

SEGUNDA EDIÇÃO

POSTILLAS DE PRATICA

Collecção completa das licções de Pratica
do anno de 1885, precedidas de cinco
licções de Hermeneutica Juridica e
seguidas de dez de Processo Criminal
inteiramente correctas



S. PAULO

TYPOGRAPHIA AMERICANA, LARGO DE PALACIO N. 2

1872.

HERMENEUTICA JURIDICA

LENTE — O EXM. SR. CONSELHEIRO JOAQUIM IGNACIO RAMALHO

COMPENDIO — DR. PAULA BAPTISTA — HERMENEUTICA JURIDICA

LICÇÃO I

Começaremos pela Hermeneutica Juridica, cujo estudo deve preceder ao de todo direito positivo, por isso que como todo o direito precisa ser entendido para ser bem applicado quando reduzido a leis, segue-se que o primeiro estudo do jurisconsulto consiste em conhecer perfeitamente as regras, segundo as quaes se deve apoderar do pensamento do legislador para genuinamente applical-as: é por isso que dissemos que deve preceder ao estudo do direito positivo o da arte de interpretar.

Não é possível que sufficientemente estudemos esta arte porque o tempo de que podemos dispôr o não permite; daremos, entretanto, aquellas regras principaes segundo as quaes poderão os senhores, com algum proveito, estudar as leis pátrias. Bem comprehendem os senhores que tratando da arte de interpretar as leis referimo-nos á Hermeneutica Juridica Patria e não á arte de interpretar qualquer pensamento, a qual pertence á hermeneutica philosophica. Comquanto seja a hermeneutica juridica uma arte especial vai buscar seus principios na hermeneutica philosophica, por isso teremos algumas vezes de recorrer no nosso estudo a esses principios geraes. Nós limitamo-nos á hermeneutica das leis patrias. Convêm conhecer a razão porque dissemos “*leis patrias*”; sabem os senhores que cada legislação tem seu systema, segue um principio que lhes serve de base e que domina todas as disposições de lei, além de que toda a legislação resente-se do paiz para que é feita, por causa da influencia da lingua, dos costumes, do regimen politico, etc., visto que tem cada nação seu caracter especial: é por isso que dissemos “*hermeneutica das leis patrias.*”

Esta Sciencia ainda não se acha em estado de perfectibilidade: os jurisconsultos romanos cujo merito é até hoje reconhecido não nos derão regras geraes, que podessem ser applicadas a um systema geral de interpretação juridica de todas as legislações, e que por consequencia podessem servir para a interpretação das leis patrias, nem mesmo aprofundarão esse estudo. É verdade que se encontrou em muitos titulos do Digesto muitas regras de interpretação tendo ellas servido de base ao estudo dos escriptores, que tirarão dahi grande proveito, como podem ver em Bœhmero. Exercit. 3^a *ad lib. Pandect.*

Mas cumpre notar que alguns escriptores abusarão desses principios, porque tomarão algumas regras como principios geraes e quizerão applical-as a todos os textos e assim enganarão-se, porque se ellas são verdadeiras e applicaveis em muitos casos, falhão tambem em muitos outros: não se as pôde por isso elevar a principio geral. Não se pôde todavia negar que essas regras de interpretação do Digesto tem dado muita luz sobre a sciencia, e servido de grande auxiliaer aos escriptores posteriores. Do que fica dito podem ver os senhores que os romanos não fizeram da hermeneutica uma sciencia especial, apenas formularão algumas regras para casos determinados, não apresentando principios geraes. Se assim fizeram os romanos, outras nações não se adiantarão mais, temos, entretanto, alguns livros que podem ser consultados.

O primeiro escriptor que tratou de reduzir a um systema especial a hermeneutica juridica foi Grotius, *de jure belli ac pacis*, cap. 16, seguindo se-lhe o seu discipulo Puffendorf nos seus tratados do *individuo e do cidadão*; depois temos Thomasius que tambem escreveu muita cousa util; deixando ainda de parte outros escriptores que igualmente tratarão, temos Eckardus que escreveu um volume sobre hermeneutica juridica, em que aproveitou muita cousa dos escriptos de seus antecessores, e reduziu a hermeneutica a principios geraes a um methodo theorico, é por isso essa obra de grande utilidade e todos recorrem a ella. Todos os escriptores, porém, de hermeneutica juridica escreverão debaixo da influencia das idéas de seu tempo.

