





REVISTA

DA

FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

ANNO DE 1893



SÃO PAULO

TYPOGRAPHIA DA COMPANHIA INDUSTRIAL DE SÃO PAULO

1893.



COMMISSÃO DE REDACÇÃO

Dr. Brazilio Augusto Machado d'Oliveira,
Presidente.

Dr. João Mendes de Almeida Junior.

Dezembargador Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho.

Dr. Manoel Pedro Villaboim.

Dr. Alfredo Moreira de Barros Oliveira Lima.



Em sua sessão de 26 de Abril do corrente anno, deliberou a Congregação dos Lentes da Faculdade de Direito de São Paulo iniciar a publicação de sua revista official, nos termos do art. 175 do decreto n. 1159, de 3 de Dezembro de 1892, que approvou o codigo das disposições communs ás instituições de ensino superior.

Cada numero da revista será publicado annualmente, e tem, na lei organica das escolas de ensino superior, préviamente traçado o seu programma :

Publicar as memorias originaes acerca de assumptos concernentes ás materias ensinadas no estabelecimento ;

Dar um summario das decisões da Congregação que, a juizo do director, possam ser publicadas.

S. Paulo, 15 de Novembro de 1893.

A Commissão.



THEORIA

DO

PROCESSO CIVIL E COMMERCIAL

INTRODUÇÃO

NOÇÕES PRELIMINARES

CAPITULO I

DETERMINAÇÃO SCIENTIFICA DO DIREITO JUDICIARIO

§ I

Definição do Direito Judiciario

No mechanismo que põe em acção a força abstracta do direito—these, e no modo e fôrma de sua actividade functional, esteia-se o *Direito Judiciario* (1), que definimos—*complexo das leis e fôrmas segundo as quaes o poder judiciario restabelece o equilibrio das relações de direito violadas ou ameaçadas, ou sómente as declara de modo solemne* (2).

(1) Toda legislação perfeita assignala-se por trez momentos fundamentaes: 1.^o determinação das regras do direito abstracto, ou o direito em these; 2.^o organização judiciaria, ou o mechanismo que realisa a força do direito; 3.^o processo, ou o complexo das normas segundo as quaes funciona a organização judiciaria para applicar as regras abstractas de direito ás relações de direito concretisadas.

E' nos dous ultimos d'estes momentos que se accentua especificadamente a concepção do *direito judiciario*.

(2) O ultimo membro da definição allude á actividade meramente graciosa ou administractiva da autoridade judiciaria. Vide *infra* §

§ 2

Sua embryologia

As linhas embryologicas do *Direito judiciario*, que tambem se póde denominar a *pathologia juridica*, achamol-as no seguinte conceito de Savigny (1): *Le droit* (no sentido subjectivo, poder ou faculdade) *ne se manifeste jamais plus clairement que si, denié ou attaqué, l'autorité judiciaire vient à en reconnaître l'assistance et l'étendue*; e no de Ihering (2): *Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel der Kampf*.

§ 3

Sua necessidade politica.

A pretensão—que cada qual póde defender por si os seus direitos contra as violações de terceiro—não é nem convem que seja regra nas sociedades constituídas (3) A diversidade dos meios de defesa seria fecundo germen de intoleravel anarchia. D'ahi, a necessidade do poder judiciario, pois só na uniformidade dos meios de garantir a estabilidade dos direitos individuaes reside a condição da ordem collectiva ou social (4).

(1) *Traité du droit Romain*, 1. 7.

(2) *Der Kampf um's Recht*, p. 1. « O fim do direito é a paz; a lucta, o meio de attingil-a. »

(3) Nas faculdades e restrições contidas em varios textos do direito romano, canonico e patrio está consolidada a existencia juridica da chamada *legitima defesa*. Vide frs. 7 *ad leg. jul. de vi privata* (XLVIII, 7), 176 de div. reg. jur. (L, 17), 3 § 9, 17 de vi et vi armata (XLVIII 16,) 29 § 1 *ad leg. Aquil.* (IX, 2), 10 § 6 *que in fraud. cred.* (XLII, 8 X de homicidio (V, 2); Cod. Pen. arts. 32 § 2º, 34 e 35; Ord. IV, 58 § 2.º

Vide mais Carrara, *Discorso sul diritto della difesa publica e privata*, Opuscoli, I, 35; Fioretti, *Su la legittima difesa*; Arndts, *Le Paudette*, ed. de Serafini, § 94; Ihering, *Esprit du D. R.* § 11 a 14.

(4) A opinião de Puchta (*Lectiones* § 80) — que o principio que vê no exercicio arbitrario da defesa privada alguma cousa de illegitimo, é absolutamente moderno, e producto do regulamentarismo e da tutela excessiva do poder publico contemporaneo—não tem por si nenhum argumento logico nem a lição da historia do transformismo juridico. *Non est singolis concedendum, quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi*—tal era a norma, que assim formulada por Paulo (fr. 176 de div. reg. jur. L, 17), já muito antes d'elle dominava entre as agremiações humanas.

§ 4

Historia das instituições judicarias

No estudo das instituições judicarias dos povos antigos e modernos encontra-se positiva e accentuada predominancia da lei universal da instabilidade para o progresso. Como em qualquer das outras espheras captadas pelo genio investigador do homem, e que constituem outras tantas sciencias e artes—cosmogonia, geologia, zoologia, botanica, sociologia, linguistica, escripta, pintura, esculptura, musica, etc., —achamos, na evolução historica daquelles instituições, nitidamente assignalada a lei darwinistica da selecção natural, completada pela do transformismo indefinito de Spencer (1), até que, no ponto actual do cyclo já percorrido, é na mais segura e breve adaptação da fórma á relação de direito litigiosa que assenta o melhor systema judicario, cujas condições fundamentaes devem ser: *promptidão, simplicidade, garantia* (2).

(1) Pensamos que as duas conhecidas leis, de Darwin—segundo a qual o progresso consiste, por meio da selecção natural, isto é, pelo aniquilamento do pernicioso ou inutil para a conservação do que é proveitoso ou util na adaptação do individuo ás circumstancias em que vive—e de Spencer—segundo a qual a transformação do homogéneo em heterogéneo é a propria essencia do progresso — completam-se uma pela outra; e assim dilo positivamente um dos mais valentes pensadores da Italia contemporanea, Cogliolo, no mais profundo e original trabalho juridico que ultimamente temos lido — *Teoria dell' evoluzione darwinistica nel diritto privato*: « Nella scienza sociologica (pag. 4), lo Spencer ha esaminato l'evoluzione organica delle nazioni al lume dei principii darwinistici. »

(2) Muitos exemplos poderíamos produzir em apoio do conceito *supra*, isto é, que do mesmo modo por que no mundo physico a homogeneidade da massa primitiva passou por differenciações successivas ao estado de heterogeneidade actual, ainda provisório, tambem no mundo sociologico as instituições judicarias, primitivamente homogéneas, foram se differenciando, por uma necessidade de selecção, até que modernamente apresentam um admiravel mechanismo de heterogeneidades convenientes, tambem susceptiveis de novas differenciações. Já o não dissera, ha quatorze seculos, o imperador Justiniano (Cod. const. 2 § 18 *veteri jure*, II, 17); *humani juris conditio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea quod stare perpetuo possit; mutas enim formas edere natura novas deproperat?* E trez seculos antes não tivera Ulpiano a intuição d'esta doutrina quando prendeu o di-

§ 5

Principios informativos do processo civil, ou sua legitimidade (1)

As leis e fórmulas constitutivas do direito judiciario, naturalmente consideradas, importam n'uma restricção da liberdade individual (2); mas toda lei restrictiva da liberdade precisa, para parecer legitima, firmar-se á sobre razões ou principios de necessidade e de utilidade.

Os principios que legitimam as leis e fórmulas do processo civil são os quatro seguintes :

reito ao *usu exigente et humanis necessitatibus* ? Tambem antes de Ulpiano dissera Aulio Gellio, que *leges, ut facies cœli et maris, varientur*.

Dous exemplos, porém, bastarão para dar idéa completa do assumpto. Vamos buscal-os na organisação do processo civil romano. Guardavam primitivamente os romanos tal connexão entre o conteúdo e a fórmula, que a falta de uma virgula matava o processo: *si virgula nequit, causa cadit*; pois bem: a evolução differencial dos tempos subsequentes chegou ao extremo opposto: *plurima facta tenent, quæ nondum facta vetantur*.

Quanto ao proprio processo — ao principio dominava o homogeneo systema das *legis actiones*, em numero de cinco: a *actio sacramento*, a *judicio postulatio*, a *condictio*, a *manus injectio*, e a *pignoris capio*; relação de direito que se não pudesse enquadrar em alguma d'estas acções, ficava indefesa. Esta inadaptação, que se tornava tanto mais perniciosa quanto mais se desenvolviam as relações sociaes, e portanto, mais se multiplicavam as relações de direito, abriu logar á primeira differenciação entre o *ius* e o *judicium*, depois entre a organisação da instancia (processo *in jure*) e a lide (processo *in judicio*), ainda entre a *jurisdictio* e o *officium judicis*, e appareceu, com o seculo VI, o systema das *formulas*. Foi então que dominou aquella alludida superstição pela fórmula, e tão rigorosa era a necessidade da pronunciação de certas e determinadas palavras, que na espirituosa phrase de Ihering (*Espr. du Dr. Rom.*, III, 134), no frontespicio da historia do direito romano poder-se-ia escrever esta epigraphie: *In principio erat verbum*. Mas a evolução não podia parar, e com Deocleciano (an. 294 de Chr.) veio a *extraordinaria cognitio*, que differenciando novas relações de direito e com estas novas acções, abriu por sua vez logar á maravilhosa heterogeneidade judiciaria contemporanea, tão complexa em suas actuações reaes quão simples em sua morphologia legal.

(1) A idéa d'este § hauria em Manfredini, *Programma del corso di Diritto Giudiziario Civile*, ns. 92--99, cujos principios acima litteralmente traduzi. Penso com Fontenelle, que *ce n'est qu'en montant sur les épaules des autres que nous pouvons voir d'un peu loin*.

(2) A liberdade natural assenta, d'entre outros, sobre os dous seguintes principios, que o direito judiciario limita ou restringe: *vim vi repellere licet—nemo ad factum precise cogi potest*.

I. *Princípio logico*, que consiste na escolha dos actos e fórmulas mais aptas para descobrir a verdade e evitar o erro (1);

II. *Princípio juridico*, que consiste no proporcionar aos litigantes igualdade na demanda e justiça na decisão (2);

III. *Princípio politico*, que consiste em prover os direitos privados da maxima garantia social com o minimo sacrificio de liberdade individual (3);

IV. *Princípio economico*, que consiste em fazer com que as lides não sejam tão dispendiosas que se possa dizer que a justiça civil é feita só para os ricos (4).

§ 6

Classificação do processo civil no quadro geral da sciencia juridica

Na justa observação de Saredo (5), só aquelles, que não tem idéa exacta do direito publico ou do direi-

(1) Vide *infra* §.

(2) Idem §.

(3) Este e o principio seguinte condensariamos num só, sob o titulo de *princípio politico-economico*. É a mesma lei cardinal da Economia Politica—maximo resultado com minimo esforço—applicada ao direito judiciario, e que para Ihering (ob. cit., III, 23) é uma das leis vitaes da jurisprudencia.—Vid. *infra* §.

(4) A gratuidade da justiça—eis indubitavelmente o ideal philosophico, larga e eruditamente preconizado por Barnouvin, *De la Justice gratuite*. As custas representam verdadeiro imposto indirecto, e segundo dizia Franklin, *ironicamente*, no parecer de Ancillon (*Espr. des Constit.*, p. 276), os povos nunca estarão contentes com os seus governos enquanto estes não acharem um meio de governar sem impostos.

Eis uma passagem de Bentham (*Tr. des preuves judic.*, II, 406), naturalmente verdadeira: « Le premier vice radical des impôts sur les procédures est de tomber sur un individu à l'époque même où il est le plus probable qu'il n'est pas en état de les acquiter. Le moment où une partie de sa propriété, plus ou moins considérable, est injustement détenue ou saisie, est celui qu'on choisit pour lui demander une contribution extraordinaire. C'est dans le cours d'un procès qui arrête son industrie, qui suspend ses revenus, qui lui ôte, au moins pour un temps, des ressources sur lesquelles il avait compté; c'est lorsqu'il gémit sous la main d'un oppresseur, d'un spoliateur, que les gardiens de l'innocence lui font payer à chaque pas les actes par lesquels il cherche à maintenir ses droits ou à y rentrer! »

Vide entretanto Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile*, cap. XVI.

(5) *Istituzioni di Procedura Civile*, Introd. XX.

to privado, desconhecem que o direito judiciario em geral pertence ao direito publico do Estado (1). E assim como aquelle estimado professor, para sustentar a sua these, limita-se a transcrever o eminente Savigny, imital-o é o que temos de melhor a fazer.

« A primeira missão do Estado, e a mais indispensavel, consiste em traduzir o direito por caracteres visiveis, e assegurar a sua autoridade, o que comprehende duas ordens de acção: 1.º o Estado deve protecção ao individuo atacado em seu direito: as regras produzidas por esta ordem de acção constituem o que se chama *processo civil*; 2.º independentemente de qualquer interesse privado, o Estado deve manter o direito em si mesmo e reprimir a sua violação. Este resultado o Estado obtem por meio das penas... e as regras que dominam esta acção comprehendem-se sob a denominação de *direito criminal*, das quaes o *processo criminal* não fórma mais do que uma parte. Assim, o processo civil, o direito criminal e o processo criminal entram no direito politico... Quanto ao processo civil, a acção do Estado por tal fórma se acha ligada aos direitos dos individuos, que na realidade é impossivel separal-os completamente; mas isto em nada muda os caracteres essenciaes d' estas differentes partes do direito. E' por isso, que para abraçar ao mesmo tempo este duplo ponto de vista, costumamos, e com razão, substituir a expressão *direito politico* pela expressão mais geral *direito publico*, que a um tempo comprehende o processo civil e o direito criminal. » (2).

(1) Ninguém melhor do que Cogliolo, na sua *Filosofia del diritto privato* § 9.º, accentuou a linha divisoria entre o direito publico e o direito privado, e com a sua doutrina harmonisa-se perfeitamente a classificação, que do processo civil, fazemos no texto.

(2) Savigny, *Tr. du Droit Rom.*, § IX.

Ainda outros argumentos concorrem a demonstrar que o processo civil, propriamente dito, é um ramo do direito publico do Estado. Assim:

I. A reintegração das relações de direito desequilibrados por actos livres de outrem, os quaes formam as violações das relações de direito, para não constituir (vid. § 3.º) nova causa de perturbações continuas, precisa ser operada de modo uniforme, ou como ainda diz Savigny — de maneira regular e certa. A livre acção isolada de cada individuo é o germen do arbitrio. Ora, só o Estado, como órgão personificador da collectividade, pôde, por sua intervenção, excluir os perigos que proviriam da expansão illimitada da defesa individual. Logo, as leis de processo, resguardando o interesse geral da ordem collectiva, são de direito publico.

II. O Estado tem interesse em que as relações economicas privadas tenham a segurança e estabilidade que são necessarias á productividade dos capitães, porquanto é na somma das riquezas individuaes (1) que assenta a riqueza social. Ora, toda demanda é um estorvo economico posto á livre circulação dos valores que ella torna litigiosos, e portanto, toda demanda é um mal social. Logo, a intervenção do Estado, justificando-se pelo interesse que tem na remoção d'este mal, dá ao processo civil o character scientifico que o leva ao quadro do direito publico.

III. Este duplo interesse do Estado impõe-lhe a necessidade de organizar o poder judiciario, e portanto, de occorrer á necessaria despeza. Mas as instituições creadas e mantidas pelo Estado em vista do seu proprio interesse, posto que reflexo, são de direito publico. Logo, tambem o são as leis do processo civil.

(1) Vide Saredo, *op. cit.*, Intr. n. XXI.

IV. Um dos caracteristicos do direito publico é não poder ser alterado pelas convenções privadas (1). Ora, as leis do processo civil não estão sujeitas á vontade privada. Logo, são de direito publico.

§ 7

Relações entre o Direito Judiciario e os outros ramos da sciencia juridica.

Parte componente do organismo juridico geral, o *Direito Judiciario* prende-se, por laços de connexão logica, aos outros ramos do direito, e mais proxivamente:

I. A' philosophia do direito.

Si é uma verdade, hoje experimentalmente demonstrada, o que dizia Cicero: «*Omnes artes quæ ad humanitatem pertinent habent quoddam commune vinculum et quasi cognatione quadam inter se continentur*» — chega a ser evidente a connexão entre a philosophia geral e qualquer ramo da sciencia humana. Logo, a philosophia do direito, que é o ramo da philosophia geral que *leva o espirito á inducção das leis mais geraes e das causas mais remotas dos institutos juridicos* (2), bem como á *integracção de seus ultimos resultados* (3), e o direito judiciario, que é parte integrante da sciencia geral do direito, são entre si connexos.

II. Ao direito constitucional.

Dissemos em outro trabalho (4), que «a lei organica do poder judiciario deve guardar tão estreita

(1) *Jus publicum privatorum pactis mutare non potest* — fr. 38 de pactis (XI, 14).

(2) Cogliolo, *Filosofia del Diritto Privato*, p. 8.

(3) Puglia, *Manuale di Procedura Penale*, p. 17.

(4) Parecer apresentado ao Senado de S. Paulo sobre o *Projecto de Organisação Judiciaria*, convertido na Lei n. 18 de 21 de Novembro de 1891-- Vide *O Direito*, LVII, 213.

connexão com a lei constitucional, quão íntima é a relação que sujeita a função ao órgão, o effeito á causa. Na lei organico-política tem o cidadão o quadro, por assim dizer, anatomo-physiologico de sua existencia como personalidade social: ella é a substrucção do seu substantivismo político; portanto, na Constituição Política do Estado, quaesquer que este e aquella sejam, está a propria constituição política do cidadão. Em uma palavra—na Constituição tem este o seu proprio modo de ser sob o ponto de vista social.... Ora, na lei organico-judiciaria está o apparelho que ha de patentear a força latente de cada qual das inviolabilidades constitutivas da nossa personalidade: igualdade, liberdade, segurança e propriedade— quando, da divergencia de duas actividades livres, produzir-se o phenomeno juridico negativo das mesmas inviolabilidades, chamado pelo eminente Savigny — violações das relações de direito.» Logo, no direito constitucional tem o direito judiciario a sua propria origem.

III. Ao direito civil, commercial e criminal.

A íntima relação que existe entre o direito substantivo e o direito adjectivo, entre o direito material e o formal, é a mesma que ora assignalamos entre o direito judiciario e aquelles trez ramos do direito. Os codigos ou leis civil, commercial e criminal prescrevem as normas substantivas do direito-these; as leis judicarias regem o exercicio formal das relações de direito na passagem de puras abstracções legislativas para o mundo concreto das relações practicas. A connexão é estreitissima (1).

IV. Ao direito administrativo.

(1) Eis uma bella figura em Manfredini, op. cit., n. 73: «*La procedura civile e il diritto civile sono fra loro strettamente legati come due ruote d'una medesima macchina insieme addentellate, delle quali una non può muoversi senza dell'altra e senza muovere l'altra.*»

Na mais apurada synthese, dous são os poderes politicos do Estado— o legislativo e o executivo, e este subdivide-se administrativo e judiciario. Mas si estes dous poderes defluem da mesma fonte—a soberania nacional, e ambos visão, um proximo e outro remotamente, o mesmo resultado—executar a lei em bem da harmonia social, mais estreita não pôde ser a afinidade que os liga, posto que independentes em suas respectivas funcções. Consequentemente, não podem deixar de ser affins as leis que regulam a existencia juridica de cada um d'elles.

V. Ao direito internacional publico e privado.

Ao primeiro, porque a necessidade de rogar aos governos estrangeiros que deem execução aos actos judiciaes que só nos respectivos paizes são exequiveis, e reciprocamente, dar execução ás rogatorias vindas de fóra da Republica, colloca muitas vezes duas soberanias em face uma da outra.

Ao segundo, porque a theoria, hoje geralmente recebida, dos estatutos pessoal e real, quotidianamente occupa a actividade do poder judiciario.

VI. A' medicina legal.

O Direito Judiciario civil e a medicina legal estarão em contacto sempre que o magistrado houver de resolver questões relativas, por exemplo, ao divorcio por sevicias physicas, á nomeação de curador ao ventre, á capacidade civil nos estados de perturbação mental, á aptidão para procrear ou conceber, á escusa de certas funcções publicas motivadas por molestia etc., etc. V. Tardieu— p. 30, Folie.

VII. A' economia politica.

Varios são os pontos de contacto entre o direito judiciario civil e a economia politica, considerada esta na sua mais larga accepção, isto é, como a sciencia da riqueza social.

a) Já no § 6 n. II ficou esboçada uma das faces d' esta afinidade.

b) Por sua função específica, isto é, garantir a estabilidade das relações de direito, o poder judiciario concorre poderosa e efficientemente para a segurança professional, para a firmitão da propriedade, para a liberdade do trabalho e do commercio, para tudo, enfim, quanto é factor da riqueza social; é, portanto, uma das forças vivificadoras da economia publica (1).

c) A estabilidade que as decisões judicarias imprimem á propriedade tem dupla vantagem economica particularmente apreciavel: melhora a propriedade particular, impedindo que se prolongue a inercia do possuidor injusto ou precario, e promove a respectiva circulação e distribuição, fonte fecunda da riqueza social.

d) «A economia publica, diz Manfredini (2), influe sobre o direito judiciario emquanto, importando a administração da justiça uma despesa, á mesma administração incumbe suggerir os meios de provel-a sem prejuizo da justiça nem damno do erario publico.»

VIII. A' estatística.

Considerada como a sciencia das quantidades sociaes, não puramente numericas, posto que methodicamente dispostas, senão analyticamente apreciadas, (3) é evidente a connexão que prende a estatística

(1) «O magistrado, diz J. B. Say (*Traité d'Economie Politique*, part. VII chap. XVI), é util á sociedade inteira ainda que nada faça. Está sempre prompto a reprimir uma injustiça, esta só disposição muitas vezes reprime-a effectivamente. Dá-se com elle o mesmo que com as vedetas, que a postos guardam o acampamento, e que são uteis mesmo quando não foram assaltadas si com tal inimigo, bastantemente vigilante para deixar a um assalto qualquer probabilidade de successo, ninguém ousou medir-se.»

(2) Op. cit., n. 89.

(3) Sobre o verdadeiro conceito da estatística não ha ainda uniformidade de vistas. Assim, ao passo que Block, *Traité théorique et pratique de statistique*, liv. II. chap. IV, considera a estatística como sciencia de ob-

a todas as outras sciencias, e portanto ao direito judiciario. Como sciencia, a estatistica recebe a noticia numerica dos factos sociaes que lhe fornece a estatistica-methodo, e observando-os em suas relações mutuas, ou comparando-os entre si, recolhe analyticamente a intensidade das influencias por elles experimentadas, afim de indicar ao legislador os vicios da lei vigente, a emendar nas leis por virem (1). Sob este ponto de vista, pois, a estatistica das demandas, scientificamente apreciada, fornece ricos materiaes ás reformas judicarias, influe poderosamente na evolução do direito judiciario (2).

§ 8

Synthese physionomica do Direito Judiciario ou sua accentuação pratica pelas funcções do poder judiciario.

Da norma democratica do direito moderno— que sómente em especie e por provocação da parte interessada (3) é que a autoridade judiciaria intervem na defesa dos direitos privados—deflue a accentuação pratica do Direito Judiciario, ou sua synthese physionomica na encyclopedia juridica; e para usar de uma figura que em fundo não é nova, diremos que o Direito judiciario é um instituto medicinal, cuja actividade consiste em oppôr as regras de di-

servação, preanalysa os phenomenos sociaes para d'elles tirar inducções e deducções mais ou menos directas, outros especialistas, por exemplo, Majorana — Calatabiano, *La statistica teorica e applicata*, n. 8, veem na estatistica apenas a noticia numerica de factos methodicamente agrupados, enquadrando, nas respectivas sciencias, separadamente, as observações logicas colhidas.

Achille Guillard, *Eléments de statistique humaine ou Démographie comparée*, distingue as duas disciplinas, não para separar uma da outra, mas para integrar uma pela outra. E tal é hoje o conceito mais recebido,

(1) Engel, *Zeitschrift*, citado por Block, ob. cit., p. 98.

(2) Vide Majorana-Calatabiano, op. cit., n. 632.

(3) Assim se exprime o art. 3.º do Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, que organisou a justiça federal.

reito (o direito no estado physiologico) ás violações das relações de direito (o direito no estado pathologico), de modo que se restabeleça a saude das mesmas relações juridicas

Assim como a physiologia é o estudo do mechanismo humano em seu estado de integridade ou de saude, assim tambem podemos denominar sciencia da physiologia juridica o estudo do direito em sua abstracção legislativa; e bem como a pathologia é o estudo das desordens occorridas no organismo humano ou das molestias, assim tambem a pathologia juridica será o estudo das violações das relações de direito. E como a therapeutica é o complemento da pathologia, faz-se ainda o estudo dos remedios contra aquellas desordens ou molestias; e então, bem como a therapeutica é a parte da medicina que tem por objecto o curativo das molestias, assim a therapeutica juridica será o estudo dos meios restabelecedores do equilibrio das relações de direito.

D'esta idéa vem a natural transição para o *Direito das Acções*.

CAPITULO II

DA DEFESA DAS RELAÇÕES DE DIREITO OU THEORIA GERAL DAS ACÇÕES

§ 9

Idea genesiaca de acção.

O estado hygico das relações de direito resulta da conformidade entre os actos livres do homem e as regras de direito; mas precisamente porque taes actos assentam na liberdade, é sempre possível a violação das relações de direito. Ora, todo direito violado, ou meramente ameaçado, logo manifesta uma força reactiva propria, que o põe virtualmente

em estado de defesa. D'aqui vem a primeira idéa de *acção* (1), cujo germen é esse: uma relação de direito pre-existente (2) e sua negação (3). *Acção* (*actio juris*) é a reacção que a força do direito oppõe á acção contraria (*violatio juris*) de terceiro; é um movimento de re-equilíbrio; é um remedio.

§ 10

Fundamento juridico da acção.

O fundamento juridico da acção é o proprio direito violado (4), e o seu momento funcional a mes-

(1) N'esta concepção vem synthetizar-se a idéa de que Ihering fez o thema do seu *Combate pelo direito*. Si o direito é effectivamente uma idéa pratica, isto é, indicativa de um fim, e si realmente toda idéa de tendencia é essencialmente dupla, isto é, de fim e de meio; si na verdade o fim do direito é a paz, e o meio de attingil-a, a luta, esta, socialmente organizada, só pôde ser a acção judicial.

(2) Savigny (*Dr. Rom.*, V p. 17), referindo-se ás acções *in personam*, pretende que a existencia de uma relação de direito anterior á violação não é circumstancia decisiva; e exemplifica: relativamente ás acções resultantes dos contractos, existe uma obrigação anterior não só á *litiscontestatio* como mesmo á violação, mas relativamente ás acções *ex delicto* a obrigação só começa com a violação.

Mas Savigny não tem razão, porque, como pondera Serafini (nt. 6 ao § 97 de Arndts), substitue elle a offensa que se contem no delicto mesmo pelo implemento da obrigação de satisfazer o damno causado pelo mesmo delicto. O proprio Savigny (V, 239 nt. q), censurando a Thon o apresentar como caracter particular das acções *ex delicto* fazerem começar a prescripção da violação do direito, diz que Thon se enganou porque «confunde a violação do direito contida no delicto mesmo com a falta de pagamento.»

(3) Esta negação não presuppõe constante a idéa de violencia; basta o inimplemento da obrigação contido da relação de direito. Nem a reparação, como observa Scialoja (*Coment. del Cod. di Proc. Civ.*, vol. V n. 450), tira os seus caracteres do facto material que a consuma. Assim, a acção de satisfação do damno causado pelo furto e a acção de mutuo podem vizar o mesmo resultado — por exemplo: a restituição de certa somma de dinheiro; mas «a reparação do direito violado é de indole diversa, por isso que, no primeiro caso, o fundamento da acção, isto é, a especie de direito violado e o modo de lesal-o, são absolutamente diversos da especie de direito lezado e do modo de lesal-o no segundo caso.»

(4) Os escriptores não convergem na determinação do fundamento da acção.

Assim, e principalmente:

a) Alguns, tomando como outras tantas relações de direito, novas e independentes, as differentes phases por que pôde passar uma mesma relação de direito, consideram a acção como um direito independente, parallelo ao

ma violação por parte de pessoa determinada. Esta violação cria um vínculo de direito identico a uma

direito de familia, ao direito de propriedade, etc., etc. Savigny (§ 59 e nt. a) censura esta falsa escola.

b) Outros, com Savigny á frente (§ 204), veem na acção puro desen-
volvimento ou metamorphose da propria relação de direito.

c) Terceira escola radical a de Windscheid (*Pand.* § 44), considera a
acção como um meio auxiliar que serve para por elle se pedir á autoridade
judiciaria a manutenção de um direito pre-existente, em cujo exercicio fo-
mos turbados ou lesados. Era a concepção de Vico: *Actiones autem nihil
aliud sunt, quam rerum nostrarum legibus præformate tutelle.*

d) Outra escola radical é a de Puchta (*Pand.* § 81), para quem a acção
é uma annexação ou accrescentamento a um direito.

e) Galdi, no *Com. de Mucini, Scialoja e Pisanelli*, vol. 1.º n.º 385, diz,
que geralmente fallando, a acção participa do direito que ella se destina a
tutelar, d'onde se segue ter a mesma natureza d'este; mas este existe inde-
pendente da acção, a qual não nasce senão quando o direito é violado.

f) Pescatore, *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale*,
vol. 1.º p. 121, tendo definido a acção a garantia judiciaria de um outro
direito, accrescenta: « Dizendo que a acção é a garantia judiciaria de um
outro direito, evidentemente presuppomos que existem direitos sem acção,
e taes são aquelles aos quaes se nega a garantia judiciaria ou porque, pela lei
do Estado, estejam privados de qualquer garantia, ou porque a mesma lei
lhes haja tão sómente concedido as garantias administrativas e politicas,
excluida a intervenção da autoridade judiciaria. »

Conceito de facil reputação, este de figurar *direitos, privados de qualquer
garantia*. Mas então, esses não são direitos.

Muitos outros escriptores puderamos citar, que combinam total ou parcial-
mente com os já referidos. Reputamos principaes:

I. Ungar, *System*, II, § 113 nt. 13, vê na acção o direito em pé de
guerra, o direito mettido no *sagum*^(a), em opposição ao direito em estado
de paz, o direito mettido na toga; e accrescenta: « o direito de acção é um
direito do direito, que vai á guerra. »

II. Goudsmit. *Pand.* § 87, não considera a acção como um direito dis-
tincto, com existencia propria, senão como o direito mesmo. que se sente
atacado, e arma-se para a luta; em summa, é o direito em acção. Vid. nt.
5 de Serafini ao § 96 de Arndts.

III. Garsonnet, *Précis de Procédure Civile*, n. 132 p. 210, concordando
com a concepção de Galdi e Goudsmit, isto é, que a idéa de direito con-
tem necessariamente a idéa de acção, ou por outra, que a acção não é outra
cousa senão o direito mesmo, que permanece, por assim dizer, passivo em-
quanto não é contestado, mas que se põe em movimento logo que o é,
pondera que a expressão *direitos e acções*, usada algumas vezes pela lei (cod.
civ. fr. arts. 724, 1166, 1250 1.º e 1689) é um pleonasmo.

IV. Eis integralmente a lição de Mattiolo, *Elem. di Dir. Giud. civ.*,
1.º v. n. 21: « Condizione essenziale di ogni ordinamento e progresso sociale
si é, che a nessuno, per regola generale sia lecito di farsi giustizia di prop-
ria autorità, e che la societá assuma direttamente la difesa dei diritti

(a) *Sagum*, i, vestido militar dos romanos. *Ad saga ire*: Cic. *Sumere
saga*: Cic. ir a guerra. *Esse in sagis*. Cic. estar em campanha. Do Dicc. de
Moraes.

obrigação, da qual é sujeito activo o titular da relação de direito, e sujeito passivo, o seu violador (1).

§ 11

Determinação analytica da idéa de acção.

O vocabulo juridico *acção* pôde ser considerado debaixo de trez accepções differentes, a saber:

I. Accepção *subjectiva*— significando o proprio direito reagindo contra a acção contraria de terceiro, ou a faculdade de defendel-o judicialmente (2);

dei privati col mezzo del potere giudiziario ed esecutivo.—L'azione rappresenta appunto la garanzia giudiziaria, e costituisce per ciò, quasi diremmo in linguaggio arithmetico, un diritto alla *seconda potenza*, ossia il diritto di far valere un diritto in giudizio.»

V. O nosso Corrêa Telles, *Doutr. das Acções*, § 1.º, considera a *acção* um remédio de direito para pedir ao juiz, que obrigue outro a dar ou a fazer (A) aquillo de que tem obrigação perfeita.

(A) Devia acrescentar: ou a não fazer. Vide o § 5.º do proprio C. Telles: *Chamam-se pessoas as acções que nascem da obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma cousa.*

Cada qual d'estas concepções, isoladamente considerada, pôde ser verdadeira. A apparente divergencia provem de se não attender a que, em todas as linguas, muitas palavras ha que teem mais de um sentido ou significado. *Acção* é uma d'ellas, como explicitamente o reconhecem muitos dos escriptores citados. Pretender, portanto, definir *acção* por uma formula unica é, ou cair no vicio de Manfredini (*Program.* n. 822), que dando uma definição de metro e meio, antes disserta do que define, ou incidir no erro de logica: deixar fóra da definição parte do definido.

E' por isso, que no § seguinte preferimos, ao determinar analyticamente a idéa de acção, decompô-la em suas diversas accepções para definir cada uma separadamente. Fal-o assim, si bem que incompletamente, Filomusi Guelfi, *Enciclopedia Giuridica*, § 123.

(1) Vide, sobre esta idéa, a profunda passagem de Savigny, *Dr. Rom. V.*, § 205, e Maynz, *Elem. de Dr. Rom.*, 2.ª ed. 1.º vol. p. 301.

(2) E' o sentido do § 1.º da *Inst. de actionibus* — o *jus persequendi*; é a *faculdade*, de que falla Maynz, *Dr. Rom.*, § 136, ou a *facultas agendi* de Filomusi Guelfi, *Encicl.* § 123; é a *possibilidade inherente a todo directo de se fazer valer em juizo*, de Arndts, § 96.

Não é um direito independente, como quer Savigny, refutado por Viti, *Com. sistem. al Cod. di Proc. Civ.*, p. 15 e seg., nem tão pouco um *accescentamento* ou uma *annexação* a um direito, como pretende Puchta, vehementeemente impugnado por Böking, *Pandekt.* § 131 nt. 2, mas é parte integrante do direito mesmo.

II. accepção *objectiva*, ou o acto da defesa judicial (1);

III. accepção *formal*, ou o modo pratico d'esta defesa (2).

§ 12

Subjectivismo da acção

Na primeira d'aquellas accepções, *acção* é uma phase da propria relação de direito violada, e defini-mol-a— *a virtude propria a cada direito de se afirmar por meio da força social.*

N'este sentido é completa a definição do citado § 1.º da Instituta: *actio nihil aliud est quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur* (3).

(1) E' a primeira idéa de Arndts, loc. cit.; é o *meio auxiliar* de Windscheid.

(2) Nesta accepção, *acção* é synonymo de demanda, feito, litigio, pleito.

(3) Alguns escriptores, como Savigny, Maynz e outros, seguindo ao jurisconsulto Daniel, citado por Paula Baptista, *Comp. de Theor. e Prat. do Proc. Civ.* § 3.º, que a definição de Justiniano accrescentou as palavras *aut nostrum est*, ou a Hotomanus, citado por Filomuzi Guelfi, nt. 1 ao cit. § 123, que propunha *additar summe est*, um e outro por lhes parecer que aquella definição não comprehendia os direitos reaes, censuram a mesma definição vinda do Digesto, fr. 51 de *O. et A.* (XLIV, 7). Tambem Mattirollo, l, 21 nt. 1, é de parecer que « *alle quali parole se devono aggiungere queste altre: AUT QUOD NOSTRUM EST.* »

Não ha motivo para a censura:

1.º) porque, historicamente, se demonstra a correção da definição da Instituta; porquanto, havendo Celso, no cit. fr. do D., definido a *acção jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, o vocabolo *actio* tinha, na technologia da epoca, um sentido restricto, pois que então *deberi* sómente comprehendia as *obligationes*, excluindo as *actiones in rem* (Savigny, § 205); mas ao tempo de Justiniano, a expressão *deberi* se havia generalisado, abrangendo toda pretensão, qualquer que fosse a sua causa; ora Justiniano não podia ignorar as differenças historicas acima alludidas; logo, copiando litteralmente a definição de Celso, teve em vista enquadrar na mesma definição tambem as *acções in rem*;

2.º) porque, como se vê do D., fr. 178 § 3.º de V. S. (L. 16), já Ulpiano dizia que *hoc verbum DEBERI omnem omnino actionem comprehendere intelligitur*;

3.º) porque de varias passagens dos proprios censores da definição justiniana. deflue a refutação da propria censura.

Assim, da passagem de Savigny a que faz referencia a nt. 2 § 10 *supra*, resulta, que si para o jurisconsulto berlinez a violação de uma relação de direito, qualquer que seja a sua natureza, estabelece, entre o violador e o

Objectivismo da acção

Na accepção objectiva, acção definimos *o acto pelo qual se invoca o officio do juiz para que afirme a existencia de uma relação de direito contestada* (1).

Formalismo da acção

Na terceira e ultima accepção ou formal, o termo acção se define *o modo pratico do exercicio do direito de acção* (2).

violado, uma relação juridica identica a uma obrigação, não ha razão para excluir da definição da Instituta as violações das relações de direito real.

Quanto a Maynz, elle proprio nos fornece esta lição: « *On trouve même dans des ouvrages de droit cette acception vulgaire de mot DEBERI. Ainsi d'un droit réel.* » Fr. 9 D. *si servit. vind.*, 8, 5 « *SI EO LOCO PER QUEM MIHI ITER DEBETUR...* » et passim. Voy. aussi Gruteri, *Inscript p. 201, 3.* » PER HAUC VIAM FUNDO C. MARCI C. L. PHILERONIS ITER ACTUS DEBETUR.»

Vide, em apoio da definição da Inst., Van Wetter, *Dr. Rom.*, 1, § 96, Demangeat, *Dr. Rom.* 2.^o vol. p. 463, etc, etc.

(1) Imitação da definição de Windscheid: «um meio auxiliar para pedir a manutenção de um direito preexistente em cujo exercicio fomos turbados ou lesados.»; ou concretisação da definição de Manfredini, n. 822: «*L'interesse giuridico di ricorrere nei modi legittimi al magistrato, a ciò specialmente istituito, per ottenere che egli, dopo esaminata e giudicata la pretesa di un diritto, dichiarari, e occorrendo coll'uso della forza sociale conceda, conservi o reintegri il diritto.*»

N'este sentido, acção é a manifestação externa da virtude propria a cada direito de se afirmar judicialmente. E' um producto, uma creatura, da qual é creador o proprio direito. Tal é a energica e correcta concepção de Arndts *das Recht ist das Klage das Erzeugte*— edic. de Serafini, n. 8 ao § 96. E' ainda a confirmação ou actividade do direito *Bethätigung oder Thätigkeit* de Böcking.

(2) N'este sentido, acção ou processo, demanda, pleito, entra no quadro da eurematica forense ou jurisprudencia pratica. Nosso livro não se occupa das acções debaixo d'este aspecto. Damos aqui tão sómente noticia dos principios theoreticos do direito judiciario civil; os euremas a tomar para garantir a correcção formal da acção no sentido objectivo, constituem o conteúdo de outra cadeira do curso da Faculdade, brilhante e proficiente-mente feito pelo nosso illustrado collega Dr. João Mendes Filho.

§ 15

Condições subjectivas para o exercicio das acções.

Para a objectivação do direito de acção, isto é, para que a *virtus actionis* ou *potestas agendi* se converta proveitosamente na *ratio agendi*, requer-se, no agente, o concurso das quatro seguintes condições:

- I. A existencia de um direito (1);
- II. Interesse de agir (2);
- III. Qualidade para agir (3);
- IV. Capacidade, si age no proprio nome, mandado, si no de outrem (4).

(1) Facilmente se comprehende, que o direito de que se trata não pôde significar uma relação juridica isenta de qualquer impugnação, ou uma relação de direito de existencia palmar ou intuitiva, para usar a frase de Manfredini, n. 795; aliás, si a acção importasse necessariamente a existencia real do direito, nem se conceberia possível sentença que concluísse pela absolvição do accionado; basta que se *pretenda* certa relação de direito. As simples *pretensões de direito* devem ser tuteladas pela autoridade judiciaria, pois que só a sentença ha de afinal declarar estavelmente si a pretensão é ou não direito, ou por outra, si a apparencia de uma relação de direito cobria effectivamente uma justa relação de direito.

Este direito ou pretensão de direito precisa ter a condição de exigibilidade, isto é, precisa não pender de termo ou condição, e não estar prescripto.

(2) *Pas d'intérêt pas d'action*—tal o brocardo do velho direito francez.—*L'intêrêt est la mesure des actions*—repetem os escriptores modernos.

