ficam registrados os nomes, idades, nacionalidades, etc., e o numero do Regulamento que cada uma recebeu.

Cousa notavel! Enquanto o Regulamento foi verbal, os applausos foram geraes; reduzido á escripto e publicado, de toda parte surgiu uma grita de condemnação!

Os partidarios da doutrina do *habeas-corpus*— começaram a bradar pelo attentado á liberdade individual e *de industria*, contra a iniquidade, contra o vexame, contra a exorbitancia, contra a incompetencia da policia, para sem lei alguma regulamentar uma instituição não reconhecida, etc. (*)

Na campanha systematica e apaixonada contra o Regulamento não escolheram meios, nem modos: ao lado do tom de seriedade e ridiculo, a ironia, a entriga, as invectivas. No seu ardor desusado não se apercebiam:

1.º que a Policia de S. Paulo NÃO REGULAMEN-
TOU A PROSTITUIÇÃO; expediu simplesmente instrucções preventivas contra os ataques PUBLICOS á moral e aos bons costumes, que pareciam não existir mais nesta Capital;

2.º que a Policia, cuja missão é principalmente preventiva, tinha competencia e obrigação até de intervir, de modo a garantir a paz das familias, o decóro publico, a moralidade das ruas.

3.º que a liberdade individual não é principio sem restricções. Invocar em favor dos viciosos os sagrados direitos da liberdade individual, é dar provas de muita ignorancia, é pregar a dissolução dos costumes, é fazer a apologia do crime.

(*) Não seria extranhavel que a Policia tomasse a si a tarefa de regulamentar a prostituição: nos paizes onde existe regulamentação, ella foi feita, com excepção da Italia, em que a materia é regida pelo art. 86 da lei da segurança publica de 20 de Março de 1855, por deliberação exclusiva dos prefeitos de policia e burgo-mestres.

O Regulamento tem sido cumprido á risca, sendo de notar, porém, que elle só é distribuido pelas mulheres que escandalizam o publico ou contra as quaes ha queixas; tanto que apenas receberam o Regulamento duzentas e vinte mulheres publicas, em cujo numero exercem supremacia as que habitam o celebre Becco dos Mosquitos, e as não menos celebres polacas.

Tem-se accusado a policia de, com a repressão da prostituição, ter acoroçoado os attentados ao pudor: a ella attribue-se o grande numero de defloramentos que têm havido.

A accusação, porém, pecca pela base.

Conter dentro dos limites da possivel decencia as mulheres publicas, não é reprimir a prostituição.

O systema, que adoptamos relativamente ao assumpto, é o preconizado pelo maior inimigo da regulamentação existente na França, o profundo IVES GUYOT.

Respondendo a uma objecção de JOSEPH PRUDHOMME, assim se exprimio:

«Ici la police a une fonction, ou plutôt elle doit exercer, a cette occasion, sa réelle fonction au point de vue de la voie publique: maintenir la circulation.

Les prostituées peuvent gener et empecher la circulation dans certains quartiers, á certains endroits; soit. Alors la police doit intervenir, mais comment? Non pas en faisant une rafle, une razzia, avec une brutalité violent, dont les effects ne dureront qu'autant que la crainte qu'elle inspire, mais au contraire, avec methode et perseverance.

Un coin de rue est envahi par les prostituées.

Il faut y envoyer un certain nombre de gardiens de la paix en uniforme, sous la surveillance d'un sous-brigadier ou d'un brigadier, avec l'unique consigne d'empêcher tout stationnement d'hommes ou de femmes. Il faut qu'ils y restent pendant un nombre de jours assez long pour rompre les habitudes acquises. On peut être sûr que les femmes s'éloigneront vite d'un lieu où elles trouveront des gardiens de la paix au lieu des clients, et ceux-ci les suivront. La police aura atteint son but. Que se l'on objecte qu'elle aura à recommencer la même besogne sur un autre point, nous ne contestons pas : mais son rôle est de recommencer tous les jours la besogne de la veille.

Elle ne supprimera pas la prostitution par ce moyen est clair ; mais elle aura désencombré le point encombré, et ainsi elle aura rempli sa tâche et satisfait au vœu de « balayer le trottoir ». Si matériellement on ne balayait le trottoir qu'une fois par hasard, il serait toujours sale ; de même la besogne de la police ne doit pas être accidentelle, elle doit être permanente.