Depois que espalhou-se na Europa o Direito Romano considerou-se elle como commum de todas as nações, subordinando se-lhe os estatutos nacionaes de todas ellas; e os escriptores fascinados pelo Direito Romano desprezavão o Patrio para segui-lo, em consequencia do que todos os escriptores que tratarão deste assumpto resentem-se de ter mais em vista o Direito Commum do que o Patrio: é o que acontece a Eckardus. Se consultarem estes jurisconsultos verão os senhores que elles escrevem mais um tratado de hermeneutica do Direito Romano do que dos estatutos nacionaes. Se os jurisconsultos de todas as nações forão descuidados sobre esse assumpto, os nossos muito mais o forão. Os escriptores primitivos de Portugal quasi nada fizeão, á excepção de uma ou

outra theoria que apresentação no correr de suas obras quando tratão da interpretação de algum texto, mas nada ha de especial sobre a materia.

Sabem os senhores que em Portugal prevaleceu o systema dos glossadores e se não fossem arrastados por isso teriamos, talvez, bons tratados de Hermeneutica, entretanto nos deixarão muitas obras, taes como Gama, *Decisões*, Vallasco, *Consultas e Partilhas*, sendo a primeira deessas obras de grande merecimento apesar de resentir-se da influencia dos glossadores de seu tempo, que tinham estabelecido como principio de interpretação os casos de julgar e os arestos, o que teve grande influencia, e seguiu Pêgas no seu *Commentario sobre as Ordenações* e nas *Resoluções Forenses*, interpretando toda a jurisprudencia segundo os arestos e os casos julgados, por isso o merecimento de seus escriptos consiste mais nisto do que em theorias.

Comprehendem, pois, os senhores que n'uma jurisprudencia que dava tanta importancia aos casos julgados e que se decidia em razão do maior numero de opiniões que havia de um lado do que de outro, não era possivel encontrar regras geraes de interpretação. E' este o defeito da jurisprudencia dos arestos e casos julgados. Apesar da revolução que se operou na jurisprudencia e que fez com que mais se attendesse ao texto, ás disposições do legislador deduzidas de suas palavras, do que á harmonia dos textos legislativos, revolução operada pela escola chamada dos textos á frente do qual apparecia Cujacius quando a jurisprudencia mais tendia para o seu desenvolvimento, justamente foi quando mais se afferrão aos arestos os nossos jurisconsultos, não podendo por isso a nossa jurisprudencia progredir como a de outros povos.

Estava reservado a Mello Freire fazer uma revolução nesta jurisprudencia como de facto fez na sua obra *Institutiones juris civilis lusitani*, na qual se encontra um systema racional de interpretação. Elle combate a jurisprudencia dos casos julgados e arestos, chamando-a de tenebrosa, e formula principios geraes e regras de Hermeneutica racionais, combatendo como perigosas as maximas enunciadas pelos escriptores das outras escolas. E' portanto, este trabalho o que conhecemos de mais perfeito sobre a materia e que sempre nos servirá como auxiliar.

Hoje está adoptado o Compendio do sr. dr. Paula Baptista pelo governo, por isso o seguimos, acompanhando o fundo das doutrinas de Mello Freire. Emittimos um juizo sobre a jurisprudencia portugueza, porque é a fonte da nossa, convém, entretanto, dizer duas palavras sobre a patria.

Temos recebido dos portuguezes quasi todos os defeitos de sua jurisprudencia, e se a temos aperfeiçoado é com grande esforço. Como dissemos, em Portugal prevaleceu o systema dos casos julgados e dos arestos, e comquanto apparecesse Mello Freire que o combateu, entretanto ainda hoje a nossa

jurisprudencia resente-se desse vicio; não se estudão os principios da Hermeneutica para interpretar uma lei, desde que se tem um aviso do governo, um aresto, uma decisão qualquer applicada a um caso, tem-se entendido applicavel aos Casos iguaes. E' verdadeiramente tenebrosa essa jurisprudencia, como diz Mello Freire. O inconveniente consiste em que os factos sempre se apresentam revestidos de circumstancias diversas, as quaes sempre de algum modo os modificão, pelo que succede que um facto especial que motiva uma decisão faz com que esta não se possa applicar a outro facto, porque para isso seria preciso o concurso de circumstancias idênticas ao do facto que motivou a decisão; ora, primeiramente é muito difficil que isso se verifique, e em segundo lugar este principio materialisa o estudo, e desde que elle se torna material são erroneas as decisões porque não é o principio dominante da lei que regula. Quando não se encontra um aresto applicavel ao caso occorrente está o jurisconsulto desarmado; mas, se em vez de estudar os casos julgados estudasse elle os principios geraes da lei para os casos occorrentes encontraria meios de solvel-os. Tem, pois, esta Hermeneutica inconvenientes. Tendo feito estas observações geraes, deixámos já entrever o systema que seguimos sobre interpretação, e passamos ao texto do Compendio.