Nem se pretenda unificar esta com a condição anterior, pois nem sempre a existencia de um direito coincide com o interesse de que aqui se trata. A *potestates agendi* é cousa diversa da *ratio agendi*, pois que, como diz Mancini, *Com.*, I, 422, bem se pôde figurar um individuo a quem pertença certo direito, e todavia faltar-lhe interesse em promover *acção*, como no caso de lhe não ser contestado o direito, ou de já se achar afirmado por sentença ou garantido efficazmente em sua existencia concreta.

Bem como o direito deve cercar-se de certas condições, quaes as que expuzemos acima, o interesse tambem deve ser *directo* e *actual*—vide abundantemente sobre este ponto o cit. Mancini, ns. 422 a 434, Manfredini, n. 858 e seg. e Garsonnet, obr. cit., n. 135 e 136.

(3) A qualidade que aqui se allude é a facultade legal de estar em juizo, e portanto, o titulo pelo qual o autor acciona. Nem basta ser titular do direito: preciso é ainda ter a *disponibilidade* ou *exercicio livre* d'esse direito—Mancini n. 409.

(4) O autor pôde agir pessoalmente ou por mandatario seu. No primeiro caso precisa não ser d'aquelles a quem a lei nega a capacidade de facto para o livre exercicio pessoal das relações de direito: a incapacidade é então supprida nos termos da lei positiva. No segundo caso, além d'essa mesma capacidade no mandante, para poder constituir mandatario, preciso é que este seja capaz de exercer o mandato judicial.—Vide *infra* §§.

Divisão da acções.

Sob o segundo aspecto, ou accepção objectiva, podem as acções sujeitar-se á divisão seguinte:

I. Com relação ao elemento gerador da acção ou do direito negado, em *prejudiciaes*, *pessoaes*, *reaes* e *in rem scriptæ* ou *mixtas*;

II. Com relação ao resultado, em *reipersecutorias*, *penaes* e *mixtas*.

Acção prejudicial é aquella que garante ou defende o estado da pessoa (1).

(1) A Ord. Liv. 3.^o tit. 11 § 4, dá exemplos d'estas acções, as quaes tendem a tutelar as relações de direito constitutivas do *status* e mais proximamente os estados de liberdade e familia, pois que, relativamente aos direitos de cidade, estes são regulados pelo direito publico interno. Vide Paula Baptista, § 9.

Dizem-se tecnicamente *prejudiciaes*, porque taes acções não são *reaes*, visto não serem *reaes* os direitos que ellas protegem, nem *pessoaes*, visto não provirem de uma obrigação contrahida por uma pessoa previamente determinada— Garsonnet, n. 152.

Entretanto, na technica juridica, a expressão *excepções* ou *questões prejudiciaes* designa cousa diferente, particularmente applicavel no processo criminal. São questões civis de cuja solução depende a legitimidade da acção criminal— Bertauld, *Questions et except. prejudicelles*, p. 2. Mas não vemos razão para que se não admittam no juizo civil estas questões ou excepções, aliás usadas entre os romanos. «On trouve souvent, diz Savigny (*Dr. Rom.* § 298, Vol. VI, p. 429, trad. de Guenoux), dans la procédure romaine une *exceptio prejudicialis*, par laquelle le défendeur peut demander que le procès soit suspendu jusqu'à la décision d'un autre procès. Cette exception a surtout pour objet d'empêcher qu'une décision portée sur une question secondaire, et peut-être sans tout le soin désirable n'entraîne, par l'autorité de la chose jugée, la décision d'une question beaucoup plus importante. Or, cette exception implique le principe par moi établi sur la légitimation de la demande.» E Savigny figura a especie seguinte: A e B litigam sobre a propriedade do *fundus Titianus*; mas A tambem reclama direito de passagem sobre a propriedade de B para chegar á propriedade litigiosa. B pôde então pedir que a acção confessoria fique suspensa até que se decida a questão de propriedade do *fundus Titianus*, dando como motivo a regra do fr. 16 de *except.* (XLIV, 1): «videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, QUAM PRIUS PROBAVERIM FUNDUM TITIANUM MEUM ESSE.» O fim unico da excepção, continua Savigny, é impedir, que por occasião da acção confessoria não esteja a questão muito mais importante, da propriedade, já decidida como simples legitimação da demanda, e investida da autoridade de cousa julgada.

Vide outros exemplos nos frs. 7 § 1. de *her. pet.* (V, 3); 13, 28, de *except.* (XLV, 1); 3; 7 § 4 de *except. rei jud.* (XLIV, 2);

Acção pessoal aquella que se funda em uma *pre-existente relação de credito*, e *real* a que tem origem no *direito de propriedade em qualquer de suas manifestações* (2).

Acção in rem scripta ou mixta (3) é aquella, que sendo *pessoal*, tem pela lei positiva ou pela jurisprudência

O fr. 5 §§ 8.^o e 9.^o, de *agnosc.* (XXV, 3), e 10 de *his qui sui* (I, 6), figuram uma especie que aparentemente contraria esta doutrina. Na acção de alimentos, si o réo contesta a qualidade de pai do autor, deve o juiz, antes de pronunciar sobre os alimentos, examinar summariamente si existe o parentesco; e os textos accrescentam expressamente, que a decisão proferida sobre os alimentos não tem a minima influencia sobre o litigio ulterior relativo ao parentesco. *Meminisse autem oportet, et si pronuntiauerint ali oportere, attamen eam rem proejudicium non facere veritati: nec enim hoc pronuntiat, FILIUS ESSE sed ALI DEBERE*—fr. 5 § 9 cit. Mas comprehendese a excepcionalidade da especie. A necessidade urgente de satisfazer a mais imperiosa exigencia animal do homem, autorisa o juiz a conceder alimentos antes de estar plenamente convencido do parentesco. Tal é a explicação de Savigny, vol. VI p. 432..

(2) E' a *summa divisio* das acções, como diz o § 1.^o J. de *action* (IV, 6). E assim devia ser, pois que sendo as acções a garantia dos direitos, sua principal classificação deve defluir da classificação dos proprios direitos, que como se sabe, são *pessoaes* ou *reaes*. Vid Pescatore, op. cit. I, 123; Teixeira de Freitas, *Intr. á Consol. das Leis Civis*; Keller, *Des action chez les Rom.* § LXXXVII; Pisanelli, *Com.* II, 1079 nt. 2.

(3) Esta synonymia é vivamente combattida por varios escriptores (por ex.: Mancini, *Com.*, I, 418); mas nós, por varios motivos, adoptamola.

I. Porque a classica distincção romana, contida no § 20 I. de *action*, das chamadas *acções mixtas*, tem hoje apenas merecimento historico.

II. Porque as taes acções *quodam mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam* ainda não lograram colher uma explicação uniforme da parte dos escriptores. Alguns até, dos mais eminentes, como Voet e Vinnius, chegaram a duvidar da realidade de taes acções, e outros, tão assignalados como aquelles, foram ao ponto de se injuriarem, usando de argumentos risiveis, na frase de Pisanelli, *Com.* vol. II n. 1077.

Assim Heineccius (*Recit* § 1127) lembra, a proposito d'estas acções, a mistura da agua com o vinho: Cujaccio (*in parat. C. fin reg.*) chama as quatro acções mixtas do direito romano, esplendida *quadriga* ^(a); Fabro, rindo da lembrança de Cujaccio (*De error. pragm. Dec. 94 err. 4*), diz d'elle: *Suavis est Cujacius*, e Bacovius (*De act.* VII, disp. II) por sua vez diz de Fabro: *neque suavis est Cujacius, sed suavis et ineptus est Antonius Faber*.

Uns querem, como Boemero (*Doctr. de act.*, sec. 1, c. 2 § 6), que taes acções sejam assim chamadas por conterem dupla *causa petendi*: *Non enim sane ob FINEM ita dicuntur, sed quia duplex hic est CAUSA petendi: ius in re et obligatio*; entretanto que: Hubero (*I. de act.*, n. 19) adverte que: *mixtura ulla non spectat originem causamque, sed SUBJECTAM iudicii*:

(a) *Quadrigae, arum*, Cic., o coche, a carroça de quatro cavallos emparelhados no mesmo jugo; Cic. os quatro cavallos do coche. *Quadriga, e*. Prop. Val. Plin. &. — Magn. Lex. hoc. v.

dencia uma *directão real*— Maynz, *Dr. Rom.* § 137, III; isto é, as acções *in rem scriptæ* podem ser, como si fossem reaes, dirigidas contra quem quer que detenha a cousa litigiosa, não obstante por ellas se pedir, por serem pessoases, o cumprimento de uma obrigação— Paula Baptista, 3.^a ed. § 22; Schupfer da Chioggia, *Dir. delle obbligaz.*, p. 544.

Acção reipersecutoria é aquella pela qual se pede o que é nosso ou nos é devido e está fóra do nosso patrimonio; *penal* aquella pela qual se pede a satisfação da pena convencional ou legal; *mixta* aquella pela qual se pede conjunctamente uma e outra, isto é, a cousa ou a prestação da obrigação e a pena.

§ 17

Continuação da divisão das acções

As acções ainda se sujeitam a outras divisões quaes são, d'entre as principaes :

MATERIAM. Outros, como Mackeldey (*Inst. du Dr. Rom.* § 204, 3.^o), pretendem que taes acções são simultaneamente reaes e pessoases, pois por ellas se pede a cousa e a obrigação de certas prestações pessoases, ao passo que Savigny (§§ CCIX e Append. XIII), ponderando que não ha acções mixtas, visto que o direito ou é real ou pessoal, dá como motivo da especialidade d'estas acções a circumstancia de poderem o autor e o réo assumir a posição inversa, como é expresso no fr. 37 § 1.^o de O. et A. (XLIV 7), *in verbis*: *uterque actor est.*

Vide outras, e varias explicações em Keller, p. 423; Schupfer, p. 543; Mattiolo, I, n. 28; Pescatore, I, p. 129; Serafini, nt. 12 ao § 97 de Aradts.

III. Porque, n'esta intrincada confusão e perplexidade, alguns escriptores de nota fazem as *acções mixtas* synonymas das *in rem scriptæ*— Assim Cujacio, Op., tom. I p. 836, V, 1154, VI, 40, é de parecer que se devem reputar, mixtas todas as acções pessoases *in rem scriptæ*; assim ainda Troplong (*Vente*, n. 625), onde se lê:

« *La question consiste à savoir si cette action* (acção resolutiva de venda *est mixte*, DE MÊME QUE TOUTES LES ACTIONS PERSONNELLES IN REM) SCRIPTÆ.

IV. Finalmente porque, consideradas em sua essencia, as trez acções divizorias que o cit. § 20 *Inst.* chama *mixtas*, são evidentemente *pessoaes* (isto é, a *família eriscundæ actio*, a *communis dividundo* e a *finium regundorum*)— Vinnius, *Com.* ao cit. § 20; Boncenne, *Téor. de la Proc. Civ.*, vol. 1.^o p. 74; Mackeldey, loc. cit. &. — fr. 1.^o *fin. reg.*, p. 22 § 4.^o id.; fr. 4.^o *com. divid.*, ao passo que os interdictos possessorios *uti possidetis* e *utrubi*, que o cit. fr. 37 § 1.^o de O. et A. tambem chama acções *mixtas*

I. *Moveis e immoveis*, segundo o seu objecto é cousa movel ou immovel;

II. *Possessorias e petitorias*, segundo se pede unicamente a posse ou o dominio (1);

III. *Principaes e accessorias, preparatorias e preventivas, connexas, incidentes*, significando cada qual aquillo que a denominação por si só está indicando, nenhuma tendo importancia scientifica distincta. Coincidem com uma ou outra das divisões dadas no § anterior.

§ 18

Continuação

Debaixo do ponto exclusivo da *fôrma* (2), as acções dividem-se principalmente em *ordinarias, summarias, summarissimas e executivas*, segundo seus termos processuaes são qualitativa e quantitativamente considerados; e segundo a especialidade da relação de direito litigiosa, em *decendiaria, de divisão e demarcação de terras, de divorcio, de seguro, etc., etc.*

são *reales*—fr. 1 § 3 de *interd.* (XLIII, 1); *Pescatore*, obr. cit. p. 132, *Vinnius* e *Mackeldey* nos *log. cit.* Logo, será por outro criterto que o direito romano deu-lhes aquella denominação, e esse nos parece ser o mesmo que assignala as acções *in rem scriptae*, e é o que demos no texto.

(1) Esta divisão ganha importancia scientifica quando se trata de saber si nas acções possessorias é licito ao réo defender-se pela excepção de dominio.

No direito patrio, sob a letra das *Ords.* III, 40 § 2, 78 § 3.º, IV, 58 e outras, e da regra do direito canonico—*spoliatus ante omnia restituendus*—alguns escriptores, como *Lafayette, Dir. das Cousas*, nt. 11 ao § 22, e *Paula Baptista* nt. 3 ao § 30, resolvem negativamente; outros, como *Lobão, Interdictos*, § 234, e *Teixeira de Freitas, Consolid.*, art. 818 e nt. fundados no *Ass. de 16 de Fevereiro de 1786*, opinam que não se deve julgar a posse em favor d'aquelle a quem se mostra EVIDENTEMENTE (a) que não pertence a propriedade.

Esta nos parece a melhor doutrina, imposta pela razão do direito, que não pôde ser suffocada pela letra nua de um texto de lei, isoladamente tomado.

(a) *Il y a certaines positions dans lesquelles aucun juge ne pourra sympathiser avec un individu qui se prétendrait spolié—Caeré, I p. 113.*

(2) Vide nt. 1 ao § 14.

Accumulação e concurso de acções

Ha differença entre *accumulação* e *concurso de acções*.

Dá-se o primeiro caso quando uma ou mais pessoas, por *interesse commum*, ou seja por *identidade de titulo* ou pelo *mesmo objecto*, são credoras de uma ou mais pessoas; bem assim quando, posto que não haja *communhão de interesse material*, houver *identidade de questão juridica* e os direitos em litigio tiverem *commum a origem de facto*, isto é, um *titulo unico* e uma mesma *causa de pedir*.

Em qualquer d'estes casos é licito accumular acções, o que de resto obedece ao principio politico informativo do processo, firmado *supra*, § 5, III: *maximo resultado com minimo esforço*.

Dá-se *concurso de acções* quando a mesma pessoa, para o mesmo fim ou diverso, dispõe de mais de uma acção, mas das quaes uma prejudica a outra; por exemplo: a *actio redhibitoria* e a *quanti minoris* para a mesma coisa comprada. O uso de uma importa a renuncia da outra, pelo brocardo *electa una via non datur regressus ad altera* (1).

Extincção das acções

As acções extinguem-se quando se extingue o direito sobre que se fundam (2).

(1) Vide Gargiulo, *Corso elementare di Diritto Giud. civ.*, ns. 242 e 243; Maynz § 144; Mancini, *Com.* vol. 1.^o n. 470; Arndts, § 105; Savigny § 231 — 236.

(2) Mancini, *loc. cit.*, n. 476.

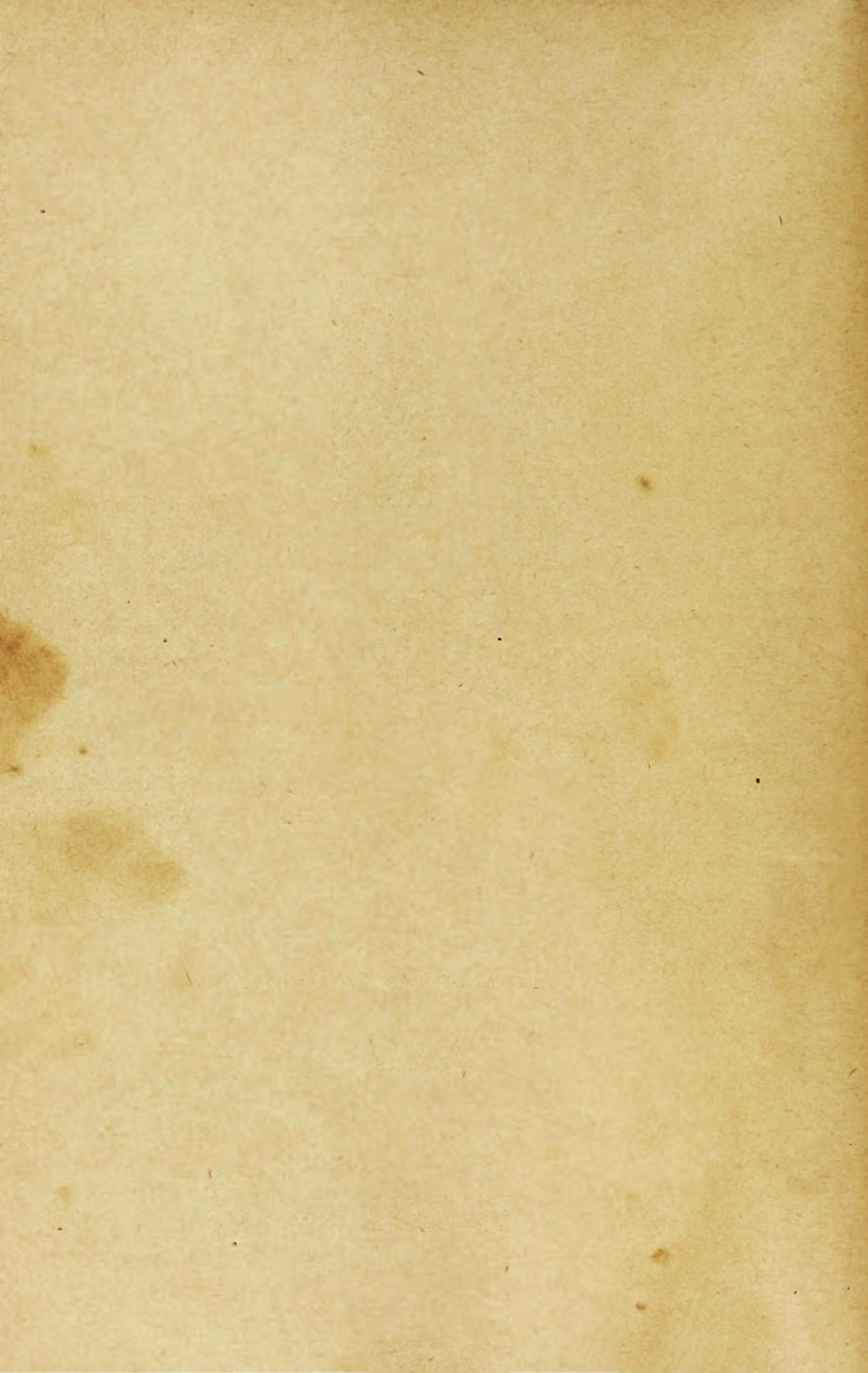
Consequentemente, todas as causas pelas quaes se extinguem as relações de direito tambem importam a extinção das acções.

São principaes: a renuncia, a novação, a solução, a remissão, a confusão, a compensação, e a morte nas acções activa ou passivamente intransmissiveis (1).

(1) Gargiulo, n. 244—256.

DR. JOÃO PEREIRA MONTEIRO.

Accusação de Offensas
J. Freires XV



DIREITO CIVIL

QUANDO SE PÓDE CONTRAVIR O PROPRIO FACTO?

Esta questão é credora de estudo por sua utilidade practica, e porque se prende á ardua materia das nullidades dos actos juridicos e dos contractos.

Acabamos de ver desconhecidos ou postergados principios que, segundo cremos, são os que regem o assumpto. O Tribunal de Justiça deste Estado julgou que uma alienante de bens constituídos em usufructo, agindo no seu proprio nome e sem representar o proprietario dos bens alienados, podia contravir o facto da alienação, cuja invalidade aliás a lei decretára em beneficio daquelle proprietario. (1)

Este erro de doutrina, em apoio do qual se invocou contraproducentemente a autoridade de Valasco e a de Silva, é mais um motivo para que não pareça descabido o estudo da questão supra enunciada, que passamos a fazer.

Carecemos antes de tudo estabelecer as bases em que teremos de firmar as nossas conclusões.

Todo o facto de que resulta a criação, a extinção, a alteração, a conservação ou a protecção de direitos é um facto ou acto juridico. Seu elemento fundamental é a vontade e sua natureza é determinada pelo fim a que a mesma vontade se dirige.

(1) *Vid. Gaz. Jurid. do Est. de S. Paulo, vol. 2.º pag. 289.*

Si o acto juridico suppõe a vontade produzindo effeitos juridicos, é indispensavel que o agente possúa as condições para manifestar a vontade, que a manifeste de modo que exista perfeita e livre correspondencia entre o phenomeno volitivo e sua exteriorização, e, finalmente que tenda a um determinado fim.

D'ahi resulta que as condições para a validade de um acto juridico se referem já á capacidade do agente, já á maneira por que elle manifesta sua vontade ou presta seu consentimento e já, finalmente, ao fim e objecto do acto.

A lei, de modo explicito ou implicito, determina as circumstancias de que o acto se deve revestir para que possa produzir effeitos juridicos. A reunião dessas circumstancias constitue a *fôrma* do acto, a qual se diz *interna* ou *externa*, segundo se refere á parte visceral ou ás solemnidades extrinsecas.

Assim, todo o acto juridico tem um fim e condições mais ou menos essenciaes, adequadas á consecução do mesmo fim e estatuidas pela lei de modo expresso ou virtual. Omittidas todas ou algumas das condições essenciaes, o acto não existe ou existe apenas como um simulacro: *Nulla et non esse paria sunt*.

E' nullo, pois, o acto que não reúne os elementos requeridos por sua natureza ou por seu objecto, ou que não é revestido das solemnidades — internas ou externas — que, por disposição expressa ou virtual da lei, são indispensaveis á sua existencia.

Segundo a definição de Vautio e de Altimari, a nullidade é — *vitium seu defectus rei gestæ proveniens ob legis transgressionem*.

Ou seja textual ou virtual, isto é, resultante da vontade expressa ou da vontade presumida do legislador, a nullidade é um dos meios de sanção da lei.

Mas nem todas as transgressões da lei acarretam como forçada consequência a invalidade dos actos respectivos. Si o legislador tornasse inexistentes todos os actos incursos em transgressão da lei, causaria mais graves transtornos que aquelles que podem advir de certas irregularidades, desvios ou quebras dos preceitos legais.

Foi por isso que o legislador só resguardou com a sanção da nullidade a observância dos preceitos mais directa e immediatamente referentes ao interesse publico. D'ahi a distincção entre nullidades *absolutas* ou no interesse da lei e nullidades *relativas* ou no interesse das partes.

As nullidades absolutas ou substanciaes podem ser propostas por todos os interessados ou prejudicados; as relativas ou accidentaes, sómente por alguns ou por seus herdeiros. (*Reg. n.º 737 de 1850, art. 687.*)

São substanciaes, diz o marquez de S. Vicente, as nullidades que nascem da violação de leis prohibitivas, ou de leis constitutivas das formulas ou condições essenciaes dos actos ou factos que ellas regulam, ou, finalmente, de leis que fulminam expressamente a nullidade. Accidentaes ou relativas são as nullidades que contrariam indicações de leis que attendem mais aos interesses individuaes do que de ordem publica. (1)

Si as nullidades absolutas são estabelecidas em attenção ao interesse geral, segue-se que não são renunciaveis, e que sómente as nullidades relativas são susceptíveis de confirmação ou ratificação.

A razão é que o direito publico não se póde derogar por meio de convenções particulares e que, portanto, só se póde tratar contra o teor das leis que

(1) *Apontam. sobre Formalid. § 2.º pag. 8.*

são referentes á utilidade privada dos homens. (*L. 45, Dig. de reg. jur; L. 31, Dig. de pactis.*)

As nullidades resultantes de um vicio visivel e real, que impediu o acto ou o contracto de se formar, são chamados de *pleno direito*; podem ser textuaes ou virtuaes, isto é, formalmente pronunciadas pela lei, ou sub-entendidas, por ser a formalidade preterida substancial para a existencia do acto ou do contracto ou do fim da lei (*Reg. n.º 737 de 1850 art. 684.*)

As nullidades dependentes de rescisão são as que resultam de factos que devem ser apreciados pelo juiz e que não obstem que o acto ou contracto exista e produza effectos. Portanto a nullidade de pleno direito importa a inexistencia do acto ou contracto, enquanto a nullidade dependente de rescisão suppõe que o acto ou o contracto existem e surtem effectos até que sejam annullados.

Estabelecidos estes principios de doutrina, consagrados pelas nossas leis, entremos no exame da questão enunciada e vejamos si a solução dada pelos tratadistas dissona dos referidos principios.

Si ha nullidades introduzidas por bem do interesse geral ou da ordem publica, e nullidades que a lei só estatuiu em prol do interesse das partes; si aquellas não são susceptiveis de ratificação, porque suppõem a inexistencia juridica do acto e só se ratifica aquillo que existe, e estas, as nullidades relativas, podem ser cobertas pelo silencio ou pelo consentimento das partes em cujo favor foram introduzidas, já se vê, que o autor de um acto eivado de nullidade absoluta póde arguil-a; porque o seu interesse particular coincide com o interesse geral ou de ordem publica, que determinou a existencia da nullidade.

Aventando a questão si o vendedor de uma coisa inalienavel por lei ou o possuidor de bens de morgado póde arguir e nullidade da venda, Reynoso (1) se pronuncia pela affirmativa e produz a seguinte razão:

« quoniam multa ratione utilitatis publicæ tolerantur, quæ alias non permitterentur. »

Assim, para Reynoso, o direito de contravir o proprio facto resulta de uma tolerancia dictada ou imposta pela utilidade publica, que sobreleva outra conveniencia, a de se não permittir que alguém aufrá proveito da propria culpa.

Para o decisionista Gama a alienação realisada contra a prohibição legal é tão nulla que, diz elle, até o proprio alienante a póde contravir:

« adeo nulla est, ut ipse alienans possit contravenire. » (2)

Esta doutrina não dissona da de Reynoso, porque se refere á prohibição legal e é certo que não póde ser ratificada, ou é absoluta, a nullidade resultante da violação das leis prohibitivas (3); si o não fosse, a vontade privada dos ratificantes sobrepujaria a vontade geral enunciada pela prohibição do legislador.

Como diz Laurent (4) as clausulas prohibitivas importam sempre nullidade, porque o facto da prohibição implica que ha em jogo um interesse geral ou de ordem publica. Confere Altimari:

« Ubi lex seu statutum aliquid prohibet, actus contra prohibitionem factus, non solum est nullus et inutilis, sed etiam habetur pro non facto et sic ipso jure nullus. Nec sus-

(1) *Observ.* 73 n. 16 e 19.

(2) *Dec.* 222 n. 4.

(3) *L. 5, Cod. de legib.* — (1. 14); *Repert. das Ord. vbo — Acto.*

(4) *Princip. de D. Civ. Tom 1, n. 62 pag. 95.*

tinetur etiam volente eo in cuius favorem annullatur, quia tali nullitate renuntiari non potest.» (1)

Entende Surdus que póde alguém impugnar o seu proprio facto quando a respectiva nullidade tiver sido posta em favor do publico ou em favor do proprio agente, e funda-se na glosa de Bartolo á lei *post mortem Dig. de adopt.* e á lei 1.^a *Cod. de pred. min.* (2) Estabeleceu mais esta outra regra:

«ubi actus annullatur favore alterius, is solus allegat nullitatem, in cuius favorem fuit inducta (3).

E desta regra conclue Surdus que a alienação prohibida em favor de terceiro não póde ser revogada pelo alienante, porque em tal caso, como declarou Menochio e o disse Bartolo, o contracto é nullo — *quoad alios, non ad facientis commodum.*

O grande Valasco, apoiando-se em Bartolo, em Imola e no commum dos doutores, firma a regra de que se poderá contravir o proprio facto quando a nullidade fôr introduzida em favor do agente ou em favor do publico (4).

Mas, consoante á doutrina de Surdus e á dos glosadores, Valasco não admite que se possa contravir o proprio facto, allegando a nullidade delle, quando a nullidade foi introduzida em favor de terceiro. Referindo-se ao caso do pai que tivesse alienado a legitima materna de seu filho, diz Valasco que a prohibição foi feita no intuito e em favor dos filhos e que, portanto, o proprio pai, que fez a alienação, não póde contravil-a em seu proprio nome, mas sim como administrador do filho — *et sic tanquam alia persona.*

(1) *Nullit. Tom. 6. Rub. 1. Pars. 4. Quæst. 36 n. 46 a 46.*

(2) *Consil. 283 n. 11 e 12.*

(3) *Consil. 283 n. 6 e 9.*

(4) *Cons. 69 n 14.*

E' essa mesma a doutrina de Silva:

Cum igitur nullitas venditionis, de qua hic, inducta non fuerit in favorem patris vendentis, nisi filiorum, in quibus non versatur favor publicus, ideo ipse pater venire non potest contra proprium factum, licet nemo sit, qui rem venditam revocare valeat (1).

Como se vê, autorizados praxistas estão accordes em admitir que o autor do acto absolutamente nullo possa impugnal-o quando a respectiva nullidade tiver sido decretada em favor do publico ou em favor do proprio autor do acto invalido.

Não menos accordes estão os citados escriptores em não se poder impugnar o proprio facto quando a respectiva nullidade, tiver sido estatuida em beneficio de terceiro, cabendo a este allegar-a. A razão é que não se tratando de nullidade em favor da lei, a nullidade só existe si quizer invocal-a aquelle a quem a lei quiz favorecer.

Como se acaba de ver, data de muito tempo a distincção entre as duas especies de nullidades — absolutas e relativas; o Reg. 737 de 1850 a fez para prescrever que as nullidades relativas só possam ser allegadas e propostas pelas pessoas a quem a lei quiz favorecer.

Na Ord. do L. 4 Tit. 48 § 3.º se declara que é privativa da mulher e de seus herdeiros a faculdade de annular a alienação de immoveis realisada sem a outorga uxoria, prohibindo-se que o marido possa fazer a demanda só, sem o consentimento da mulher ou de seus herdeiros.

« Quia cum hæc lex sit in favorem uxoris, absque ejus consensu non potest in ju-

(1) Ad Ord. lib 4. tit. 12 ad princ. n.º 55 e 56.

dicio exerceri; nam secundum jus nullitas in favorem alicujus intelligitur, si ipse annullatione uti velit. (1)

Assim, como consequencia do que ficou exposto em relação aos principios que regulam a materia de nullidades dos actos juridicos e dos contractos, attendendo-se aos preceitos expressos das leis, á distincção que ellas estabelecem entre nullidades absolutas e relativas, póde-se dizer:

a) Que quando a nullidade fôr absoluta ou substancial, ao autor do facto vicioso é permittido impugnal-o;

b) Que o proprio autor do facto não o póde contravir, quando a nullidade fôr relativa e introduzida em favor de outrem.

Neste segundo caso está claramente comprehendido o de ter sido introduzida a nullidade (relativa) em odio ao autor do facto, porque isto importa tanto como ter sido introduzida em favor de outrem.

Nullitas in quorum odio est introducta, ab eis minime allegari potest cum alias liceret allegare turpitudinem suam, quod est nefas. (2)

Sobre o segundo caso não ha menor divergencia entre os doutores e commentadores. Todos pensam que sendo relativa a nullidade só póde ser opposta por aquella parte em cujo favor tiver sido decretada pela lei.

E' o que está expressamente consagrado no art. 686 § 5.º do Reg. n.º 737 de 25 de Novembro de 1850 e tem sido julgado pelos tribunaes. (3)

(1) *Repert. das Ord. verbo — Marido póde revogar — nota — a —*

(2) *Altinari Nullit. Tom. 7. Rub. 1. Quest. 48. a 421 e 422.*

(3) *Vide rev. civ. n. 9904 e accordam revisor da Rel. da Corte no Direito vol. 29 pg. 211 e vol. 32 pg. 252. Ahi se consagra a verdadeira doutrina, tão dissonante da do julgado a que já nos referimos, no qual não se admittin que podesse ser tacitamente renunciado pelos filhos do segundo con-*

Mas quando a nullidade sendo relativa foi introduzida em beneficio do autor do acto invalido, sustentam os doutores supracitados que ella póde ser por elle opposta.

Será accetavel esta doutrina? Pensamos que não, e aquelles doutores para sustental-a apenas invocam a autoridade dos glosadores, sem discutir em frente dos principios a mesma doutrina.

Embora introduzida em seu favor a nullidade relativa, o autor do acto, ou aquelle que deu causa á nullidade, renunciou implicitamente o favor da lei. Si a nullidade é relativa — e tal é a nossa hypothese — é por sua natureza renunciavel e não póde haver duvida que renuncia o beneficio da lei aquelle que practica o acto ou faz o contracto sem observar o preceito da mesma lei, garantidor daquelle beneficio.

Tiraquellus e outros doutores, citados por Altimari, ensinam que não póde propôr a nullidade aquelle que lhe deu causa (1); e tal é o autor do acto incurso em nullidade introduzida em seu favor.

E' a applicação da regra de direito:

Factum cuique suum, non adversario nocere debet. (L. 155, Dig. de reg. jur. L. 17).

E esta regra foi consagrada pelo direito processual italiano, que, segundo refere Saredo, inhibe de oppor a nullidade de fórma a parte que, por meio de facto proprio, ou de quem age em seu nome, haja dado causa á mesma nullidade (2).

Guerreiro refere julgado por elle e por outros, na casa da supplicação, a repulsa de um tutor que viera empugnar a venda, que nullamente fizera de um

sorcio o beneficio da Ord. L. 4.^o Tit. 91 § 3.^o Vide B. Carneiro. Dir. Civ. § 226 n. 50 e 51 e Guerreiro Munera Jud. Orph. Tract. 3. L. 7. cap. 18 n. 24 e 25.

(1) Nullit. Tom. 7.^o Rub. 1. P. 5. Quest. 48 n. 290 e 291.

(2) Saredo. Instit di Proced. Civile. Tom. 1., pag. 189.

predio pertencente a menor e cujo preço o mesmo tutor fôra obrigado a restituir.

Foram invocadas contra a pretensão desse tutor a equidade, a razão natural e o texto da lei — *post mortem 25 Dig. de adoptionib.* Referindo esse julgado, acrescenta o mesmo Guerreiro :

« *Nullitatem allegare non potest qui causam nullitati præbuit, ut supra diximus; conventioni namque stare quilibet obstrictus est (L. 7, Dig. de pactis). Neque licet adversus sua pacta venire (L. penult. Cod. de pactis), neque debet quis consensum, quem semel dedit, revocare ex lege per fundum, Dig. de servit. restitor. et pacta propria non jure turpius est, quam leges: nam nullius juris turpius et gravior violatio est, quam illius quod tibi quisque statuit; adeoque ut factionibus contraveniens notetur infamia et privetur actione competenti. L. 41 Cod. de transact.. (1).*

E' muito para se notar que entre os fundamentos desse aresto Guerreiro aponta o character relativo da nullidade invocada pelo tutor, dizendo que a nullidade resultante de alienação de um immovel de menor sem decreto judicial não é absoluta: *alienatio non absolute est nulla, sed ipso minore volente.*

Pela transcripção que fizemos dos fundamentos do aresto citado por Guerreiro, vê-se que não poucas regras de direito se contrapõem á doutrina daquelles doutores que facultam ao autor do acto nullo a possibilidade de impugnal-o quando a nullidade relativa tiver sido creada em seu favor.

Subsistem, pois, as conclusões a que já chegamos sobre a possibilidade de se contravir o proprio facto

(1) *Munera Jud. Orph. Tract. 3. L. 7. cap. 18, num. 41 a 45.*

só no caso de nullidade absoluta e de se não poder impugnal-o no interesse de terceiro, quando a nullidade é relativa e como tal renunciavel.

A' critica e emenda dos doutos submettemos essas conclusões.

S. Paulo, Setembro de 1893.

Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho.



REGIMEN HYPOTHECARIO

CASOS DE RENUNCIA TACITA

1. E' licito a qualquer abandonar conscientemente o seu direito, a menos que a lei expressa lh'o prohiba. *Unicuique licet contemnere hæc, quæ pro se introducta sunt.* E abandonal-o sem que ao mesmo tempo o transfira a outrem. Pelo que, entre as causas que, por vontade do titular, extinguem a hypotheca, se incluye a renuncia do credor, *remissio pignoris*, que aliás é um resolvente commum ao vinculo de outras obrigações. Assim, enumerando a renuncia entre os modos porque se extingue a hypotheca, não creou direito novo o decreto n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 11 § 3.º, reproduzido no art. 266 § 3.º do regulamento n. 370 de 2 de Maio seguinte: trasladou apenas disposições anteriores, quaes as da lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, art. 11 § 3.º e do decreto regulamentar n. 3453 de 26 de Abril de 1865, art. 249 § 3.º Em caso analogo, o decreto n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, art. 116, 3.º, já havia recebido essa renuncia como extinctiva do penhor agricola.

2. Sómente podem ser renunciadas as hypothecas convencionaes e as judicarias. As hypothecas legaes, ou porque falleça em umas a capacidade dos renunciantes, ou porque em outras preponderem inte-

resses de ordem publica, não são renunciaveis. Assim, as hypothecas que garantem a bôa administração dos bens dos menores, interdictos; assim, as hypothecas constituídas em favor da mulher casada. Entretanto, em algumas legislações, se reconhece a faculdade da renuncia, mesmo tacita, nas hypothecas legaes da mulher casada: a lei franceza de 13 de Fevereiro de 1889, como anteriormente a de 25 de Março de 1855, pondo fóra de seu alcance a *irrevogabilidade* dos pactos antenupciaes e a consideração suplementar de pertencer essa hypotheca ao dominio da ordem publica, admite a renuncia, exercida pela mulher casada, á hypotheca que em seu favor onera os immoveis do marido, uma vez que a renuncia seja *publica, authentica, expressa, ou tacita* mas resultante de factos limitativamente determinados.

Entre nós não podendo os pactos antenupciaes, que determinam as hypothecas legaes, ser posteriormente alterados ou modificados; attendendo á necessidade de amparar os bens e os direitos da mulher casada: esta não póde renunciar á hypotheca legal, em seu interesse constituída, peiorando assim, por acto voluntario, da condigão que perante o marido lhe asseguram o casamento e os pactos antenupciaes. (1)

3. Para que valha na extincção da hypotheca convencional, a renuncia não está adstricta a uma fórmula unica. Póde ser *expressa*, convencional, explicita, ou *tacita*, implicita, consoante á fórmula que a exterioriza:—*expressa*, quando *formaes e directos* são os termos, ou signaes em que o credor a declara; *tacita*, si induzida de actos, factos, positivos ou negativos, que necessariamente supponham no credor a intenção de renunciar a garantia hypothecaria.

4. Ha, porém, quem conteste a extincção da hypotheca, mediante uma renuncia que, a um tempo,

(1) Lafayette Direito das Cousas, § 191.

não seja *expressa e especial*; não comprehendendo como possa resolver direitos uma causa, que, resultante de actos, factos mais menos concludentes, se reduz muitas vezes a uma enganadora apparencia. Sem duvida, uma renuncia tacita não pôde ser utilmente invocada, quando assente em actos ou factos equívocos, accommodaveis a explicações diversas, si não contrarias. Em casos duvidosos, a renuncia nunca se presume, porque *nemo res suas jactare præsuntur*. Mas, desse principio á absoluta proscricção da renuncia tacita em sua funcção extinctiva da hypotheca, vae immensa differença.

Rejeitar a renuncia tacita equivale a supprimir as *manifestações indirectas da vontade* em todas as relações contractuaes, eliminando o consentimento tacito;—contrariar a liberdade das convenções, por impedir que o accordo dos contrahentes produza todos os seus effeitos juridicos independentemente da fórma que o enuncie, naquelles casos em que a lei não exija um consentimento formal, expresso (*A. Wable*).

5. Na renuncia expressa, a vontade contractual se manifesta por signaes preorganizados, e cuja funcção natural consiste na enunciação daquella vontade. Na tacita, porém, a manifestação da vontade resulta *accidentalmente* dos actos que a explicam, revela-se em actos ou factos, *não predestinados* áquella manifestação, mas que a suppõem por isso mesmo que excluem vontade diversa, ou contraria. Porque—o facto dos contrahentes posterior ao contracto e que tem relação com o objecto principal, é a *melhor explicação* da vontade que as partes tiveram no acto da celebração do mesmo contracto? E' que esse facto, positivo ou negativo, comquanto não seja por natureza disposto ás manifestações di-

rectas da intenção dos contrahentes, comtudo a re-vela, e ás vezes mais inequivocamente do que as manifestações directas, interpretativas da primitiva intenção.

6. Fica reservado ao prudente arbitrio do juiz decidir si os actos ou factos, emergentes em qual-quer dos casos em que se trate de renuncia tacita, são indicativos ou não da intenção contractual que se pretenda fazer prevalecer. São questões de facto, para as quaes o direito costuma proporcionar certos principios, mas principios amplos, flexiveis, que derem livre margem á apreciação prudente do magistrado, ou, como dirá *Giorgi—al buon senso*. Variaveis em extremo como são os actos ou factos, que *accidentalmente* podem enunciar a vontade contractual, quando forme, conserve ou aniquile obrigações, — impossível seria, si não perigoso, o coordenal-os, distribuil-os taxativamente.

7. Exemplificando. Costuma-se reputar tacita-mente renunciada a hypotheca, em qualquer dos seguintes casos :

a) si o credor consente na venda do immovel que lhe está hypothecado ;

b) si assigna conjunctamente com o devedor a escriptura de alienação do immovel, e a sua assignatura não póde ter outra explicação que não a renuncia ;

c) si consente que o devedor hypothèque o immovel a outrem.

São estes os tres casos geralmente indicados em nosso direito (1).