Je suis convaincu que son action perseverante sera si efficace que ceux que demandaient le plus haut qu'on désencombrât les trottoirs des femmes se-

ront les premiers a demander qu'on les
desencombre des gardiens de la paix.»

Demais, pela estatística dos defloramentos, se verifica que no primeiro semestre deste anno, quando ainda não estava em vigor o Regulamento, houve desenove defloramentos e estupros, tantos quantos se deram no segundo semestre, em que elle já era executado.

Tambem não pôde ser carregado a conta do Regulamento o exodo de mulheres que têm ido para o interior, antes deve elle ser attribuido a perseguição que move a policia aos castens, que, acossados aqui e impossibilitados de fiscalisar o serviço e a renda das suas *marmitas*, obrigaram-n'as a retirarem-se para o interior, onde estão mais á vontade.

Na execução do Reg. tem havido abusos e mal entendidos por parte dos agentes inferiores, mas esses abusos inevitaveis, como são, já pela natureza do serviço, já pela falta de um pessoal de primeira ordem, não pôdem auctorisar a revogação dessas medidas inquestionavelmente salutaes.

«Nous savons, au contraire, tous les jours, l'abus qu'elle en fait et, dans la circonstance actuelle, ce serait cet abus qu'il faudrait redouter. Mais si grand que puisse être cet abus, il vaut beaucoup mieux que le regime de la police des moeurs» (*).

Nós diremos: esses abusos, que são sempre punidos, são preferiveis á devassidão publica, aos escandalos que tanto nos envergonhavam.

(*) IVES GUYOT refere-se ás casas de tolerancia.

A nossa obra foi salutar, os seus effeitos breve se fizeram sentir, e a propria imprensa, que reclamava contra o Reg. e tyrannia das suas disposições, acabou por capitular.

O *Diario Popular* em um dos seus numeros do corrente mez, noticiando os factos escandalosos, que tem occorrido em algumas cidades do interior, convida as auctoridades locaes a terem as vistas sempre voltadas para esta Capital, onde já se respira alguma moralidade; e referindo-se a factos que se deram na rua da Assembléa, pergunta si já não está em vigor o Regulamento *que tão bons resultados tem dado*.

A *Platée*, em primoroso artigo editorial; reclamando contra certos abusos, fez a apologia das nossas medidas.

Folha imparcial e por isso insuspeita, o seu artigo tem o grande merito de dizer com toda exactidão o que era S. Paulo antes do Regulamento de Costumes, e o que é hoje.

As suas palavras, portanto, respondem de modo claro e terminante a tudo quanto se tem dito contra a Policia, e é justamente por isso que tomamos a liberdade de trasladal-as para aqui.

«Prestou real serviço a S. Paulo o Snr. Dr. Xavier de Toledo, dispondo-se, quando ainda não repousava da immorredoura campanha contra as casas de tavolagem, a encetar outra não menos difficil, qual a de combater e reprimir os desmandos das mulheres da vida airada, que nas ruas centraes, nos theatros, nas festas e nos divertimentos publicos, incommodavam e até impediã as familias de comparecer aos pontos de reunião mais visitados, ou ás diversões de de maior concurrencia.

Terminaram as exhibições de bustos semi-descobertos, nas saccadas, nas janellas dos alcouces, e dos predios habitados pelas cortezãs; findaram as obscenidades das conversas grosseiramente travadas em alta voz, a algazarra quotidiana, os conflictos de todo momento, extinguindo-se completamente a provocadora ostentação do terrivel mal, cujos effeitos mais funestos, se cuidava de destruir.»

E' quanto basta para termos a consciencia tranquilla e satisfeita.

A repressão do castismo foi logo uma das nossas primeiras preoccupações.

Apezar da inefficacia da nossa lei criminal que assegura a impunidade a essa classe detestavel de parasitas sociaes, descrentes do resultado de nossa campanha, nem por isso deixamos um momento de proseguir nos meios indirectos de que póde lançar mão a Policia para estirpar esses cancos.

A principio viviam elles abertamente, accintosamente, a explorar as infelizes mulheres, sem ao menos procurar apparentar honestidade no meio de vida.

Foi somente depois de encetada a guerra sem treguas que elles, para se furtarem a acção da justiça, trataram de abrigar o seu verdadeiro mysterio sobre a capa de negociante de moveis, alfaiatarias, agencias de negocios, charutarias, etc., etc.