§ I

Define o Compendio Hermeneutica juridica o *systema de regras para a interpretação das leis*. Esta definição é defeituosa: peca por excesso, nos tratamos da Hermeneutica da jurisprudencia patria, e não da geral ou philosophica, que traz regras para interpretação de todos os pensamentos; por isso esta definição assim concebida não particularisa o estudo da Hermeneutica das leis patrias: embora a Hermeneutica nos dê regras para a interpretação das leis em geral, todavia a legislação especial de um paiz tem tambem suas regras especiaes e necessarias para sua interpretação; por isso convém acrescentar *leis patrias* á definição do Compendio, visto que é della que tratamos.

§ II

Diz o Compendio: —*A sua importancia e autoridade é immensa, e deriva do interesse publico, que exige que as leis tenham applicação fiel ao pensamento do legislador.*

E' de interesse publico a interpretação das leis, por que nenhuma lei se faz, diz a Constituição (art. 179. § 2^o), senão pela utilidade publica. Se, pois, é o interesse publico que faz a lei, é necessario que tenha ella uma execução uniforme e não a pòde ter sem que haja regras communs que sujeitem o espirito dos que se achão encarregados de executal-a.

§ III

Interpretação é a “exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura em sua redacção, silenciosa ou duvidosa em relação aos factos occurrentes.” Por conseguinte não tem lugar sempre que a lei, em relação aos factos sujeitos ao seu dominio é clara, viva e precisa.

Depois de dar uma noção geral de interpretação, mostra o Compendio o seu objecto especial e diz que não tem lugar quando a lei é *clara, viva e precisa*. Segundo, pois a doutrina do Compendio, a Hermeneutica occupa-se do caso accidental e não do geral, e o caso accidental é quando a lei não indica a regra de direito ou quando é obscura e defeituosa. Segundo o Compendio a Hermeneutica nos dá regras para que, não obstante o defeito da lei, cheguemos ao pensamento do legislador. É esta a idea dos jurisconsultos antigos. Savigny, *Traité du Droit Romain*, tit. 1^o, cap. 4^o, mostra o erro deste pensamento e considera a interpretação como necessaria para conhecer o pensamento do legislador, não só quando a sua expressão é obscura e defeituosa, mas mesmo ainda quando elle disse bastante para ser conhecido o seu pensamento.

Por isso, diz Savigny que a *interpretação não é mais do que a reconstrucção do pensamento do legislador*. É isto o que pretendemos demonstrar. O legislador escreve a linguagem do jurisconsulto e esta falla a do direito; para se conhecer, pois, o pensamento do legislador é preciso que o interprete conheça já a linguagem do direito, e como cada paiz tem leis especiaes por isso a linguagem do legislador não póde ser bem entendida senão por quem conhecer a linguagem em que falla; não póde, pois, o interprete desempenhar bem o seu officio, mesmo nas leis que dizem tudo o que tinha em vista o legislador, sem que essa lingua lhe seja conhecida e conheça o direito especial do povo. Quanta leis ha que se fossemos traduzir no sentido vulgar nos não darião no sentido diverso daquelle do legislador? E isto por que no direito se usão de termos que tem vulgarmente significação muito diversa da juridica. Por isso, comquanto a lei diga bastante, convém que o interprete conheça o sentido das palavras; logo não é só a obscuridade que pede a interpretação. Ainda mais, na jurisprudencia ha sytemas diversos, cada nação adopta um systema, e toda a legislação se refere a elle: por isso, se o jurisconsulto adopta principios diversos dos da legislação, e interpretar conforme os seus principios não póde ser verdadeira esta interpretação. Foi por esta razão que dissemos, que mesmo em uma lei clara precisa o interprete ter conhecimento do pensamento do legislador, aliás de um mesmo texto seguir-se-hião doutrinas diversas.

LICÇÃO II

§ IV

A interpretação é authentica ou doutrinal, segundo é dada pela mesma autoridade legislativa, ou pelos encarregados da execução, ou applicação das leis.