8. No direito romano, que subsidia o nosso, o credor que prestasse consentimento á alienação da cousa hypothecada, renunciava tacitamente a hypo-

(1) Lafayette *Direito das Cousas*, § 276 ; Oliveira Machado, *Man. do Off. do Reg. Ger.* § 254.

theca: *creditor qui permittit rem venire, pignus demittit* (L. 158, D., *de Reg. juris*). E era esse o principio constante: — *si in venditione pignoris consenserit creditor, vel, ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit, pignus liberari: nisi salva causa pignoris sui consensit, nam solent multi salva causa pignoris sui consentire* (L. 4 § 1.^o, D., *Quibus mod. hyp. solv.*). Não renunciaria, pois, quem consentisse na alienação, sob reserva de subsistir o onus hypothecario na cousa alienada.

Ainda mais.

Caso não se effectuasse a venda consentida pelo credor, se reputava insistente o onus da hypotheca. O devedor não se podia valer do consentimento prestado: *nam sicut debitori, ita et creditori pristinum jus restituitur* (Leis 10, 8 § 6, D. cit.).

Não assim, quando o devedor viesse a readquirir a cousa, que houvera sido alienada com o consentimento do credor. Duas opiniões disputaram a solução do caso. Uma — doutrinava que o onus hypothecario revivia desde o momento em que a cousa alienada reentrasse no patrimonio do primitivo devedor, *propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni solitum est*.

Outra, ao contrario dava por extinctos os direitos do credor hypothecario, sem admittir a possibilidade de sua renovação. Foi essa a solução que prevaleceu (1) na legislação de Justiniano, por parecer — *indignum esse eandem, utpote ab initio et suppositam vindicare, vel tenentem inquietare* (Cod. *de Remiss. pign.*, const. ultima).

9. Requer-se, porém, que os actos do consentimento sejam univocos, incondicionaes, *nisi salva*

(1) Mackeldey procura sustentar o contrario, e cita a const. 1.^a do Cod. *de remiss. pign.*, que não vem ao caso. *Mém. de Droit Romain*, § 362 not. 12.

causa pignoris, porquanto muitos costumam *salva causa pignoris consentire*. Por isso é que — ao credor ficava sempre salvo o direito de provar que os actos arguidos não eram indicativos da renuncia; — *replicabitur de dolo et fraude*, como no caso da lei 3.^a, D., de *Pignorat action*.

A presumpção é uma relação *moralmente certa e logicamente univoca* do facto conhecido para o facto a conhecer; e essa relação seria equívoca, se os mesmos factos fossem susceptíveis de mais de uma explicação.

Mas qual o fundamento dessa presumpção na renuncia tacita?

Presume-se que o credor, consentindo na venda da coisa hypothecada, renunciou tacitamente á hypotheca, porque o consentimento, não sendo indispensavel para a validade da alienação, deve ter uma explicação unica, a de renunciar o direito. Ao contrario, o consentimento do credor se reputaria um acto inutil, uma formalidade ociosa, o que a lei nunca presume (1).

10. Si esse é o fundamento em que assenta a renuncia presumida, não parece que, em direito patrio, resigne a garantia hypothecaria o credor que, pura e simplesmente:

a) consente na venda do immovel hypothecado; ou que

b) assigna conjuntamente com o devedor a escriptura de alienação do mesmo immovel.

(1) Baudry — Lacantinerie: — « Un créancier hypothécaire concourt à la vente de l'immeuble hypothéqué, consentie par le débiteur, et signe l'acte qui en est dressé; renonce-t-il ainsi tacitement à son hypothèque? L'affirmative devra être admise le plus souvent, parce qu'il sera impossible de donner une autre explication de la conduite du créancier. Son consentement n'était pas nécessaire apparemment pour la validité de la vente; alors qu'est-il venu faire, sinon rassurer l'acquéreur en renonçant au profit de celui-ci à son hypothèque? Préc. de Droit civil, n. 1499.

E a presumpção desaparece, porque desaparece o seu fundamento. Com effeito, si a intervenção do consentimento do credor na alienação do immovel hypothecado não accrescenta uma só linha á validade do acto, não é menos certo, que para outros effeitos juridicos essa intervenção é solicitada. E assim, o consentimento do credor, não se reduzindo a um acto inutil, a uma formalidade van, deve ter outra explicação que não a renuncia tacita de direitos.

Ora, torna-se *indispensavel* a outorga do credor nas alienações dos immoveis gravados por hypotheca; o consentimento tem uma *explicação legal*, que, por isso mesmo, exclúe a da renuncia tacita.

a) No dominio do Codigo Criminal, vigente ao tempo da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, e á epoca em que foram promulgados os decretos ns. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 e 370 de 2 de Maio seguinte, configurava-se um crime publico a *alheação da coisa propria especialmente hypothecada a terceiro* (art. 264 § 3.º). Assim explicava-se o consentimento do credor hypothecario, — esse *terceiro*, cujos interesses a lei salvaguardava tornando delictuosa a alheação: a outorga vinha isentar da responsabilidade criminal o vendedor *da coisa propria especialmente hypothecada*. Essa significação, e não outra — a de renuncia, tinha o consentimento do credor.

E' certo que esse motivo ou essa explicação não mais prepondera, depois da substituição do velho codigo; mas demonstra que o legislador de 1890, como o de 1864, não podia reputar como *renuncia tacita* a simples outorga do credor na escriptura de alienação do immovel hypothecado.

Occorre mais.

b) Do estudo comparativo das disposições contidas nos arts. 217 § 3.º, 257, e 271 do decreto citado

n. 370 de 2 de Maio de 1890, resulta que o consentimento do credor é solicitado na alheação do immovel hypothecado. « Aquelle que adquirir o immovel hypothecado e nos trinta dias depois da transmissão não tratar da remissão da hypotheca, fica sujeito á excussão do immovel. » Disposição do art. 217 § 3.º, copiada do art. 240 § 3.º do regulamento de 1865. E por essa falta de remissão, o adquirente fica sujeito : ao sequestro e á execução da acção ; ás custas e despezas judiciais de desapropriação ; á differença do preço da avaliação e alienação ; á acção de perdas e danos pela deterioração do immovel (art. 271).

A hypotheca produz um *direito real* contra terceiros que venham a adquirir o immovel, por titulo posterior á instituição do onus ; e o terceiro que, adquirindo o immovel assim gravado, não tratar de remil-o dentro dos trinta dias que se seguirem á transmissão, fica sujeito á excussão do immovel, caso o preço da alienação não baste para o pagamento da divida hypothecaria.

A lei previne dous casos :

Ou o preço da alienação do immovel onerado é insufficiente para a solução integral do debito ;

Ou tal preço basta para o mesmo pagamento.

Na primeira hypothese é indispensavel a remissão do immovel, a menos que o adquirente queira supportar a expropriação judicial. A remissão não é tão sómente adaptada e *applicavel* ao caso, mas ainda — *necessaria* (art. 269). Na segunda hypothese, embora não seja *applicavel* e *necessaria* a remissão do immovel, a lei formalmente exige que o credor *outorgue e assigne*, com o adquirente, a escriptura de venda do mesmo immovel (art. 269). De modo que, para evitar a excussão, o adquirente *deve* remir o immovel, si o preço da alienação fôr inferior á

divida ; não é, porém, necessaria a remissão, no caso de ser o preço sufficiente para o pagamento, mas ainda ahi — é indispensavel que o credor *outorgue* e *assigne* a escriptura.

Consequentemente, a intervenção do credor corresponde a uma exigencia da lei ; — é necessaria para que o adquirente evite a excussão, mesmo que o preço da alienação baste para a solução dos encargos hypothecarios. Assim sendo, o consentimento do credor, prestado pura e simplesmente, não se pôde interpretar como renuncia tacita á hypotheca ; deixa de ser um acto ocioso.

11. As mesmas soluções se applicam ao caso em que o credor *assigna* conjunctamente com o devedor a escriptura de alienação do immovel. (1).

12. Por ultimo. Considera-se tacitamente renunciada a hypotheca, si o credor consente que o devedor hypothèque o immovel a outrem, e o faz sem reservas. Mas semelhante consentimento pôde não implicar renuncia total. Ao credor assiste o direito de, em beneficio de outro, desistir da prelação em que ficou constituido, sem que de tal se infira renuncia á garantia. A prelação é uma qualidade extrinseca da hypotheca ; desaparece, por vontade do credor, mas não prejudica á essencia daquella obrigação. Quando, porém, o credor abdica o direito de sequela, por isso mesmo se extingue e se anniquila a hypotheca, porque desaparece a essencia, a substancia dessa relação jurídica. Em ambos os casos, a difficuldade está por inteiro no apurar a qual das duas intenções, ou si a todas obedeceu o credor prestando o seu consentimento.

(1). . . . il faut que ce consentement soit formel ; et ne suffirait pas qu'il eût signé l'acte : la simple signature pourrait être regardée comme une surprise qui n'aurait pas d'effet (Merlin, Repert., Hypothèques, sect. 1, § XIII).

Na duvida, deve-se presumir que o credor apenas desistiu da prelação. *Lorsque le premier créancier a consenti que le débiteur obligeât la chose déjà hypothéquée à un second, on ne présume pas en ce cas qu'il ait voulu remettre absolument son droit, mais seulement céder l'avantage de la priorité au nouveau créancier* (Merlin, *Repert.*, *Hypothèques*, sect. I, § XIII). (1).

O direito romano figurava uma hypothese característica:—Si o devedor, depois de ter hypothecado uma cousa a um credor, mediante o consentimento deste dá posteriormente a mesma garantia a outro credor, o segundo credor tem prelação sobre o primeiro, *secundus potior erit*. Mas, dado o caso de ter sido pago o segundo credor, permanece a primeira hypotheca? E' uma questão de facto, responde Marciano, que depende da intenção dos contrahentes:—ou o primeiro credor, consentindo na hypotheca a outrem, renunciou á sua garantia *in totum*, ou renunciou apenas á preferencia, *ut ordo servetur* (L. 12 § 4, D., *Qui pot. in pign.*).

« Si o credor assignasse a escriptura de hypotheca do immovel a outrem, como notario ou como testemunha, não se poderia presumir a renuncia » (2). Não assim, quando a escriptura declarasse o immovel livre e desembargado, *fundum nulli alii esse obligatum*, solução tambem prevista no direito romano (L. 9 § 1.º, D., *Quibus mod. pign. solv.*).

(1) Laurent, *Cours élément. de Dr. Civil*, 4574.

(2) Lafayette, cit., § 276, not. 13.

São Paulo, Agosto de 1893.

Braxilio Machado.

DIREITO ROMANO

LITIS CONTESTATIO

O assumpto de que vamos tratar é indubitavelmente de maxima importancia e, sobretudo, joga com profundos conhecimentos historicos do Direito Romano em suas diversas phases. Objecto de vastos e detidos estudos dos jurisconsultos; merecendo especial menção do celebre professor allemão, luminar da sciencia do Direito, a materia presta-se a um desenvolvimento largo, que escapa ao alcance de nossa intelligencia e não se amolda aos intuitos de um trabalho rapido como este. Entretanto historiando factos, cotejando ideias, resumindo opiniões, illidindo umas e adoptando outras, acreditamos desempenhar tanto quanto possivel nossa tarefa, chegar ao fim que nos propomos.

E' o nosso desideratum.

A legislação do processo pôde ser considerada em tres epochas distinctas no Direito Romano: 1.^a epocha a do direito antigo, no tempo das acções da lei, *actiones legis*; 2.^a epocha a do direito formulario; 3.^a finalmente, a do direito novo.

Vamos estudar por ordem e separadamente cada um destes periodos acompanhando, bem que de pressa, a marcha do direito, de par com os progressos da civilisação que foram-lhe illuminando as

subtilezas e dissipando as superstições e preconceitos de que o saturára a barbaria dos tempos.

A expressão *legis actiones* designa um modo de processo considerado em seu todo ; erão essas acções em numero de cinco, como se vê em Gaio—Comentario n. 4.^o, 4 § 12, mas das quaes não nos occuparemos para não nos afastarmos de nosso objectivo.

Este systema é o que abre a historia do direito romano e remonta á primitiva origem daquelle povo. Não podia deixar, portanto, de grandemente resentir-se dos caracteristicos de uma civilisação grosseira e ainda na infancia.; d'ahi o symbolismo material, um ritual de pantominas e palavras consagradas, o dominio patricio e a influencia pontificia.

As *acções da lei* estiverão em pleno vigor durante 583 annos e foram abolidas pela lei *Abutia* e pelas duas leis *Julia*. Na permanencia d'ellas, as partes apresentavão-se ao magistrado para organizar e preparar a instancia, sendo todos os trabalhos oralmente feitos, sem que cousa alguma fosse escripta : era, pois de mister que as partes, para os constatar, recorressem ás testemunhas presentes, nestes termos : — testes estote ! E' o que se chamava *contestari in litem* ; e este acto, na opinião de alguns, e nomeadamente de Savigny, o ultimo do processo *in jure*, isto é, da parte do processo instruido perante o pretor, era justamente a *litiscontestatio*.

Do que fica exposto claramente se deduz que no dominio das *acções da lei* não era a litiscontestação mais do que a declaração que, depois de ordenado o juizo, fazia o réo perante o pretor, da defeza que oppunha ás pretensões do autor, em presença de testemunhas—declaração de que falla *Festus—Con-*

testari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinatio iudicio utraque pars dicere solet — testes estote.

A segunda epocha, a do direito formulario introduzido pelas leis precitadas, *Abutia* e *Julia*, subsistiu até o reinado de Deocleciano, e é verdadeiramente a chave do direito romano. E' o systema de processo a que se referem os escriptos dos jurisconsultos classicos que servirão para a composição do *Digesto* e das *Institutas*. Sem a intelligência desse systema, difficil senão impossivel seria comprehender-se o que dizem os textos relativamente ás obrigações, ás acções e excepções.

O que caracteriza o processo formulario não é precisamente a remessa do negocio ao juiz (judex) mas a circumstancia das partes já não serem obrigadas a fazer gestos solemnes, a pronunciar palavras sacramentaes *in jure*, bem como a formula escripta pela qual o pretor, instruindo o juiz, determinava a amplitude de seus poderes e as questões que tinha de resolver.

Em consequencia, a formula tornou-se no systema de lei *Abutia* acto solemnissimo do processo. E' por ella, isto é, combinando e variando os termos da ordem de remessa, que os pretores e os jurisconsultos introduzirão na pratica as innovações e o desenvolvimento que o direito romano recebeu durante o mais brilhante periodo da historia juridica.

Temos, pois, que no direito formulario a litiscontestação resultava do debate empenhado entre o autor e o réo diante do magistrado, debate donde provinha a acção que o pretor dava ao autor para ser proposta *in iudicio*.

O pretor era o magistrado que dizia de direito ; aquelle que se julgava com uma acção contra outrem,

compellia-o a comparecer á sua presença—e isto era o que se chamava *in jus vocatio*. Ahí o autor deduzia sua intenção e a parte contraria sua defeza; findando-se o debate acerca d'acção, reputava-se contestada *a lide*, e o pretor prescrevia a fórma d'acção.

Estabelecida assim a acção, e dada sua fórma, não podiam mais as partes afastar-se della, e era este um dos importantes effeitos da litiscontestação, como ulteriormente examinaremos, quando a considerarmos por essa face.

Em resumo: havia primeiramente a decisão de uma questão de direito perante o magistrado, e não se tratava de averiguar se os factos erão ou não verdadeiros, mas se na hypothese de o serem, o direito cabia ao autor ou ao réo.

Terminadas d'est'arte as funcções do magistrado, o julgamento passava ao juiz, cuja missão era verificar se o autor provava ou não a sua intenção.

Na epocha, pois, do processo formulario tinha o juizo duas partes distinctas—uma que corria *in jure*, outro que corria *in judicio*.

E' objecto de controversia entre alguns juriscultos se a litiscontestação tinha logar diante do pretor ou do juiz, disputa originada de uma constituição attribuida aos imperadores Severo e Antonino e que se encontra no Cod. L. 3.^o t. 9 de *litis contestatione*: *Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur cum judex per narrationem negotii causam audire et perit.*

Savigny e Demangeat respondem cabalmente aos argumentos deduzidos deste texto, cujo preambulo

se não tivera sido omittido explicaria a duvida que a sua leitura suggere.

No valioso pensar do sabio jurisconsulto allemão os imperadores Severo e Antonino fallam de um processo concernente á *extraordinaria judicia*; e a expressão *judex* em vez da expressão *magistratus* seria perfeitamente cabivel e não prestar-se-hia a equivoco algum, dando assim o texto uma ideia fiel da litiscontestaçãõ naquelle juizo.

Abundando em identicas considerações Demangeat explica a constituição unica que integralmente transcrevemos, não como uma interpellação do chefe dos commissarios de Justiniano, mas applicando-a aos casos especiaes em que se procedia *extra ordinem*. O juiz em geral tem de occupar-se deste ou daquelle factõ accessorio, conforme é elle posterior á litiscontestaçãõ: qual será sob esta relação o officio do magistrado que conhece *extra ordinem*, por exemplo, em materia de fideicommisso? Não ha ahí realmente litiscontestaçãõ; mas a constituição que analysamos decide que os effeitos ordinariamente á ella ligados terão logar depois que o magistrado, que é ao mesmo tempo *judex*, tiver começado a ouvir a exposiçãõ do negocio. Assim, a constituição, originariamente feita para casos excepçionaes, tornou-se depois applicavel a todos os casos, uma vez que se tivesse deixado de demandar *per formulas*.

Verdade é que o texto não diz que se trata de um processo desta natureza, mas releva observar que o rescripto dos imperadores, como faz notar Savigny, não está completo, e que desse rescripto apenas existe um fragmento.

No que concerne a seus effeitos, a litiscontestaçãõ assumiu, no direito formulario, uma attitude deter-

minada e de subido alcance, abria no processo uma phase toda nova, estabeleceu um laço juridico entre as partes, fez nascer entre ellas uma obrigação particular, derivada *como que de um contracto*—a obrigação de soffrerem o curso da instancia judicial, e os effeitos da sentença. Eis o verdadeiro resultado da litiscontestação, resultado que Ortolan chama—*résultat—principe*—do qual os outros não são mais que collorarios

Os effeitos da litiscontestação referião-se ao processo e ao direito :

Quanto ao processo—o primeiro effeito era perpetuar a acção, pois a obrigação que as partes contrahião de soffrerem o curso da instancia constituia o juizo :—*judicium susceptum, res in judicio deducta, lis inchoata*, são outros tantos synonymos de *lis contestata*. Em consequencia, quer o autor, quer o réo estivesse ausente, o negocio era resolvido da mesma fórma por uma sentença de absolvição ou condemnatoria, sem que tivesse applicação o principio—que não se póde agir pela *in jus vocatio* contra um ausente, visto como havia para as partes obrigação de serem julgadas.

A coisa que constituia o objecto do processo tornava-se litigiosa, e consequentemente, impedia o autor de ceder a acção intentada e o réo de alienar ou permutar o objecto do litigio—Dig. liv. 44 f. 6.º de *litigiosis*, diz Ulpiano : *Litigiosam rem non facit denunciatio quæ impediendo venditionis causa sit. Si inter primum et secundum sit lis contestata, et ego a tertio emero, qui nullam controversiam patiebatur.*

Tão bem decorre da obrigação creada entre as partes pela litiscontestação que a acção se constituiu um direito adquirido para ellas, tornava-se perpetua e transmissivel em favor ou contra os herdeiros, como diz Paulo no frag 8 § 1.º Digesto liv. 27 t. 7.º

Litis contestatione et pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur.

Interrompia toda prescripção, e o possuidor de boa fé ficava considerado como de má fé relativamente aos accessorios que devião ser restituídos com a cousa principal.

Logo que a lide estava contestada proseguia no processo perante o mesmo juiz que delle tomara conhecimento, mesmo quando o réo não pertencesse a jurisdicção do tribunal. Em compensação o réo adquiria o direito de accionar o autor perante o juiz que conhecia do processo, não obstante a incompetencia do juiz com relação a este.

Emfim, dava logar a uma prorogação de jurisdicção quando o réo demandado ante um juiz incompetente não oppunha a excepção *judicis incompetentis*.

Considerando agora os effeitos da litiscontestação quanto ao direito, temos que—ella extingua, quer *ipso jure*, quer *exceptionis ope*, o direito da acção do autor: *bis de eadem re agi non potest*—Gaius 3.º §§ 180 e 181. O que se applicava principalmente antes de Justiniano, quando um credor tendo muitos devedores solidarios pela mesma obrigação accionava um delles—os demais ficavão por esse facto isentos de o ser.

Em virtude da nova obrigação contrahida pela litiscontestação, o direito primitivo que servira de base á acção intentada ficava, pois extincto por uma acção de direito civil, se a acção intentada era pessoal, legitima e concebida *in jus*; porque o direito primitivo á uma obrigação civil, bem como o novo direito produzido pela litiscontestação constituam ambos uma obrigação civil da mesma natureza. Consequentemente, a litiscontestação tinha a força

de novar a primeira obrigação á que se substituiu, não podendo mais o autor demandar pela mesma causa, como disse Gaio.

Não se operava, porém, nenhuma novação, e o antigo direito continuava a subsistir, se a acção intentada carecia de alguma das seguintes condições: se a acção era *in rem*, o direito primitivo era real, ora um direito real não póde ser novado por uma obrigação; se era concebida *in factum*, a intenção não enunciava nenhuma questão de direito, ella era fundada unicamente sobre a existencia de um factó; ora, um factó tão bem não era susceptível de ser novado—a obrigação que produzia a litiscontestação não podia fazer com que este factó existisse ou deixasse de existir. Emfim, se a acção era *judicium imperio continens*, não tirando senão uma autoridade temporaria do poder do magistrado, com a qual expirava, ella era impotente para destruir directamente um direito permanente.

Em consequencia, temos, que nos tres casos, que acabamos de expender, nenhuma novação sendo possível, o direito primitivo permanecia sempre. O réo era obrigado por este direito como pela obrigação nova nascida da litiscontestação. O autor podia intentar contra elle, antes da sentença, novas acções pela mesma causa, mas como isto seria iniquo, o réo tinha o direito de as repellir com a excepção *rei in judicium deductæ*—Gaio—Comentario 4 § 106.

No direito novo a litiscontenção não era outra cousa mais do que a exposição contradictoria e summaria do negocio que se apresentava ao juiz no começo do debate.

Ad instar da formula, que ella substituiu, esta exposição tinha por fim fixar as questões de factó e

de direito que o juiz tinha de resolver ; do que se vê que no direito de Justiniano a palavra contestação já era tomada em sentido diverso, no sentido que depois ligarão-lhe o direito canonico e o direito patrio.

A litiscontestação era a base, o fundamento do juizo, o seu principio e substancia, de modo que, omitida ella, todo o processo era nullo—L. 7.^o t. 45 Cod—*de sententiis et interlocutionibus omnium judicium*. Dahi procede que a litiscontestação era necessaria em todas as causas, e não podião as partes renuncial-a, nem preteril-a, porque continha defeza natural, que não podia ser tolhida nem omittida.

Não havia no direito romano a litiscontestação ficta de que falla a nossa Ord. de L. 3.^o T. 20 § 5 e T. 51, cuja origem, conforme pondera Mello Freire, é a Ord. de L. 3.^o T. 63 princ. que a exigia como solemnidade necessaria no processo, para que faltando a verdadeira, o juizo não se tornasse inutil.

« A litiscontestação ficta, observa Pereira e Souza em a nota 379, foi só introduzida para evitar os circuitos solemnes do processo civil romano, que cessarão no fôro moderno; pelo que, pôde se dizer que esta especie de litiscontestação não opera hoje effeito algum. Do mesmo pensar é Mello Freire quando diz que o silencio e a contumacia do réo em não responder, tenha-se por contestação e que a causa progrida; isto aconselhão a recta razão, a dignidade e a autoridade dos juizes.

Temos concluido o nosso trabalho cuja deficiência somos o primeiro a reconhecer.

Para amplo e satisfactorio desenvolvimento da matéria erão precisos estudo aturado, que não fizemos, o tempo, que nos escasseou.

Sirva-nos isto de desculpa e recommendação á benevolencia dos doutos.

S. Paulo, Setembro 1893.

Dr. Frederico Abranches.

DIREITO ADMINISTRATIVO

E' sustentavel perante a Constituição Federal o Contencioso Administrativo ?

Por ser este um assumpto, a nosso vêr, da maior importancia, publicamos aqui trabalho que ha algum tempo elaborámos sobre elle, e que não tendo a pretensão de dar á questão uma solução prestigiada pela autorisada competencia dos doutos na materia, será um ensaio, que, ao menos como provocação ao estudo de ponto de direito de tanta magnitude, terá algum valor.

Para solução da questão que nos occupa cumprenos preliminarmente determinar o conceito do contencioso administrativo e si elle é ou não admissivel pela sciencia.

Isto nos leva ao exame das theorias que sobre o assumpto têm apparecido, dividindo por divergencias profundas os escriptores que mais proficientemente se tem occupado do assumpto, separando tambem em systemas differentes as legislações dos paizes civilisados.

A administração no desempenho das importantes e variadas attribuições que lhe são peculiares póde causar prejuizos a simples interesses dos administrados ou violar direitos d'estes.

As funções exercidas por ella em relação ás reclamações dos administrados por offensas a interesses

são denominadas geralmente actos de *jurisdição graciosa*, pelo fundamento de que em casos taes, gosando de inteira liberdade para attender ou regeitar essas reclamações, confrontando os interesses que ellas procuraram salvaguardar com o interesse publico, cuja guarda directamente lhe compete, faz aos reclamantes, quando os attende, uma verdadeira *graça*.

A controversia suscitada entre a administração e os administrados em virtude de violação que tem ella feito a direito d'estes por actos de autoridade e as decisões pela mesma administração proferidas sobre o litigio constituem, na opinião da maioria dos tratadistas, o *contencioso administrativo*.

Os actos praticados pelo poder administrativo para a solução d'estas contendas dizem-se actos de *jurisdição contenciosa*.

Comquanto geralmente concordem os escriptores em attribuir á administração a decisão sobre reclamações contra offensas feitas a interesses por seus proprios actos e não haja motivo para negar-se-lhe essa attribuição, não deixaremos passar sem reparo a impropriedade da expressão —*jurisdição graciosa*— para designar decisões relativas a conflictos entre meros interesses, as quaes muitas vezes são uma graça feitas aos reclamantes, como affirmam os proprios que a empregam.

Si, entretanto, quanto á legitimidade dos actos da administração em relação aos conflictos d'esta natureza não tem havido divergencias, grandes são as que se têm levantado em relação aos conflictos por violação de direitos, entre a administração e os administrados.

Essas controversias versam já sobre o juiz que d'esses litigios deva conhecer, já sobre os elementos que devem constituir o chamado contencioso adminis-

trativo, levando a conclusões differentes escriptores e legislações.

*
* * *

Entre os escriptores as opiniões dividem-se do seguinte modo :

Para alguns as decisões de todas as contestações, qualquer que seja sua natureza, entre a administração e os administrados devem competir aos funcionarios da mesma.

Não admittem em contenda alguma, em que a administração fôr interessada, a intervenção do poder judiciario, que tornar-se-ha superior áquella, nem mesmo a de tribunaes administrativos julgando com independencia.

Para elles o juizo administrativo é um juizo *sui-generis* e a administração « não cessa de administrar
« ainda quando estatue em materia con-
« tenciosa. A jurisdicção que ella exercita
« é um complemento da acção adminis-
« trativa. »

E' este o systema em suas bases adoptado na França, onde os tribunaes que exercem a jurisdicção sobre o contencioso administrativo são o mesmo tempo corpos administrativos, fazendo parte da administração activa.

Outros ha que, considerando a administração como poder soberano ou como gerente de uma grande sociedade, que é o Estado, fazem a seguinte distincção: no primeiro caso, como verdadeiro governo, mandando de soberano a subdito, é livre, tem faculdade para discricionalmente decidir as reclamações que suscitarem seus actos, confirmando-os ou modificando-os.

Para o autor do systema é este o unico contencioso administrativo possível, com quanto aliás reco-

nheça, que elle nada tem de commum com um verdadeiro juizo.

No segundo caso, quando, praticando actos de gerencia, a administração viola direitos, as questões que d'ahi se originarem devem ser resolvidas pelos tribunaes ordinarios, unicos que pódem por sua independencia, com as fórmulas tutelares da igualdade e da justiça, assegurar-lhes o respeito.

E' esta a doutrina, em seus traços geraes adoptada em geral pelos nossos escriptores de direito administrativo e que dizem elles seguida por nossas leis, no regimen do imperio, apesar de nunca terem ellas systematisado a materia e de terem, ao contrario, deixado sempre sobre o assumpto as maiores duvidas.

Um terceiro systema, distinguindo tambem os actos da administração em actos de autoridade e actos que pratica como pessoa juridica, doutrina que, devendo os litigios provocados pelos actos d'esta segunda cathegoria ser sujeitos aos juizes ordinarios, devem os originados por actos de autoridade ser decidido, não pelos proprios agentes da administração, como no segundo, mas por tribunaes administrativos, composto de homens experimentados em negocios da administração, gosando de inamovibilidade e de completa independencia em relação do governo. « Assim, affirmam os sectarios do systema, se livrará a administração dos juizes ordinarios, que, igualando rigorosamente os contendentes, nenhuma consideração tivessem pelo interesse publico e cujas fórmulas de processo demoradas prejudicariam muitas vezes a promptidão da acção administrativa, ao mesmo tempo que os administrados não ficarão á mercê de um juiz administrador, sem garantia de independencia e que será afinal juiz e parte ao mesmo tempo. »

E' o systema consagrado na Prussia, onde, mantendo-se a competencia para a decisão das questões

contenciosas na esphera da administração, é organizada uma jurisdicção administrativa com garantias de autonomia e independencia em relação á administração activa.

Um quarto systema, finalmente, não admite uma jurisdicção especial administrativa e sustenta a competencia da autoridade judiciaria para todas as contestações relativas a direitos entre a administração e os administrados.

A este systema pertencem, com algumas modificações, os principios consagrados na legislação da Italia, da Suissa, da União Norte-Americana, sendo que esta ultima é a que o observa com maior rigor.

* * *

Do resumo que acabamos de fazer dos diversos systemas vê-se que um ponto principal os separa em dous grupos: um erigindo em regra geral a competencia do poder judiciario para todos os litigios que, em relação a direitos, se suscitarem entre a administração e os administrados; outro estabelecendo, ao contrario, a competencia da propria administração; subdividindo-se estes quer quanto aos juizes que na administração devem exercer a jurisdicção, si os proprios agentes activos, si tribunaes, de ordem administrativa, porém independentes; quer quanto á natureza das contestações a que se deve estender a competencia administrativa, si ás resultantes de quaesquer actos da administração, si sómente ás provenientes de actos de autoridade.

Este ultimo criterio é o mais geralmente acceto entre os apologistas do contencioso em relação aos actos que ao mesmo devem dar logar.

Qual d'estes systemas é o mais logico e, portanto, o que se póde dizer sancionado pela sciencia?

*
* *

E' justificavel além das funcções activas que lhe são peculiares o exercicio pela administração de funcções jurisdiccionaes?

Devemos observar que, considerando impropria a expressão—*jurisdicção graciosa*—pelo objecto a que se applica, como já fizemos ver, referimo-nos usando da expressão *funcções jurisdiccionaes*, ás exercidas pela administração em relação ao objecto do chamado contencioso administrativo.

A resposta á pergunta acima formulada não póde deixar de ser negativa nos Estados onde existir a fórma representativa e uma divisão dos poderes publicos feita de accordo com os principios do direito publico, distinguindo-se cada um d'elles pela natureza especial de suas attribuições, cuja perfeita e systematica distribuição constituindo os poderes legislativo, executivo e judiciario e cujo rigoroso desempenho por estes são condições essenciaes ao regular exercicio da soberania, ao perfeito funcionamento do mecanismo e á garantia dos direitos dos cidadãos.

A necessidade de separar das attribuições administrativas as judicarias e confial-as a órgãos differentes é uma condição essencial da distincção entre o poder executivo e o legislativo, para que aquelle não invada a esphera d'este.

Esta asserção demonstra-se pelas razões seguintes, que são uma explicação de seu sentido:

Cada um dos poderes legislativo e executivo tem uma fórma peculiar á sua actividade juridica—*a lei* para aquelle—*o decreto*, e *o regulamento* para este, nas suas mais importantes manifestações

A distincção entre estas duas fórmulas não está nem no seu objecto, nem na obediência a que ellas se impõem; o conteúdo de uma lei póde ser o mesmo de um acto do poder executivo; o objecto de uma póde ser o do outro; do mesmo modo ambos devem ser observados, obedecidos.

A differença está no modo pelo qual a obediência jurídica deve ser prestada, nas condições que devem revestil-os para terem o cunho da obrigatoriedade.

A obrigação de obedecer a lei é absoluta. A própria excepção feita para as leis que firmam a Constituição e que já levou legisladores a confiarem, como na União-Americana, ao Tribunal Supremo do poder judiciario a attribuição insigne de resolverem sobre as opposições que por aquelle fundamento soffrerem os actos do poder legislativo, confirmam a regra.

Fóra, porém, d'esta hypothese, « nas relações de
« direito positivo a lei tem por si uma
« presumpção de justiça e de verdade que
« nada póde abalar, é a expressão com-
« pleta da vontade do Estado, do direito,
« no sentido mais elevado, a que todos
« devem obediência. »

Com os actos do poder executivo, de que faz parte a administração, não se dá o mesmo; elles só se impõem á obediência em quanto no limite da legitima autoridade d'esse poder.

A observancia d'esta distincção é um dos característicos da fórmula representativa e corresponde á differença substancial entre a fonte jurídica de onde emanam aquella e estes.

Determinada assim a medida da autoridade do poder executivo, pergunta-se: quando um acto d'esse poder ultrapassar os limites que lhe são assignados, ferir a lei, violar direitos dos cidadãos, a quem se recorrerá para fazel-o entrar na esphera de suas

atribuições, para obter a restauração da lei, o respeito dos direitos offendidos?

A's mesmas autoridades administrativas?

Ficaria assim a emenda do acto dependendo exclusivamente da vontade do autor da violação, do proprio orgão que tivesse exorbitado.

Poderão ficar então confiados a discreção do funcionario administrativo, sem um elemento externo coercitivo, os direitos dos cidadãos, a autoridade das leis e a limitação que da esphera dos dous poderes tenha determinado a lei fundamental de um Estado?

Dir-se-ha que póde-se obter o correctivo recorrendo de umas autoridades administrativas para outras superiores?

Quando não fosse intuitiva a inanidade do correctivo, qual o remedio a usar quando o acto violador partisse do funcionario que occupasse a culminancia d'esse poder?

Será remedio efficaz a responsabilidade politica dos orgãos da administração perante as Camaras?

Essa responsabilidade antes de tudo não repara violação de direitos nas relações com os particulares.

Quando assim não fosse: quem poderia confiar na efficacia d'esse freio, principalmente quando o abuso do poder fosse só em prejuizo de particulares?

A historia ensina como os partidos nas Camaras importam-se com a legalidade dos actos do poder executivo e como esses tribunaes de juizes sem responsabilidade cumprem os deveres que lhes compete desempenhar em relação ao assumpto.

Estes argumentos e estes exemplos convencem que só um organismo apropriado por sua constituição a estas funcções, habilitado a um estudo minucioso de provas, á verificação dos factos e a sua comparação com as leis, offerecendo ainda mais garantia de absoluta imparcialidade e inteira independencia

poderá exercer a attribuição de resolver quaesquer questões em que fôr interessado o poder administrativo.

Essas garantias só as reúne o poder Judiciario.

*
* *

Si das razões até aqui expostas resulta logicamente da divisão dos poderes publicos, da harmonia que entre elles deve reinar e da natureza das funcções que a cada um compete, que não póde o poder administrativo exercer funcções jurisdiccionaes, outras de ordem differente existem que fortalecem nossa conclusão.

E si não vejamos: no contencioso administrativo as partes contendentes são a administração de um lado e um administrado de outro. Reconhecer á propria administração a faculdade de decidir taes controversias seria legitimar a anomalia de poder alguém ser juiz e parte ao mesmo tempo, contra todos os principios de direito judiciario, que não permitem que se possa ser juiz em causa propria.

Respondem a isto os partidarios do contencioso administrativo « que o Estado no exercicio de seu
« direito não póde ser parte; que seu
« direito e o dos particulares que se julga
« offendido não podem ser igualados; que
« não ha em casos taes collisão de direitos
« de igual valor sobre os quaes se tenha
« decidir em um processo onde o juiz tenha
« de dar livremente razão ou direito a
« uma ou outra das partes na causa. »

Entretanto encarregam-se de responder a esta objecção os proprios defensores da competencia administrativa, dando a essas contestações o nome de *contencioso administrativo*.

Ora *il contenzioso*, diz o professor Persico, (Princ. di Diritto Amminist.) « *è veramente costituito dalla*
« *parità di condizioni di una parte che*
« *domanda e di un'altra che combatte, dal*
« *diritto che hanno entrambe di essere udite,*
« *di produrre i loro documenti e di far*
« *valere le loro ragioni innanzi a un terzo,*
« *che dirime la questione.* »

Accresce, pórem, que a objecção confunde o Estado com a administração. O Estado, como synthese de todos os poderes soberanos, diz erudito tratadista de Direito Administrativo, não póde realmente estar em juízo; o mesmo, porém, não se dá com a Administração publica, que não é todo o Estado, mas uma parte d'elle, aquella cujas funcções são principalmente activas.

Não poderá ella violar direitos?

Si não póde, continua esse escriptor com muita razão, si o facto de uma acção provir da administração é garantia absoluta de sua legitimidade, para que então a propria jurisdicção administrativa? Essa garantia tornaria desnecessarios até os proprios poderes legislativo e judiciario; o acto administrativo poderia tambem ser lei e sentença; só n'este caso teriam o mesmo significado as expressões—Administração e Estado.

Si, ao contrario, aquella violação póde verificar-se, confiar ao poder administrativo o restabelecimento dos direitos por elle lesados será constituil-o juiz e parte simultaneamente.

*
* *

Entre outras objecções com que combatem a competencia do poder judiciario nos litigios em que fôr interessada a administração apresentam as seguintes

O reconhecimento d'essa competencia ao poder judiciario importa subordinação insustentavel a esse poder de outro poder autonomo—o administrativo. Parece infundada a affirmação; desde que cada poder tenha sua esphera de acção definida na lei fundamental dentro da qual possa agir livremente, qualquer limitação que n'essa lei se lhe imponha, a bem da harmonia do conjuncto, não poderá importar em subordinação ou humilhação para elle. A independencia de qualquer dos poderes só pôde ser comprehendida com os correctivos necessarios para que não se torne por excessos elemento de desaggregação do corpo social. Ora, a jurisdicção dos juizes ordinarios nos conflictos entre a administração e administrados é um requisito, o mais effcaz, e poderoso, para essa harmonia.

Uma outra objecção, receiando perniciosas consequencias na pratica, impugna assim a competencia judiciaria:

A sujeição da acção administrativa ao poder judiciario, ha de paralisa-la, tornará os juizes administradores e dará logar a que sob pretexto de observar o espirito das leis o magistrado use de grande arbitrio em sua applicação.

Estas razões nenhum alento trazem á doutrina que as invoca.

Si o fim principal do Estado é a garantia da ordem juridica na sociedade, qual dos dous escolhos deverá de preferencia evitar? A diminuição na rapidez da marcha administrativa ou a violação irreparavel dos direitos dos cidadãos?

E porque tambem esse receio de que o magistrado se torne administrador, o que aliás não se dará, quando a doutrina contraria faz dos administradores magistrados e magistrados que julgam as questões em que são partes?

O arbitrio do juiz, que tambem tanto se receia, não é para temer como se o figura, porque elle está sujeito na applicação das leis a principios rigorosos que o impedem de dar-lhes outro sentido

« que não seja o que se deduz claramente
« da significação de suas palavras, pela
« connexão que tiverem entre si, e da in-
« tenção do legislador. »

Além de que o argumento prova de mais; levaria a negar aos funcionarios da administração estas faculdades jurisdiccionaes que tão esforçadamente lhe querem attribuir. As consequencias do arbitrio provindo d'elles seriam mais graves. Da violação da lei pelo magistrado poderiam resultar damnos para administração como para os administrados; a violação pelo funcionario arvorado em juiz será sempre em prejuizo do administrado.

*
* *

Refutados estes argumentos, allegam ainda os partidarios da jurisdicção administrativa que em regra faltam aos juizes ordinarios conhecimentos especiaes para decidirem lides relativas a assumptos proprios da administração, principalmente no estado actual em que tão ampla é sua acção.

E' esta uma razão que levaria a concluir tambem á incapacidade dos juizes ordinarios para julgamento das lides entre particulares, que podem versar sobre assumptos mais amplos e mais variados que os administrativos.

Entretanto, quer as difficuldades versem sobre questões de direito, quer de facto, os magistrados têm elementos para proferir decisões com a maior segurança.

As questões de direito, facilitadas pela indicação que em um processo regular fazem as partes das leis em que se fundam, serão resolvidas sem embaraços, quando o magistrado já não as conheça, com o auxilio de seu senso juridico adquirido no estudo dos principios de direito e no habito de julgar. E esse senso juridico, quando se tem de julgar entre dous contendores, cada qual julgando ter de seu lado o direito, vale muito mais que os conhecimentos especiaes dos funcionarios administrativos.

Quando as difficuldades forem de facto as provas que em relação a elles apresentarem a administração e seu contendor, além do exame por meio de peritos que póde determinar o juiz, quando entenda necessario, são seguras garantias de acerto nas decisões.