Todo casten é jogador, e todas as vezes que tivemos de dar busca em seus clubs, ás ruas Senador Feijó n. 30, Quintino Bocayuva n. 48, Gloria, etc., os apanhámos em flagrante.

Logo aos nossos primeiros passos estabeleceu-se uma debandada dos castens para o Rio de Janeiro, para o interior, para Buenos-Ayres e Montevideo, mas mesmo assim, apezar do attenuado, o castismo ainda existe e existirá nesta Capital pelo menos emquanto o poder competente não nos dê leis aptas para sua completa extirpação.

Oxalá o Congresso Nacional approve o projecto do Cod. Penal, que neste particular nos parece muito acceitavel.

Dr. Candido Motta



ELOGIO HISTÓRICO
DO
Desembargador Aureliano Coutinho
proferido em Sessão Magna
DO
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE S. PAULO
EM 7 DE SETEMBRO DE 1897
PELO
Dr. Raphael Corrêa da Silva Sobrinho



Meus Senhores:

«A morte é terrível, ainda quando disere golpes tardios em vidas longamente exgottadas; quanto mais quando ella ceifa, em plena florescencia vidas que estão no arrebol da alegria, ou quando em plena maturidade, vidas que se estão desentra- nhando em fructos de suados labores.»

Quem disse estas palavras, meus senhores, foi um orador sagrado, a quem a França civilisada e catho- lica dá presentemente uma das mais altas tribunas. E o disse em conjunctura das que mais aterrorisam o espirito humano! Uma assembléa de caridade era

o povo que alli se achava! Sem distincção de edades, affirma se que o que havia em Paris mais opulento de bens da fortuna, mais selecto no sangue, mais levantado nas sciencias e nas lettras, mais notavel na politica, mais acendrado nas praticas da religião, tudo alli se achava congregado para fins celestes!

E para que a physica e a chimica se achassem de mão commum com a architectura e a pintura, na decoraçãõ desse theatro de humanas grandezas, um novo invento, um novo gaz illuminante, o acetyleno, havia de afinar, no mais apurado gosto, o esplendor daquelle spectaculo. Pequenez das humanas grandezas! O tom mais radiante de suas festas, em um relance mais veloz que o pensamento, converteu tudo no mais pesado e tenebroso lucto!

A morte, o mais certo dos eventos fataes de tudo o creado; a morte, o mais quotidiano dos successos da Natureza em suas variadas manifestações; a morte, esse mysterio que desde a infancia, antes de o podermos definir, comprehendemos com firmeza; esse factõ que, no scenario do mundo, todos os dias se reproduz, é o unico acontecimento que não amolga a nossa sensibilidade, é o unico que, apesar de velho e repetido, sempre é novo e interessante!

E' o interesse da morte, principalmente, que hoje aqui nos traz congregados.

O Instituto dos Advogados de S. Paulo dá-me o encargo de dizer de um morto: fal-o-ei em brevissimas palavras, que a minha incompetencia sujeita desde já á benevolencia do vosso juizo.

O desembargador Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho nasceu na cidade do Rio de Janeiro, aos 19 de Janeiro de 1847. Seus paes foram o visconde e a viscondessa de Sepitiba: aquelle, senador do Imperio, tinha o nome que poz a seu filho; aquella, d. Narcisa Emilia de Andrada Vandeli de Oliveira Coutinho. O visconde e a viscondessa de Sepitiba, por sua vez, já eram filhos de pessoas eminentes da Monarchia brasileira. O visconde era filho de um coronel de engenheiros do mesmo nome, e a viscondessa nasceu do consorcio de Alexandre Vandeli com d. Carlota de Andrada, filha do celebre José Bonifacio, cognominado o Patriarcha da Independencia.

Vandeli foi aquelle celebre naturalista, um dos mestres que souberam implantar tão fundo no espirito do Senhor D. Pedro II esse requintado amor pelas lettras, um dos titulos de grandeza com que passou immortal para as paginas da Historia o nosso venerando Monarcha.