O Compendio neste paragrapho divide a interpretação em *authentica* e *doutrinal*, e diz, que a *authentica* é a que é dada pela autoridade legislativa, e que a *doutrinal* é aquella que é dada pelos magistrados, pelos juizes encarregados da applicação das leis. Esta divisão dá o Compendio em razão da fonte donde procede a interpretação, isto é, em razão das pessoas que interpretão. Não adopta o Compendio algumas das divisões que os jurisconsultos costumão ainda fazer da interpretação, e isto porque, segundo elle, a Hermeneutica é a arte de interpretar as palavras, e segundo outros é a reconstrucção do pensamento do legislador. O que alguns escriptores considerão como partes differentes da Hermeneutica, são apenas diversos elementos da mesma arte, por isso o Compendio divide a interpretação em *authentica* e *doutrinal*, attendendo sómente á differença essencial. A interpretação *authentica* tem força obrigatoria, por isso que deriva ella do mesmo poder que fez a lei. A *doutrinal*, a que parte daquelles a quem compete a execução das leis, não tem força obrigatoria, a não ser a que se fundar nas razões que teve o interprete, para de um certo modo entender a lei. Tambem admittimos a divisão que os escriptores fazem em *authentica* e *doutrinal*, considerando esta ultima como um genero, que subordina diversas especies, que são a *grammatical*, a *logica* e a *usual*.

Sendo a *grammatical* aquella interpretação que procura o pensamento do legislador, pela força das palayras; a *logica* a que chega ao mesmo fim, mas servindo-se tambem do raciocinio, procurando das palavras chegar ao pensamento do legislador, por argumentos tirados da analogia e semelhança dos textos; a *usual* é aquella interpretação que é dada pela praxe e estylos de julgar. Não se pôde, em rigor, considerar estes tres modos de interpretar, como verdadeiras especies de interpretação, por isso que sómente são elementos de interpretação, porquanto, para interpretação de um texto é de necessidade o emprego de todos os meios, por isso que, só quando feito este emprego convenientemente, poderá o interprete chegar ao verdadeiro pensamento do legislador.

Não são pois, meios distinctos de interpretar, mas, como dissemos, elementos da mesma arte. Os escriptores desta materia fizeram estas divisões, para melhor estudar a Hermeneutica, dando ella regras para se conhecer o pensamento do legislador, quer se attenda só as palavras, quer se tenha em

vista, por meio de raciocínios, chegar ao verdadeiro sentido da lei, quer, finalmente, se guie o interprete pela praxe e pelos estylos.

Não é só esta a divisão que se faz desta arte, tambem se a divide em *rhetorica, poetica, historica, medica*, etc., emfim em tantas especies, quantas são as sciencias do estudo humano. E, porém, inteiramente inutil esta divisão por isso que, a que apresentámos, comprehende em sua generalidade estas especies, porque as leis tem objecto muito variado, pois, o legislador tem de regular todas as relações do homem na sociedade: umas referem-se ao serviço militar, outras ao commercio, outras emfim ás diversas profissões, que o homem pôda ter; por isso, quando as leis legislão para um ramo especial, usão do technismo proprio das materias de que se occupão; precisa pois o interprete, para conhecer o pensamento do legislador, de comprehender o sentido em que este usa das expressões, por isso não se pôde estabelecer tantas especies de interpretações, quantos sejam os objectos de que o legislador se tenha de occupar, deve-se considerar um elemento geral, e nelle comprehender todas as especies accidentaes.

Dando assim uma noção geral das diversas especies de interpretação, e dizendo que não se as deve considerar como especies distinctas de interpretação, mas tão sómente como meios que se devem empregar, occupar-nos-hemos especialmente com a divisão em *authenticã* e *doutrinal*.

A lei não é mais do que a vontade do legislador manifestada por actos externos, pela escripta; o fim da lei é regular as diversas relações do homem na sociedade, e para isto é preciso que seja a lei fielmente executada: ora, como o legislador falla por meio de leis escriptas, aquelles áquem cumpre obedecer, devem conhecer qual a vontade do legislador, e para isto necessitão interpretar as leis; daqui a necessidade de regras fixas, para que todos entendão do mesmo modo uma lei. Apezar, porém, das regras da Hermeneutica, nem sempre ha uniformidade no modo de entender uma lei, e desde que apparece a discordancia dá-se a necessidade da interpretação *authenticã* a qual é a declaração que o legislador faz de qual foi o seu pensamento, quando confeccionou uma lei, afim de que conforme a esse pensamento se a execute. Para que haja interpretação *authenticã* é preciso que haja duvidas, mas não é uma qualquer duvida que força ao legislador a dar uma interpretação *authenticã*, porquanto os senhores observão, que não obstante não serem os jurisconsultos nem os magistrados concordes sobre um texto, nem por isso faz o poder legislativo uma interpretação desse texto.