*
* *

Impugnando ainda a competencia do poder judiciario affirmam os defensores do contencioso administrativo.

Ha questões que ligam-se tão intimamente, tão essencialmente á missão do poder administrativo que seria impraticavel em relação a ellas a interferencia da acção do poder judiciario, sem subverter a ordem administrativa, sem annullar completamente a acção da administração.

Como exemplo citam as questões relativas á desapropriação por utilidade publica.

Poder-se-ha, perguntam, admittir a interferencia de um juiz estranho decidindo litigios sobre a existencia dessa utilidade, quando a administração, pelo seu character de guarda e zeladora dos interesses e do bem publico e pelos meios especiaes de que dispõe, é a competente para avalial-a?

Parece-nos exaggerada a importancia que ligam a este argumento os apologistas da jurisdicção administrativa.

Apesar de tratar-se de uma attribuição especialissima da administração, á qual compete consultar as exigencias do bem publico e promover sua satisfação, não ha razão seria que contra indique a intervenção do poder judiciario em questões suscitadas quanto á existencia da necessidade ou utilidade publica, que determinasse a desapropriação.

Si a desapropriação é uma limitação grave a que está sujeito importantissimo direito dos administrados e limitação tão grave que as leis de todos os paizes procuram revestir a sua decretação das maiores cautelas, exigindo grande numero de requisitos justificativos da utilidade ou necessidade que a ella dê logar, consagrando até para casos especiaes a colaboração necessaria do poder legislativo, e si a administração póde infringir a lei que regular os casos de desapropriação ou os requisitos que deve revestir a utilidade para justificar-a, porque não se ha de permittir para correctivo a taes desvios a invocação ao poder judiciario?

Si no uso d'essa faculdade a administração póde exorbitar como no de outras e si as consequencias serão então ou poderão ser, de muita gravidade, porque se ha de impugnar a competencia da autoridade judiciaria para a decisão das questões que d'ahi se possam originar?

A competencia especial da administração para conhecer da utilidade publica não implica a incapacidade do poder judiciario para aquilatal-a.

Além das razões que perante elle apresentarem de um lado o proprietario, impugnando a utilidade publica invocada para a desapropriação e de outro a administração contendo os motivos justificativos

d'essa desapropriação, que fornecerão seguros elementos de decisão acertada, dispõem os juizes, em garantia de acerto, de todos os meios processuaes para chegar-se ao conhecimento da verdade, e cuja applicação não pôde ser recusada.

Poderão replicar que em todo caso a marcha lenta dos processos judiciaes será em algumas hypotheses incompativel com a urgencia da medida, podendo acontecer que por méro capricho de um proprietario, que recorra ao poder judiciario, venha o publico a soffrer serios prejuizos ou não gose das vantagens que, realisada opportunamente, produziria a medida impugnada.

O remedio para isso não será, entretanto, privar o proprietario da protecção que a seu direito deve ser garantida, privando-o de invocar o poder judiciario; ha meios de affastar-se aquelles inconvenientes sem recorrer-se a esta espoliação.

Effectivamente, ou a medida impõe-se com urgencia irrecusavel ou não apresenta esse character.

No primeiro caso é de presumir que, impondo-se até ao proprietario este não se lhe opponha, preferindo, receber sua indemnisação a dar satisfação a caprichos. Quando o faça, porém, poder-se-ha conceder á administração que, contrahindo a responsabilidade de restabelecer as causas no pé em que estiverem, si a decisão lhe fôr contraria, realise a desapropriação, antes de solvido o pleito.

No segundo caso não haverá inconveniente na intervenção do poder judiciario, podendo-se até, para casos d'esta natureza, prescrever processos de andamento mais rapido.

Em conclusão sobre este ponto diremos: mesmo admittindo que a intervenção do poder judiciario podesse dificultar em alguns casos a realisação de medidas de utilidade publica, entre esta consequencia

e a da violação irreparavel que o livre exercicio d'essa faculdade poderia trazer a tão importante direito dos administrados será preferivel a primeira, porque nenhum bem publico maior pôde existir que o da garantia dos direitos dos cidadãos.

Não ha duvida que compete á administração a attribuição especial de aquilatar da utilidade publica e decretar as desapropriações que ella exigir; mas essa faculdade não vae ao ponto de poder livremente desrespeitar as leis e os direitos por ellas assegurados.

*
* *

Pelas razões que temos aqui deseñvolvido concluimos pela negação á administração das funções de jurisdicção contenciosa, em relação, quer ás controversias suscitadas por actos seus de autoridade, quer pelos originados dos de gerencia, conforme os distinguem em sua maioria os sustentadores do contencioso administrativo.

*
* *

Resta-nos resolver a questão sob o ponto de vista da nossa Constituição Federal.

Não tendo consagrado expressamente ao contencioso administrativo disposição alguma tel-o-ha implicitamente admittido?

Póde-se tirar esta conclusão do seu art. 83, onde estatue que « *continuam em vigor em quanto não*
« *revogadas as leis do antigo regimen, no*
« *que explicita ou implicitamente não fôr*
« *contrario ao systema de governo firmado*
« *pela Constituição e aos principios n'ella*
« *consagrados?* »

Esta disposição não nos habilita a resolver o problema ou, melhor, leva-nos a indagar se o conten-

cioso administrativo, que era consagrado nas leis do antigo regimen, é ou não contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos principios n'ella consagrados.

As leis do antigo regimen tinham instituido o contencioso administrativo, investindo o poder administrativo de funcções jurisdiccionaes muito amplas a esse respeito; entretanto nunca systematizaram a materia; não continham, como diz-nos Ribas, (D.^{to} Adm. Bras., pag. 167) formulas claras e precisas sobre o assumpto. De modo que, apesar de reconhecerem como funcções normaes do poder administrativo as relativas ao contencioso, deixaram sempre margem a continuas duvidas sobre as materias que deviam constituir o contencioso judiciario e as que seriam objecto do administrativo, nos casos em que a administração fosse parte no litigio.

Entretanto a doutrina corrente entre os escriptores patrios aceitava geralmente para o contencioso o conceito que nos dá Ribas (obr. cit.^a) n'estes termos:

« O contencioso administrativo só tem
« logar quando se invoca a acção da ad-
« ministração, como ramo do poder social,
« ou se recorre de acto por ella praticado
« sob este mesmo caracter. Quando se
« quer que a administração como repre-
« sentante do Estado, como pessoa juri-
« dica, faça, consinta ou dê certa cousa,
« deve-se invocar o contencioso judiciario. »

Era portanto reconhecida á administração competencia para decidir as reclamações, as contendas que por ferirem direitos de alguém, tivessem suscitado actos seus.

Ora tendo nós provado que nos paizes organizados sob o regimen representativo e onde o exercicio de soberania esteja, de accordo com os prin-

cipios mais respeitadas do direito publico, dividido pelos poderes legislativo, executivo e judiciario, é condição essencial a sua coexistencia, á manutenção de sua independencia nos seus justos limites, como meio de harmonia entre elles, a unidade de jurisdicção e que essa jurisdicção deve ser exercida pelo poder, por sua constituição, por sua indole, por seu destino, apropriado ás funcções que ella abrange—o poder judiciario—é logico que a Constituição Federal, adoptando o regimen representativo e estabelecendo no seu art. 15 que « os órgãos da soberania nacional são o poder legislativo, « o executivo e o judiciario, harmonicos e « independentes entre si, não admite o « contencioso administrativo. »

Permittir ao poder administrativo decidir os litigios originados de seus proprios actos, deixar de submittê-lo em casos taes ao correctivo benefico do poder judiciario, será tornar impossivel, irrealisavel a harmonia consignada pela Constituição; e essa independencia que ella garante aos poderes publicos só póde ser assim entendida, sob pena de converter-se em germen de desorganisação e elemento de perturbações constantes á marcha regular do Estado.

*
* *

Esta conclusão, resultante da indole das instituições firmadas pela Constituição, é corroborada por argumentos deduzidos de outras disposições da mesma ou, melhor, por essas proprias disposições.

E' assim que, estabelecendo as attribuições dos juizes e tribunaes federaes, preceitúa no seu art. 60:

« Compete aos juizes ou tribunaes federaes processar e julgar: »

- b) « todas as causas propostas contra o
« governo da União e Fazenda Nacional,
« fundadas em disposições da Constituição,
« leis e regulamentos do Poder Executivo
« ou em contractos celebrados com o mes-
« mo Governo.
- c) « as causas provenientes de compensa-
« ções, reivindicações, indemnisação de pre-
« juizos ou *quaesquer outras* propostas pelo
« Governo da União contra particulares ou
« vice versa. »

D'estas disposições infere-se que a constituição não admite o contencioso administrativo.

Si a acção é o meio de que dispõe o proprietario de um direito para fazel-o respeitar e si a Constituição a reconhece aos particulares em todas as controversias contra o governo da União e declara competente para conhecer d'ellas o poder judiciario, reconhece que o Governo é n'esses litigios uma parte igual ao particular com quem contende; que, infringindo a lei e desrespeitando um direito, o governo está, como o particular, sujeito á autoridade do poder judiciario, incumbido de fazer respeitar uma e outra quando violados; não permite a anomalia de ser o poder administrativo parte e juiz ao mesmo tempo.

Nem se diga que a Constituição refere-se as questões originadas de actos praticados pela administração como pessoa juridica.

A phrase da Constituição, « *todas as causas fun-*
« *dada em disposição da Constituição Fe-*
« *deral, das leis e regulamentos de exe-*
« *cutivo ou em contractos* » abrangendo todas as fontes de onde se podem originar os direitos e declarando que todas as questões que n'ellas

se fundem competem ao poder judiciario, não dá logar a objecção.

O contencioso administrativo é um litigio em que figura de um lado a administração, e de outro um administrado, tendo por objecto um direito que se quer fazer valer. Ora, as fontes de todos os direitos são: a lei—e com ella os actos do poder publico que tenham igual força quando revestidos dos devidos requisitos, como os regulamentos—quer quando ella os crêa, quer quando limita-se a declaral-os, a reconhecel-os; e as convenções.

Si a Constituição attribue todos os litigios baseados em quaesquer d'ellas á competencia do poder judiciario, nenhuma questão sobre direitos dará lugar a uma jurisdicção administrativa; não ha objecto para o chamado contencioso administrativo.

Além d'este argumento que conclue com todo rigor logico contra o contencioso administrativo, a expressão —Governo da União—usada na parte b) transcripta e a phrase « *ou quaesquer outras pro-*
« postas pelo *Governo* contra particulares
« ou vice versa » avigoram ainda mais nossa conclusão.

E como, poderão ainda insistir, não admittindo o contencioso administrativo, creou a Constituição um Tribunal de Contas?

Esta excepção viria confirmar a regra por nós estabelecida.

Mas mesmo ahi revela-se o espirito da Constituição; esse tribunal, comquanto de natureza administrativa, offerece pelas garantias de independencia que se lhe assegurou e pelos requisitos que devem presidir sua composição todas as garantias dos tribunaes do poder judiciario. É um verdadeiro tribunal judiciario.

Fortifica ainda nossa opinião a confrontação das disposições da nossa Constituição com o regimen em vigor no paiz em cujas instituições ella mais directamente inspirou-se.

Na União Norte Americana, a que nos queremos referir, compete a um tribunal especial do poder judiciario, com recurso em muitos casos para a Côrte Suprema, órgão mais elevado d'esse poder a decisão de todos os litigios entre particulares e o governo da União, originados de actos d'este, quer como poder publico quer como pessoa juridica, observando-se no processo respectivo com o possivel rigor as formulas prescriptas para a materia ordinaria.

Si compararmos effectivamente as disposições das leis que regem nos Estados Unidos do Norte a *Court of Claims*, desde a que a creou em 1855 até a de 3 de Março de 1887, que alterou as anteriores, com as disposições, por nós transcriptas, da Constituição Brasileira, em relação ás attribuições dos juizes federaes, veremos que taes disposições são copia quasi litteral d'aquellas leis, principalmente da de 3 de Março de 1887.

Tambem na Suissa, onde vigoram instituições da mesma natureza das nossas, está reconhecida em regra a competencia do poder judiciario para os litigios em que fôr interessada a administração, comquanto o principio soffra ainda allí muitas excepções.

E porque se ha de recusar á conclusão de que nossa Constituição não admite o contencioso administrativo, apesar de demonstrado, como ficou, que elle é incompativel com a indole do regimen n'ella estabelecido e de ser essa a doutrina consagrada nas leis de onde quasi copiou as disposições que transcrevemos?

Será em respeito á independencia dos poderes?

Mas, porque toda essa preocupação com a independência da administração, quando essa independência não se póde comprehender sem a harmonia exigida pela Constituição e que é condição imprescindível da sua coexistencia com os demais poderes, como já demonstramos ?

E não foi a preocupação d'essa harmonia, a sã comprehensão dos limites d'essa independência, que levou a União Americana a sujeitar ao veredictum do poder judiciario, em casos determinados actos do proprio poder legislativo ?

*
* *

Parece-nos, portanto, que é insustentavel perante a Constituição Federal o contencioso administrativo.

É possível, porém que estudadas á luz mais viva as disposições constitucionaes, apresentem argumentos para conclusão contraria.

Que tenha este trabalho ao menos o merito de despertar interesse pelo assumpto trazer-lhe solução mais abalisada.

M. Pedro Villaboim.

DIREITO PUBLICO

Constituição e carta constitucional. Especie de constituição. Materia constitucional. Revisão.

DESENVOLVIMENTO DO N.^o II DO PROGRAMMA DE DIREITO PUBLICO E CONSTITUCIONAL

Por constituição de um Estado, tomada a expressão n'um sentido lato, entende-se o complexo dos principios que presidem á sua organização, a maneira ou a fórma por que esse Estado é organizado. Neste sentido não ha Estado nenhum, que por isso mesmo que existe, não tenha uma constituição: aquelles mesmos em que, como na Turquia, toda a ordem juridica depende da vontade do soberano, têm uma constituição. Não é, porém, neste sentido e sim n'outro, restricto, especial que o programma emprega a palavra *constituição*. Então ella significa — o complexo dos principios estatuidos pela nação para regular as relações dos poderes publicos entre si e destes com os cidadãos, ou antes — o complexo dos principios estatuidos pela nação para a organização dos poderes publicos e a regulamentação de suas attribuições. Foi depois das revoluções norte-americana e franceza do fim do seculo passado, que os povos adoptaram o costume de reunir as suas leis constitucionaes num só corpo, formando assim um codigo politico, onde,

para maior garantia as liberdades conquista das, bem traçados ficassem os limites dentro dos quaes os poderes publicos tivessem de exercer as suas attribuições.

Quando esses principios, em vez de ser estatuidos pela nação, não o dizemos *directamente*, porque isto seria impossivel, mas por meio de delegados seus — o são pelo proprio governante, ordinariamente um rei, então já não ha *constituição*, mas uma *carta constitucional*, que portanto se póde definir: o complexo dos principios estabelecidos para a organização dos poderes publicos e a regulamentação das suas attribuições, mas offerecidos á nação pelo proprio governante.

Tal foi, entre outras, a que Luiz XVIII outorgou ao povo francez em 1814, cuja introducção era concebida nestes termos: « Nós, voluntariamente e pelo livre exercicio de nossa autoridade real, concedemos e outorgamos a nossos subditos a carta constitucional que se segue. . . . »

Tal póde-se tambem chamar a nossa lei fundamental de 25 de Março de 1824, apezar do nome de *constituição* com que a decorou D. Pedro I. E' certo que tendo o fundador do imperio dissolvido a Assembléa Constituinte que no Rio de Janeiro se reuniu mezes depois da nossa independencia, o que fez até certo ponto com razão ou pelo menos com plausiveis pretextos, pois que sobre ter ella protelado os seus trabalhos, occupando-se com assumptos estranhos á sua missão e que mais pertenciam á administração, chegou a tornar-se tumultuaria e anarchica, a ponto de declarar-se em sessão permanente, é certo, dizemos, que tendo o imperador dissolvido a constituinte, no proprio decreto de dissolução convocára outra, que — expressões textuaes — deveria trabalhar sobre projecto seu, *duplicadamente mais liberal*. Effectiva-

mente, dias depois da dissolução, nomeava o imperador um conselho de dez membros incumbido de organizar um projecto de constituição que merecesse a sua approvação. Mas uma vez feito este, lembrou-se a corôa, a pretexto de colher esclarecimentos, de enviar exemplares ás Camaras Municipaes afim de que estas ouvissem os povos de seus termos a cujos sentimentos o governo queria corresponder. Aconteceu então que não só foi elle approvado por grande numero de cidadãos que corriam ás sédes das camaras municipaes a dar as suas assignaturas, como tambem que algumas dessas camaras, pensando na possibilidade de novos conflictos a que poderia dar logar uma nova constituinte e na conveniencia de pôr-se um termo á agitação politica que reinava, representaram ao imperador no sentido de ser este projecto adoptado desde logo como constituição (outras pelo contrario propuzeram modificações, como a suppressão do poder moderador, a temporariedade do Senado). Com este pedido conformou-se o monarcha, que a 25 de Março de 1824 converteu, jurando-o, este projecto em constituição.

Ora, ninguem dirá que seja este o modo regular de fazer-se uma constituição, e é por isso que dizemos que o que tivemos no imperio foi uma carta outorgada por D. Pedro I. O meio regular é exactamente a deliberação e approvação por uma assembléa escolhida pela nação e que, cercada de todas as immunidades, possa tão livre, quanto scientemente manifestar-se e resolver. Pelo menos é o que vemos fazer todos os povos civilizados.

Mas deixando de parte este ponto, que aqui nós é accidental, e mostrada a differença que existe entre uma constituição e uma carta constitucional, vejamos quantas são as especies de constituição.

Distinguem-se as *constituições escriptas* e as *costumeiras*.

As primeiras são as que são insertas num texto promulgado.

As segundas são as que se estabelecem pouco a pouco pela continuidade do *costume* e da tradição; mais tarde, *textos* isolados, verdadeiras leis constitucionaes, mas não reunidos em uma constituição única e promulgada, podem consagrar o costume.

A constituição da Inglaterra é o exemplo mais frizante das constituições costumeiras. O *costume* ahi consagrou certas praticas constitucionaes de origem immemorial: a convocação annual do parlamento, sua divisão em duas camaras, prerogativas reaes.

Entre os textos constitucionaes uns são pactos entre a autoridade real e a nação, como são a Magna Carta, subscripta por João Sem Terra em 1215 e em que se consagra a liberdade individual e os direitos do Conselho do Reino e a Declaração dos direitos que precedeu a ascensão de Guilherme d'Orange ao throno, na qual o Parlamento proclama as vontades do paiz, outros são *bills* regulando materias constitucionaes (1).

Dadas estas noções, passemos a examinar o que deve conter uma constituição.

Ella é, como se infere da propria definição, o acto pelo qual a nação fixa as bases da sua organização politica; a lei fundamental do Estado, *lex legis*. Por consequencia tudo quanto disser respeito aos poderes publicos, á sua divisão, aos *orgams* que lhes devem ser destinados, á sua composição, ás suas funcções e respectiva duração, ás suas attribuições, ás relações que elles devem manter entre si e com

(1) Cf. Aumaitre, cap. IV, secção 1.^a.

os cidadãos e a parte que a estes é reservada nos negocios publicos, tudo isto é materia constitucional.

Mas uma constituição deve ainda consagrar de modo claro e preciso todos os direitos cujo complexo formam o que se chama a liberdade individual, direitos que são fundamentaes da personalidade humana, direitos cuja mutilação ou destruição importaria a propria mutilação ou destruição do homem, direitos que o Estado não dá, mas que por isso mesmo não póde deixar de respeitar e sancionar em toda a sua plenitude.

Assim todas as constituições, quer monarchicas, quer republicanas, consagram uma parte á proclamação dessas liberdades, como uma garantia contra as oppressões do poder.

E' celebre a declaração dos direitos do homem, votada e proclamada pela assembléa nacional da França em 1789, que aliás não passa de uma imitação do *bill of rigths* dos inglezes, que data de um seculo antes.

A parte da nossa constituição consagrada a esta materia é a da secção II do titulo IV. A do imperio della se occupava no art. 179.

Finalmente uma constituição deve prescrever o modo pelo qual, quando tal se fizer mister, possa ser reformada.

Mas por isso mesmo que ella é a lei fundamental do paiz, deve-se limitar a estabelecer principios, a lançar as bases do edificio politico, não deve descer a detalhes. Um mal que Benjamin Constant assignala com razão ás constituições francezas é o terem querido sempre prover a todas as occurrencias, quer presentes, quer futuras, o ter-se querido estender a constituição a tudo.

« O fim de uma constituição é pôr certos principios protectores do direito a abrigo das variações

da legislação ordinaria: » Se é bom aviso permittir a sua reforma, contando-se com a imperfeição da obra humana, com os resultados da experiencia e mesmo com os progressos do direito publico, é sempre de desejar que uma constituição seja estavel: evitam-se assim os abalos que nunca deixam de trazer á nação as reformas constitucionaes. Mas uma condição essencial para que seja ella estavel é que encerre-se em seus limites naturaes. Desde que ella os transpõe, descendo a minudencias, a disposições regulamentares e de ordem administrativa, como estas disposições estão mais sujeitas ás variações e exigencias do tempo, uma de duas: ou todos os dias a constituição será reformada, ou — o que é peor — quotidianamente será violada. « Ella o será nas pequenas cousas, porque, recaindo sempre nos governados os obstaculos que o governo encontrar em sua acção necessaria, elles proprios invocarão essa violação. Mas essa constituição será tambem violada nas grande cousas, porque os depositarios da autoridade partirão da sua violação nas pequenas para se arrogar a mesma liberdade sobre objectos mais importantes. »

Ella deve por consequencia limitar-se a estabelecer os principios fundamentaes. A' legislação ordinaria ficará o desenvolvimento destes. Para complemento da constituição fazem-se leis, que recebem por isso mesmo o nome de *leis organicas*.

Um dos defeitos de que se resentia a nossa primeira constituição era exactamente este: ir além dos limites que devem encerrar um codigo politico. De modo que ella teve necessidade de distinguir no artigo 178, copia aliás de Benjamin Constant no cap. IX, art. 1.º do seu *Esboço de Constituição*, entre o que nella propria era constitucional e não constitucional, e isto para permittir a reforma das disposições que estivessem no ultimo caso, independente-

mente das formalidades exigidas para a reforma das outras disposições. Dizia o art. 178: « E' só constitucional o que diz respeito aos limites e attribuições respectivas dos poderes politicos e individuaes dos cidadãos: tudo o que não é constitucional póde ser alterado, sem as formalidades referidas (nos art. 174 a 177) pelas legislaturas ordinarias. »

E' uma incoherencia incluir numa constituição materia que a propria constituição reconhece não ser constitucional.

E a experiencia mostrou-nos quanto foi inconveniente esta disposição. Della originaram-se muitos abusos. Todas as vezes que o governo desejava fazer uma reforma constitucional sem as formalidades prescriptas na lei fundamental, escudava-se nesse artigo dizendo: isto não é materia constitucional. Basta lembrar a ultima reforma eleitoral decretada no imperio. A constituição estabelecia a eleição indirecta ou de dois gráus, votando cada cidadão activo em eleitores que escolhiam os representantes da nação: desse direito não estavam excluidos nem os cidadãos analphabetos, nem os que tivessem uma renda annual de cem mil réis para cima. O poder legislativo ordinario decretou a eleição directa, onde só tomaram parte os cidadãos que soubessem lêr e escrever e tivessem no minimo uma renda de 200\$000. Isto tudo fazia-se argumentando-se com o art. 178.

Felizmente não caiu nesta falta a constituição da republica, que entretanto não está isenta de outro defeito apontado: falta de sobriedade.

Mas entremos na ultima parte do ponto: *revisão constitucional*.

Nós acabamos de dizer que uma constituição deve prescrever o modo pelo qual, reconhecida a necessidade, possa ser reformada e já o vimos porque :

é desejavel que seja estavel, mas não se póde admittir que seja perfeita.

E' claro, porém, que não póde a sua reforma seguir o mesmo processo que o fixado para a elaboração de uma lei qualquer.

Na Inglaterra toda a lei é feita uniformemente pelo parlamento, de que faz parte a Corôa. Mas na Inglaterra não ha constituições escriptas, todas as leis reputam-se constitucionaes. Nos paizes, porém, dotados de um codigo politico, a cousa deve logicamente passar-se de outra fórma.

Que dispõe a este respeito a nossa constituição? Vejamos o texto respectivo.

« A Constituição póde ser reformada por iniciativa do Congresso Nacional, ou das Assembléas dos Estados. » (art. 90).

« Considerar-se-ha proposta a reforma, quando, sendo apresentada por uma quarta parte, pelos menos, dos membros de qualquer das Camaras do Congresso Nacional, fôr acceita, em tres discussões, por dois terços dos votos numa e noutra Camara, ou quando fôr solicitada por dois terços dos Estados no decurso de um anno, representado cada Estado pela maioria de votos de sua Assembléa. » (§ 1.º do cit. art.).

« Essa proposta dar-se-ha por approvada, si no anno seguinte o fôr, mediante tres discussões, por maioria de dois terços dos votos nas duas Camaras do Congresso. » (§ 3.º, idem).

« A proposta approvada publicar-se-ha com as assignaturas dos Presidentes e Secretarios das duas Camaras e incorporar-se-ha á Constituição como parte integrante della. » (§ 4.º, idem).

« Não poderão ser admittidos como objecto de deliberação, no Congresso, projectos tendentes a abolir a fórma republicana-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado. » (§ 4.º, idem).

O que se contém no artigo 90 e seu § 1.º foi inspirado na constituição dos Estados Unidos da America. Mas ali, uma vez proposta a reforma, não é ao Congresso que cabe realisal-a. Se a iniciativa partiu do Congresso (e não se exige que seja apresentada pela quarta parte dos membros de uma das Camaras) a proposta tem de ser submettida a cada uma das legislaturas dos Estados ou a convenções formadas nestes (conforme parecer ao Congresso) e só mediante a ratificação destas legislaturas ou convenções em tres quartos dos Estados, considera-se definitivamente approvada e faz parte da constituição. Se ao contrario, foi iniciada pela legislatura de algum dos Estados, tem o Congresso de convocar uma convenção, á qual é submettida a proposta, mas que nada decide de modo absoluto, pois que faz-se mister ainda a ratificação dos tres quartos dos Estados por qualquer dos dois modos acima mencionados para que seja incorporada á constituição (art. V da Constituição americana).

Neste ulterior modo de proceder diverge pois a nossa Constituição da americana. Pelo § 2.º é o proprio Congresso quem não só discute como approva a proposta. « Essa proposta, diz este §, dar-se-ha por approvada, se no anno seguinte o fôr, mediante tres discussões, por maioria de dois terços dos votos (o projecto do governo provisório dizia — maioria de tres quartos) nas duas Camaras do Congresso. »

De modo que quasi não se justifica o direito de sollicitação de reforma conferido ás legislaturas dos Estados. Nos Estados Unidos o que levou o legislador constituinte a dispor nesta conformidade foi não deixar as reformas constitucionaes na dependencia exclusiva do Congresso, que poderia assim resistir ás manifestações da vontade popular no sentido de qualquer modificação ao pacto fundamental. « Abriu-se

assim um caminho popular á reforma da constituição.» Mas entre nós pouco importa que os Estados reclamem qualquer alteração na Constituição. O Congresso *proporá* a reforma, mas nas suas mãos está rejeital-a.

Melhor fôra que o nosso legislador reproduzisse inteiramente o systema americano, a não querer prescrever outro que nos parece mais racional ainda e mais adoptavel ás nossas condições e vem a ser: uma vez proposta a reforma nos termos do § 1.º, convocar uma assembléa com poderes especiaes para realisal-a. Fugiria assim ao grave erro de fazer de um poder constituido — poder constituinte. Uma constituição é antes de tudo uma garantia estabelecida pela nação para impedir a usurpação do poder por parte daquelles que delle são depositarios. E' por tanto uma incoherencia conceder a este o direito de alterar os limites desse poder, de ampliar ou modificar as suas attribuições.

Não evitou esta incoherencia a nossa constituição, que nesta parte preferiu imitar a França, onde, uma vez declarado pelas duas Camaras que tem logar ser revista a constituição, fundem-se estas numa só, sob a denominação de Assembléa nacional, para proceder á revisão. Mas não só, como acabamos de ver, evitou-a a constituição americana, mas tambem as dos Estados que formam a União. Nestes é sempre o voto popular quem decide afinal da reforma proposta quer a discussão desta pertença ás legislaturas respectivas, como acontece em alguns, quer a convenções para este fim nomeadas (1) como se dá em outras.

(1) Este systema de convenções nomeadas para discutir e redigir o projecto de reforma constitucional offerece uma vantagem digna de observação e é que por esta fórma nenhuma solução de continuidade se opera na marcha dos negocios publicos em quanto trabalha a assembléa constituinte: o governo continúa na sua tarefa regular; as camaras não deixam de funcionar; tudo permanece nos seus eixos.

O systema da constituição do imperio difficultava sobre modo as reformas constitucionaes. Ellas não podiam ser elaboradas senão depois de consentidas por uma lei sancionada e promulgada pelo imperador em fórma ordinaria (art. 176, ficando portanto na inteira dependencia do poder legislativo; além disso, proclamava-se por essa fórma a necessidade de revisão, porém, não se podia propôr e discutir a alteração reclamada sinão na seguinte legislatura (art. 177). Entretanto era ella mais racional que a da Republica no exigir que aos deputados dessa legislatura conferissem os eleitores, poderes especiaes (cit. art. 176) para fazer a reforma.

Mas a critica mais severa que merece a Constituição na parte referente á revisão é quanto ao disposto no § 4.º de artigo do que nos occupamos.

Como se vê ha aqui duas restricções ao principio da revisão: a nação não poderá nunca alterar a sua fórma de governo nem a igualdade de representação dos Estados no Senado. Todo projecto por ventura apresentado a respeito em qualquer das casas do Congresso não poderá ser mesmo julgado objecto de deliberação.

Estabelecendo a primeira restricção a constituição imitou a França, que em uma das suas leis constitucionaes, a de 14 de Agosto de 1884, dispõe semelhantemente. Quanto á segunda, relativa á igualdade de representação dos Estados no Senado, a Constituição inspirou-se no final do art. V, secç. IV da Constituição americana. Mas ali, note-se bem, o que se veda é que Estado algum seja privado, sem o seu consentimento, da igualdade do suffragio no Senado.

Ora, por mais convencido que estivesse o legislador constituinte da excellencia da fórma de governo adoptada e por mais justificavel que seja no

regimen federativo, a igualdade da representação dos Estados no Senado, pois que sem isso, comprehende-se, os maiores prevaleceriam sempre sobre os pequenos — de modo nenhum devia ter prohibido á nação reformar a sua constituição em qualquer destes pontos se assim ella o entendesse um dia conveniente.

Essa prohibição, conforme muito bem disse numa emenda suppressiva que ao § 4.º do art. 85 do projecto do governo provisorio e como membro da Commissão dos 21, apresentou no Congresso constituinte o senador Dr. José Hygino — é offensiva da soberania nacional.

Effectivamente, desde que se reconhece que a nação tem o direito de escolher a sua fórma de governo, de estabelecer os princípios de accordo com os quaes deve reger-se, como não reconhecer-lhe o direito de reformar em qualquer ponto a sua constituição, de alterar, modificar ou substituir por outros estes princípios, desde que assim reputar conveniente?

Que outro poder mais alto do que a propria nação se erguerá para pôr obstaculos, para impedir que se realizem as reformas que ella julgar necessarias fazer?

Ha receio de que ella possa transviar-se na adopção dessas reformas, alterando as suas instituições fundamentaes para peor e quer-se por este meio livral-a dos perigos em que ella por suas proprias mãos possa precipitar-se? Mas então, força é confessar que o melhor governo seria aquelle segundo o qual uma nação permanecesse sob os auspicios de uma vontade e de uma direcção que não fosse a sua propria. Esta theoria, porém, vai caminho direito do despotismo e não se chega mesmo a este raciocinando por outra fórma.

« Um povo tem sempre o direito de rever a sua constituição, pois ella é feita para elle. » Sabeis, per-

gunta Laboulaye, referindo-se á sua patria, até que epoca era prohibido tocar na constituição de 1791, que durou tres mezes? Não devia ser permittido tocar nella antes de vinte ou trinta annos. A França teve durante esse tempo cinco constituições e nove governos. Que acontece quando ligaes um povo? o levaes a fazer uma revolução contra si mesmo e a destruir a constituição que elle fundou.

São Paulo, 1893.

Alfredo Lima.

INTRODUÇÃO

AO

ESTUDO DA PRÁTICA FORENSE

Uma vontade sem forma é como a faca de Lichtenberg, que não tem folha nem cabo.

(IHERING, Espírito do Direito Romano, III, 165).

CAPÍTULO I

SUMMARIO.—Modalidades da faculdade de conhecer: o intellecto especulativo e o intellecto pratico.—Relações entre a theoria e a pratica.—A sciencia, a prudencia e a arte.—Prudencia juridica, arte juridica.—Pratica juridica: pratica doutrinal, pratica legislativa, pratica administrativa, pratica forense.—Fôro: fôro extrajudicial, fôro judicial.

I. A faculdade de conhecer tem duas modalidades: ou limita-se á contemplação da verdade, sem destinar á operação o objecto do conhecimento; ou raciocina com o fim de proceder a uma operação.

A primeira modalidade toma o nome de *intellecto simplesmente especulativo*; a segunda toma o nome de *intellecto pratico*.

KANT chegou a affirmar que estas duas manifestações — não são modalidades de uma mesma potencia, mas faculdades ou potencias especificamente differentes, ás quaes deu os nomes de *razão pura* e *razão pratica*. Os Escolasticos, porém, mantiveram, com a maioria dos philosophos, a doutrina de ARISTOTELES: continuaram a sustentar que o *intellecto*

pratico é uma extensão do *intellecto especulativo*, isto é—« a mesma faculdade de conhecer applicando os principios geraes a cada operação, formando juizos sobre factos particulares e futuros contingentes (1), decidindo *si convem fazer tal cousa* e *si tal cousa deve ser feita deste ou daquelle modo e nesta ou naquella forma* ».

II. Muitos dão ao *intellecto especulativo* o nome de *intellecto theorico* ou *razão theorica*; mas, ha nisto deploravel confusão.

A palavra *theoria*—deriva-se do vocabulo grego *teoros*, que significa *contemplar*; ora, a necessidade de *contemplar* apparece tanto na *ordem especulativa* como na *ordem pratica*. O *intellecto simplesmente especulativo* considera o ponto de vista da *verdade* e não se estende ao ponto de vista da *operabilidade*; o *intellecto pratico* não abandona o ponto de vista da *verdade*, mas *estende-se á operabilidade* e depois á *operação*. Depois que, *a proposito de um caso particular*, o *intellecto especulativo* CONTEMPLA a *verdade* dos principios, dos phenomenos e das leis que d'ahi se deduzem ou induzem, o *intellecto pratico* passa a CONTEMPLAR a *operabilidade*, isto é, as *cautelas* e as *formulas* necessarias á exequibilidade da *operação*.

Não ha, pois, incompatibilidade entre a *theoria* e a *pratica*; ao contrario, uma *theoria* que não é

(1) A vontade humana não delibera senão sobre as acções contingentes que ainda podem ser praticadas. « O passado torna-se *necessario* sob certa relação, porque é impossivel que aquillo que foi deixe de ter sido; o *presente*, considerado como tal, implica tambem uma *necessidade*, porque é necessario que Socrates, enquanto está assentado, esteja assentado. D'ahi resulta que só os *futuros contingentes* estão sujeitos ás *virtualidades* do *intellecto pratico* » (ARISTOTELES, *Perikhermenias*, cap. VI).

Citando o Philosopho, referimo-nos á traducção latina de MAURO, da bibliotheca escolastica de EHRELE.

O *intellecto simplesmente especulativo* contempla principios e phenomenos para deduzir e induzir leis, cuja applicação não depende de nosso poder ou não está em nossa intenção; o *intellecto pratico* contempla principios e phenomenos para deduzir e induzir leis, cuja applicação depende da nossa actividade livre e está em nossa intenção.

praticavel—ou é falsa, ou, pelo menos, é incompleta. Por isso se diz que—*a comparação com a experiencia é a pedra de toque de toda a theoria* (1).

III. O *intellecto especulativo* produz a *verdade* por meio de tres virtualidades: a *intelligencia dos primeiros principios*, a *sciencia* e a *sabedoria*. O *intellecto pratico* produz a *rectidão*, isto é, a *verdade applicada ao acto e ao factó*, por meio de duas outras virtualidades: a *prudencia* e a *arte* (2).

A *verdade* ou é conhecida por si mesma, ou é conhecida por deducção ou inducção de outras *verdades*. As *verdades*, quando conhecidas por si mesmas, constituem *principios*; e o habito que aperfeiçoa o intellecto em relação a essa especie de *verdade*—é a *intelligencia dos primeiros principios*. Quando a *verdade* não é conhecida por si mesma, mas depende das investigações da razão, mediante a deducção e a inducção, dous habitos se podem manifestar: ou o

(1) IHERING, obr. cit., I, 50, exprime estas relações entre a *theoria* e a *practica do direito*—pela seguinte brilhante metaphora: « O direito, tal como se nos mostra em suas formulas legislativas, é semelhante ao plano de uma machina; a melhor explicação, e a critica ao mesmo tempo, nos são offercidas pela propria machina, quando funciona; então, mais de uma móla, a principio despercebida, revela sua profunda importancia,—e mais de uma roldana muito saliente, muito necessaria na apparencia, manifestam sua superfluidade ».

(2) Esta doutrina é exposta na *Ethica ad Nicomachum*, Livro VI; mas, no tratado denominado *Magnorum moralium*, Livro I, attribuem ao Philosopho a enumeração de uma sexta virtualidade intellectual,—a *opinião*. Além de não haver segurança sobre a authenticidade do tratado *Magnorum moralium*, occorre que o proprio Philosopho, na *Ethica ad Nicomachum*, recusa expressamente á *opinião* o attributo de virtualidade intellectual; e, a proposito, diz o Anjo da Escola, na *Summa Theologica* (III, quest. 52, 2 ad 3) o seguinte: « Não é dado o nome de virtualidades intellectuales senão aos habitos conforme os quaes se diz sempre a verdade. Ora, a *opinião* e a *suspeita* podem ser verdadeiras ou falsas ». A *opinião* e a *suspeita* são, pois, *estados do espirito*; mas, não tendo força para produzir a *verdade*, não são virtualidades.

Não queremos, entretanto, desconhecer o valor da *opinião* dos mestres e dos velhos; porém, neste caso, a virtualidade não está na propria *opinião*, e sim na *prudencia* que nos leva a ser docéis aos conselhos da experiencia, como meio mais isento de erro nas contingencias da vida. Diz o Philosopho: « o golpe de vista da experiencia é por vezes tão forte que supprime, nos velhos e nos mestres, a necessidade de repetir os principios ».

ultimo termo daquellas investigações é relativo a toda a extensão dos conhecimentos humanos e apparece a *sabedoria*; ou o ultimo termo daquellas investigações é relativo a um certo genero de conhecimentos e apparece a *sciencia*. Assim, o *direito* é uma *sciencia*, porque, como a *physica*, as *mathematicas*, a *medicina*, tem um objecto particular, que é ultimo termo em um genero sómente, visto que não abrange a universalidade dos conhecimentos.

Ha, porém, *sciencias* puramente especulativas e *sciencias* especulativas sob um ponto de vista e praticas sob um outro. Tudo depende da materia, do modo de saber e do fim intentado. Uma *sciencia* é especulativa quanto á materia, quando esta não está sujeita á actividade livre do homem: tal é aquella que tem por objecto o estudo das leis *physicas*. Uma *sciencia* pôde, porém, ser especulativa quanto ao modo de saber e pratica quanto ao fim: tal é a *sciencia do professor* que explica os principios e as leis que regem as relações jurídicas; tal é tambem a *sciencia do juiz* ou a do *advogado*, quando pretendem applicar estes principios e estas leis a uma determinada relação de direito em um caso particular. O *direito* é uma *sciencia especulativa quanto ao modo de saber e pratica quanto ao fim*, porque o *direito* é para ser applicado aos factos particulares e contingentes da vida humana (1).

(1) Estatutos da Universidade de Coimbra, liv. II, tit. VI, cap. VIII, ns. 3, 7 e 8, *ibí*: « A applicação das leis é um *juizo pratico*, de que o caso ou a acção se deve decidir pela lei, que tem determinações commuas com elle.... A applicação das leis se faz mediante um discurso ou raciocinio, no qual a determinação adequada e completa da lei deve formar a *premissa maior* e distribuir-se na *menor*, introduzindo-se nesta a acção ou caso da lei e ficando servindo de *sujeito*, do qual se affirme a mesma determinação da lei como *predicado*... Para ella é necessario ter bem presentes as determinações sobreditas da lei e do *facto*, com todas as suas respectivas *circumstancias*, e combinal-as e pezal-as em uma exacta balança.... Tudo isso requer um *juizo prudente, sagaz, maduro e circumspecto*.... A applicação das leis aos casos é o fim de todo o conhecimento de direito...

D'ahi decorre que a principal condição da *theoria juridica* é a *realisabilidade*. « O *direito*, diz IHERING (Espírito do Direito Romano, I, 16 e III, 51), — existe para ser realiado.... Aquillo que não é realisavel não é direito. » E, como *sciencia practica*, depende o *direito* das duas virtualidades do *intellecto practico*, isto é, da *prudencia* e da *arte*, a *prudencia* para acautelar o *modo*, a *arte* para prescrever e executar a *fôrma*.