Os primeiros estudos do desembargador Aureliano Coutinho foram feitos em sua cidade natal, sob a direcção do conselheiro Adolpho Manoel Victorio da Costa, educador de grande nomeada, que tem seu nome perpetuado na gratidão dos homens de saber. Iniciados no Collegio Victorio, foram seus estudos completados no Seminario ou Collegio do Caraça, em Minas Geraes, estabelecimento de ensino primario, secundario e superior, como sabeis, de primeira linha no Brasil, donde têm sahido preparados para os cursos superiores das Academias muitos dos ornamentos da nossa Patria e muitos theologos, pregadores e prelados da Egreja Brasileira.

Em 1866, matriculou-se na Faculdade de Direito desta cidade, da qual sahiu formado em 12 de novembro de 1870.

No anno seguinte, casou-se com a exma. sra. d. Joanna Delphina Victorio da Costa, filha do conselheiro Victorio, seu antigo preceptor. Houve deste consorcio sete filhos, dos quaes cinco são vivos, sendo tres formados por esta Faculdade de Direito.

Até aqui, a vida interior, digamos assim, do desembargador Aureliano Coutinho.

Começa a sua vida exterior quando estréou advogado no Rio de Janeiro, á sombra e sob as luzes do conselheiro Francisco Octaviano de Almeida Rosa.

Dahi é que sahiu nomeado juiz municipal do termo do Amparo, da provincia de S. Paulo, onde fez o quatriennio que o habilitou para o alto posto, que então era, de juiz de direito.

Foi sua primeira comarca a da cidade do Prata em Minas Geraes, isto pelo anno de 1877. Em 1879, teve a remoção para Barbacena e dahi é que foi nomeado chefe de policia da Côrte e cidade do Rio de Janeiro. Não hei por mal empregado nem ocioso o dizer perante os meus illustres socios do Instituto o que vale para a nomeada de um tal varão o cargo de chefe de policia da capital do Imperio.

Na tradição, sempre e severamente guardada de se tirarem para taes postos os magistrados juizes de direito, o cargo de chefe de policia da Côrte representava, pôde-se affirmar, uma tal confiança do Monarcha e uma tal intimidade com o Ministerio, que não é muito encarecer o asseverar que bem equivalia á posição de ministro de Estado.

Não faltam qualidades no illustre morto, de que me occupo, sobre as quaes possa e deva me deter: todavia, sem abusar de vossa benevolencia, faço conta commigo que não falo e escrevo só para os socios

do Instituto, e, por isso, não temo parecer sobejo com particularisar taes cousas.

Imagino que minhas palavras auctorisadas pela investidura com que fui honrado serão com o vosso assenso parte millionesima da historia deste paiz; por isso, na minha posição e no presente, antes quero ser reprehendido por qualquer outra falta, do que ser colhido na culpa de curto na exposição e confuso na materia que tenho a cargo explanar.

De chefe de policia passou a exercer de novo a magistratura, na cidade de Taubaté, em cuja comarca foi provido, em Dezembro de 1882, logar que occupou com brilho para si e magno provento para os seus jurisdicionados até o anno de 1889, retirando-se, então, para S. Paulo e tendo sido declarado avulso.

O desembargador Aureliano Coutinho houve-se como poucos na cadeira de magistrado. Um discernimento grave, que só a solidez dos primeiros estudos póde grangear, e um fundo de bôa litteratura, que conquistou na juventude e que soube ampliar na idade viril, abriram aos seus talentos uma carreira sem tropeços.

Que mais quizeramos, se devessemos de antemão assignalar os dotes do juiz; que mais quizeramos achar, além do que encontrámos neste egregio magistrado? Aquelle fervor sempre constante, nunca desfallecente, que se chama o zelo da justiça; aquelle ignorar quem sejam os pleiteantes e que se traduz pela palavra desinteresse; aquella ancia no trabalhar e que traz como consequencia o ser assiduo ao tribunal ou ás audiencias e expedito nos despachos; aquella inteireza de animo, qualidade primordial, formada, ella só, de um conjuncto de predicados concorrentes, como sejam, por exemplo, a consciencia da responsabilidade, a clareza da percepção das questões, a firmeza de

vontade, no decidir, o amor á sua toga; tudo se encontrou no desembargador Coutinho.