IV. A operação humana realisa-se ou por acção immanente ou por acção transitiva, *actio et factio*, segundo os termos da Escola. *Actio*, acção do verbo *agir*, corresponde á acção immanente; *factio*, acção do verbo *fazer*, corresponde á acção transitiva. *Agir* é realisar uma operação que não passa do proprio agente e consiste no proprio acto: por exemplo, *pensar*, *raciocinar*, *calcular*, *estudar*, etc. *Fazer* é realisar uma operação que passa para a materia externa, operação cujo effeito distingue-se do proprio acto: por exemplo, *fallar*, *escrever*, *requerer*, *encadernar*, etc. A palavra *practica* deriva-se do verbo grego *prattein*, que significa *fazer*; e, por isso, é mais propriamente empregada para exprimir a acção transitiva.

Ora, as operações tendentes a realisar e assegurar o *direito* na vida—são *transitivas*, isto é, passam para a materia externa, geram um producto distincto da propria operação, resultam, em summa, do movimento dos orgams no tempo e no espaço. Operações desta natureza não dependem sómente da *sciencia*, dependem tambem da *prudencia* e da *arte* (1).

O que constitue o jurisconsulto perfeito não é a simples e nua sciencia e intelligencia das leis, pois que esta apenas pôde formar um *jurisperito*, mas que é sim a sciencia da *applicação*...; só esta é que pôde qualificar-se de *jurisprudencia*. »

(1) Ha mesmo uma derivação etymologica entre a palavra—arte—e o substantivo latino *artus*, *us*—que significa—*articulações dos membros*—e que, entre os classicos, foi empregado para significar os proprios membros do organismo animal.

O direito, como *sciencia* ou como pura *theoria*, tem *entidade*; mas, para passar do estado de *entidade* para o de *existencia*, do estado de *possibilidade* para o de *actualidade*, do estado de *realisabilidade* para o da *realisação* HIC ET NUNC, depende de um *modo* e de uma *fôrma*, isto é, das *cautelas da prudencia* e das *formulas da arte*. Sem estas duas virtualidades, o direito não poderá ser *praticado*.

A *prudencia* é uma virtualidade intellectual practica e ao mesmo tempo uma virtude moral; a *arte* é simplesmente uma virtualidade intellectual practica.

Entre estas duas virtualidades do intellecto practico ha relações intimas e as seguintes differenças: — a *prudencia* versa mais sobre a actividade immanente, ao passo que a *arte* apenas versa sobre a actividade transitiva; a *prudencia* tem principalmente em vista o fim do operante (*bonum operantis*), ao passo que a *arte* tem principalmente em vista o fim da obra (*bonum operati*); a *prudencia* *acautela-se*, a *arte* *executa* (1).

A *prudencia* tem *partes potenciaes*, *partes integrantes* e *partes subjectivas*.

O seu exercicio depende de uma serie de actos da razão, subordinados como habitos constitutivos do acto principal. Esses habitos, *partes potenciaes* da *prudencia*, são a *sagacidade*, o *bom senso* e a *resolução*: a *sagacidade* para o *exame*, o *bom senso* para o *juizo*, a *resolução* para a *execução*. A *sagacidade* tambem se denomina *conselho*; o *bom senso* tambem se denomina *discernimento* ou *juizo* em relação ao que se ha de fazer; a *resolução* tambem se denomina

(1) ARISTOT., *De anima*, III, cap. IX, *de motu animalium*, texto 10, n. 2; *De communi animalium motione*, cap. VI, *de processu movendi*, texto 7, n. 2; *Ethica ad Nicomachum*, textos 4 e 5. S. THOMAZ DE AQUINO, *Summa theologica*, V, 2,2, 99. 48 e 49; MACROBIO, *in Somn. Scipionis*, Liv. I, cap. 8.

preceito, que é o acto principal da *prudencia*. Ha muitos homens que são *sagazes* ou *bons conselheiros* e que, entretanto, não têm *bom senso* para julgar do que *elles proprios* devem fazer. Não é difficil observar, entre aquelles que se dedicam ás sciencias especulativas, muitos que são hábeis para analyses, demonstrações, exposições, e que, comtudo, nas cousas da vida pratica, não manifestam um juizo seguro; isso prova que o vigor de dotes intellectuaes póde co-existir com a má disposição do *sensu communi*: por isso bem se vê que, além da *sagacidade* para dar acertados conselhos, ha uma outra especial aptidão que regula o juizo pratico e á qual damos o nome de *bom senso*. Tambem não é raro acontecer que seja adiada a execução daquillo que já foi indicado pela *sagacidade* e pelo *bom senso*, ou que seja isso executado negligentemente: para a execução é, pois, necessaria, além da *sagacidade* e do *bom senso*, uma outra aptidão final, que se chama *resolução*.

Além desses actos, que são forças constitutivas da potencia principal, ha outros que, contribuindo para a perfeição desta, constituem, em relação a ella, partes distinctas de que se compõe um todo, ou *partes integrantes*; e, nesse sentido, as *partes integrantes* da *prudencia* são: a *observação attenta*, a *memoria*, a *experiencia*, a *docilidade*, a *perspicacia*, a *vivacidade de espirito*, a *previdencia*, a *serenidade*, a *solicitude*, a *paciencia* e a *tenacidade* (1). Attribuem a um famoso juriconsulto francez do seculo XVI, DUMOULIN, a insistencia em affirmar que « a minima circumstancia do facto importa grande diversidade no direito, » — *modica enim circumstancia facti inducit magnam diversitatem juris*; d'ahi a necessidade dessa *observação attenta* não só do facto como de todas

(1) Summa theologica, 99, citadas e seguintes. Vide o praxista GUERREIRO, na *Escola Moral*, Palestra I, licções I a IX.

as suas circumstancias, e esse cuidadoso estudo das circumstancias constitúe o habito denominado—*circumspecção*. A razão humana não póde apprehender a multiplicidade dos casos particulares; mas, o homem tem um sentido interno, que a *memoria* e a *experiencia* aperfeçoam,—*experientia, per quam ex comparatione plurium singularium, quorum recordamur, procedimus ad judicandum quid sit faciendum hic et nunc*. A *docilidade* aperfeçoa tambem esse sentido, que é o mesmo *bom senso*; pois, « não ha esphera do saber humano, diz o citado IHERING, na qual o mais fraco, que saiba aproveitar os dados da *experiencia*, não seja superior ao genio que abandona este socorro». O verdadeiro jurista deve ter a *perspicacia*, para julgar do que vae fazer ainda nas minimas circumstancias; a *vivacidade de espirito*, para logo descobrir os meios a empregar; a *previdencia*, para apreciar a relação entre estes meios e o fim intentado; a *serenidade* para evitar as prevenções causadas pela paixão; a *paciencia*, para ouvir os litigantes, certo de que o interesse pessoal, como diz LIOUVILLE, suscita expedientes e defezas que podem não occorrer ao mais sabio dos jurisconsultos; a *solicitude*, que produz a diligencia de fazer promptamente o que foi resolvido; a *tenacidade*, que traz a esperança da justiça e a coragem para o trabalho.

Para chegar a este resultado, deve o jurista ter a necessaria *precaução*, isto é, *acautelar-se* contra os vicios da *precipitação*, da *inconsideração*, da *inconstancia* e da *negligencia*:—o espirito pratico evitará a *precipitação*, si, no exame dos factos, passar pelos gráus intermediarios convenientes, isto é, pela memoria do passado, pelo conhecimento do presente, pela preocupação do futuro;—evitará a *inconsideração*, si estiver attento ás circumstancias particularissimas e variaveis dos factos e ás minuciosas dispo-

sições do direito;—evitará a *inconstancia*, tornando-se firmemente disposto a proseguir naquillo que foi proposto e julgado pela recta razão:—evitará a *negligencia*, escolhendo diligentemente os meios mais aptos e não retardando nem relaxando a execução (1). Tão decisiva é a *precaução*, que d'ella os jurisconsultos tiraram o nome para a *prudencia forense*: a palavra *eurema*, empregada pelos praxistas para significar a *prudencia forense*, é de origem grega e quer dizer—*precaução* ou *cautela*.

Para a realisação do direito não bastam estas *cautelae* da *prudencia*; é ainda necessaria a *forma externa*, cujas *regras* são dadas pela *arte*. A *arte* póde, é certo, ser aprendida, como a *sciencia*, nas escolas e nos livros; a *arte* tem seus preceitos fixos, suas *formulas* prestabelecidas, *formulas* que, na phrase de BACON, « manifestam as mais reconditas prescripções das leis, á semelhança da mão fechada que se abre, » *ad instar pugni et palmæ* (2). Nunca, porém, o artista será completo sem *amor ao trabalho* e sem o *habito de exercital-o*. O *habito* torna o trabalho facil e até agradável; pelo *habito*—a *arte* se identifica com a vida do artista: por essa razão se diz que o *habito é uma segunda natureza*. O *habito* resulta da repetição dos actos livres; por effeito d'esta repetição, aquillo que era primitivamente feito com esforço vem a tornar-se quasi espontaneo; e, aliás, coñvem principiar cedo, afim de que, pela velhice

(1) O movimento artistico caracteriza-se por uma dupla operação: uma, que se chama *intelligencia* e que constitue a *ordem da intenção*; outra, que se chama *effectuação* e que constitue a *ordem da execução*.

(2) BACON, *De dignitate et augmentis scientiarum*, no Aphorismo LXXXVIII:—*Formulas agendi diversas in unoquoque genere colligito. Nam et practicoe hoc interest; et certe pandunt illos oracula et occulta legum. Sunt enim non pauca, quæ latent in legibus: at in formulis agendi, melius et fusius perspiciuntur, ad instar pugni et palmæ.*

dos orgams, estes não se achem endurecidos quando apparecer a boa disposição (1).

O bom emprego da *arte* deve ser, sobretudo, o empenho do jurista. O artista juridico não é um artista mechanico: na execução de uma obra d'arte mechanica, o artista pôde ser um composto de orgams servido por uma intelligencia; na execução de uma obra d'arte juridica, o artista deve ser sempre uma intelligencia servida por orgams. Nas contingencias da fraca natureza humana, a obra dos homens da lei pôde não ser a expressão do *direito*; mas, si a *prudencia*, que produz a vontade recta do agente, não se liga *essentialiter* á *arte* dos legisladores, dos juizes, dos advogados e mais auxiliares da justiça,—deve ligar-se *ad modum dispositionis*, como diriam os Escolasticos. A *arte* prestabelece as *formulas*; mas, a oportunidade moral da applicação dessas *formulas* pertence á *prudencia*, assim como a oportunidade juridica pertence á *sciencia*. A *practica juridica* depende, portanto, do conjuncto destas tres virtualidades: sem este conjuncto, não ha verdadeira *jurisprudencia*.

V. Cabe agora distinguir as *partes subjectivas* ou as *especies* da *prudencia*. Em relação á *prudencia* genericamente considerada, os moralistas distinguem a *prudencia monastica*, pela qual cada um se dirige, da *prudencia politica*, pela qual a autoridade dirige

(1) O *habito do trabalho* é até um patrimonio, porque pôde ser transmitido aos filhos. A proposito, vejam o que diz ERNESTO NAVILLE, *Le libre arbitre*, n. 23: « O habito é uma *segunda natureza*, diz um proverbio cujo valor é justificado pela sciencia. Mas, donde vem a *primeira natureza*, a individualidade nata de cada ser humano? De sua organização. De que depende sua organização? Da organização de seus ascendentes, a qual já pode modificar-se pelo emprego do livre-arbitrio. Resulta d'ahi que, na natureza actual do individuo adulto, ha uma parte de sua liberdade e outra parte da liberdade de seus avós... A transmissão das tendencias é um facto positivo, cuja expressão é a lei da hereditariedade... Esta lei não tem a regularidade das leis physicas; mas, em todo o caso, ha na nossa natureza primitiva uma parte dos habitos de nossos paes ».

a multidão. Mas, esta distincção não exclue a sub-distincção das partes *subjectivas* de uma *prudencia especial*. Assim, na *prudencia juridica*, distinguiremos a *prudencia do professor*, a *prudencia do legislador*, a *prudencia do administrador*, a *prudencia do juiz*, a *prudencia do advogado*, a *prudencia dos serventuários e mais auxiliares da justiça* e até mesmo a *prudencia das partes contractantes e litigantes*. Cada posição na vida, cada estado social, exige uma *prudencia* e uma *arte especiaes*.

As regras do direito podem ser consequencias dos principios geraes e podem resultar da observação dos phenomenos da vida social. Estas *regras*, resultantes dos *principios* e dos *factos*, traduzem relações que agrupam-se em unidades systematicas, denominadas *instituições de direito*. Assim, pela deducção e pela inducção, depois pela analyse e pela synthese, o *direito* eleva-se á categoria de *sciencia*. Toda a *prudencia do professor* está no seu talento de comunicação ou no methodo de ensino: não lhe basta a *sciencia*, por mais profunda que seja; é necessaria ainda uma certa disposição de vontade e ao mesmo tempo de intelligencia, disposição especial para o ensino dessas instituições, disposição que os Escolasticos denominavam—*habitus demonstrativus*. Ligada á *prudencia do professor* está a *prudencia do consultor*, comquanto differente em seus requisitos; pois, em relação ao *consultor*, não é caso de estabelecer argumentação desenvolvidamente systematica, mas de determinar a regra juridica ou a lei applicavel a um facto particular. Então, exige-se, antes de tudo, *paciente attenção* para o *caso proposto* e para *cada uma de suas circumstancias*; depois de explorada a *natureza do negocio* e o *estado da questão*, exige-se *sagacidade* para attingir o *ponto da duvida*: nem sempre o mais erudito dispõe dessas qualidades. Um bom *tra-*

tadista, um bom *professor*, nem sempre serão melhores *consultores* ou *conselheiros*. Todos são interpretes da lei, mas uns são mais *communicativos* do que outros, uns são mais *sagazes* do que outros. Essa *communicabilidade* e essa *sagacidade* são os predicados da PRATICA DOUTRINAL.

Entretanto, o direito é para ser realizado. Não basta, pois, a *verdade* das regras juridicas; é necessaria ainda a sua *realisabilidade* (1). O homem da sciencia contempla principalmente a *verdade juridica*, sem desconhecer que esta *verdade* deve ser *realisavel*; o homem da lei busca os meios de transformar as *regras* em *preceitos*, tendo em vista principalmente a *realisabilidade*. *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astucias; leges, quatenus manû tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia* (CICERO, *de officiis*, III, 17). O legislador, confeccionando preceitos relativos á materia e á fórma das relações de direito, tem a tarefa subordinada ás condições peculiares da vida de um povo, *non ut ex regula jus summatum, sed ex jure, quod est, regula fiat* (Dig., *de reg. jur.*, L. 1, de PAULO). Esta tarefa exige dous predicados: o *dom da observação* e o *talento da redacção*, dos quaes o primeiro caracteriza a *prudencia* e o segundo a *arte* do legislador, e ambos caracterizam a PRATICA LEGISLATIVA.

Confeccionadas, promulgadas e publicadas as leis, resta applical-as aos casos particulares. O poder administrativo e o poder judiciario são os incumbidos dessa applicação. A PRATICA ADMINISTRATIVA suppõe, além da sciencia da administração, qualidades especiaes, predicados de *prudencia*, que se contém na

(1) IHERING, *Espírito do Direito Romano*, III, 51, *ibi*: « Eu distingo a *realisabilidade material* da *realisabilidade formal* do direito. A primeira consiste na *utilidade* ou *oportunidade* das disposições do fundo do direito. A segunda consiste na *facilidade* e *segurança* da applicação do direito abstracto ás *especies concretas* »

vulgar denominação—*tino administrativo*, e que consistem principalmente na *oportunidade e conveniência publica* dos actos. A tarefa dos juizes, serventuários e empregados da justiça, orgãos do ministerio publico, advogados e mais auxiliares do juizo,—eis o que constitue a PRATICA FORENSE, cujos preceitos consistem em assegurar e facilitar a applicação das leis aos factos particulares que envolverem relações de direito. A PRATICA FORENSE, tambem chamada JURISPRUDENCIA PRATICA, exercita-se no FÔRO.

VI. FÔRO é o lugar publico, onde as autoridades policiaes e judicarias, assim como os serventuários, empregados e auxiliares da justiça, exercem as suas funcções (1). A principio, antes da instituição dos tabelliães e officiaes publicos, sómente trabalhavam no *fôro* os magistrados. Creados os tabelliães e escrivães, attribuida a elles a qualidade de *officiaes publicos*, ficou logo entendido que exerceriam suas funcções em *lugares publicos*, que os Romanos denominavam *stationes*, os Portuguezes—*paços de tabelliães* (2) e *cartorios*, e que nós denominamos simplesmente *cartorios*. O lugar dos *cartorios* está, pois, contido na expressão—*fôro*; tanto assim é que, já nos Estatutos da Universidade de Coimbra, L. II, tit. VI, cap. III, n. 55, encontra-se a locução—*estyllo do fôro civil*, empregada em contraposição á locução *estyllo do fôro judicial*, aquella claramente destinada a significar o *estyllo* das *formulas* feitas nos *cartorios dos tabelliães*, isto é, das *formulas dos contractos e testamentos*. Aliás, mesmo na linguagem vulgar, são considerados *funcionarios forenses*, não só os juizes, como tambem os tabelliães, escrivães e os outros

(1) Sobre as accepções da palavra *fôro*, veja-se VICAT, *vocabularium*, verb. *Forum*. Sobre a etymologia, veja-se o cap. X do tit. *de verbor. signif.*, no L. V tit. 40 das Decretaes, extrahido do *Livro das Etymologias*, de S. ISIDORO.

(2) CANDIDO MENDES, Cod. Philip., not. á Ord. L. I. tit. 78, princ.

serventuários e empregados da justiça, de sorte que hoje se diz—*fôro extrajudicial*, o lugar em que funcionam os tabelliães de notas e officiaes de registros e protestos; *fôro judicial*, o lugar em que funcionam os juizes, escrivães e mais officiaes e empregados do juizo. Por extensão, se diz—*serviço forense*, não só o trabalho dos juizes em seus *auditorios e tribunaes*, o trabalho dos tabelliães, escrivães e mais officiaes em seus *cartorios*, o trabalho dos advogados e solicitadores em seus *escriptorios*, como tambem o trabalho de qualquer desses funcionarios em *audiencias e diligencias*, isto é, o trabalho fóra dos *auditorios, cartorios e escriptorios*, desde que seja destinado a assegurar ou facilitar a realisação do direito de alguém.

CAPITULO II

SUMMARIO.—Actividade jurídica e actividade forense.—
Causas da actividade forense: causa material, causa efficiente, causa formal, causa final.

I. O homem realisa o direito pela *actividade jurídica* e facilita ou assegura essa realisação pela *actividade forense*. Expliquemo-nos.

Quando, na vida social, surge qualquer relação de direito, apparece a simples actividade pessoal, isto é, a *actividade jurídica*; quando, porém, para prevenir ou para evitar a violação do direito, a actividade pessoal recorre ao testemunho solemne ou á decisão dos agentes do poder judiciario, apparece a *actividade forense*. D'ahi decorrem as seguintes consequencias:

1.º Que a *actividade jurídica* distingue-se da *actividade forense* como o genero distingue-se da especie;

2.^o Que a actividade pessoal, dando aos actos juridicos uma *fôrma intrinseca*, ou dando-lhes uma *fôrma extrinseca* não destinada a assegurar, provar ou publicar o direito,—é uma *actividade juridica no sentido restricto*; ao passo que a actividade pessoal, dando aos factos juridicos uma *fôrma extrinseca*, destinada a proval-os, ou a dar-lhes substancia, ou a publical-os para effeitos em relação a terceiros, ou a forçar legitimamente o seu cumprimento,—toma o caracter de *actividade forense*.

3.^o Que, finalmente, a *actividade forense* refere-se ás *fôrmas extrinsecas* praticadas por juizes, tabelliães, escrivães, officiaes de registros e protestos e mais officiaes publicos, testemunhas, arbitradores, avaliadores, peritos, advogados, solicitadores e mais auxiliares do juizo; mas, por extensão, refere-se tambem ás *fôrmas extrinsecas* praticadas exclusivamente pelas partes, quando estas destinarem taes *fôrmas* a provar os respectivos actos e *produzirem-n'as* em juizo.

II. Qualquer facto humano suppõe causas sufficientes de sua existencia: 1.^a a materia de que é feito; 2.^a o agente que o fez; 3.^a aquillo que o agente fez; 4.^a o fim para que fez. Isto é:

1.^o Um *principio passivo*, dotado de potencia-
lidade para receber uma determinação, o qual se denomina *materia* ou *causa material*;

2.^o Um *principio activo* productora, dotado da necessaria força moral e physica,—o qual se denomina *agente* ou *causa efficiente*;

3.^o Uma *determinação*, que se denomina *causa formal* ou *fôrma* e que póde ser *intrinseca* (*ut species*), ou *extrinseca* (*ut exemplar*).

4.^o Um *termo* para o qual se dirija a *actividade*, quer pela intenção do agente (*finis operantis*),

quer pelo destino do facto (*finis operis*), termo esse que se denomina *fim* ou *causa final*.

Essas quatro causas *movem-se no espaço* e no *tempo*. O facto humano está, pois, subordinado ás realidades contidas nas idéas de *materia*, *força*, *fôrma* e *fim*, assim como nas idéas de *movimento*, *espaço* e *tempo* (1).

Para aplicar estes principios aos *factos forenses*, devemos considerar o seguinte:

1.º Observados esses factos, já constituídos, verifica-se que as *causas eficiente e final* são *causas extrinsecas*, ao passo que as *causas material e formal* são *causas intrinsecas*; porque,

2.º A *materia* é a substancia em potencia, a *fôrma* é a substancia em acto, de sorte que, a *causa material* (ser determinavel) e a *causa formal* (ser determinante ou determinação)—constituem, por sua união, o ser do composto e coexistem *intrinsecas* no facto. As outras duas *causas*, a *efficiente* e a *final*, não consistem no facto e, por isso, são *extrinsecas*.

3.º A *materia*, conforme o modo de considerá-la, distingue-se em *materia prima* e *materia segunda*. Chama-se *materia prima*, quando é considerada como indifferente a receber esta ou aquella *fôrma*; chama-se *materia segunda*, quando é considerada já provida de *uma fôrma apta* para receber *outra fôrma*.

4.º A *fôrma* é uma determinação, ou para constituir o acto em sua especie, ou para dar ao acto uma configuração peculiar. A *fôrma* póde, pois, ser *intrinseca* (*ut species*), ou *extrinseca* (*ut exemplar*).

(1) Os praxistas são, em sua maioria, Escolasticos. Esta subordinação da *pratica* ás quatro causas da actividade humana se encontra muito especialmente definida em MORAES, *de execut.*, L. II, cap. XVIII, n. 25, em relação aos contractos: *Unde juxta has quatuor causas, sive fontes militatum, in quatuor sequentibus questionibus ad varias militates utiliter inseremus.*

Na *actividade forense*, o *facto* tem por *materia prima* um *acto* que póde ser *livre* ou *eventual*; mas, apparece revestido de uma *fôrma intrinseca*, isto é, já constituído em sua *especie juridica*, ad instar de *materia segunda*. Assim:

5.º No *fôro extrajudicial*, o *facto humano* já apparece ou como *estado civil*, ou como *contracto*, ou como *testamento*; no *fôro judicial*, o *facto humano* já apparece ou como *acção* ou como *acto processual*.

III. A *causa material da actividade forense* póde ser apreciada debaixo de tres aspectos, isto é, ou como *materia circa quam*, ou como *materia ex qua*, ou como *materia in qua* (1). Estes termos da Escola devem ser definidos.

Materia circa quam é o principio passivo a que se refere o *facto*: a palavra—*assumpto*—exprime a idéa contida nesta locução. *Materia ex qua* é o principio passivo de que se compõe o *facto*, isto é, a *especie* contida no *facto*: a expressão—*objecto*—significa esta idéa. *Materia in qua* é o principio passivo no qual se faz o *acto*, isto é, o conjuncto de elementos sensiveis em que se manifesta o *producto da actividade*: o substantivo—*materiaes*—exprime esta idéa e alguns a exprimem pela locução—*materia subjectiva* (2).

Applicando estas noções á *actividade forense*, diremos:

1.º Que a *materia circa quam da actividade forense* é o *direito*, pois a elle se refere sempre o

(1) HENRIQUE DE GAND, o *doctor sollemnis*, na sua *Summa questionum ordinarium*, foi quem melhor, entre os Escolasticos, investigou a *causa material*. Da sua doutrina se deduz essa triplíce classificação da *materia*.

(2) *Materia, vero, quedam sensibilis, quedam intelligibilis* (ARISTOT., Meth., XIV, text. 15). *Materia mere intelligibilis est quæ licet detur in rebus sensibilibus, tamen per intellectum abstrahitur ab accidentibus sensibilibus* (MAURO, comm.) Assim, é *materia intelligivel* da *actividade forense*: na *materia ex qua*, o *titulo do direito*; na *materia circa quam*, as *leis e a praxe*. Tudo mais é *materia sensivel*.

Vide CARNEIRO, *Diplomatica*, § 124 e seguintes.

acto praticado. Neste sentido, a *materia circa quam* pôde coincidir com a *causa final* e com a *causa efficiente instrumental*: coincide com a *causa final*, si considerarmos o *direito subjectivo*; coincide com a *causa efficiente instrumental*, si considerarmos o *direito objectivo*, isto é, as *leis* e a *praxe*.

2.^o Que a *materia ex qua* da *actividade forense* é o *facto juridico*, isto é, o *facto humano* já provido de sua *fôrma intrinseca* ou *especie juridica*: no *fôro extrajudicial*, o *facto* e o *titulo de direito*; no *fôro judicial*, as *acções* e os *actos processuaes*.

3.^o Que a *materia in qua* da *actividade forense* é a *palavra*, fallada ou escripta. Comquanto o *acto juridico* possa ser manifestado por quaesquer representações sensiveis ou signaes, quer naturaes quer artificiaes; comquanto *gestos*, *symbolos* ou *palavras*—possam traduzir a *fôrma intrinseca em fôrma extrinseca*, a verdade é que, no estado actual da *pratica forense*, sómente a *palavra* (1) é adoptada para manifestar os *actos juridicos*, quer no *fôro extrajudicial*, quer no *fôro judicial*. Depois do desenvolvimento da arte de escrever, veio a *palavra escripta* servir, não para substituir mas para representar a *palavra fallada*. Antigamente, os *actos forenses* deveriam ser sempre concluidos oralmente (2); e, mesmo agora, nas *formulas* do *fôro moderno*, con-

(1) A *symbolica* do *direito* cedeu lugar á *diplomatica* e á *paleographia*, diz SAVIGNY. Os Romanos, que a principio declaravam sua vontade *juridica* por *symbolos*, *gestos*, *signaes* e *palavras*, como faziam na *mancipatio*, na *in jure cessio*, na *stipulatio*, chegaram, atravessando as *phases* do *progresso plastico*, a declarar-a só por *palavras* que deveriam ser sacramentalmente pronunciadas. Este rigor, na *recitação oral das formulas*, diz DUPIN, tornava verdadeiro o dito—*Qui cadit á syllaba cadit a toto*; e só nos annos de 348 e 428, por determinações dos Imperadores Constancio, Theodosio e Valentiniano, foi isto abolido, como se pôde ver do *Cod. L.*, II tit. 58, *ibi*: —*Juris formulæ, aucupatione syllabarum insidiantes, cunctorum radicibus amputentur*.

(2) IHERING, obr. cit., III, 175, 191 e 286. No *systema das legis actiones* a *fôrma* era toda *fallada* e a *parte* era quem a pronunciava: no *sys-*

servam-se expressões que significam *previa conclusão oral* (1), da qual, aliás, muitos actos ainda dependem sob pena de nullidade (2).

tema do *processo formulario* é que a fôrma tornou-se *escripta* e o Pretor era quem a redigia.

(1) TEIXEIRA DE FREITAS, *Introd. ao Formulario do tabellionato*, pag. XXIV. *Dixerunt*, era a affirmação do lictor no processo das *questiones perpetuae*; — *dicit*, era a palavra dos *scribae* em cumprimento do canon *Quoniam contra*, das *Decretales*; — *diz, disse, foi dito*, ainda são locuções hoje empregadas por advogados, por tabelliães e por escrivães.

(2) A lingua portugueza começou a ser empregada em *instrumentos publicos* nos reinados de D. Affonso III (1250—1279) e de D. Diniz (1279—1325). Alguns historiadores affirmam que foi D. Diniz quem, depois de mandar traduzir o *Codigo das Sete Partidas* e muitas leis que se compilaram, depois de crear a Universidade de Lisboa, ordenou que os documentos publicos, que antes eram escriptos em latim, passassem a ser escriptos em lingua portugueza (CARNEIRO, *Diplomatica*, § 207) E' um portuguez, diz a citada obra, «vertido á letra do antigo formulario latino, formulario que, apezar de se ter ido gradualmente mudando para o gosto particular do nosso idioma, ainda em grande parte tem chegado até nós». Realmente, as chamadas *formalidades tabellidas*, actualmente usadas, nada mais são do que traducções das que eram usadas nas formulas de MARCULFO e em outras annexadas por CANCIANI ao *Breviarium* de Alarico. A formalidade — *Saibam quantos este publico instrumento virem* é a traducção do *Notum sit omnibus hoc publicum instrumentum visuris*, que, com poucas variantes, taes como: — *Notum sit omnibus tam presentibus quam superuenturis*, — *Notum sit omnibus presentibus atque futuris*, etc., se encontra nas *formule alsaticæ*, nas *formulas* de MARCULFO, de GOLDAST, de MABILLOX e outros. A formalidade da subscripção, actualmente usada, é quasi traducção do *Ego, Marculfus, indignus monachus, rogatus, scripsi et subscripsi*, e de outras semelhantes.

No fôro judicial, as petições, contestações, *replicas*, *treplicas*, respostas e decisões eram reproduzidas pelos escrivães desde o seculo XI, segundo a determinação do cap. *Quoniam contra*, das *Decretales*. Só nos reinados de D. Affonso IV (1325—1357) e de D. Pedro I (1357—1367) é que, para os cargos da magistratura de certa importancia, se começou a exigir que fossem nomeados os *letrados e entendidos* (CANDIDO MENDES, *Cod. Philipp.*, *Introd.*, XIX). Os juizes letrados davam as suas decisões em vulgar; mas, os votos ou *tenções* dos desembargadores eram escriptos em latim, *estyllo* que só foi abolido no seculo actual, pela lei de 17 de Maio de 1821. Os juizes ordinarios, até meiado do seculo XVII, ainda podiam ser *analphabetos*; pois, foi D. João IV quem, por uma Lei de 13 de Novembro de 1642 (inserta na *Pratica Criminal*, de FERREIRA, tom. III, cap. VIII, pag. 51) ordenou que não fossem feitos nem eleitos juizes que não soubessem ler e escrever.

O processo começou a ser regularmente reduzido a escripto, por influencia do Direito Canonico, depois do cap. *Quoniam contra*, das *Decretales*, L. II, tit. XIX, de *probationibus*. O canon de Innocencio III e de 1216, é 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 pro-*

IV. A *causa efficiente* é *principal* ou *instrumental*: assim, o artista é a *causa efficiente principal* do artefacto; os organs do seu movimento e os utensilios de que se elle serve, são a *causa efficiente instrumental*. A *causa efficiente instrumental*, na *actividade forense*, como em muitas outras manifestações da actividade humana, coincide com materia, *circa quam*, isto é, com as *leis* e a *praxe*, pois as *leis* e a *praxe* são os instrumentos ou utensilios do jurista. Trate-mos, pois, da *causa efficiente principal*.

Em um sentido todo peculiar á theoria do direito e do processo, os agentes que constituem a *causa efficiente principal* da *actividade forense* dividem-se em *agentes principaes* e *agentes auxiliares*. Assim, as *partes* são, nos actos do fôro extrajudicial, os *agentes principaes*; e no fôro judicial, os *agentes principaes* são as *partes* e o *juiz*.

batio: ne falsitas veritati præjudicet aut iniquitas prævaleat æquitati: Statuimus, ut tam in ordinario judicio, quam extraordinario, judex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universi acta judicii conscribant: videlicet citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renunciaciones, conclusiones, et cœtera, quæ occurrerint, competenti ordine conscribenda, loca designando, tempora et personas. Et omnia sic conscripta partibus tribuantur, ita quod originalia penes scriptores remaneant: ut, si super processu judicis fuerit solertu contentio, per hoc possit veritas declarari: quatenus hoc adhibito moderamine, sic honestis et discretis deferatur judicibus, quod per improvidos et iniquos innocentium justitia non ledatur: judex, autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare, si propter ejus negligentiam quid difficultatis emergerit, per superiorem judicem animadversione debita castigetur, nec pro ipsius presumat processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis.

Nas Ord. Affonsinas (1447), Manoelinas (1521), Sebastianicas (1569) e Philippinas (1604), faltam *formulas* e *formularios*, mas não faltam indicações de *cautelas* para a redacção de contractos, testamentos e actos processuaes. As primeiras noticias, entre os portuguezes, de *notarios* com o nome de *tabelliães*, são do reinado de D. Affonso II (1212—1223); e o mais antigo regimento de *tabelliães* é o de D. Diniz, de 12 de Janeiro de 1305, que vem inserto no *Livro das Leis e Posturas antigas*. Nesse regimento de D. Diniz já se impunha aos *tabelliães* que escrevessem as suas notas em *livro de papel*, segundo se pôde ver no *Elucidario*, de VITERBO, verb. *papel*.

Mas, na *pratica forense*, isto é, em relação ao *facto forense*, esta distincção não prevalece: por exemplo, o *agente principal* e até *unico* do *termo da autoação*—é o *escrivão*; os *agentes principaes* do depoimento de uma testemunha, no processo civil, são a *testemunha* que depõe, as *partes* ou seus *procuradores* que a perguntam ou reperguntam ou contestam, o *escrivão* que reproduz por escripto as perguntas e reperguntas e respostas, e o juiz que assiste e dirige, pois todos esses *agentes* são imprescindiveis para a inquirição. Constituem, portanto, *causa eficiente principal da actividade forense* não só as *partes*, seus *representantes* ou *assistentes*, e os *juizes*, mas também os *tabelliães*, os *escrivães*, os mais *officiaes publicos*, *serventuarios* e *empregados da justiça*, os *orgams do ministerio publico*, os *advogados* e *solicitadores* e os mais auxiliares da justiça, como os *arbitradores*, *avaliadores*, *peritos* e *testemunhas*.

Ora, em primeiro lugar, o *movimento* para o acto forense depende da *força motriz*, isto é, da aptidão e efficacia da *causa eficiente principal*: d'ahi a necessidade de acautelar a identidade, a capacidade, a legitimidade e as condições de exercicio desses agentes. Em segundo lugar, os *orgams do movimento* funcionam no *espaço* e no *tempo*: d'ahi a necessidade de acautelar esse *movimento* no *espaço* e no *tempo*. Em terceiro lugar, o acto forense póde ser praticado por um ou por muitos agentes: d'ahi a necessidade de acautelar o *concurso* desses diversos agentes.

V. Quer reproduzindo *palavras falladas*, quer limitando-se á exposição fiel da intenção dos agentes, não se considera como *causa formal da actividade forense* senão a *fôrma litteral*; e por ser essa *fôrma* destinada a *instruir* os juizes no processo, veiu ella a tomar, na technica, o nome de *instrumentos* ou do-

cumentos (1). Quando a *fôrma litteral* é confeccionada para exemplificar ou modelar os actos forenses, toma a denominação de—*fôrmula forense*.

Os requisitos ou *cautelas* da *fôrma forense* denominam-se—*formalidades* (2). Estas dividem-se em *solemnes* e *não solemnes*: as primeiras, especialmente chamada—*solemnidades*, são determinadas não só pela necessidade de exprimir a intenção dos agentes, como por motivos de ordem publica; as segundas são determinadas apenas pela necessidade de exprimir a intenção dos agentes.

Entre as *formalidades solemnes*, umas são *substanciaes*, outras são *instrumentarias*, outras são *accidentaes*: são *formalidades substanciaes* aquellas que a lei prescreve sob pena de nullidade quer da *fôrma extrinseca*, quer da *fôrma intrinseca*, isto é, sob pena de nullidade do *instrumento* e do *acto*;—são *instrumentarias* aquellas que a lei prescreve sob pena de nullidade simplesmente da *fôrma extrinseca*, isto é, do *instrumento*;—são *accidentaes* aquellas que podem ser omittidas sem nullidade quer do *acto*, quer do *instrumento*. As *formalidades não solemnes* consistem em *clausulas* que os respectivos agentes livremente escolhem e empregam para melhor exprimir a sua intenção, de accordo com as variadas circumstancias dos factos e com as differentes dispo-

(1) Não devemos confundir essa *fôrma instrumental* dos factos jurídicos com a *causa efficiente instrumental* da *actividade forense*. O termo—*instrumento*—tem uma dupla significação: uma significação propria, relativa á *causa efficiente* e uma significação analogica, relativa á *causa final*. No primeiro sentido, o *instrumento* opéra não por sua propria virtude, mas pela virtude do agente principal; no segundo sentido, o *instrumento* opéra por sua propria virtude em razão de sua fôrma particular. Neste sentido analogico é que as *fôrmas forenses*, por assegurarem a *prova dos factos* e facilitarem o *diagnostico juridico*, são chamadas—*instrumentos* (HERING, obr. cit., III, 185).

(2) FRANCISCO MAYRONIS, o *doctor illuminatus*, esgotou o assumpto da *causa formal*, na sua obra—*De doctrina formalitatum*. Deve, porém, como todos os outros, ser lido com a correção do *doctor angelicus*. «*Formalidades*, diziam os Escolasticos, são as actualidades da substancia».

sições de direito: nesta ordem de *formalidades*, algumas ha que, por serem connexas com a intenção declarada, reputam-se escriptas, ainda que tenham sido omittidas, e por isso se denominam—*clausulas consuetudinarias* ou *subentendidas*;—outras ha que, comquanto á primeira vista pareça possível subentendel-as, devem ser expressamente consignadas, e, por isso, se denominam—*clausulas insolitas*.

As *fôrmas forenses* podem ser classificadas ou em relação á *causa efficiente*, ou em relação á *derivação*, ou em relação ao *fôro*, ou em relação á *formula*.

Em relação á *causa efficiente*, dividem-se as *fôrmas forenses* em *instrumentos publicos* e *instrumentos particulares*:—*instrumento publico* é o lavrado por funcionario publico competente, no exercicio regular de suas funcções e com as formalidades legaes;—*instrumento particular* é o escripto e assignado, ou sómente escripto, ou sómente assignado por particulares ou por funcionarios sem fé publica (1).

(1) O *instrumento publico* prova não só *id quod conventum est* mas também *id quod actum est*, comtanto que o official publico possa certificar *id quod actum est*, por ter adquirido a certeza *propriis sensibus visis et auditûs*. O *instrumento particular*, porém, prova sómente *id quod conventum est*.

Em Direito Romano, a expressão—*instrumento*—era tomada na maior amplitude, como significando todos os meios de prova:—*Instrumentum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest* (Dig. L. XXII tit. IV. *de fide instrumentorum*); todavia, em um sentido restricto, *instrumentum* passou depois a designar mais especialmente os escriptos para guardar a lembrança do acto: *scripta, scriptura, tabula, codex, cerea, membrana, charta, chirographum, syngraphum, opocho, antapocho, cautio, schedula*. Estes elementos de prova não devem ser confundidos com as formalidades que intervinham para solemnizar o acto: os *testemunhos* e os *instrumentos escriptos* eram *ad probationem*; as *palavras sacramentaes*, os *symbolos*, *gestos* e *signaes* do antigo direito—eram *ad solemnitatem*.

Entre os Romanos, os *tabelliones*, encarregados de redigir os contractos e os testamentos, não eram officiaes publicos e não podiam conferir caracter authentico algum a esses documentos que elles redigiam. A guarda ou deposito dos actos em suas mãos offerecia menos segurança do que nos cartórios dos *judices* ou magistrados municipaes, por isso que estes apresentavam a dupla vantagem da *authenticidade* e da *conservação* nos seus registros e archivos (SERRIGNY, Droit. Administrat. Romain, § 190 e 218).

Sob o ponto de vista da *derivação*, distinguem-se os *instrumentos originaes* e os *instrumentos extrahidos*: *instrumento original* é aquelle que foi lavrado ou escripto sobre o *acto* ou *facto juridico*;—*instrumento extrahido* é aquelle que se refere ou reporta ao *original*, ou por ser deste copiado palavra por palavra, ou por ser uma narração ou descripção resumida do seu conteúdo.

Em relação ao *fôro*, os *instrumentos* são *extrajudiciaes* ou *judiciaes*:—*instrumentos extrajudiciaes* são quaesquer *instrumentos publicos* ou *particulares*, *originaes* ou *extrahidos*, emquanto não produzidos em juizo;—*instrumentos judiciaes* são os lavrados pelos *escrivães* para *actos processuaes*, assim como quaesquer outros *instrumentos*, *publicos* ou *particulares*, *originaes* ou *extrahidos*, logo que sejam produzidos em juizo.

Em relação á *formula*, distinguiremos as *formulas legaes*, as *formulas simplesmente officiaes* e as *formulas usuaes* ou *do estylo*:—*formulas legaes* são aquellas que estão modeladas pela propria lei; *formulas simplesmente officiaes* são aquellas que o Governo, em regulamentos, instrucções e avisos, manda observar (1), *formulas usuaes* são aquellas que os usos e estylos do *fôro* têm estabelecido, independentemente de leis, regulamentos, instrucções ou avisos que as tenham recommendado.

VI. O *acto forense*, como qualquer outro acto humano, tem um fim para o qual se dirige, quer pela intenção do motor (*finis operantis*), quer pelo resultado do movimento (*finis operis*). Este *fim* ou *causa final*, que é a ultima cousa sob o ponto de

(1) Quando o Governo recommenda algum *formulario*, toma elle a denominação de *formulario official*. Entre nós, o unico formulario official foi o recommendado para o *fôro criminal* pelo Aviso—circular de 27 de Março de 1854, revisto, depois do Decr. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, pelo conselheiro SILVA MAFRA.

vista da execução, é a primeira sob o ponto de vista da intenção. Realmente, sem um *fim* o agente voluntario não se moveria; e porque esse *fim* move a *causa efficiente*, toma tambem a denominação de *motivo*.

Ora, o *agente forense* tem por *fim* facilitar e assegurar a realisação do direito (*finis operantis*); mas, a operação forense, da qual resulta o *acto formalisado*, tem por *fim* (*finis operis*):

1.º A prova, o julgamento da intenção das partes e a execução do julgado;

2.º Dar *substancia* a alguns factos juridicos, para os quaes, ou por disposição da lei ou por disposições das *partes*, fôr exclusivamente adoptada *uma determinada fórma*;

3.º Dar aos factos juridicos effectos em relação a terceiros que nelles não tenham intervindo.

Para bem explicar esta triplice *finalidade* da obra forense, faremos as considerações seguintes:

1.^a Os factos forenses são sempre destinados a provar judicialmente os actos e factos juridicos: os do *fôro extrajudicial* são destinados a provar estes actos e factos, si fôr violado ou posto em duvida o direito que a elles se applica;—os do *fôro judicial* são destinados a provar as affirmações das *partes*, seus *representantes* ou *assistentes*, *testemunhas* e mais auxiliares do juizo, assim como as decisões dos *juizes* e os actos dos proprios *escrivões*.

2.^a Rigorosamente fallando, a *fôrma substancial* é sempre uma *fôrma intrinseca* (1), ao envez da *fôrma accidental*, que pôde ser *intrinseca* ou *extrinseca*, visto que as modificações accrescentadas á *substancia* podem ser *intrinsecas* ou *extrinsecas*. Mas,

(1) O principio—*Fôrma dat esse rei*—não significa que a *fôrma* seja a mesma cousa que a *causa efficiente*, mas sim que a *fôrma dá o ser essencial e especifico á materia e a actualisa* (CORNOLDI, Phil. Escol., pag. 201).

estas noções abstractas não são, na technica juridica, sempre empregadas na sua rigorosa significação :— a lei, algumas vezes, por necessidades de ordem pratica ou por motivos de ordem publica, empresta a uma fôrma accidental a virtude de completar a substancia de certos actos ; e então, por analogia, essa *forma accidental* toma o character de *fôrma substancial*. E' assim que, por exemplo, a *escriptura publica*, simples *fôrma extrinseca* para contractos e testamentos, é da *substancia* dos contractos : *a*) Nas doações que se tiverem de insinuar (Ord. L. IV, tit. 19 princ.);—*b*) Nos aforamentos ecclesiasticos (Ord. cit);—*c*) Nos esponsaes (Lei de 6 de Outubro de 1784, § 1.º);—*d*) Na compra e venda de bens de raiz, cujo preço passe de duzentos mil réis (Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855, art. 11);—*e*) Nas hypothecas convencionaes (Decretos ns. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 9.º § 4.º, e n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 130);—*f*) Quando as partes ficaram em fazel-a no contracto ajustado (Ord. L. IV, tit. 19 § 1.º). Outro exemplo:—a *confissão judicial*, para ser como tal reconhecida, deve ser reduzida a termo (Ord. L. I, tit. 24, §§ 19 e 20).

3.^a *Res inter alios acta aliis non nocet*, é maxima juridica : eis a razão pela qual, em relação a terceiros, os factos juridicos dependem de certas formalidades, destinadas ou a declarar de um modo solemne a vontade das partes, ou a publical-as, ou a verificar a data em que principiam seus effectos. No primeiro caso estão incluídos, por exemplo, a insinuação das doações de bens moveis ou immoveis, que excederem de trezentos e sessenta mil réis sendo feitas por varão e de cento e oitenta mil réis sendo feitas por mulheres (Ord. L. IV, tit. 62 e Alvará de 16 de Setembro de 1814), e os outros casos de homologação judicial. No segundo caso es-

tão os *registros*, taes como a transcripção de transmissões de immoveis e onus reaes, inscripção de hypothecas e outros. No terceiro caso, está o *reconhecimento das firmas, o registro de documentos em livros de notas, etc.*

Quanto ao fim do agente (*finis operantis*), que consiste em facilitar e assegurar a realisação do direito, deve o agente forense acautelar-se contra as nullidades dos registros, contractos, testamentos, processos e sentenças, assim como ter em vista os recursos e seus effeitos; póde, outrosim, usar das necessarias *contra-cautelae* para excluir as *cautelae cavillosas* dos adversarios, de sorte a conseguir, afinal, o julgamento sem injustiça e a sancção do julgado. *Qui habet jus in causa*, diz MENDES A CASTRO (Pratica Lusitana, L. I), *potest malitias et cavillationes adversarii per alias repellere, nec id faciens videtur fraudem facere, sed potius excludere* (1).

CAPITULO III

SUMMARIO.—Jurisprudencia pratica: jurisprudencia eurenatica, jurisprudencia formularia.—O ensino da *Pratica Forense*.—A *Pratica Forense* e a *Praxe Forense*.—Relações entre a *Pratica Forense* e os diversos ramos das sciencias juridicas e sociaes.

I. A *jurisprudencia pratica* distingue-se da *jurisprudencia theorica* no seguinte: 1.º A *jurisprudencia theorica* estabelece os principios geraes, observa as relações sociaes, demonstra as regras, commenta

(1) Os praxistas accursianos e bartolinos levaram o ensino das *cautelae* a tal ponto, que pretenderam definir todas as *contra-cautelae* destinadas a repellir as *cautelae cavillosas* dos adversarios. (MENDES A CASTRO, *Prat. Lusit.*, L. I *in fine*) traz um summario interessante de algumas *cautelae* e *contra-cautelae* correspondentes, indicando logares de ACCURSIO, BARTOLO, COVARRUVIAS, TIRAQUELLUS, BALDUS, e outros, onde se acham previstas. Por melhores que pudessem ter sido as intenções desses juristas, a verdade é que os advogados e juizes ignorantes abusaram dessa enume-

e interpreta as leis; a *jurisprudencia pratica* ou observa os casos julgados e factos passados, ou acautela-se sobre o *modo de fazer e a forma em que devem ser feitos os actos futuros*. 2.^o A *jurisprudencia theorica* fornece a *especie* ou *forma intrinseca* do acto e as leis respectivas; a *jurisprudencia pratica*, aproveitando o acto assim determinado por sua *forma intrinseca* e as leis respectivas, acautela-se com a experiencia dos casos julgados e com a attenção ao caso presente e suas circumstancias identicas ou analogas, para dar-lhe a conveniente *forma extrinseca*. 3.^o A *jurisprudencia theorica* abrange a *sciencia* e a *legislação*; a *jurisprudencia pratica* abrange as *cautelas* e as *formulas* para os casos presentes e futuros, aproveitando-se não só dos subsidios da *jurisprudencia theorica* como tambem da experiencia dos *costumes, usos, estylos* e *arestos*, que constituem a *praxe* (1).

ração de *cautelas* e *contra-cautelas*, transformaram a argumentação forense em uma gymnastica de chicanas, confundiram, em summa, a *prudencia*, que é uma virtude, com a *astucia*, que é um vicio. A proposito dessa decadencia, diz ROCHA PENIZ, na introdução da *Pratica Formularia*, o seguinte: «Finalizou a reputação da Escóla Bartolina em JASON MAGNO, ultimo jurisconsulto, que a conservou até 1519. Seus successores, destituídos inteiramente dos estudos, que distinguiram as escólas precedentes, formaram do limo Bartolino a pedantesca balbucienca dos Rabulas».

(1) CORRÊA TELLES, Commentario critico á Lei da Boa Razão, ns. 21, e 197 a 205. Ahi se acha exposta a differença entre os *costumes, usos* e *estylos*. DUPIN, *De la jurisprudence des arrêts*, forma regras sobre a citação dos arestos, regras que estão compiladas no Auxiliar Juridico, de CANDIDO MENDES, pags. 514 e 515, com algumas interessantes notas. Nesta mesma obra ha uma guia para consulta dos Praxistas portuguezes, desde os denominados reinicolas até PEREIRA E SOUZA. Na *Philosophia do Processo*, de BORDEAUX, cap. VII, determina-se a influencia dos praxistas sobre o progresso e as vicissitudes das fórmas processuaes, desde a *Ordo judiciorum* dos glosadores até a *Pratica judiciaria* de IMBERT, que CEJACIO julgava ser o melhor livro para as minucias do serviço forense, *quo ad trituras forensem nullus melior*. Em STRIKIO, *Usus modern Pandectarum*, III, ad L. XXII tit. IV, de *fide instrum.*, está exposto todo o desenvolvimento da *forma escripta*, *cautelas* e *regras* para os instrumentos avulsos, para os *protocollos* e outros livros, etc. Si pudermos, mais tarde, tratar da *parte especial* deste nosso estudo, mostraremos quanto são copiosas essas fontes.

II. Do que acaba de ser exposto decorre a divisão da *jurisprudencia pratica* em dous ramos: a *jurisprudencia cautelar* (tecnicamente chamada — *jurisprudencia eurematica*), e a *jurisprudencia formularia*.

Para fixar as noções, convem tornar saliente a differença entre a parte da *jurisprudencia pratica*, que se chama *jurisprudencia eurematica*, e a *jurisprudencia theorica*:—tanto esta como aquella consideram os elementos dos actos juridicos; mas, a *jurisprudencia theorica* considera estes elementos quanto á *essencia* e póde criticar a *existencia* delles em actos já exercidos e julgados, ao passo que a *jurisprudencia eurematica* considera estes elementos para dar-lhes *existencia* em actos a exercer. Por isso, dizem os praxistas que a *jurisprudencia theorica* trata dos elementos dos actos juridicos como de actos de preterito, ao passo que a *jurisprudencia eurematica* trata desses elementos para actos de futuro. A *jurisprudencia theorica* fornece os principios a as leis; a *jurisprudencia eurematica* fornece as *cautel*as ou *euremas* destinadas a manter a regularidade e evitar a nullidade de um determinado facto juridico ou de uma determinada especie de factos juridicos, quer em relação á sua causa material, quer em relação á sua causa efficiente, quer em relação á sua causa formal, quer em relação á sua causa final.

As *cautel*as dividem-se em *cautel*as *necessarias*, *cautel*as *abundantes* e *cautel*as *legaes*. *Cautel*as *necessarias* são aquellas que promovem o commodo e evitam o damno; *cautel*as *abundantes* são aquellas que, comquanto dispensaveis, não deixam de contribuir para maior clareza do direito; *cautel*as *legaes* são as expressamente recommendadas pela lei, e entre estas ha algumas que, por serem recommen-

dadas com *decreto irritante*, isto é, sob pena de nullidade, costumam a ser denominadas—*cautelas de rigor*.

A *jurisprudencia eurematica* divide-se em *eurematica geral* e *eurematica especial*. A *eurematica geral* trata das cautelas relativas a todos os actos e factos juridicos; a *eurematica especial* trata das cautelas relativas a uma certa e determinada especie de actos ou factos juridicos, a um certo e determinado *titulo de direito*. Neste ultimo sentido se diz, por exemplo, a *eurematica da compra e venda*, a *eurematica da hypotheca*, a *eurematica do processo criminal*, a *eurematica da assignação de dez dias*, etc.

III. A parte eminentemente artistica da *Pratica forense* é a *jurisprudencia formularia*. Consiste ella na confecção da *fôrma litteral* dos factos juridicos, isto é, das *formulas forenses*. O complexo das *formulas forenses*, para serem applicadas *mutatis mutandis* a cada caso particular, denomina-se—*formulario forense*.

Os mais celebres jurisconsultos organisaram *formularios*. MARCULFO, IRNERIO, ACCURSIO e outros são famosos por obras dessa natureza. Referindo-se ao rigor formalista dos romanos, o grande IHERING, depois de compensar as vantagens e as desvantagens deste formalismo, reconhece que as *formulas das acções*—«forçavam o juiz a ser claro e, por outro lado, lhe impunham mechanicamente a imparcialidade». E si no regimen das *legis actiones*, essas *formulas* eram obra dos ministros dos deuses, dos *pontifices*, ha um facto que, comquanto sob um outro aspecto, se apresenta em todas as epochas posteriores, quer no regimen do *processo formulario*, quer no regimen do *processo extraordinario*, quer no regimen da completa abolição das *formulas* pelos imperadores Constancio e Valentiniano, quer no re-

gimen das *Leges Barbarorum* (1): «as formulas, ou se encontrem no *Fus Flavianum*, ou no *Fus Aelianum*, ou no *Album Proëtoris*, ou nas collecções de MARCULFO, BALUZE, MABILLON, GOLDAST e outros— « são a obra da jurisprudencia, um producto artistico do espirito juridico ».

Entre os portuguezes, compuzeram e collecionaram *formulas* CAMINHA, MENDES DE CASTRO, VANGUERVE, GOMES, CORREA TELLES, MENEZES, e muitos outros; entre os brazileiros, notaremos VASCONCELLOS, PIMENTA BUENO (depois marquez de S. Vicente), CORDEIRO, COROATÁ, SOUZA PINTO, FERRÃO, TEIXEIRA DE FREITAS, MACHADO, etc.

Não abandonemos, pois, os *formularios*: ahi teremos uma obra a imitar, um exemplo a seguir, um modelo a aproveitar.

IV. Vamos agora mostrar em que consiste e como póde ser feito o ensino da *jurisprudencia pratica*.

A *prudencia* e a *arte* são, como já dissemos, as duas virtualidades do *intellecto pratico*; e por ser a *prudencia* não sómente uma *virtude moral* mas tambem uma *virtualidade intellectual*, recebe do *ensino* a sua formação e da *experencia* o seu desenvolvimento. O acto da *prudencia* não é, como o das outras virtudes moraes, isto é como, os da *justiça*, *fortaleza* e *temperança*, um acto mais appetitivo do que cognitivo; o acto da *prudencia* é mais cognitivo do appetitivo, por isso que a funcção propria d'esta

(1) Vejam-se as formulas compiladas por CINCIANI, na sua collecção das *Leges Barbarorum*, vols. II e III. Alli se encontram as formulas de MABILLON, de MARCULFO, de SIMOND, de GOLDAST, de BALUZE, de LIDENBROG e outras. As formulas de MABILLON, escriptas no seculo VI, foram achadas em seguida ao *Breviarium* de Alarico, em manuscrito; as de MARCULFO foram escriptas no seculo VII; as outras collecções estão annexas a codigos dos povos invasores, lavradas quasi sempre por monges e outros clerigos e escriptas em latim. Nas leis lombardas são frequentes as *formulas* intercaladas no texto.

virtude está na descoberta dos meios adequados ao fim intentado, isto é, do *modo* mais exacto e seguro de proceder á operação.

O *modo* consiste na delimitação dos principios *materiaes* e *efficientes*, productores de um factó; e esta delimitação, que póde variar segundo as circumstancias, será sempre mais acertada quando, além da disposição natural, o homem tiver sido esclarecido por outros. Este esclarecimento constitue o ensino das *cautelas*.

Esclarecido o *modo de fazer*, resta determinar a *fôrma em que deve ser feito* o acto forense; apparecem, então, os regras da *arte* prefixando os modelos, os exemplares, as *formulas*, para serem applicadas, *mutatis mutandis*, aos casos analogos.

D'ahi a divisão da doutrina da *practica forense* em *doutrina eurementica* e *doutrina formularia*.

V. A cadeira de *Practica Forense* figurava no projecto de Estatutos das Faculdades de Direito do Brazil, organizado pelo Visconde da Cachoeira, e cuja integra vem annexa á Lei de 11 de Agosto de 1827. Esta Lei, porém, uniu essa disciplina, na segunda cadeira do quinto anno, á Theoria do Processo; e assim permaneceu até o Decreto n. 1232 F de 2 de Janeiro de 1891, o qual, reformando as instituições do ensino juridico, creou a quarta cadeira da quarta serie do Curso de Sciencias Juridicas, especialmente para a instituição da *practica forense*.

Os Estatutos da Universidade de Coimbra, que até certo ponto serviram de molde ao projecto do Visconde da Cachoeira, assim dispunham no Livro II, tit. VI, cap. III, ns. 51 e seguintes:

« 51. Em todos os titulos da compilação philippina e do compendio que se deve formar pela ordem della, ensinará o Professor não só o *uso que tem o direito que nellas se inclúe*, mas tambem o MELHOR

MODO *de usar delle* e de *exercital-o* NA PRÁTICA. Com este fim dará a conhecer aos ouvintes as *cautelas* e as *formulas* com que se devem *expedir* e *celebrar* os negocios que fizerem os objectos da jurisprudencia delles.

« 52. Apontará, pois, as *cautelas* justas, uteis e ainda as necessarias, para que, na *celebração dos contractos* e *testamentos*, se acautelem as fraudes, os dolos e as machinações da astucia e da má fé dos contrahentes e interessados. E a tudo isto se ocorrerá providamente: prevenindo-se as demandas que se podem mover para se illudir a boa fé e a justa intenção dos contrahentes e testadores; para que, no caso de se chegarem a mover as ditas demandas, se possam acabar mais depressa na fórma das leis e se não tornem depois a excitar.

« 53. O que o Professor fará, ou os negocios, de que nos respectivos titulos se tratar, pertençam á jurisdicção contenciosa ou á voluntaria; porque, em todos é muito conveniente a *noticia das ditas cautelas* para se evitarem algumas nullidades. Concluirá, finalmente, dando a conhecer aos ouvintes que a maior parte da *jurisprudencia eurematica* consiste no bom conhecimento da natureza dos negocios que se celebram e de todos os requisitos e circumstancias delles.

« 54. A' util e interessante instrucção da *jurisprudencia eurematica* ajuntará o Professor a da *jurisprudencia formularia*, não menos necessaria no uso e na pratica do direito. Ensinará, pois, e explicará aos ouvintes as *formulas* de que devem usar na expedição dos negocios que deram materia á jurisprudencia do titulo que explicar; o justo valor das mesmas *formulas*; e a necessidade que ha, ainda no tempo presente, de conhecel-as.

* 55. Porque, ainda que as *formulas*, de que hoje se usa, não sejam aquellas *formulas solemnes, perpetuas e inalteraveis*, de que usou a escrupulosa superstição dos antigos Romanos, nas quaes bastava a mudança ou a alteração de uma syllaba para fazer o acto nullo; ainda que, pelo contrario, as *formulas*, de que ao presente se faz uso, admittem todas as mudanças e alterações de palavras, que requerer a variedade das circumstancias e até a maior perfeição e pureza do estylo; e ainda tambem que, consequentemente, a respeito dellas se deva reprovar a tenaz adhesão e adstricção que, a cada *clausula* e ainda *palavra* della, têm os tabelliães e advogados ignorantes, por não as entenderem, nem perceberem bem a força e a propriedade dellas; comtudo, sempre a *noticia das formulas* é muito conveniente e aproveitará muito aos ouvintes:—1.º Porque como nellas se acha substanciada a natureza do negocio e de todos os requisitos delle, por ellas se consegue o conhecimento necessario da materia com maior facilidade e promptidão; 2.º Porque o *exame das formulas* contribue para que mais se apure o juizo na comprehensão da jurisprudencia dos negocios; 3.º Porque, por meio das *formulas*, se aprende o estylo do fôro civil e judicial; 4.º Porque a *noticia das formulas* facilita a expedição dos negocios, allivia muito a memoria, faz cessar a duvida, que sempre ha, quando se celebram os negocios, e o receio, que depois delles celebrados pôde ficar, de que por falta de lembrança se omittisse nelles alguma declaração, circumstancia ou clausula util e necessaria.»

Segundo o plano destes Estatutos, os mesmos professores das cadeiras de Direito Civil Patrio deveriam ensinar as *cautelae* e as *formulas* em relação á materia de cada titulo das Ordenações; en-

tretanto, na execução, foi creada uma cadeira especial sob a denominação de—*Pratica Formularia*, cujo primeiro professor foi o doutor José Ignacio da Rocha Peniz, que escreveu um compendio. A *arte de applicar as leis aos factos* foi considerada como *disciplina especial* e distincta dessas *cautelas e formulas*, para ser ensinada com a *arte da interpretação das leis*, como se poderá ver do cap. VIII do cit. tit. VI do Livro II desses Estatutos :

« 1. Formado que seja o interprete por meio das regras, prenoções e subsidios da *Hermeneutica Juridica* e do exercicio e da pratica delles, proseguirá o Professor as suas lições com a doutrina da *applicação das leis aos factos e casos occurrentes no fôro*.

« 2. Sobre a *applicação das leis aos factos*, fará o mesmo Professor todo o possivel para dar aos ouvintes as mais verdadeiras e claras noções, expondo-lhes a natureza, o fim, o objecto, as prenoções e os subsidios della ; e o methodo, com que nella se deve proceder para se conseguir o acerto.

« 3. Dirá que a *applicação das leis* é um juizo pratico, de que o caso ou a acção se deve decidir pela lei, que tem determinações commuas com elle.

« 4. Dirá que, para a applicação das leis se poder fazer com a dexteridade necessaria, deve primeiro que tudo comprehender-se bem o caso proposto com todas as determinações ou circumstancias essenciaes delle ; deve explorar-se a natureza do negocio, de que nelle se trata ; deve formar-se o estado da questão ; deve ver-se em que consiste o ponto da duvida ; deve resumir-se e recolher-se a substancia della em uma ou mais proposições que exprimam bem a natureza do negocio e de todas as circumstancias substanciaes delle. Concluirá que, sendo assim resumido e reduzido o facto, se deve

procurar qual é a lei do Estado, que foi estabelecida para norma de acção e do negocio no caso das circumstancias d'elle, porque esta é a lei pela qual o dito caso deve ser decidido.

«5. Dirá que, para se achar esta lei, é necessario indagarem-se as leis que ha para a regulação do referido negocio; é necessario procurar-se a que mais se chega para as circumstancias do caso e considerar-se o que ella determina, isto é, o que ella manda fazer e omittir, ou seja absoluta e geralmente, ou sómente debaixo de certas circumstancias.

«6. Dirá que a determinação adequada da lei, assim considerada e comprehendida por meio das operações da analyse e da hermeneutica juridica, se deve confrontar com a determinação tambem adequada e já comprehendida do facto, isto é, com a natureza do negocio e com todas as circumstancias essenciaes d'elle: e que, constando serem as determinações do facto as mesmas da lei e serem ambas commuas, então se deve a lei ter por norma da acção que no dito facto se obrou: e por ella se deve o dito facto decidir e julgar.»

Esta distincção entre a *arte da applicação das leis* e as duas partes da *jurisprudencia pratica* — veio, afinal, a ser considerada como despida de fundamento. Na mesma Universidade de Coimbra, a *arte da applicação das leis* passou a ser considerada como a *principal cautela* do jurisconsulto pratico e, por isso, como a parte preliminar da *jurisprudencia eurematica*; a *arte da interpretação das leis* ou *hermeneutica juridica* passou a constituir cadeira especial, com a *analyse dos textos* e com a *diplomatica*.

Assim, a *jurisprudencia pratica* ou *pratica forense* ficou com o seu objecto perfeitamente definido: —

applicação das leis aos factos e casos occurrentes no fôro, o que se consegue mediante CAUTELAS e FORMULAS.

VI. Vamos agora determinar o *methodo* d'esta disciplina. Já vimos que o primeiro professor de *Pratica forense*, na Universidade de Coimbra, foi o doutor José Ignacio da Rocha Peniz, que escreveu um compendio intitulado: — *Elementos de Pratica formularia*. Esse livro traz, como prefacio, a oração inaugural da cadeira e o seguinte plano de methodo:

«Faltando compendio nacional ou estrangeiro, formado no plano dos Estatutos, repartirei a theorica da *Pratica Formularia* em oito divisões. Cada uma divisão comprehenderá as materias entre si mais analogas, distribuidas por titulos e paragraphos e fundamentadas na lei, nos praxistas de que ella foi tirada, nos reinicolas que a entenderam e estranhos acreditadas no fôro de todas as nações. A summula da theorica fórmularia occupará as lições e sabatinas desde Outubro até Março; em Abril e Maio, as lições se reduzirão a exercicios escriptos e vocaes sobre actos, causas e incidentes usuaes no fôro.»

Desse compendio, escripto para o anno lectivo de 1807 a 1808, apenas existe impresso o primeiro volume, com tres partes assim generalisadas: 1.º Conhecimentos communs ao exercicio da jurisdicção contenciosa e voluntaria; 2.º Processos e suas diversidades; 3.º Actos que formam o processo. O illustrado professor não se mantem subordinado á natureza pratica de sua cadeira; pois, no texto desse compendio, não raro entra em demonstrações scientificas e elucidações historicas sobre as fórmas intrinsecas do direito e do processo. O compendio nada tem de *formulario*; apenas contem a parte *eurematica*, que elle denomina — *summula da theorica formularia*.

Nenhum outro compendio existe desta materia, escripto em portuguez; mas, não faltam manuaes e tratados, taes como os de CAMINHA, MENDES DE CASTRO, VANGUERVE, FERREIRA, GOMES, MORAES, MENEZES, CORRÊA TELLES, TEIXEIRA DE FREITAS, COROATÁ, CORDEIRO, etc.

Tratando-se de uma disciplina eminentemente artistica, como é a *Pratica forense*, os processos de ensino devem ser mais de *applicação* do que de *exposição*. Comtudo, sendo esta *arte* muito dependente da *prudencia*, a indicação das *cautelas* deve preceder á composição das *formulas*, isto é, o *modo de fazer* deve ser explicado antes da explicação da *fôrma em que deve ser feito* o acto forense. Tendo sido já ensinada, nas cadeiras especulativas, a *fôrma intrinseca* dos actos e factos juridicos, faremos não *exclusão* mas *abstracção* dessa *fôrma intrinseca*, isto é, consideraremos o acto já revestido de *especie juridica*; e, para cada *especie juridica*, daremos a respectiva *fôrma extrinseca*, para ser applicada, *mutatis mutandis*, aos casos analogos.

Assim, esgotada a *parte eurematica* ou indicação das *cautelas*, terá principio a confecção das *formulas*, mediante os methodos do ensino applicado, os quaes consistem: 1.º na reproducção graphica das *formulas*; 2.º na applicação a diversos casos analogos; 3.º na imitação do movimento forense. O Professor corrigirá os exercicios escriptos e dirigirá a imitação do movimento forense, certo de que «tudo o que é social e não vital ou physico, nos phenomenos das sociedades, tanto em suas semelhanças como em suas differenças, tem por causa a imitação», e ainda mais certo de que essa imitação jamais destruirá a espontaneidade da acção futura dos imitadores, pois «as *imitações* são os rios de que as *invenções* são

as montanhas» (TARDE, *Les lois de l'imitation*, pgs. 3 e 55).

Os citados Estatutos da Universidade de Coimbra eram explicitos na determinação desses processos de ensino applicado. Eis o determinado nos citados Estatutos, Liv. II, tit. VI, cap. III :

«56. E para que as lições, que se derem sobre a *jurisprudencia eurementica* e a *formularia*, se imprimam mais fixamente no espirito dos ouvintes ; depois de se explicar bem a materia de cada titulo e de se darem todas as noções necessarias da natureza e de todos os requisitos substanciaes do negocio de que nelle se tratar : mandará o Professor a alguns dos ouvintes que *apontem as cautelas e componham a formula* em que elle se deve celebrar e expedir ; ensinando-lhes que devem ordenar esta de sorte que nella se inclúa e se dê bem a conhecer a natureza do dito negocio e se comprehendam todos os requisitos para elle necessarios.

«57. Examinará depois as *cautelas* e as *formulas* que os discipulos tiverem composto, perguntando-lhes pelas razões das *clausulas* que nellas incluirem, acrescentando as substanciaes que elles tiverem omittido e tirando as superfluas que nellas redundarem.»

Mais adiante, nesse mesmo Livro II, tit. VI, cap. IV, dizem os Estatutos :

«10. Não se contentará, porém, o Professor com a simples e precisa exposição das regras e dos preceitos das doutrinas do *processo judicial*. Ensinará tambem o uso dellas e *ensaiará* nelle os ouvintes.

«11: Os exercicios da *Pratica* costumam ser de dous generos. Uns se executam, compondo-se e formando-se as diversas especies de escriptos, que fazem os objectos dos differentes officios do jurisconsulto : ou os ditos escriptos sejam *extrajudiciaes*,

como são as *escripturas dos contractos*, as *cedulas dos testamentos e codicillos* e todos os outros *instrumentos*, que se costumam fazer para prova das convenções e ajustes, que entre si fazem os cidadãos sobre os negocios que tratam; e as *clausulas, cautelas e formulas* substanciaes, que em todos elles se devem incluir, para se segurar a justiça dos contrahentes e interessados:—ou os mesmos escriptos sejam *judiciaes*, como são os *requerimentos*, as *petições* para *citação* e outros fins, os *libellos*, as *excepções peremptorias* ou *dilatorias*, as *contrariedades*, as *replicas*, as *treplicas*, as *reconvenções*, as *allegações de direito*, as *tenções* ou *votos escriptos* pelos ministros nos feitos que hão de julgar simultaneamente no Senado, as *sentenças interlocutorias* ou *definitivas*, os *embargos* a ellas e outros semelhantes.

«12. Outros dos sobreditos exercicios se executam, resolvendo-se e fazendo-se analyses, ou estas sejam do facto e dos documentos que ha para proval-o, antes de se proporem em juizo: para se formar o estado da questão; para se comprehenderem os pontos sobre que ha de versar a demanda; para se conhecer si ha acção e qual é a competente; para se explorar si a que compete é efficaz ou inefficaz, por causa de alguma excepção com que se possa elidir, e para se poder formar um juizo certo e seguro da justiça do Autor e do Réo, e, em conformidade delle, *se resolverem os casos, se aconselharem as partes e se dirigerem as causas*. Ou as mesmas analyses sejam do feito, em que se tiver já processado a acção: para delle se extrahir o succo e a substancia do facto sobre que nelle se litiga, com todas as circumstancias delle necessarias e do merecimento das provas; com o fim de se conhecer a justiça da causa; de se deduzir e de se applicar

o direito e de se poder fazer a breve exposição, que devem fazer, assim os julgadores inferiores nas sentenças que proferem por si sós, como também os juizes relatores no Senado aos Ministros seus adjunctos, para que, sendo plenamente informados de todo o merecimento dos feitos, possam sempre administrar inteira justiça, ainda que nem sempre possam examinar e fazer por si mesmos as sobreditas analyses dos feitos.»

Descendo a exemplificar o modo de proceder a estes exercicios, os citados Estatutos indicam ao Professor o seguinte caminho :

« Proporá aos mesmos ouvintes um facto revestido das circumstancias necessarias, de que lhe parecer revestil-o. Mandará: que figurem por elle o caso de uma demanda forense e que escolham nelle os pontos que podem servir para se mover e sustentar um litigio; que explorem e declarem a natureza do negocio de que nelle se tratar; que examinem bem qual é a legitima acção que por elle compete; que, depois de a conhecer com toda a clareza, formem o libello em que ella se deve intentar; narrando nelle o facto com as circumstancias precisamente substanciaes, ou para concluir a mesma acção em direito, ou para a provar juridicamente, si consistir em facto; deduzindo o direito do autor e concluindo, não só com o petitorio conforme a acção, mas também com a designação da mesma acção e com o meio de pedir que a ella corresponde.

« 15. Formados que sejam os *libellos*, os lerá o Professor e os emendará, declarando os defeitos e os erros que nelles se tiverem commettido: e louvando, na presença de todos, os que tiverem feito nelles bom uso das regras e dos preceitos e não tiverem cahido em defeito algum substancial.

« 16. Depois de examinar e corrigir os *libellos*, mandará: que se *autuem* por um ouvinte que sirva de *escrivão*; que se façam *conclusos* a outro que sirva de *juiz* para processal-os; que outros sirvam de *advogados* para *contrariar, replicar, treplicar, propor e contrariar excepções, formar os artigos necessarios, deduzir o direito nas allegações juridicas; examinar as testemunhas e documentos authenticos; e proferir-se a sentença final.*

« 17. Deste modo fará seguir este processo na aula, não só na primeira instancia, mas tambem na segunda: a qual ordenará como si fosse de Relação, para exercitar tambem os ouvintes em *tencionarem e relatarem* os feitos; examinando, corrigindo e emendando todas as composições, que elles forem formando e pedindo-lhes sempre as razões do que nellas executarem.

« 18. Nesta fôrma instituirá ao mesmo tempo dous, tres ou mais processos de differentes especies de acções, para fazer que este util exercicio abranja maior numero de discipulos.

« 19. A' proporção que neste exemplo determino ao professor de direito patrio, procederá elle em todas as outras especies e generos dos sobreditos exercicios da *Pratica*; tendo muito diligente cuidado em que todos os preceitos que der sejam sempre acompanhados de exemplos os mais dignos de se imitarem e seguidos indefectivamente dos repetidos *actos de imitação* e pratica delles feitos, e cumpridos por grande numero de discipulos e todos examinados, revistos e corrigidos. »

Não póde haver descripção mais minuciosa de um methodo de ensino; e neste assumpto, affirmamos convictos que nada tem até hoje sobrepujado aquelles Estatutos de Coimbra.

Em um relatório, ultimamente publicado em Washington por uma comissão da Associação do Fôro Americano (*American Bar Association*), vimos o plano do ensino das Faculdades jurídicas de todos os povos civilizados. Nas cincoenta e seis Faculdades dos Estados Unidos ha, em regra, um curso para exercicios forenses. Ha mesmo Faculdades, como a da West Virginia University, em que o ensino é quasi exclusivamente pratico: *The methods of instruction consist of lectures and examinations from approved text-books read in course, the drawing of various legal papers requisite in the ordinance practice of the law and moot courts* (Cit. relatório, pag. 58). Na Faculdade de Montevideo ha duas cadeiras practicas. Nas Faculdades allemãs, inglezas, italianas e em algumas francezas, além dos exercicios exegeticos, avultam os exercicios practicos. Tudo isto consta do supra mencionado relatório, onde se acham os respectivos programmas.

VII. A *pratica forense* pôde, assim, tornar-se conhecida pela doutrina e pela disciplina; mas não se aperfeição senão com o auxilio da *experencia*, por meio da qual, partindo da comparação de muitos casos singulares *passados*, julgamos do que devemos fazer no caso *presente* e nos acautelamos para os *casos futuros*. D'ahi resulta a importancia que, para a doutrina da *Pratica Forense*, tem o conhecimento da *Praxe Forense*, isto é, o conhecimento dos *usos, estylos e arestos*. A *Praxe Forense* é o deposito dos dados da experencia. A palavra *praxe* corresponde ao aoristo grego *epraxa*, significando aquillo que *tem sido sempre praticado*; a palavra *pratica* refere-se ao proprio exercicio da actividade, isto é, não só ao que já tem sido praticado, como ao que presentemente praticamos, como ao que ainda vamos praticar. A *praxe* é um poderoso subsidio para a *pra-*

tica, porque firma as *regras latentes*, revelando, nas minudencias dos casos julgados, todas as legitimas consequencias das *regras expressas* no texto da lei.

Com o auxilio da *experiencia*, o artista evitará as apalpadellas confusas de operario novo; e, por isso, o bom senso popular chegou a crear o seguinte dictado: *Mais vale a experiencia sem arte do que a arte sem experiencia*. Quantos jurisconsultos, cheios de sciencia e certos das regras da arte, pedem conselho, nas minudencias de um acto forense, a qualquer solicitador antigo? Quantos juizes, famosos pela profundidade do saber, ouvem as *cautelae* do escrivão velho e exercitado (1)? Os legisladores, desde os tempos mais remotos, têm exigido, nos homens incumbidos de applicar o direito aos factos, a *experiencia* dos negocios e o habito de julgar. Assim, na Auth. LXXXII, princ. e cap. I, diz o Imperador Justiniano: *Non enim existimavimus oportere habere iudicum quarundam nomina, maxime legum ineruditorum, deinde neque causarum experimentum.... Quia vero competens est esse etiam majores iudices aliquos dignitate provector, experimento causarum multarum, aut plurimi temporis exercitatos magnis cingulis, aut multitudine horum exercitatos*. Na legislação patria, desde a Ord. L. I, tit. V., relativa aos desembargadores da Casa de Supplicação, até os ultimos projectos de organização judiciaria em todos os Estados do Brazil,—é condição para investidura dos juizes um prévio tempo de exercicio da profissão forense.

VIII. Si ás *regras da arte* e aos *dados da experiencia* forem addicionadas as *demonstrações da sciencia*, então o jurisconsulto pratico attingirá ao

(1) BACON, no Appendice aos Aphorismos, diz o seguinte:—*Scriba antiquus, in ante-actis curiarum peritus, in actis ipsis concipiendis cautus, et in negotiis curiae solers, digitus est curiae egregius; et saepe iudici ipsi viam monstrat.*

maior gráu de respeitabilidade. A *sciencia das leis* é a nutrição do jurista; a *prudencia* e a *arte* são os agentes da digestão. A *prudencia* e a *arte* não podem ser exercidas sem a *sciencia*, assim como os liquidos gastricos, biliar e pancreatico, não exercem acção digestiva sem os alimentos da nutrição. *Leges in Scholis deglutiuntur et in Palatio digeruntur*, diz MENDES A CASTRO; e quando a nutrição é nulla, má ou insufficiente, os agentes digestivos não funcionam com regularidade, ha um desequilibrio no organismo, surgem as consequentes molestias e por fim o desenlace fatal.

O verdadeiro jurista, diz IHERING, obra cit., III, pag. 7, « deve ter uma dupla qualidade: *intuição jurídica*, isto é, um poder particular de concepção; *tino juridico* ou *diagnostico juridico*, isto é, a percepção nitida dos principios de direito na especie porposta. Estas duas qualidades não se encontram completas no homem ignorante do direito; pois, como diz CICERO (*De Orat.*, I, 55), o profissional póde ser *cautus et acutus, præco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum*, mas nunca será um jurisconsulto. Os Romanos denominavam estes profissionaes de segunda ordem *rabulæ, formularii, leguleii*, e os gregos os denominavam *pragmatikos* (DUMAZEAU, *Le barreau romain*, 76).

A *pratica forense* relaciona-se intimamente com todos os ramos das sciencias juridicas e sociaes: — vae buscar no Direito Publico, Constitucional e Administrativo, a garantia dos direitos politicos e individuaes, a organização judiciaria, os regulamentos das diversas repartições que despacham documentos para a prova judicial, os regulamentos fiscaes, etc.; — no Direito Civil e Commercial, patrio e subsidiario, os elementos dos actos e factos juridicos; — no Direito Criminal, a classificação dos delictos e a

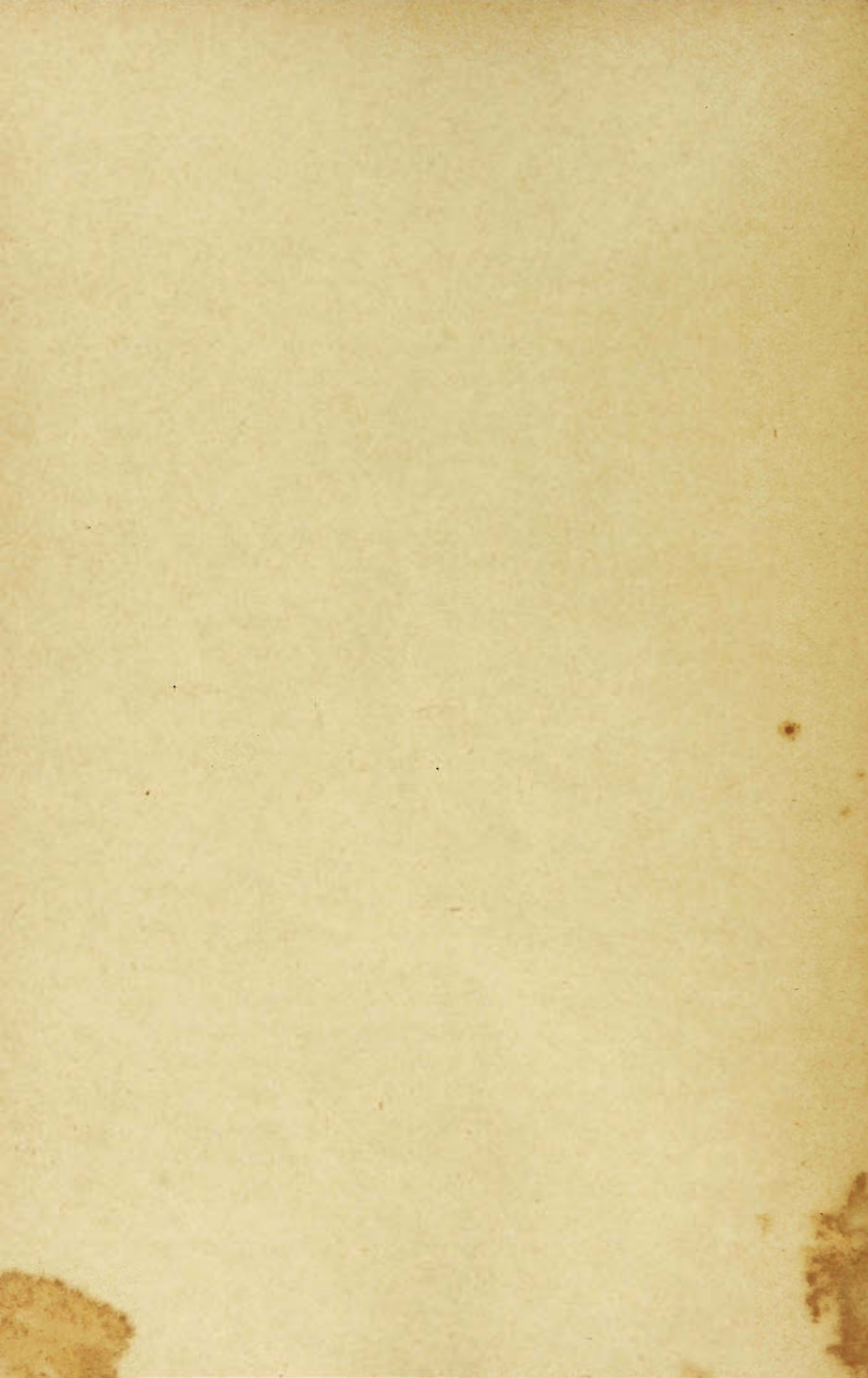
determinação das penas;—na Historia do Direito, as vicissitudes por que tem passado a administração da Justiça e a experiencia resultante das observações dos phenomenos juridicos; na Medicina Legal, a solução dos problemas medico-judiciarios, relativos á identidade pessoal, alienação mental, vitalidade, viabilidade, fallecimento, corpo do delicto, etc.;—na Economia Politica, os dados para avaliação dos objectos, natureza e funções dos titulos de credito, que são quasi sempre destinados á prova judicial;—no Direito Internacional, as attribuições dos funcionarios diplomaticos e consulares, os tratados de extradicação de criminosos, os casos de reciprocidade, as convenções sobre cumprimento de rogatorias, arrecadação de bens de estrangeiros e outros deveres dos consules e agentes consulares, os quaes muitas vezes servem de officiaes publicos e de representantes de seus nacionaes em negocios forenses, etc.