Declarado avulso, a seu pedido, foi nomeado gerente da Caixa Filial do Banco do Brasil nesta cidade. E quando o Banco Constructor e Agricola adquiriu a Caixa Filial, mereceu o desembargador Coutinho os maiores encomios da directoria do Banco do Brasil, pelo bem que geriu o estabelecimento que lhe entregaram. Isto foi em 1891, anno em que foi nomeado lente da Academia de Direito de S. Paulo, com assento na cathedra de Historia do Direito. Ainda neste mesmo anno, foi eleito deputado á Assembléa Constituinte do Estado de S. Paulo. Incluído seu nome na lista dos candidatos, assim como não fôra ouvido, ou consultado, não se julgou obrigado a tomar a cadeira que lhe deram. Tomou-a, porém, menos lisongeadado da honra que uma tal posição lhe trazia, do que impellido pela força instante dos amigos, que solicitavam seu concurso. Está vivo na memoria de todos como passaram tempestuosos, pejados de crises, fartos de luctas dilacerantes, os primeiros tempos do novo regimen politico neste Estado. Foi dissolvida a Assembléa por um novo governo, que até agora a historia ainda não disse se surdiu á tona das aguas revoltas em nome da ordem, ou em nome de algum outro principio. E' certo que o desembargador Coutinho teve neste passo de sua vida e de companhia com muitos amigos um dos escarmentos mais pungentes do que podem as paixões politicas, as ambições do governo, e, sobretudo, a carencia de principios, de par com a ingratição dos homens!

Recuou da politica do modo mais completo: reduziu a orbita de seus labores entre as lides de advogado e de professor de direito. Nos dous utimos annos de sua existencia, a lesão cardiaca, que o havia

de levar da vida terrena, o relegou no seio do lar sem mais lhe consentir que regressasse a sua cadeira na Faculdade e quasi prohibindo de todo as locubrações de advogado.

Houve lugar, porém, assás sufficiente, entre largar a Caixa Filial do Banco do Brasil e ser minado pela molestia, ás manifestações de seu talento, quer na profissão de advogado, quer no magisterio superior.

Cultivou a jurisprudencia tão nobremente na lide da advocacia, como o fizera no remanso da cadeira de juiz. Na sua mente, esclarecida pelo pharol da fé, sempre luziram irmanados os principios da Moral e do Direito, de modo que nunca se compadeceu aquelle culto espirito com a materialidade secca de alguns modernos, que, quando se lhes aventa o sobrenatural, respondem cegamente: *Non cogito*.

Para elle o jurisconsulto foi aquillo que disse Le Trosne, pintando em poucas phrases a altissima profissão dos homens da Lei:

«Aos jurisconsultos é que compete segurar á mão essa balança da Justiça immutavel, da qual nos depára a Justiça humana apenas uma sombra imperfeita e uma imagem de certo modo inanimada. A elles é que cumpre erguerem-se a um tribunal, o qual seja superior a todos que a auctoridade civil póde erigir, e dessa culminancia dictar com rigorosa exactidão os direitos e os deveres dos homens.»

O desembargador Coutinho era de seu muitissimo affeiçãoado á Igreja Catholica. Bebidos na infancia, continuados na meninice e na juventude, os principios christãos operam em a natureza humana o phe-

nomeno de que falla o poeta de Venusa na Epistola a Lollio:

Quo semel est imbuta recens servabit odorem,

Testa diu: Conserva o vaso novo largo tempo o perfume daquillo que primeiro alli guardou-se.

Dest'arte, em todas as conjuncções de sua vida, sempre teve aquelle porte altanado, aquella audacia, filha da convicção sincera, que dava a S. Paulo um certo tom de intrepidez com que affrontava a impiedade. Escrevendo aos romanos, S. Paulo, o Apostolo por antonomasia, dizia:

Non, enim, erubesco Evangelium: eu não me còro do Evangelho.

Lê-se na phrase a convicção do crente.

Colocado na cadeira de Historia do Direito, a cada passo se offercia ao espirito do jurisconsulto azada occasião de patentear a seus discipulos quanto deve a jurisprudencia ao christianismo. Não era só a influencia dos Imperadores, depois de Constantino o Grande, na formação e reformação daquillo que nós hoje chamamos a sabedoria romana. E', sobretudo, nos tempos medievaes, quando o melhor do tempo e das forças das nações era dispendido em guerras perennes, em conquistas por mar e por terra, em invasões improficuas, em verdadeiras subversões e transmutações de povos, em um tal convulsionamento de todo o Oriente civilisado; quando o unico remanso compativel com a cultura das sciencias eram os claustros; então, é que apparecem a toda luz e em toda a grandeza os serviços prestados pelo Christianismo.