Emfim, a *pratica forense*, em suas numerosas manifestações, recorre a todos os conhecimentos scientificos e artisticos, a todas as profissões que possam, em um caso dado, determinar as circumstancias de um facto a que se pretenda applicar a lei. O exemplo de certos sabios exclusivamente theoricos é, como diz o já citado IHERING, infelizmente muito frequente; por outro lado, mais frequente é o exemplo de profissionaes sem theoria. Distingue-se a *theoria* da *pratica*; mas, esta *distincção* jamais deve ir até a *separação*, porque — a *pratica* é a *melhor interprete das leis*.

S. Paulo, 22 de Setembro de 1893.

Dr. João Mendes de Almeida Junior.

DECISÕES



DIPLOMAS

E' licito expedir as cartas de doutores e bachareis formados, em pergaminhos fornecidos pelos interessados, desde que os respectivos diplomas se conformem com os modelos regulamentares. Aviso do ministro dos Negocios da Instrucção Publica, n. 797 de 26 de Janeiro de 1892.

CORRESPONDENCIA OFFICIAL

Foi restabelecida a formula — *Saude e Fraternidade* — na correspondencia official. Circular da directoria geral da secretaria da Instrucção Publica, n. 892 de 25 de Fevereiro de 1892.

GRATIFICAÇÕES

Em solução ao officio do director desta Faculdade, de 8 de Fevereiro de 1892, em que transmittiu o requerimento de alguns lentes substitutos, designados para regerem as cadeiras no impedimento dos proprietarios, reclamando contra o acto que mandou abonar as respectivas gratificações, sómente até o dia do encerramento dos trabalhos lectivos, — declarou o ministro da Instrucção Publica que os lentes substitutos tem direito ás gratificações que percebem na regência de cadeiras, no impedimento dos cathedricos, durante todo o tempo do impedimento dos lentes a quem substituem, e não em relação sómente

ao tempo dos trabalhos lectivos. Aviso n. 886 de 6 de Abril de 1892.

VALIDADE DE EXAMES

Os exames prestados nos Gymnasios Estadoaes, de accôrdo com o decreto n. 668 de 14 de Novembro de 1891, devem ser considerados validos para a matricula em qualquer curso superior da republica. Aviso do ministerio da Instrucção Publica, n. 892 de 11 de Abril de 1892.

Havendo entre os preparatorios exigidos para a matricula em alguns dos cursos superiores da republica, disciplinas estudadas em outros, até com maior desenvolvimento, a certidão de approvação dellas em qualquer dos ditos cursos deve ser recebida para os effeitos da matricula. Aviso — circular do ministerio dos Negocios Interiores, n. 497 de 13 de Julho de 1893.

PROCESSO DE CONCURSO

O aviso do ministerio da Instrucção Publica, n. 1020 de 2 de Setembro de 1892, decidiu que — o processo para o concurso ao logar de lente da primeira cadeira da terceira serie do curso de sciencias sociaes desta Faculdade, se regulasse pelos estatutos que acompanharam o decreto n. 1386 de 28 de Abril de 1854, versando o mesmo concurso, sómente sobre as materias daquella cadeira.

Convindo evitar duvidas acerca da competencia para o julgamento dos concursos, a que se referem

os artigos 109 e seguintes do Código promulgado pelo decreto n. 1159 de 3 de Dezembro de 1892, o aviso circular do ministerio dos Negocios Interiores, n. 504 de 14 de Junho de 1893, declarou, para os devidos effeitos, que aos directores dos institutos de ensino superior, que não sejam lentes dos mesmos estabelecimentos, compete intervir no julgamento, sómente quando tenha havido empate nas duas votações anteriores, em que devem tomar parte exclusivamente os lentes respectivos, nos termos dos artigos 116, 111 e 112 do citado código.

SELLOS E SINETES

O aviso-circular n. 121 do ministerio dos Negocios Interiores, em 18 de Janeiro de 1893, recomendou a fiel observancia do artigo 3.^o do decreto n. 4 de 19 de Novembro de 1889, que dispõe o seguinte: — Para os sellos e sinetes da repartição servirá de symbolo a esphera celeste, qual se debuxa no centro da bandeira, tendo em volta as palavras — *Republica dos Estados Unidos do Brazil* —.

DESIGNAÇÃO DE SUBSTITUTOS

Não devem ser designados lentes substitutos para a regencia de cadeiras, cujos lentes estejam impedidos e para as quaes ainda não haja alumnos. Aviso circular do ministerio dos Negocios Interiores, n. 420 de 19 de Março de 1893.

LICENÇAS

Ministerio da Justiça e Negocios Interiores. Directoria Geral da Instrucção. 1.^a secção. Capital Federal, 20 de Outubro de 1893. Em solução ao

vosso officio n. 64 de 27 de Setembro ultimo solicitando-se firme doutrina sobre a intelligencia dos arts. 274 e 275 do Codigo de ensino superior, approvedo por decreto n. 1159 de 3 de Dezembro de 1892, visto como o primeiro daquelles artigos auctorisca o director a conceder, dentro de um anno, até quinze dias de licença aos empregados, e o segundo determina que as licenças de quinze dias a um anno, serão concedidas aos membros do magisterio e seus auxiliares por portaria do ministro, cabe-me declarar-vos que é da competencia do director conceder tambem licença até quinze dias aos membros do magisterio e seus auxiliares. Saude e Fraternidade. Fernando Lobo. Snr. director da Faculdade de Direito do Recife (*Diario Official*, do Brazil, n. 291 de 24 de Outubro de 1893).

EXAMES

Declarou o ministerio da Justiça e Negocios Interiores á directoria da Faculdade de Direito de S. Paulo, em 21 de Outubro de 1893—« que deverão ser opportunamente admittidos a exame os alumnos dessa faculdade que não puderem prestalo na época actual, por haverem tomado armas em defeza da republica ».

ARCHIVO



CONGREGAÇÃO DOS LENTES

DA

FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

EM 1893

DIRECTOR

Conselheiro Dr. Barão de Ramalho, lente jubilado. Nomeado por decreto de 25 de Abril de 1891, tomou posse em 8 de Maio seguinte.

VICE-DIRECTOR

Dr. João Pereira Monteiro, lente cathedratico. Nomeado por decreto de 24 de Janeiro de 1893; empossado em 7 de Março seguinte.

LENTES CATHEDRATICOS

Direito Publico e Constitucional

1) Conselheiro Dr. Carlos Leoncio de Carvalho. Lente substituto, por decreto de 4 de Janeiro de 1871, empossado em 3 de Fevereiro do mesmo anno. Cathedratico: decreto de 7 de Junho de 1881; posse: 14 do mesmo mez.

Economia Politica

2) Dr. Joaquim José Vieira de Carvalho. Lente substituto, por decreto de 17 de Junho de 1874,

tomou posse em 26 desse mez. Cathedratico: decreto de 19 de Novembro de 1881; posse, em 26 do mesmo mez.

Direito Criminal

3) Dr. Joaquim de Almeida Leite Moraes. Lente substituto, nomeado por decreto de 24 de Agosto de 1878, tomou posse em 30 de Setembro seguinte. Cathedratico, por decreto de 24 de Agosto de 1882; empossado a 29 do mesmo mez.

Processo criminal, civil e commercial

4) Dr. João Pereira Monteiro. Lente substituto por decreto de 2 de Setembro de 1882; posse em 6 do mesmo mez. Cathedratico: decreto de 15 de Setembro de 1883; tomou posse em 21 desse mez.

Direito Civil

(1.^a Cadeira)

5) Dr. Vicente Mamede de Freitas. Lente substituto, por decreto de 5 de Setembro de 1882; posse em 13 do mesmo mez. Cathedratico: decreto de 5 de Maio de 1887; empossado no dia 16 do mesmo mez.

Direito das Gentes e Diplomacia

6) Dr. Americo Braziliense de Almeida Mello. Lente substituto, por decreto de 11 de Setembro de 1882, posse em 22 do mesmo mez. Cathedratico: decreto de 13 de Outubro de 1888 (para a cadeira de direito romano); posse, em 22 do mesmo mez. O decreto de 30 de Dezembro de 1890 que o exonerou de lente da cadeira de Direito Romano,

foi declarado sem effeito pelo de 21 de Março de 1891, que designou-lhe a actual cadeira.

Direito Civil

(2.^a Cadeira)

7) Dr. Antonio Dino da Costa Bueno. Lente substituto, por decreto de 5 de Janeiro de 1883; posse no dia 13 desse mez. Cathedratico: decreto de 6 de Setembro de 1890; posse, em 18 de Outubro seguinte.

Direito Commercial

(1.^a Cadeira)

8) Dr. Brazilio Augusto Machado d'Oliveira. Lente substituto, por decreto de 30 de Junho de 1883, tomou posse no dia 7 de Julho seguinte. Cathedratico (para a cadeira de Philosophia de Direito): decreto de 30 de Setembro de 1890; posse em 18 de Outubro immediato; transferido para a cadeira de Direito Commercial: decreto de 21 de Março de 1891.

Direito Commercial

(2.^a Cadeira)

9) Dr. Brazilio Rodrigues dos Santos. Lente substituto, por decreto de 22 de Setembro de 1883; posse em 1 de Outubro seguinte. Cathedratico: decreto de 20 de Dezembro de 1890; posse: 19 de Janeiro de 1891.

Direito Romano

10) Dr. Frederico José Cardoso de Araujo Abran-ches. Lente substituto, por decreto de 2 de Setembro de 1887, tomou posse em 21 do mesmo

mez. Cathedratico: decreto de 30 de Dezembro de 1890; posse, em 22 de Janeiro de 1891.

Philosophia e Historia do Direito

11) Dr. Pedro Augusto Carneiro Lessa. Lente substituto, por decreto de 30 de Maio de 1888; posse, em 6 de Junho seguinte. Cathedratico: decreto de 21 de Março de 1891; posse, a 13 de Abril immediato.

Economia Politica e Direito Administrativo

(Noções)

12) Dr. Manoel Clementino de Oliveira Escorel. Lente substituto da Faculdade do Recife, por decreto de 22 de Dezembro de 1888; posse, em 7 de Janeiro de 1889. Cathedratico, sendo transferido da 1.^a cadeira da segunda série juridica de Recife, para a 2.^a cadeira da terceira série de sciencias sociaes nesta Faculdade: decreto de 21 de Março de 1891; posse em 28 de Abril seguinte.

Pratica Forense

13) Dr. João Mendes de Almeida Junior. Lente substituto, por decreto de 31 de Agosto de 1889; posse, em 10 de Setembro seguinte. Cathedratico, por decreto de 21 de Março de 1891; posse em 10 de Abril do mesmo anno.

Sciencia das Finanças

14) Dr. José Luiz de Almeida Nogueira. Lente substituto, por decreto de 7 de Dezembro de 1890, tomou posse no dia 13 do mesmo mez. Cathedratico, por decreto de 31 de Janeiro de 1891; posse, a 24 de Fevereiro seguinte.

Direito patrio criminal, civil e commercial

(Notariado)

15) Dr. Uladisláu Herculano de Freitas. Lente substituto, decreto de 30 de Dezembro de 1890, tomou posse em 16 de Janeiro de 1891. Cathedratico, por decreto de 21 de Março de 1891; posse, em 27 de Abril seguinte.

Medicina Legal

16) Dr. Antonio Amancio Pereira de Carvalho. Cathedratico, por decreto de 2 de Fevereiro de 1891; posse, em 20 de Abril do mesmo anno.

Historia do Direito Nacional

17) Desembargador Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho. Cathedratico, decreto de 21 de Março de 1891; empossado, em 27 de Abril seguinte.

Direito Patrio Processual

18) Dr. Antonio Januario Pinto Ferraz. Cathedratico, decreto de 21 de Março de 1891; posse, em 27 de Abril seguinte.

Hygiene Publica

19) Dr. Augusto Cezar de Miranda Azevedo. Cathedratico, por decreto de 21 de Março de 1891; posse, em 27 de Abril do mesmo anno.

Direito Patrio Constitucional

(Notariado)

20) Dr. Jesuino Ubaldo Cardoso de Mello. Cathedratico, decreto de 21 de Março de 1891; posse, em 27 de Abril immediato.

Sciencia da Administração e Direito Administrativo

21) Dr. Manoel Pedro Villaboim. Lente substituto da 5.^a secção, decreto de 2 de Maio de 1891; posse, em 9 de Junho seguinte. Cathedratico, por decreto de 23 de Dezembro de 1892; posse, em 31 do mesmo mez.

Legislação Comparada

22) Dr. Ernesto Moura. Cathedratico, por decreto de 1 de Agosto de 1891, tomou posse no dia 10 do mesmo mez e anno.

SUBSTITUTOS

Primeira secção.—Dr. Alfredo Moreira de Barros Oliveira Lima. Nomeado por decreto de 7 de Março de 1891, tomou posse em 3 de Maio seguinte; ficando sem effeito o decreto de 21 de Fevereiro do mesmo anno que o nomeára para a Faculdade de Direito de Recife.

Segunda secção.—Dr. José Machado de Oliveira. Nomeado por decreto de 2 de Maio de 1891; posse, em 23 de Junho seguinte.

Terceira secção.—Dr. Severino de Freitas Prestes. Nomeado por decreto de 29 de Julho de 1893, tomou posse em 5 de Agosto do mesmo anno.

Quarta secção.—Dr. João Pedro da Veiga Filho. Nomeado por decreto de 20 de Outubro de 1893; empossado a 27 do mesmo mez.

Quinta secção.—Vaga.

Sexta secção.—Vaga.

I

BENS DOTAES

DE

D. ISABEL E DE D. LEOPOLDINA

O governo federal remetteu á Congregação dos Lentes da Faculdade de Direito de S. Paulo, a seguinte consulta:

Revigorando o disposto na lei n. 166 de 29 de Setembro de 1840, determinou a de n. 1217 de 7 de Julho de 1864 que, por occasião do consorcio das ex-princezas DD. Isabel e Leopoldina se applicasse a quantia de 300:000\$000 á aquisição de predios destinados á habitação das mesmas princezas e de seus esposos.

Nessa conformidade foram celebrados os contractos matrimoniaes constantes dos impressos juntos e nos quaes, além de outras clausulas, se estipulou que o patrimonio das princezas passaria aos seus descendentes, segundo a ordem de successão estabelecida na Ord. L. 4.º Tit. 100, nos termos das citadas leis de 1840 e 1864; devendo todos os bens do patrimonio ser considerados como proprios nacionaes si as princezas fallecessem sem descendencia, ou quando esta viesse a extinguir-se depois de sua morte.

Adquiridos os predios, conhecidos sob a denominação de palacetes «Isabel» e «Leopoldina», foram as princezas immittidas na respectiva posse e habitação; e o Parlamento, pelas leis ns. 1904 e 1905

de 17 de Outubro de 1870, providenciou sobre a fundação e demarcação de patrimonio em terras a que alludem os contractos matrimoniaes.

A' vista de taes disposições de lei, dos contractos que se firmaram em sua conformidade e dos demais actos subsequentemente realizados, pergunta-se:

Os bens patrimoniaes das ex-princezas DD. Isabel e Leopoldina reverteram á Nação em consequencia da abolição da monarchia e consequente extincção não só da dynastia imperial, como tambem dos privilegios que do regimen monarchico tiravam a sua razão de ser, ou a reversão desses bens sómente pôde ter lugar, dados os casos previstos no art. 7 da lei de 29 de Setembro de 1840 e clausula 20 do contracto de 11 de Outubro de 1864?

Em congregação de 15 de Janeiro de 1892, foi approvedo em suas conclusões o parecer que a commissão havia formulado nos seguintes termos:

A Commissão dos Lentes da Faculdade de Direito de São Paulo viu as perguntas do Governo Federal, que vem assim formuladas; «Os bens patrimoniaes das Princezas D. Izabel e D. Leopoldina reverteram á Nação em consequencia da abolição da Monarchia e consequente extincção não só da Dynastia Imperial, como tambem dos privilegios que do regimen Monarchico tiraram sua razão de ser, ou a reversão desses bens sómente pôde ter lugar dados os casos previstos no artigo 7.º da lei de 29 de Setembro de 1840 e da clausula 20 do contracto de 11 de Outubro de 1864;» tendo examinado accuradamente as citadas leis, e os contractos anti-nupciaes das Princezas, tem a honra de vir dar seu parecer sobre tão

importante assumpto, para que se responda o que fôr mais acertado.

A lei de 29 de Setembro de 1840, nos artigos 1.º, 3.º e 4.º consignou a quantia de 96:000\$000 para a dotação da Princeza D. Izabel, quando se realisasse seu casamento; a de 120:000\$000 para a aquisição de predios que lhe offerecessem decente habitação; e de 100:000\$000 para o enxoval e outros objectos de seu serviço.

Além destas quantias ainda decretou nos artigos 5.º e 6.º a fundação de um patrimonio em terrenos pertencentes á Nação com clausula de serem incorporados aos referidos predios e de assim passar a seus descendentes segundo a ordem de successão estabelecida na Ordenação do Livro 4.º titulo 100, vigorada para este effeito. D'est'arte, creou a lei um vinculo a favor da Princeza, sendo porém a successão d'elle limitada a seus descendentes com a exclusão dos collateraes; e por ter posto um termo á successão, foi consequente declarando que no caso de fallecer ella sem descendentes, serão considerados esses bens como proprios Nacionaes; porque a nação é a herdeira universal de todas as heranças vacantes.

No direito patrio a maior extensão que se tem dado ao direito de propriedade é a faculdade que se deu ao proprietario de vincular os seus bens fazendo-os inalienaveis a favor de certas pessoas de uma familia; e este poder está inherente á Soberania da Nação, e é exercido pelo poder legislativo.

De conformidade com o direito, a citada lei separou uma parte dos bens Nacionaes e o transferio á Princeza D. Izabel e seus descendentes, reservando sómente a expectativa de futura successão, no caso do artigo 7.º que diz assim: Todos os bens a que se refere o artigo antecedente (os patrimoniaes da

Princeza) serão considerados como proprios Nacionaes, quando não haja ou se acabe a referida successão.»

O verbo posto no futuro prova que, no presente a mesma lei não considera Nacionaes os bens vinculados, á não ser no caso previsto, mas sim como proprios da Princeza e de seus descendentes; e assim tem sido sempre entendida a citada lei, apparecendo no contracto ante-nupcial da Princeza como bens proprios, levados a seu casal, e conservando-se na posse delles com animo de Senhora e de possuidora, sem contradicção alguma.

Pelo que levamos dito, no regimen da Monarchia era livre de duvida o direito da Princeza, e se o mesmo direito corre depois da constituição da Republica; é o que passamos a considerar.

Parece que a razão de duvidar do direito da Princeza consiste em ter sido constituido o patrimonio a favor da Princeza por contemplação ao ser ella nesse tempo a herdeira presumptiva da Corôa e fazer parte da familia Imperial, e terem desaparecido as causas e os motivos da constituição desse patrimonio, depois da extincção da Monarchia no Brazil e da proclamação da Republica, que não reconhece privilegios pessoaes.

A mudança da fórma do Governo de uma Nação altera as relações politicas do cidadão, mas não as do direito privado que permanecem as mesmas.

Com quanto o patrimonio da Princeza fosse decretado por motivos politicos, isto é, o esplendor do Throno, todavia por ter sido levado a effeito e ter ella entrado na posse e administração dos bens patrimoniaes, como seus proprios ficaram esses bens sujeitos ao direito privado, desaparecendo os motivos de sua aquisição, porque a Nação os trans-

ferio á Princeza, consentindo que ella os sujeitasse a seu dominio, como pessoa privada.

A instituição dos Morgados era eminentemente politica e não podiam ser creados em favor de alguém sem autorisação do poder legislativo; mas os bens sujeitos a um Morgado concedido ficavam no dominio do direito privado e seus Administradores gozando das garantias deste direito, segundo as leis geraes e as especiaes a esta instituição.

Esta instituição era manifestamente contraria á constituição politica do Estado, promulgada depois da independencia do Brazil: porém continuou a subsistir enquanto não foi abolida pela lei de 6 de Outubro de 1835; e essa mesma lei respeitou os direitos dos Administradores de Morgados que a esse tempo existiam, decretando que não tivesse logar a successão legitima, se não depois de extinctos os ultimos administradores dos bens vinculados.

Pelo que a commissão é de parecer:

Que a reversão á Nação dos bens patrimoniaes das Princezas sómente póde ter lugar se realizar-se a unica hypothese prevista no artigo 7.º da lei de 29 de Setembro de 1840; e que assim se responda ao Governo Federal.

S. Paulo, 5 de Janeiro de 1892. — *B. de Rammalho.* — *Dr. Vicente Mamede de Freitas.* — *Alfredo Moreira de Barros Oliveira Lima.*

O snr. Dr. Brazilio dos Santos apresentou parecer em separado. E foi o seguinte:

«Em absoluto desaccordo com o venerando mestre e os doutos collegas que emittiram parecer sobre o objecto da consulta feita pelo Governo Federal, com referencia aos bens patrimoniaes das ex-Princezas DD. Izabel e Leopoldina, cumpre-me, data venia, expen-

der succintamente as razões justificativas do meu voto; e o faço por escripto attenta a relevancia do assumpto. Não é nova a questão de direito contida na alludida consulta. Largamente debatida na França, a proposito do apanagio da familia d'Orleans, foi ella resolvida pela Assembléa Nacional em 1790 e 1791, pela convenção em 1792, de novo sujeita ás camaras francezas em 1814, 1825 e 1837, variando sempre as respectivas decisões ao influxo dos differentes regimens politicos daquella nação, nas epochas mencionadas; em o nosso paiz, consequentemente á mudança institucional de 15 de Novembro de 1889, resolveu-a o governo provisorio pelo decreto n.º 1050 de 1890, que mandou incorporar ao dominio do Estado as terras dadas em dote á ex-Princeza D. Izabel. Assim, com ou sem razão, é facto que a questão tem sido considerada como sendo de ordem constitucional e dependente das instituições politicas em vigôr. Em plano differente, porém, collocou-a a illustre commissão desta Faculdade, pretendendo circumscrevel-a ao dominio do direito privado, e accidentalmente apenas tratando daquella preliminar importantissima, sob o fundamento de que — «tendo a ex-princeza imperial entrado na posse e administração dos bens patrimoniaes, como seus proprios, ficaram esses bens sujeitos ao direito privado, desapparecendo os motivos de sua aquisição, porque a nação os transferiu á princeza, consentindo que ella os sujeitasse ao seu dominio, como pessoa privada.»

Em abono de tal asserto adduz a commissão: 1.º a fórma verbal de que usa a lei de 29 de Setembro de 1840, com referencia aos bens patrimoniaes, ao dispôr que — «serão considerados como proprios nacionaes quando não haja ou se acabe a successão (da princeza); 2.º — «o terem apparecido os ditos bens no contracto ante nupcial da princeza como bens

proprios, levados ao seu casal, conservando-se ella na posse delles, com animo de senhora e de possuidora, sem contradicção alguma.» Sem prejudgar da mui controvertida questão se a instituição do apanagio confere ao apanagista plena propriedade ou simples usufructo dos respectivos bens, basta para infirmar o primeiro argumento da commissão que se attenda a que, na expressão litteral da lei de 1840, o emprego do verbo no futuro tem como razão sufficiente a necessidade da construcção grammatical da phrase, visto que a acção recahe sobre um factio futuro, bem como que aquella fórma verbal por incluir, de futuro e hypotheticamente, os bens vinculados na classe dos proprios nacionaes, não autorisa a consequencia de que, no presente, taes bens são havidos como proprios da princeza para isso fôra mister suppôr que a nação só tem no seu patrimonio a especie de bens conhecida sob a denominação de proprios nacionaes, o que é falsissimo.

A verdadeira intelligencia da lei é que, não se achando os bens, ao serem vinculados, na classe dos proprios nacionaes, pois eram terras devolutas, pertencentes a diversa cathegoria, dispôz o legislador que fossem ellas incluídas naquella classe, se occorresse a hypothese de fallecer a princeza sem descendencia ou de vir esta a extinguir-se depois de sua morte. E', pois, puramente arbitraria a conclusão do primeiro dos argumentos supra mencionados. Quanto ao segundo argumento, e visto que, demonstrada a improcedencia do primeiro, de si mesmo annulla-se por quanto, nem a menção dos ditos bens no contracto ante-nupcial, como proprios da princeza, nem a posse que por ventura esta haja sobre elles exercido, podem-lhe conferir mais direitos do que os resultantes da lei, a menos que supponha-se uma inadmissivel prescripção acquisitiva.

De resto, temos sobre o assumpto leis expressas, posteriores a de 1840, que, a nosso vêr dirimem qualquer duvida que pudesse permanecer.

As leis n.^{os} 1904 e 1905 de 1870, providenciando sobre a constituição do patrimonio em terras para as ex-princezas, nas antigas provincias de Sergipe, Espirito Santo e Paraná, assim exprimem-se no artigo 1.^o: «... Este patrimonio, do qual fará parte o predio comprado para habitação de suas Altezas, será considerado como proprio nacional, com o destino que lhe é dado e nos termos do mesmo contracto matrimonial.» As palavras — com o destino que lhe é dado convencem de que, modificando a lei de 1840, o legislador considerou como proprios nacionaes os bens vinculados, mesmo antes do implemento da condição resolutoria estabelecida por esta ultima lei, isto é — antes que se realisasse o caso de reversão de taes bens á nação, e emquanto elles permanecessem sujeitos ao uso e gozo das princezas e seus descendentes.

Do exposto é forçoso concluir-se em contrario ao parecer, que os bens vinculados jamais perderam a sua qualidade de nacionaes, sujeitando-se ao dominio das ex-princezas, como pessoas privadas.

Restabelecida por essa fórmula a preliminar-se a questão contida na consulta é do dominio do direito publico constitucional ou do direito privado facilima torna-se a respectiva solução.

O patrimonio, constituido em apanagio ou morgado, em favor das princezas brasileiras Donas Izabel e Leopoldina, foi decretado, como reconhece o parecer da commissão, por motivos politicos, isto é, o esplendor do throno; procede, como não é licito desconhecer, do Estado, agindo como pessoa publica, no interesse da collectividade social e para um fim politico; refere-se á jerarchia das princezas e seus

descendentes, como partes integrantes da dynastia imperial, não como pessoas privadas, e assume o character de privilegio, justificado, sob o regimen monarchico, por alto interesse do Estado.

Seria, pois, incurial sujeitar semelhante instituição ao dominio do direito privado, já expurgado de privilegios pessoas desde a carta constitucional de 1824.

Creação do direito politico, ella tem a sua razão de ser no interesse social que a justifica e no character publico das pessoas a quem affecta; nada tem que vêr com as relações de direito entre pessoas privadas. Nem pôde invalidar essas deducções theoricas o factio verdadeiramente anomalo de haver sido incluída no quadro do direito civil privado a instituição feudal dos morgados, pois não é de longa data que a relação do direito de propriedade individual deixou de ser considerado como dependente do poder soberano; sendo, aliás, certo que os morgados não se relacionavam tão intimamente, como os apanagios dos principes ao interesse dynastico, bem como que os bens sobre que recaham eram do **dominio privado**.

Não pôde, portanto, restar duvida sobre a feição eminentemente politica da questão relativa aos bens patrimoniaes das ex-princezas brazileiras. Perante os principios de direito constitucional, que é o dominio proprio da questão, é indubitavel que, abolida a monarchia e extincta a dynastia imperial, com aquella desappareceram todos os direitos, privilegios e regalias que lhe são inherentes, e com esta deixaram de existir os respectivos titulares de taes direitos, privilegios e regalias.

Perante e contra as novas instituições politicas, é quasi inutil dizel-o, não ha direitos adquiridos. Comprehende-se que os herdeiros de um anterior proprietario fiquem sujeitos ás consequencias da alie-

nação feita por este ou da sua negligencia em reivindicar a propriedade; os direitos dos herdeiros não tem outro fundamento senão a vontade expressa ou tacita do autor da herança.

O mesmo, porém, não se pôde dizer das gerações successivas que formam o povo. Mesmo admitindo-se que uma dellas pudesse alienar sua liberdade em proveito d'uma familia, a geração vindoura poderia sempre reivindicar o exercicio de sua vontade. — A soberania é inalienavel, e tal é a razão porque contra ella a ninguem é licito invocar direitos ou privilegios, que a tolham no seu exercicio. E' por isso ainda que, assim como o monarcha deposto não pôde pretender a posse dos bens da corôa, e dotação da lista civil e demais regalias, tambem perdem os principes de sua familia todo o direito dos alimentos aos dotes e apanagios, inherentes a jerarchia de que se achavam investidos.

A Convenção Nacional ao decretar em 1792 a extincção do apanagio e das rendas vitalicias da familia Orleans, justificou a sua deliberação com este motivo tão simples quão decisivo: «porque com a abolição da realesa deixaram de existir principes francezes.» Em circumstancias perfeitamente identicas, com egual procedencia e justificativa, declarou o governo provisorio do Brazil, em 1890, que os bens patrimoniaes da princeza imperial revertiam ao dominio do Estado, porque, desde 15 de Novembro de 1889, já não ha principes brasileiros. Simples cidadãos, eguaes a todos perante a lei, seria absurdo que ainda hoje pudessem elles gozar de privilegios incompativeis com a egualdade republicana, e de regalias inherentes á posição que perderam.

A Nação que procedesse de modo contrario, alienaria a sua liberdade politica, constituindo-se tributaria de quantas dynastias lograssem usurpar suc-

cessivamente a soberania popular. Voltando agora ao terreno em que a illustre comissão desta Faculdade circumscreveu a questão, vejamos se a solução proposta é a que melhor obedece aos principios do direito privado. A comissão, considerando a questão sob o ponto de vista do disposto na lei de 1840, quanto á reversão dos bens patrimoniaes das princezas á nação, deixou de parte os principios juridicos relativos á caducidade dos contractos, e em particular, das doações, pelo falso presupposto de que, investidas as ex-princezas na posse e administração dos bens patrimoniaes, desapareceram os motivos de sua aquisição, como se a posse, que é mero factó, podesse, de per si, mudar a natureza das relações de direito e supprimir as consequencias juridicas que dellas decorrem.

Se assim não fôra, veria que, tratando-se de uma doação para fim determinado (ob causam vel sub modo), cumpria inquerir se a cessação da causa (na hypothese; a dignidade e o decoro dos principes brazileiros) importava ou não, ipso factó, a caducidade da mesma doação. Quanto á doutrina não ha que duvidar: ella de longa data acha-se acolhida pela jurisprudencia dos povos cultos. Mesmo antes de ser expressa em texto legal (artigo 1761 do Codigo Civil Italiano) já o eminente Portugal, De donationibus regiis, a tinha formulado na seguinte regra: «Donatio ob causam non operatur effectum, causa non secuta.» Posteriormente o illustre Toullier, referindo-se á cessação da causa nos contractos em geral, assim se exprimiu no n.º 171 do seu «Droit civil français.» Volume 6.º «Il paraît qu'il faut d'abord distinguer entre les contrats de bienfaisance et les contrats intéressés.

Les premiers deviennent caducs lorsque la cause vient à cesser, même depuis le contrat. . . La do-

nation faite en consideration d'un mariage annulé, devient caduque. Giorgi «Teoria delle obbligazioni, volume 3.^o n.^o 441, quasi nos mesmos termos adopta a doutrina; e que ella não repugna ao direito patrio deprehende-se do disposto na Ordenação Liv. 4.^o tit 63, pr., que reputa perfeita e acabada para o effeito de não poder ser revogada, tão sómente a doação «pura e simplesmente feita sem alguma condição ou causa passada, presente e futura.» Ora, tratando-se, quanto aos bens patrimoniaes da ex-prinquezas d'uma verdadeira doação modal, feita para fim determinado (o esplendor do throno) parece que, cessando a causa do contracto, torna-se ella caduca revertendo ao patrimonio do Estado os bens doados. «Sublata causa tollitur effectus».

A logica é irrecusavel, tanto mais quando serve de interprete ao direito e á liberdade.

São Paulo, 15 de Janeiro de 1892.—Brazilio dos Santos.—De accordo com os motivos.—*Herculano de Freitas.*

PROJECTO DO CODIGO CIVIL

A Congregação dos lentes da Faculdade de Direito de S. Paulo, em cumprimento de pedido do Governo federal, elegeu o Snr. Dr. Antonio Dino da Costa Bueno, em uma das sessões do corrente anno para fazer parte da commissão encarregada de dar parecer sobre o projecto do Codigo Civil Brasileiro, organizado pelo Snr. Dr. Antonio Coelho Rodrigues.

Em desempenho desse encargo, o Snr. Dr. Antonio Dino, relator daquella commissão, elaborou o seguinte parecer:

A commissão incumbida de examinar e dar parecer sobre o projecto do Codigo Civil Brasileiro

apresentado ao Governo pelo Dr. Antonio Coelho Rodrigues, vem desempenhar-se da missão de que foi encarregada.

I. Por contracto de 12 de Julho de 1890, celebrado com o governo, obrigou-se o Dr. Antonio Coelho Rodrigues a redigir e entregar, no prazo de tres annos, um projecto de Codigo Civil com uma parte geral e outra especial.

A parte geral será subdividida, diz o contracto, em tres livros :

- 1^o das pessoas;
- 2^o dos bens;
- 3^o dos actos e dos factos juridicos.

A parte especial será tambem subdividida, continúa o contracto, em quatro livros :

- 1^o dos direitos da familia;
- 2^o dos direitos reaes;
- 3^o dos direitos pessoaes;
- 4^o do concurso de direitos.

Comprehendendo este ultimo livro cinco secções :

- 1^a das successões, testamentaria e legitima;
- 2^a das instituições de credito real e de seguro;
- 3^a do concurso dos credores e da preferencia dos creditos;
- 4^a, das prescrições;

5^a, da restituição «*in integrum*», se não parecer preferivel substituir este remedio extraordinario por outro ordinario ou supprimi-lo.

Na elaboração do projecto, obrigou-se a consolidar quanto possivel o direito vigente, reformando o que conviesse alterar, substituir ou supprimir, accrescentando o que faltasse á legislação actual, de accordo com a experiencia das nações civilizadas, e com as necessidades da situação do Brazil.

O projecto apresentado e sujeito á consideração da commissão, além de um projecto da lei preliminar

do Código Civil, contém as duas partes determinadas no contracto: a parte geral e a parte especial.

A parte geral está dividida em tres livros:

- 1^o, das pessoas;
- 2^o, dos bens;
- 3^o, dos factos e actos juridicos.

A parte especial está dividida em quatro livros:

- 1^o, das obrigações;
- 2^o, da posse, da propriedade e dos outros direitos reaes;
- 3^o, do direito da familia;
- 4^o, do direito das successões.

Em «disposições addicionaes transitorias» propõe o autor a acceitação e publicação do projecto, como Código Civil da Republica, para sobre elle se receberem informações officiaes e particulares, á vista das quaes e dos progressos realisados em outros paizes e utilisaveis no Brazil, e da jurisprudencia dos tribunaes da União e dos Estados, formule uma commissão de codificação geral, nomeada desde já, a sua proposta de revisão do novo codigo.

II. Não é arbitraria a distribuição das materias de direito civil, e, sobre este ponto, a commissão é de parecer que deve ser adoptada a classificação que Heise e Thibaut iniciarão na Allemanha, conhecida entre os juristas com a denominação de classificação allemã.

O direito é dividido em duas partes, uma geral e outra especial.

A parte geral comprehende as seguintes subdivisões:

- 1^a, das pessoas;
- 2^a, das cousas;
- 3^a, dos actos juridicos.

A parte especial comprehende as seguintes:

- 1^a, direito das cousas;

2^a, direito das obrigações;

3^a, direito da família;

4^a, direito das successões.

Não é perfeita esta classificação: tem sido ao menos consagrada pelos competentes, e a commissão de juriconsultos que em 1881 deu parecer sobre os «Apontamentos para o projecto do Codigo Civil», apresentado pelo Dr. Joaquim Felicio dos Santos, da qual tambem fez parte o illustre autor do actual projecto, a acceitou e propoz para ser seguida.

III. Classificar as materias ou traçar o plano geral a seguir-se, é ainda muito pouco quando se trata de elaborar um Codigo Civil: a questão de methodo na execução inteira do plano é de interesse capital em trabalho desta natureza, quer se attenda ao modo pelo qual devão ser tratadas as partes do plano geral, quer ao modo de serem apresentadas e desenvolvidas as diversas instituições do direito.

O direito é uma necessidade real da vida: por natureza deve ser e é effectivamente realisado.

Diversas causas podem embaraçar-lhe a realisação, perturbando o sereno e integral desenvolvimento da vida: por isso que elle tem em sua natureza a necessidade de ser realisado, triumpho, afinal, de todos os embaraços e preenche a funcção a que é destinado.

A realisação mais ou menos prompta do direito tanto importa com a satisfação mais ou menos prompta de uma necessidade da vida.

O codigo que é o direito, e é tambem a fórmula do direito, deve reunir em si as condições que delle dependem, tendentes a garantir, e de modo prompto, facil e seguro, aquella realisação.

Entre as condições, que dão realizabilidade ao direito, ha duas especialmente confiadas ao cuidado do legislador: uma relativa ao proprio direito — a

oportunidade; a outra relativa a fôrma — a perfeição technica.

O direito constituido deve ser opportuno: isto quer dizer que o direito deve estar em relação directa com o estado social a que tem de ser applicado. Se não guarda com elle conformidade, se fere as tradições populares, se magoa o sentimento juridico nacional, com certeza encontrará na realização os maiores tropeços; é o individuo que se rebella contra elle, é o juiz que procura illudir-lhe a execução, são principalmente as forças historicas produtoras do direito que lhe levantão a resistencia mais tenaz.

A oportunidade, porém, por si só, não dá realizabilidade ao direito: elle não poderá ser executado se não fôr conhecido, e não será conhecido se não fôr perceptivel.

A perceptibilidade do direito depende essencialmente da fôrma que se lhe dê; a fôrma imperfeita é uma sombra que occulta o direito; a fôrma perfeita é uma revelação que o impõe.

Se a fôrma é imperfeita, o direito é obscuro, duvidoso, incerto; terá uma realização demorada.

Se a fôrma é perfeita, o direito se nos apresenta de modo visivel: o espirito o contempla e quasi que o apalpa; comprehende-o em sua existencia unica, e na existencia de cada um dos corpos que o compõem; apercebe as relações que em seus corpos mantêm entre si e com o todo; domina-o em summa e pela realização integra-lhe a natureza.

Como dar ao direito essa perfeição technica, como constitui-lo ou organisa-lo, como executar o plano geral adoptado, taes são os problemas a se resolverem em trabalhos desta natureza.

O legislador tem diante de si todas as regras que presidem ou devem presidir, ás multiplas relações

da vida civil, e é com este material que o plano adoptado tem de ser executado, já na parte geral, já na parte especial.

Não preencherá a missão legislativa aquelle que formular e apresentar todas essas regras, ainda que distribuindo-as com certo methodo pelas diversas instituições de direito; por certo não organizará o direito quem assim lhe dê uma fôrma tão tosca e inelegante, tão grosseira e tão pesada, em que innumeras serão as regras e muitas as repetições.

São tão estreitas as relações que prendem as diversas instituições em que o direito funciona e tal a natureza ou composição íntima do direito subjectivamente considerado, em todas as manifestações, no tempo e no espaço, sempre o mesmo em seus elementos fundamentaes, que a contemplação das regras, que em torno dellas se agrupão, produz o conhecimento de que em todas ellas, ao lado de elementos especiaes existem elementos geraes, que são sempre os mesmos em algumas, em um grupo dellas ou mesmo em todas.

A analyse encarrega-se de fazer a separação desses elementos geraes, e o valor delles, e a influencia que exercem na formação, e portanto no conhecimento das regras especiaes, relativas a cada uma das instituições juridicas, encarregão-se de destinar-lhe, sem contestação, a parte geral do plano em que o direito tem de ser accomodado.

A parte geral ficará assim composta de verdadeiros elementos logicos do direito, capazes, senão de abrir, ao menos de facilitar ao espirito o conhecimento da parte especial, onde devem estar as regras peculiares ás diversas instituições, por meio das quaes exercé o direito a função que lhe é dada.

Não é isso novidade na technica do direito.

A commissão, já supra mencionada, que deu parecer sobre os *Apontamentos*, do Dr. Joaquim Felício dos Santos, criticando a parte geral dos mencionados apontamentos escreveu « conviria porventura supprimir o titulo preliminar e limitar a parte geral, quando muito ás maximas consagradas pelas nações cultas, aos principios de verdadeira doutrina scientifica, posto não geralmente praticados, observando-se com as precisas restrições o eventual collidir do direito privado interno e externo e mormente consignar as regras concernentes á condição e capacidade juridica das pessoas. »

A parte especial refere-se particularmente á construcção do direito civil.

A commissão distingue a construcção scientifica da construcção legislativa: a primeira compete ao theorico, á jurisprudencia scientifica, só a segunda compete ao legislador ou elaborador do Código Civil.

A competencia legislativa é limitada, como se vio pela necessaria equação entre a disposição do direito e o estado social do povo; o elaborador do código tem diante de si, e preparado, todo o material sobre que tem de operar, fornecido parte pelo sentimento juridico nacional, consagrado ou não em textos positivos, parte, pela jurisprudencia scientifica, que não é só nacional, mas sim como a sciencia universal, incumbida naturalmente da construcção theorica do direito.

Ainda ahi deve o legislador examinar a materia com cuidado para só acceitar as conquistas reaes da jurisprudencia scientifica, distinguindo, separando e rejeitando as concepções theoricas de juristas isolados, mesmo que tenham recebido a sancção de alguma autoridade legislativa.

Posto que seja assim limitada a materia sobre a qual o legislador tem de operar, não é facil, antes

erçada de serias difficuldades, a tarefa legislativa, principalmente quando tem de ser desempenhada sobre todo o corpo do direito civil.

Descriminar as instituições, agrupar em torno de cada uma dellas as regras que lhe sejam relativas, reduzir a quantidade dessas regras e melhorar-lhes a qualidade, dar-lhes uma forma adequada, distribui-las methodicamente, e finalmente, distribuir as instituições juridicas assim compostas, conforme o systema adoptado, taes são as operações de que ha de sempre depender o bom exito da elaboração de um codigo civil.

Na discriminação está o reconhecimento das instituições: estas, verdadeiros corpos juridicos, segundo a feliz expressão de Ihering, têm as suas condições de existencia independente, e estas condições devem ser bem verificadas, afim de que não possa aquella qualidade ser usurpada, indebitamente augmentado, com a usurpação, o quadro das instituições, falseada, portanto, ou perturbada a obra legislativa.

As instituições, reconhecidas, devem ser meditadamente consideradas, em seu principio e em seu fim, em sua natureza ou elementos fundamentaes, cada um de per si, isoladamente, todas nas relações que tenham ou possuão ter umas com as outras.

Só deste exame póde derivar o conhecimento exacto, a discriminação perfeita; como se faz mister para tarefa tão escabrosa.

Sem elle, não poderá o quadro das instituições ser expurgado de creações, reaes, é verdade, mas que ainda não reúnem em si as condições de uma existencia independente.

Sem elle, não terão as instituições a distribuição que a natureza lhes assignala, e algumas, por terem certos caracteres communs, serão confundidas, não obstante a especialidade que as distinga, difficultan-

do-se-lhes, por esta fórma, a comprehensão ou o conhecimento, abrindo-se a porta a erros de applicação, quebrando-se a economia do direito, impossibilitando-se a fundação da unidade systematica, que é requisito essencial a todo o direito bem constituido.

Depois das instituições, vem a consideração das regras, a carne e o sangue do direito, no dizer da jurisprudencia allemã. Pois que o direito é uma das faces da vida, as regras são tantas quantas as relações, que a vida tem creado entre os homens.

Compreende-se que para cada relação não pôde ser conservada uma regra especial, para cada caso uma disposição, e a parte geral, mesmo como foi comprehendida, já tem conseguido, pela generalisação, a eliminação de muitas dellas.

Ainda ha porém, a respeito das regras ou das disposições da parte especial, alguma cousa confiada á tarefa legislativa. Umhas existem realmente no corpo das leis, outras têm a sua existencia latente, com base no sentimento juridico nacional, outras são apenas preconizadas pela experiencia dos povos policia-dos; devem todas ser cuidadosamente examinadas, confrontadas e apprehendidas em suas relações, fundidas se fôr possível, dando-se-lhes uma fórma geral, mediante uma expressão mais intensa, modificadas, alteradas ou substituidas conforme a experiencia dos povos cultos.

Melhoradas na qualidade e reduzidas na quantidade, deve-se-lhes dar uma fórma clara, precisa, rigorosa, technica, em a qual só se veção os vocabulos consagrados e sómente elles, e sempre elles, quando se queira designar a mesma cousa ou a mesma idéa.

A ninguem é dado duvidar do valor da linguagem para a expressão do pensamento; isto que na pratica geral da vida é uma verdade commum, em materia scientifica ou de legislação assume as propor-

ções de uma verdade necessaria, sem a qual, nem a sciencia, nem a legislação podem ter vida.

IV. Passando a considerar o projecto, á luz dos principios acima assentados, a commissão começa por notar que no desdobramento da parte especial abandonou elle completamente o plano e a terminologia do contracto.

Começa pelo «Direito das obrigações» que pelo contracto com a denominação de «Direitos pessoaes» devia ficar em terceiro lugar; alterou a denominação do segundo livro que passou a ser «da posse, da propriedade e dos outros direitos reaes»; passou para o terceiro livro o «Direito da familia», que pelo contracto devia estar em primeiro lugar; finalmente no fundo e na fórma modificou completamente o 4º livro, que, supprimida a restituição «integrum», e distribuidas pelos outros livros as materias não indicadas no contracto, não se occupou com o «concurso de direitos», mas foi exclusivamente dado ao «direito das successões.»

A este proposito a commissão cumpre o dever de reconhecer que, salva a intrusão da prescripção na parte geral considerada como factu juridico, o plano do projecto é sem duvida superior ao contracto; pois que é o mesmo da classificação allemã, a que a commissão já acima referio-se, modificada apenas pela anteposição do direito das obrigações ao direito das cousas.

Não obstante ter-se assim apartado do contracto e invertido os dous primeiros termos da classificação allemã, o illustre autor do projecto não julgou-se obrigado a apresentar exposição escripta em que indicasse os motivos do seu procedimento, e, na unica conferencia que teve com a commissão, nenhuma razão scientifica adduzio em fundamento da inversão da classificação de Thibaut.

E' verdade que ao projecto do Codigo Civil Allemao apresentado ao chanceller do Imperio em 1877, e até ao presente sujeito a estudo de commissão nomeada pelo Governo, iniciou na classificação a antecipação do direito das obrigações ao direito das cousas, mas a commissão acredita que esta anteposição foi principalmente determinada por uma razão toda peculiar áquelle paiz.

E' sabido que a unificação da legislação civil, decretada na Allemanha por modificação constitucional de 1873, não pôde ainda até ao presente ser levada a effeito pela opposição que lhe fazem os diversos Estados allemães. E' certo que deste 1871 esses Estados acceitárão o direito das obrigações como materia federal, commum a todos elles: em uma legislação ou em um codigo que quer ser o mesmo para todos os Estados federados, nada mais logico do que dar-se o primeiro lugar ao direito das obrigações, que já é commum a todos, e que por isso mesmo serve para demonstrar-lhes a possibilidade e a necessidade da unificação.

V. A parte geral do plano foi executada de modo muito diverso daquelle pelo qual a commissão comprehende.

Não foram só os elementos geraes do direito apurados pelo processo analytico acima referidos, que ahi tiverão collocação: de envolta com elles o projecto contém materias inteiramente estranhas á competencia de um codigo civil e materias pertencentes á parte especial.

O Tit. 3º do Liv. 1º inscripto «Dos brazileiros e estrangeiros» não só occupa um lugar indevido na parte geral, como usurpa mesmo um lugar no quadro do direito civil.

A determinação da nacionalidade é assumpto que só compete ao direito politico ou constitucional: as-

sim o comprehendeu já a Constituição do Imperio, em 1824, assim o entendeu tambem a Constituição da Republica, de 24 de Fevereiro de 1891.

Ao direito civil compete determinar a personalidade, quer a physica, quer a juridica, pois esta é a qualidade sobre que elle se funda, assim como a nacionalidade é a qualidade sobre que se funda o direito politico; este só compete ao nacional, como aquelle só compete á pessoa, qualquer que seja a nacionalidade.

Esta é a concepção scientifica dos tempos modernos, já actualmente consagrada na legislação dos povos civilizados: para não citar senão um, o codigo chileno, em vez das tantas disposições de que se compõe esse titulo da parte geral do projecto, com uma simplicidade e uma elegancia admiraveis, diz apenas o seguinte no art. 57: «La lei no reconhece diferencia entre el Chileno i el extranjero encuanto a la adquisicion i goce de los derechos civiles que regula este Codigo»

O Cap. 5º do Tit. 3º do Liv. 2º, tratando dos bens em relação aos seus proprietarios, contém disposições minuciosas relativamente á demarcação, divisão, distribuição e aforamento de terrenos pertencentes á União, na zona da futura Capital Federal, aos Estados e aos municipios, chegando ao ponto de tratar das dimensões dos lotes e das edificações naquelles que tiverem sido aforados, (arts. 135 e 136): nem deve um codigo civil tratar de tal assumpto, nem póde o nosso attentas as disposições constitucionaes actuaes, dispôr de bens pertencentes aos Estados e aos municipios.

Os registos de nascimento, obitos e naturalisação occupão tambem um largo espaço da parte geral, pois foram-lhe destinados os capitulos 2º, 3º, 4º e 5º, do Tit. 1º, do Liv. 3º.

A commissão é de parecer que o projecto não devêra ter passado das disposições primeiras sobre este assumpto; uma lei especial poderia trata-lo com maior desenvolvimento, e finalmente os regulamentos completarião a obra da lei com as minucias das disposições relativas; a não ser assim ter-se-ha a anomalia de estar o codigo civil a dispôr sobre solemnidades, fórmãs e dimensões dos livros de registro, sobre o modo de escrevê-los e até sobre as horas do serviço.

Tambem a prescripção, ao vêr da commissão, não é matéria que deva e possa ser considerada na parte geral, onde o projecto a collocou (arts. 214 e seguintes) tratando-a, já na face acquisitiva como modo de adquirir a propriedade, já na extinctiva, como modo de extincção dos direitos pessoaes, não deve e não póde porque, como instituição toda especial, está subordinada a disposições peculiares do direito que lhe determinão a existencia, que lhe assignalão as condições da vida, que lhe definem as especies, discriminando em cada uma os requisitos a serem preenchidos, e finalmente que lhe estatuem os effeitos.

E' bem de ver-se que disposições assim relativas a uma creação especial não podem ser collocadas ao lado daquellas que só apresentam os elementos que pelo seu character de generalidade devem ser considerados como os elementos logicos do direito, pois que são exactamente os que, combinando-se, entrão na formação das regras por meio das quaes elle funciona.

Quanto aos elementos geraes de direito, matéria propria que essa parte do projecto contém, a commissão tem o dever de observar que o modo pelo qual são apresentados deixa muito a desejar, quando se trata de averiguar se esta parte geral preencheu

realmente o intuito que se collima com a divisão das materias do codigo.

A personalidade physica e juridica e a capacidade civil são tratadas de modo tal que antes confundem do que preparão o espirito de quem queira entrar no conhecimento do direito.

A pessoa juridica é apresentada em pedaços, parte no Cap. 1º do Tit. 2º do Liv. 1º arts. 7 a 10, parte no Cap. 2º, arts. 18 a 29, parte no Cap. 3º, arts. 30 a 40, parte no Cap. 5º do Tit. 2º do Liv. 3º, arts. 190 a 207, parte em artigos esparsos, como por exemplo os arts. 222, 223 e outros, que poderião ser citados.

Confrontando-se disposições (arts. 7, 18 e 30) parece que a fundação não é pessoa juridica civilmente constituída e sim uma nova criação que nem é a pessoa physica, nem é a pessoa juridica.

Contemplando-se o art. 18 elle nos revela (§ 3º) uma pessoa juridica differente das outras, autinomica com a idéa juridica de todos que procurão conhecer o direito, relativamente a essa classe de pessoas: é uma pessoa juridica que, em relação aos seus proprios bens, admitte direitos identicos nas pessoas dos individuos que a compõem materialmente.

A capacidade civil é tratada de um modo injusto e com terminologia nova, não superior á antiga e inexacta para o proprio projecto: é bastante lembrar a tutela marital do § 6º do art. 14, e a incapacidade do preso em carcere privado ou em cumprimento de sentença, com o que pretende o projecto não só trazer, como ainda ampliar no nosso meio juridico os effeitos da antiga servidão da pena dos romanos.

Iguaes observações poderião ser feitas pela commissão, relativamente aos outros dous livros da parte geral: faltando-lhe o tempo que isso demandaria, limita-se a dizer que elles não escapão á conside-

ração a uma apresentada de modo geral, isto é, não satisfazem aos intuitos da divisão do plano do código.

VI. A parte especial do projecto também não escapou do defeito na distribuição das materias.

De lado muitas disposições de processo que indebitamente occupão lugar no quadro das materias e que se não podem encontrar justificação na razão geral das cousas, são hoje principalmente condemnadas pelo actual regimen politico do paiz, que a cada um dos Estados, de que se compõe a União Brasileira, deu competencia para regular as materias do processo, a commissão encontra entre as materias proprias do quadro uma distribuição irregular, que está muito longe de se conformar com o organismo vivo do direito conforme a construcção da jurisprudencia scientifica; do qual o código não deve ser menos do que a imagem reflexa.

Já a commissão teve o cuidado de accentuar a a necessidade de um perfeito reconhecimento, de uma exacta discriminação de todas as instituições para que no código seja cada uma dellas aquillo que realmente é no direito conforme o tem determinado o sentimento nacional, a legislação existente e a doutrina scientifica.

A collocação inexacta, a classificação erronea, o defeito da determinação dos elementos fundamentaes ou caracteristicos, a confusão das instituições juridicas, são forças que produzem necessariamente o erro no conhecimento, na applicação das disposições, embaraço a realisação do direito, perturbão o mecanismo da vida e prejuízo a economia social.

Foi já por defeito na apreciação exacta das materias que o projecto tratou da nacionalidade, como materia pertencente ao quadro do direito civil, e da prescripção, como materia que pudesse ser alinhada no plano da parte geral.

Mas não se limitarão a estes os fructos da apreciação inexacta, e a comissão vai apontar os que lhe parecerão mais salientes:

1.º A locação, tratando-se de cousas, é apresentada pelo projecto como o contracto pelo qual «um dos contrahentes se obriga a ceder, durante um tempo determinado ou não, o uso ou o gozo de uma coisa ao outro que se obriga a pagar-lhe um preço proporcional ao tempo». O projecto apresenta-a nestes termos como um direito puramente pessoal (se obriga a ceder), e nessa conformidade consigna varias disposições, como principalmente a do § 3º do art. 717.

No art. 710 apresenta-a como «direito de servidão»; no art. 711 confunde-a com a emphyteuse, equiparando o locatario ao emphyteuta, e conferindo-lhe direitos que só a emphyteuse contém; no art. 736 apresenta-a como um direito real especial, e confirma esta apresentação com os arts. 1700 § 2º 1811 e seguintes; nos capitulos 4º e 6º deste mesmo titulo, arts. 789 e 818 e seguintes, apresenta-a como sociedade, considerando como locações a parceria agricola e a pecuaria, que, por natureza, são verdadeiras sociedades; finalmente, no Tit. 18 do Liv. 3º, art. 2352 e seguintes, tratando especialmente da locação de serviços domesticos apresenta-a como uma relação de familia.

Vê-se por ahí que a locação é, para o projecto, direito pessoal, direito real especial, direito de servidão, direito de emphyteuse, direito de sociedade e, finalmente, direito de familia; e conclue-se que não é possível comprehender-se a natureza de uma instituição, que assim é apresentada com qualidades tão diversas, cada uma das quaes altera-lhe substancialmente a natureza intima.

2.º O contracto de edição é tratado pelo projecto como uma figura especial de direito. O art. 843 o institue do seguinte modo: «Considera-se contracto de edição aquelle pelo qual o autor de uma obra scientifica, litteraria ou artistica, ou seu legitimo representante, se obriga a entrega-la a um editor, que, por seu turno, se obriga a reproduzi-la em um numero mais ou menos consideravel de exemplares e a espalha-los pelo publico.»

Não é possivel por esta apresentação chegar-se a conhecer qual o carateristico do novo contracto, nem ao menos qual o motivo teleologico que o domina, e esta impossibilidade se accentua em face do art. 861, em que o projecto trata de uma hypothese que absolutamente não pôde estar contida no art. 843.

Da leitura, porém, dos artigos em que é tratado o contracto de edição, resulta que elle é, para o projecto, ou a venda da propriedade litteraria, ou a locação da industria ou serviços do editor, que se encarrega da impressão da obra intellectual (art. 844), ou a locação de serviço profissional (art. 861), a que se refere o projecto no § 4º do art. 766, quando o editor por sua conta encarrega a alguém de escrever ou colleccionar um trabalho litterario.

No estado actual do nosso direito não será preciso senão recorrer, pensa a commissão, ás disposições relativas a essas instituições, salvas as clausulas que as partes entenderem convenientes á regulamentação de suas respectivas posições juridicas.

3.º A posse está bem collocada no primeiro titulo do Livro 22; é por assim dizer o vestibulo do edificio dos direitos reaes; mas a commissão não pôde deixar de reconhecer que o projecto não foi feliz no modo pelo qual a considerou.

A posse é para o projecto a manifestação de um poder material sobre a cousa unida á vontade do

detentor exercer esse poder no seu proprio interesse (art. 1325); o inquilino, o rendeiro, o locatario de uma cousa qualquer, todos que detêm em nome de outro, mesmo o detentor precario, desde que tem sobre cousa um interesse legitimo, são possuidores segundo a concepção do projecto.

Mas, porque destruir deste modo a belleza da admiravel theoria que a sabedoria juridica dos romanos tão bem soube formular, e que a doutrina scientifica até ao presente ainda não pôde alterar? Porque desconjuntar-lhe o systema?

A commissão diz destruir a belleza da theoria e desconjuntar o systema romano, porque o projecto, nas disposições que consagrou, não conseguiu subverter a idéa juridica dos romanos sobre a posse, que irrompe sempre e imponente, senão na lettra do projecto, ao menos no pensamento: ahi está no artigo 1,363 alguém que detem a cousa, por motivo legitimo, e no interesse proprio, e que não é possuidor, apesar de ser chamado possuidor; ahi está no art. 1,318 o inquilino, possuidor de boa fé, porque a posse de boa fé, como diz o art. 1,333, apenas *suppõe uma tomada sem vicio e sem titulo que a justifique*, e que, entretanto, no pensamento do projecto não ha de por certo fazer seus os fructos da cousa locada.

Considerando-a aqui como capaz de fundar um direito real (art. 1,355, com o qual estão de accordo os arts. 105 e 1.803), com a disposição do art. 84 elimina-a do quadro dos direitos reaes. Não é possível comprehender-se a posse considerada ao mesmo tempo como direito real e como direito pessoal; e sobre isso a commissão acrescenta que a concepção da posse como direito real é ainda um ensaio de construcção theorica, que, comquanto adoptada em alguma legislação positiva (codigo do Cantão de

Zurich), não foi sancionada pela doutrina geral, de modo a estar constituída como verdadeira construcção scientifica.

4.º O Tit. 5.º do Liv. 2.º inscreve-se — *Das servidões*, o cap. 1.º desse titulo inscreve-se — *Das servidões prediaes*: isto é o bastante para julgar-se mal do modo pelo qual o projecto considerou a materia das servidões.

A concepção scientifica da servidão apresenta-a como um onus real, constituído sobre um predio pertencente a um dono em beneficio de outro predio pertencente a dono diverso; não ha, pois, servidão que não seja predial.

A inscripção do capitulo, em vista disto, ou é pleonastica, ou é a demonstração viva de que o projecto fez da materia uma apreciação inexacta, que no desenvolvimento ha de forçosamente produzir as suas necessarias consequencias.

Effectivamete a commissão nota que o projecto, apartando-se da concepção scientifica da servidão, foi levado a incluir neste titulo, considerando-os como servidões, o usufructo, o uso, a habitação, e até a renda constituída sobre immoveis (Caps. 2.º, 3.º e 4.º), instituições que, se têm de commum com as servidões a natureza real, dellas se distinguem pelos caracteristicos que lhes dão existencia especial.

A concepção erronea, a que o projecto se abraçou, levou-o mais a não guardar fidelidade, ainda mesmo ás suas denominadas «servidões prediaes».

E' assim que, dando no art. 1543 a «servidão predial» como aquella que é «sempre estabelecida em favor de um predio sobre outro pertencente a diverso dono, que em razão della é impedido de fazer ou obrigado a tolerar alguma cousa, que aliás poderia fazer ou não soffrer», no art. 1544 dispõe «que a materia de uma servidão predial póde, por accor-

do entre os donos dos predios, dominante e serviente, ser convertido em onus real deste em beneficio de uma determinada pessoa juridica, ou de um certo individuo»; de modo que para o projecto ha a servidão predial, que é onus entre predio e predio, mas póde haver uma «servidão predial» que seja onus entre predio e pessoa..

5.º A hypotheca e a antichrese tambem não foram discriminadas pelo projecto, e a confusão destas duas instituições determinou a apresentação da antichrese no titulo destinado á hypotheca, como se a antichrese fosse hypotheca, ou se não podesse ter existencia independente delle.

E assim entendeu effectivamente o projecto, conforme o art. 1769, que lhe revelaria o conceito, se por ventura já não fosse sufficiente o facto de considerar elle a antichrese como um capitulo da hypotheca.

Diz esse artigo:

«Quando nos termos do art. 1644 o contrato hypothecario confere o usufructo da cousa ao credor, este ficará pelo mesmo facto investido dos direitos e sujeitos ás obrigações do usufructo».

Esta disposição que ahí fica transcripta é ainda um pouco mais compromettedora: ella revela que, se o projecto começou confundindo a antichrese com a hypotheca, acabou confundindo-a com o usufructo; de sorte que para o projecto a antichrese, que não póde existir senão com a hypotheca, resume-se afinal no usufructo da cousa hypothecada.

Que instituição é essa que não tem existencia independente, que não tem regras que lhe sejam especiaes?

E' evidente que o projecto a si mesmo se condemna, referindo-se a uma instituição que, no seu conceito, não tem existencia juridica.

E, entretanto, é elle mesmo que acredita na existencia da instituição, e é certo que existe, e que é distincta da hypotheca, e que tem as suas regras especiaes, e que não se confunde com o usufructo.

VII. Depois das considerações que acabão de ser feitas relativamente aos lineamentos geraes sobre que o projecto executou a parte especial do código, a commissão julga-se dispensada de descer ao exame do desenvolvimento dado ás diversas materias juridicas.

A ninguem é dado construir sobre fundamentos falsos: com tal comprehensão das instituições, o projecto não poderia ter-lhes dado o desenvolvimento completo, exacto e harmonico.

A commissão, porém, não ultimarà as suas observações sobre a parte especial do projecto, sem ligeiras referencias ao direito da familia, em relação ao qual são muitas as modificações propostas ao direito vigente, umas sem razão conhecida e de difficil descobrimento, outras sem preencher o fim que lhes póde ser attribuido.

O projecto começa apresentando a familia como *uma sociedade natural e necessaria, elementar da civil e independente della nas suas relações moraes*, fundada ou constituida pelo casamento (art. 1821 e e 1823); é a idéa juridica da familia.

Ahi mesmo, porém, no Cap. 1º do Tit. 1º do Liv. 3º onde se achão os arts. 1821 e 1823, a commissão encontra, como concepções diversas, cinco especies de familia, as quatro do art. 1822 (a familia natural, a familia civil, a familia legitima, a familia domestica) e a do art. 1824 em que se apresenta a familia *constituída por uma só pessoa natural*.

E' facil comprehender-se que isto desvirtua completamente a idéa fundamental, e impossibilita sobre

as relações de familia o regular desenvolvimento das regras respectivas.

Desta obliteração da idéa fundamental da familia proveio sem duvida o facto de permittir o projecto (art. 2,147), ainda depois do pai casado, o reconhecimento de filhos naturaes, que entrão a fazer parte da familia com iguaes direitos aos do filho legitimo, pois que o art. 1,826 dispõe que «a lei equipara aos legitimos os filhos naturaes reconhecidos na sua conformidade.

Desta mesma fonte proveio a confusão com que é tratada a materia relativa ao regimen do casamento (Tit. 4^o, arts. 1,974 a 2,095), em vista da qual não é permittido saber-se qual seja para o projecto o chamado regimen commum ou regimen legal, isto é, aquelle que, pelo direito actual, resulta immediatamente da lei, quando os conjuges, antes do casamento, nada tenham pactuado sobre o regimen de seus bens.

Nem sobre isto se pôde dizer que tenha o projecto supprimido este regimen legal, para só adoptar o convencional, conforme conclusão autorisada pelo § 5.^o do art. 1877, porque ahi está o art. 1974 a dizer, não que é obrigatorio, mas que «é licito aos contrahentes» estipular em contracto anterior o regimen de casamento que queirão adoptar.

O projecto trata de dous dotes, isto é, de duas instituições diversas com o mesmo nome: uma é o dote na significação rigorosamente juridica, acceita pelo direito vigente, isto é, aquelle que constitue regimen dotal (arts. 2.016 a 2.067); a outra é criação do projecto, e vem a ser aquelle que o pai é obrigado a fazer á filha que se casa, ou a ratear, por occasião do casamento, entre a que se casa e as solteiras, se porventura a que se casa não precisa de dote (arts. 1.967 a 1.973).

A comissão julga-se desobrigada de dizer qual-quer cousa a respeito; uma criação tão extravagante não merece as honras da consideração.

A emancipação tem, para o projecto, significação muito diversa daquella que todos até aqui lhe têm attribuido.

No rigor do direito, emancipação quer dizer solução do patrio poder; emancipados são todos aquelles para os quaes se tem rompido o vinculo de subordinação ao poder do pai, sem attenção ao motivo, ou a idade e condição.

Uma expressão erronea, infelizmente adoptada em texto legislativo (art. 1.º § 2.º do Codigo Commercial), deu lugar ao emprego do vocabulo em significação diversa da juridica com applicação ao menor supplementado, isto é, munido de supplemento de idade.

O projecto abandona a significação technica, adopta a que, produzida pelo erro de applicação, modifica-a um pouco, e apresenta, com o mesmo nome, criação inteiramente nova para o direito; a emancipação quer dizer capacidade para os actos de simples administração (art. 2.283).

Emancipão-se os menores que se casão, e os de 18 annos, que, do pai, da mãe ou do conselho de familia, conseguem esta concessão; mas a capacidade que a emancipação lhes confere não os livra da curatella, pois o menor que se casa fica sujeito á curatella do pai, na falta deste, se a mulher fôr maior, á da mulher, se fôr menor, á da mãe, se ambos forem menores, á de um curador nomeado pelo conselho de familia ou de tutela (art. 228).

A emancipação assim constituida, nascida de um erro na applicação da palavra, é um verdadeiro retrocesso, quando se attende ao estado actual do nosso direito, segundo o qual os menores casados e os sup-

plementados não estão sujeitos á curatella, são em tudo equiparados aos maiores, salva a restricção relativa aos bens de raiz.

A administração das pessoas e bens dos menores é extraordinariamente complicada pelas disposições do projecto (arts. 2.205 a 2.276); elle institue um protutor, entidade distincta do tutor, mas que deve existir com elle e ao lado d'elle; crêa um conselho de familia, um conselho de tutela, conselhos especiaes em alguns casos mais importantes, e distribuindo funcções a todas estas creações, embaraça a administração e não consegue diminuir nestes negocios a intervenção judicial.

O Tit. 10 deste livro com a inscripção — «Da tutela dos incapazes e da curatella dos interdictos» — vai além das disposições da parte geral (art. 14), augmentando o numero dos interdictos e ampliando a idéa da prodigalidade, contra a tendencia do direito, em taes materias, sempre restrictiva.

VIII. A commissão vai terminar o seu trabalho.

A má comprehensão das instituições fatalmente traria consigo não só a má distribuição das materias como o inexacto e insufficiente desenvolvimento dado ás mesmas.

Accrescentem-se a isto a lamentavel redacção ou fórma dada a quasi todas as disposições do projecto, a falta de logica na deducção das consequencias resultantes dos principios estabelecidos, as antinomias flagrantes, que são abundantes, e a conclusão será forçada: o projecto não tem as condições necessarias para ser acceito, ainda mesmo nos termos da proposta feita nas — disposições addicionaes transitorias, — como base de revisão para o futuro Codigo Civil da Republica.

E' este o parecer da commissão.

A insuficiencia dos que foram incumbidos de missão tão ardua, e a escassez do tempo que lhes foi dado, justificação de sobra, aos olhos dos doutos, a grande deficiencia deste trabalho: a commissão, porém, tem a consciencia de que procurou cumprir o seu dever.

Rio de Janeiro, sala da commissão, na Secretaria da Justiça e Negocios Interiores, 27 de Julho de 1893.—Antonio José Rodrigues Torres, neto, presidente.—Antonio Dino da C. Bueno, relator.—M. do N. Machado Portella Junior.

O PRIMEIRO ANNO DO CURSO JURIDICO, EM 1828

Para aqui trasladamos (1), como subsidio á historia da Faculdade de Direito de S. Paulo a lista dos estudantes matriculados em 1828, os primeiros que iniciaram o seu curso nesta Faculdade.

1 Antonio Paes de Camargo, natural da villa de Sorocaba, provincia de S. Paulo.

2 Manuel Dias de Toledo, natural da villa de Porto Feliz, provincia de S. Paulo.

3 José Antonio Pimenta Bueno, natural desta cidade de S. Paulo.

4 José Christiano Garção Stockler, natural da villa de S. João d'El-rei, provincia de Minas Geraes.

5. Vicente Pires da Motta; natural desta cidade de S. Paulo.

6. José Fernando de Almeida, natural da cidade do Rio de Janeiro.

7. Francisco José Pinheiro Guimarães, natural da cidade do Rio de Janeiro.

8. José Ignacio Vaz Vieira, natural da cidade do Rio de Janeiro.

(1) *O Farol Paulistano*, n. 104, de 16 de Abril de 1828.

9. Marcellino Ferreira Bueno, natural desta cidade de S. Paulo.
10. Felisberto Gomes Jardim, natural da villa de Sorocaba, provincia de S. Paulo.
11. João José Coutinho, natural da cidade do Rio de Janeiro.
12. Pedro Antonio de Oliveira, natural da cidade do Rio de Janeiro.
13. Manuel de Jesus Valdetaro, natural da cidade do Rio de Janeiro.
14. Emilio Paulo de Carvalho, natural desta cidade de S. Paulo.
15. José Gaspar dos Santos Lima, natural da villa Nova do Príncipe, provincia de S. Paulo.
16. Fernando Sebastião Dias da Motta, natural da cidade do Rio de Janeiro.
17. José Barbosa de Oliveira, natural da cidade da Bahia.
18. Antonio Mariano de Azevedo Marques, natural desta cidade de S. Paulo.
19. Manuel Alves Alvim, natural desta cidade de S. Paulo.
20. José Antonio dos Reis, natural desta cidade de S. Paulo.
21. Manuel Joaquim do Amaral Gurgel, natural desta cidade de S. Paulo.
22. João Affonso de Moraes Torres, natural da cidade do Rio de Janeiro.
23. Francisco de Assis Pupo, natural da villa de Iguape, provincia de S. Paulo.
24. Joaquim Firmino Pereira Jorge, natural da villa de S. Sebastião, provincia de S. Paulo.
25. Tristão Antonio de Alvarenga, natural da villa da Campanha da Princeza, provincia de Minas Geraes.

26. Francisco Augusto de Oliveira Muniz, natural da villa de Iguape, provincia de S. Paulo.

27. Francisco Antonio da Costa Machado, natural da villa de Iguape, provincia de S. Paulo.

28. Joaquim Pedro da Costa Lobo, natural da cidade da Bahia.

29. Luiz Fortunato de Brito, natural da cidade do Rio de Janeiro.

30. João José Cardoso, natural da cidade do Rio de Janeiro.

31. Manuel Euphrasio de Azevedo Marques, natural desta cidade de S. Paulo.

32. Cyrino Antonio de Lemos, natural do S. Gonçalo da Campanha, provincia de Minas Geraes.

33. Jeronymo Maximo de Oliveira e Castro, natural da cidade de Ouro Preto, provincia de Minas Geraes.

De S. Paulo..... 18

Do Rio de Janeiro..... 10

De Minas Geraes..... 4

Da Bahia..... 2

Total..... 33

NECROLOGIA

José Ignacio Silveira da Motta

O conselheiro José Ignacio Silveira da Motta, ex-senador do Imperio, lente jubilado da Faculdade de Direito de S. Paulo, falleceu na cidade do Rio de Janeiro, no dia 16 de Outubro do corrente anno.

Natural da extincta provincia de Goyaz, onde nascera em 1807, fez os seus primeiros estudos em Lisboa. Em 1833 recebeu o gráo de bacharel em direito pela Faculdade de S. Paulo, e nesse mesmo instituto defendeu theses, sendo approvado, em 14 de Março de 1834. Entrou logo depois em concurso, e por decreto de 20 de Junho daquelle anno, foi nomeado lente substituto e iniciou o seu magisterio leccionando direito criminal. Regeu como cathedratico a segunda cadeira do antigo quinto anno, e foi della removido em 1854, para a de direito administrativo então creada, e cujo curso installou em 1855. Nesse anno, por carta de 27 de Abril de 1855 foi escolhido senador do Imperio pela provincia de Goyaz, em substituição do senador José Antonio da Silva Maia, fallecido a 3 de Outubro de 1853, e tomou assento no dia 8 de Maio de 1855. Pelo que, requereu sua jubilação.

Na oitava legislatura (1850 a 1852) e na nona (1853 a 1856) representou a provincia de S. Paulo na camara dos deputados. Foi durante quatro annos membro da assemblea provincial de S. Paulo. Assim teve quarenta e seis annos de vida parlamentar.

Em 1892 foi inaugurado o seu retrato no salão de honra da Faculdade.

A congregação dos lentes, em sessão de 27 de Outubro, por unanimidade de votos consignou o seu pezar pelo fallecimento do conselheiro José Ignacio Silveira da Motta.

Dr. Augusto Miranda

Em Rezende, Estado do Rio de Janeiro, falleceu na idade de vinte e nove annos, o Dr. Augusto Nogueira da Rocha Miranda, lente substituto da sexta secção da Faculdade de Direito de S. Paulo. Filho legitimo do barão e da baroneza do Bananal, Augusto Miranda seguiu o curso medico em a Faculdade de Medicina da Bahia, e ali recebeu o gráo de doutor em 1887. Nasceria em Rezende.

Nomeado lente substituto por decreto de 21 de Março de 1891, tomou posse em 22 de Abril seguinte.

Em sessão de 27 de Outubro ultimo, a congregação dos lentes unanimemente resolveu lançar em acta um voto de pezar pelo prematuro fallecimento do Dr. Augusto Miranda.

INDICE

	Pags.
Commissão de Redacção	3
Introducção	5
Theoria do Processo	7
Direito civil	33
Regimen hypothecario	45
Direito Romano	55
Direito administrativo	65
Direito Publico	87
Pratica Forense	101
Decisões	149
Archivo:	
Congregação dos Lentes	155
Bens dotaes	161
Projecto do Cod. civil	172
O primeiro anno juridico	196
Necrologia	199



ERRATA

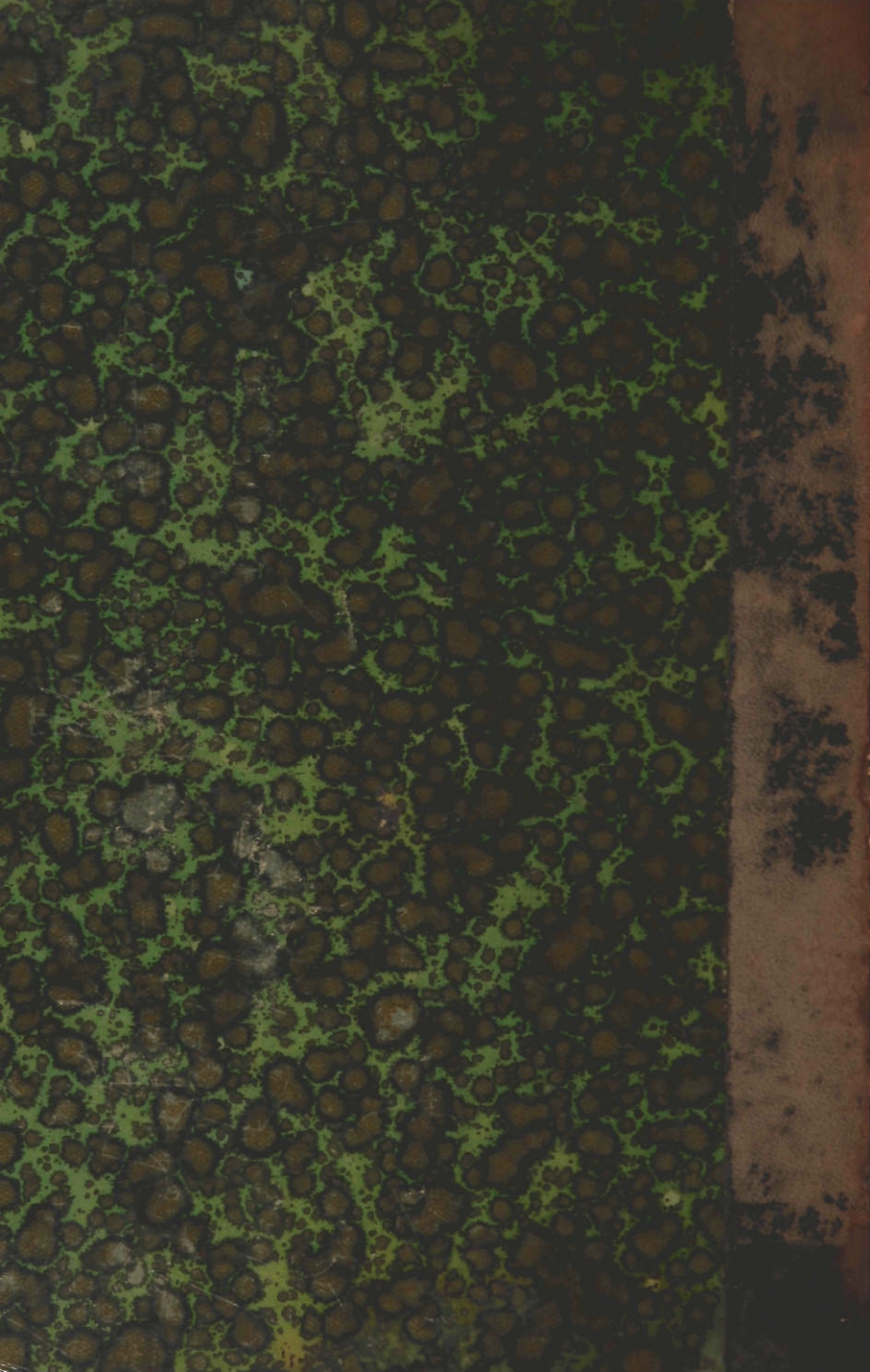
Pag.	Linh.	Erros	Emendas
8....	8.....	<i>assistance</i>	<i>existence</i>
»....	27.....	8; X.....); cap. 8.º, X,
»....	36.....	<i>singolis</i>	<i>singulis</i>
9....	10.....	<i>daquelles</i>	<i>daquellas</i>
»....	22.....	util na	util, na
10....	7..	firmar-se-á	firmar-se
»....	20.....	<i>judicio</i>	<i>judicis</i>
13....	5.....	desequilibrados	desequilibradas
15....	penult. ...	<i>nou</i>	<i>non</i>
»....	ult.	<i>movere</i>	<i>muovere</i>
16....	3.....	{subdivide-se administra- tivo.....}	{subdivide-se em
20....	2.....	esse	este
21....	14.....	Mucini	Mancini
»....	26.....	reputação.....	refutação
23....	18.....	a definição	á definição
24....	12.....	<i>de mot</i>	<i>du mot</i>
»....	15.....	HAUC	<i>Hanc</i>
»....	21.....	<i>spesialmente</i>	<i>spesialmente</i>
»....	».....	lêa-se :	{ <i>das Recht ist das Er- zeugende, die Klage das Erzeugte.</i>
25....	17.....	<i>potestates</i>	<i>potestas</i>
27....	antepen. ...	<i>judicii</i> :... ..	<i>judicium</i>
29....	20.....	criteto.....	critério











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).