Foram os claustros, esses recessos providenciaes onde se acolheu a fé e a sciencia; forã os claustros, esses baluartes da civilisação, a cujo recinto não chegava a marulhada das ondas nem o clangor das trombetas de guerra, foram elles a Torre do Tombo, que

guardou o sagrado deposito da sabedoria grega e romana.

E os sabios frades, amestrando amanuenses, já então antecipavam a obra grandiosa de Gutemberg. Não só guardando, mas commentando, traduzindo e copiando, prepararam a solida riqueza, que havia de ser partilhada muito ao diante pela reconstituída e pacificada Europa. Quando se abriram para o Occidente as auroras da paz, houve logar á distribuição da amontoada fortuna.

Os novos reinos e imperios e republicas, as cidades mais importantes, as academias, as collegiadas, os novos conventos, tudo teve seu quinhão. E como a paz é a melhor socia das letras, rompeu a emolucção dos sabios e das corporações, e expandiu-se, sobretudo, a jurisprudencia, a quem competiu sempre a dianteira nas pelepas civilisadoras da nova idade.

O dr. Coutinho foi agraciado pelo Governo Imperial, em 1882, com as honras de desembargador.

Como diversão aos labores de sua profissão publicou em diversas occasiões varias obras de litteratura, entre as quaes nos occorrem as seguintes: *Collectanea de Auctores Classicos*; *Lições de Philosophia*; *Padre Constantino*, de Ludovico Halevy; *Pintura a fresco*, de Ovida; *Viagem através do mundo solar e Heitor Servadac*, de Julio Verne, *Cartas a Marcio*, de G. Sand; *Honra de Artista*, de O. Feuillet; prefaciou poesias do dr. B. Machado e um drama de Ubaldino do Amaral.

Deixou começarlas tres obras: *Biographia do Visconde de Sepitiba*; *Historia do Direito Nacional*; *Relações da Igreja com o Estado, ante o actual Direito Brasileiro*.

Foi o desembargador Coutinho de estatura mais que meia, tez clara, rosto um tanto oblongo; o cabello

basto e crespo tirava a ruivo, mas, ultimamente, mesclado de cans. Usava a barba cheia e pouco longa; a testa desaffrontada, mas sem signal de entradas.

Tinha o porte erecto, de modo que era de bôa presença na tribuna. A voz na oratoria era alta, de bom metal e nada penosa aos ouvintes. O corpo cheio tornou-se gordo, afinal, e o meneio era pesado á força da dispenéa, quasi constante, que o affrontava.

De condição affavel e, na puridade, jovial e mavioso. Estas qualidades, com a de eloquente e claro, o faziam grandemente querido de seus discipulos na Faculdade de Direito.

Falleceu subitamente, na villa de Tremembé, em 20 de Abril do anno corrente, contando 50 annos e tres mezes de idade.

Trasladado no dia seguinte para esta Capital, foram-lhe feitas orações ante o corpo, depositado na egreja do Coração de Jesus, e dalli transportado ao Cemiterio Municipal da Consolação. O prestito que o acompanhou á derradeira morada foi numerosissimo e viam-se pessoas de todas as classes sociaes.

Eis, srs., declarados rapidamente e por maior os traços mais salientes que me pareceu acertado dizer do consocio eminente que se passou da vida terrena.

Em plena madureza do talento, muito tinha que dar de si aquelle batalhador e muito mais tinham ainda que lucrar a Patria e as lettras juridicas com sua incansavel operosidade.

Vejo que entre os que me ouvem se acham filhos do pranteado consocio: O Instituto dos Advogados que lhes falla por meus labios affirma nesta hora a esperanza de que elles serão os continuadores das

multiplas virtudes com que se exorna o estadio de 50 annos perlustrado por seu pae.

E nós, os socios do Instituto, pranteemos o cahido guerreiro! Guerreiros somos.

«Nem só guerreiam pela patria os que por ella empunham espadas, embraçam escudos e vestem cou-raças; mas tambem os advogados. Pois na verdade, guerreiam os patronos das ca usas, os quaes, firmados na fortaleza de sua palavra gloriosa, defendem a espe-rança, a vida e a familia dos que desfallecem na jor-nada.»

Essas palavras dos imperadores Leão e Anthemio (Const. 14 do liv. VII do Cod.) são o melhor epilogo que eu podia trazer-vos no elogio historico do desem-bargador Aureliano Coutinho.

Guerreiros somos e estamos em plena milicia. Nas pugnas travadas pelos exercitos mercenarios não é extranhavel que, ao cahir de um soldado valente, arrefeça o ardor dos seus contubernaes.

Nas batalhas, porém, accendidas pelo patriotismo, nas quaes o campo de guerra é a sciencia e o pre-mio dos fortes é o bem suprasensivel, o succumbir de um guerreiro é estimulo para commettimentos maiores.

O que aviva incessante as forças do Instituto é o amor á carreira do advogado: esse sentimento é talvez a melhor parcella do amor da Patria.



INFORMAÇÕES OFFICIAES

Nomeações:—Foram nomeados, durante o corrente anno, os seguintes lentes:

—Dr. José Ulpiano Pinto de Souza, por Decreto de 27 de Janeiro, lente substituto da 4.^a Secção; tomou posse a 4 de Fevereiro.

—Dr. Candido Nazianzeno Nogueira da Motta, por Decreto de 19 de Abril, lente substituto da 5.^a Secção; tomou posse a 29 do mesmo mez.

—Dr. João Pedro da Veiga Filho, por Decreto de 12 de Maio, foi nomeado lente cathedratico da 3.^a cad. do 5.^o anno; tomou posse a 1.^o de Junho.

—Dr. José Mariano Correa de Camargo Aranha, por Decreto de 5 de Julho, lente substituto da 1.^a Secção; tomou posse a 12 do mesmo mez.

—Dr. Gabriel José Rodrigues de Rezende, por Decreto de 9 de Agosto, lente substituto da 6.^a Secção; tomou posse a 14 do mesmo mez.

—Dr. Reynaldo Porchat, por Decreto de 18 de Outubro, lente substituto da 1.^a Secção; tomou posse a 23 do mesmo mez.

Fallecimentos:—Dr. Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho, fallecido no dia 20 de Abril. Nomeado por Decreto de 21 de Março de 1891, lente da 1.^a cad. da 4.^a Secção; tomou posse a 27 de Abril.

Nomeado por Decreto de 7 de Fevereiro de 1896 lente da 3.^a cad. do 5.^o anno em consequencia da reorganisação das Faculdades de Direito dada pelo Decreto n.^o 314 de 30 de Outubro de 1895.

Tambem falleceram os academicos:

—Rossini Tavares de Lima (3.^a série)

—Asdrubal de Lemos (2.^o anno)

—Carlos de Almeida Prado (2.^a série)

Curso Anexo:—Extincto em vista do § 3.^o do art. 2.^o da lei n. 429 de 10 de Dezembro de 1896.

INDICE



	Paginas
<i>Orgams da Fé Publica</i> —pelo Dr. João Mendes de Almeida Junior	7
<i>Apontamentos sobre a prestação da culpa</i> —pelo Dr. Vicente Mamede.	115
<i>Da unificação do Direito Privado</i> - pelo Dr. Brazilio Machado	135
<i>Das formas geraes do Processo</i> —pelo Dr. João Monteiro.	157
<i>Succinta exposição historica das leis e decretos que organisaram e têm reformado a Faculdade de Direito de S. Paulo</i> .	171
<i>Sobre as declarações judicarias das creanças</i> —pelo Dr. Alcantara Machado. .	193
<i>Reparação dos erros judicarios</i> —pelo Dr. João Pedro da Veiga Filho	215
<i>Advocacia</i> —pelo Dr. João Monteiro	239

	Paginas
<i>Assistencia Medica gratuita</i> —pelo Dr. João Pedro da Veiga Filho	251
<i>Parecer sobre o projecto de reforma da organisação judiciaria do Estado de S. Paulo</i>	261
<i>Diferença entre o fideicommisso e o usufructo</i> — pelo Dr. José Ulpiano	287
<i>Pode-se revogar um testamento por uma escriptura publica</i> —pelo Dr. Pedro Lessa.	297
<i>Prostituição. Policia de costumes. Lenocinio</i> pelo Dr. Candido Motta.	307
<i>Elogio historico do Desembargador Aureliano Coutinho</i> —pelo Dr. Raphael Corrêa da Silva Sobrinho.	323





ENCADERNADO
NA
OFICINA DA
BIBLIOTECA
DA
FACULDADE
DE DIREITO



ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).