Já isto succedia antigamente em Portugal. A Casa de Supplicação, a quem o rei commettia a attribuição de fixar o verdadeiro sentido das leis, e que o fazia por meio de assentos, nunca se dava a este trabalho, senão quando as duvidas erão sérias e bem fundadas, e só neste caso, é que o tribunal,

usando da attribuição que o rei lhe conferia, fixava a verdadeira intelligencia da lei; não basta, pois, que a lei pareça duvidosa a um ou outro, mas sim que geralmente como tal se a considere. Eis o que motiva a interpretação authentica.

Passamos a ver quaes os fundamentos da interpretação doutrinal. Já vimos que o legislador faz a manifestação de sua vontade pelas leis escriptas, e que, para obedecer-lhe, precisa-se do conhecimento dessa vontade; mas, quer o jurisconsulto para fazer a sciencia do direito, quer o juiz para julgar os casos occurrentes, precisam conhecer essa vontade, ou pelas simples palavras da lei, ou por meio de raciocínios, guiando-se pelos estylos. Tendo, pois, tanto o jurisconsulto como o magistrado necessidade de conhecer a lei, tem necessidade de interpretal-a para entendel-a: Eis a necessidade da interpretação chamada doutrinal.

Diz o Compendio na nota: “Contra a opinião daquelles, que firmados no arb. 14 § 8^o da Constituição e em diversos textos de Justiniano, teimão em não admittir a interpretação doutrinal, digo, como Vinio (Quæst sel. et 2 § 3) que não basta ter uma lei a applicar; mas o que importa sobretudo é o poder de decidir alguma coisa; e nisto consiste a differença entre as funcções do juiz e as de legislador. E como poderão os juizes decidir as contestações sobre os diversos sentidos, que cada uma das partes dá á lei, sem o poder de interpretar. A administração da justiça seria constantemente interrompida, se os juizes se abstivessem de julgar sempre que cada uma das contestações, submettida á sua decisão não estivesse prevista em algum texto especial. As leis podem incluir no circulo de suas previsões todos os casos fortuitos e especiaes: *Jura constituere oportet ex his, quæ plurimum accidunt, non quæ ex inopinato* (L. 3 ff legib.) Querer fazer todos os dias novas leis para reduzir os juizes ao trabalho material de applicar textos especiaes, uma tal tentativa seria tão pueril como a daquelle que quizesse contar as estrellas do céu. Além de que, querendo-se por este modo prevenir julgamentos arbitrarios, lançar-se-hia á legislação em um immenso cahos, no qual a iniquidade, a mais atroz, não tardaria em fundar o seu reinado. Grandes interesses publicos exigem, portanto, que os juizes tenham o direito, e mesmo o dever de interpretar as leis (art. 4^o do codigo civil francez), salvas algumas excepções, bem como as que se dão nas materias criminaes, em que domina o principio — *nulla pæne fine lege* —, e mesmo nestas se cala, é obscura ou duvidosa, os juizes devem seguir o lado mais favoravel aos justicados, como havemos de ver em outro lugar.”

O Compendio na nota mostra a necessidade que tem o juiz de interpretar as leis que tem de executar, e diz, que se não fosse esta faculdade, seria preciso sempre uma nova lei interpretativa, o que tornaria a legislação muito prolixa,

donde tira o Compendio a conclusão, que os juizes em geral não podem dizer que não têm uma lei em que se fundem para julgar. E' principio de jurisprudencia este que o Compendio menciona, e as nossas Ordenações dizem, que o juiz deve julgar conforme as leis patrias, e na falta dellas recorrer ás leis imperiaes, ás das nações modernas civilisadas, ás decisões dos tribunaes, etc. Segundo a sciencia moderna é principio geral que, em caso nenhum, os juizes devem-se abater do julgamento, nem mesmo consultar o governo sobre os casos pendentes. Elles julgão sob sua responsabilidade, e por isso tambem sob ella executão as leis. Esta é a theoria; para estudal-a, porém, é preciso fazer uma distincção, que o Compendio faz no final da nota, e que não deve passar despercebida. Fazem muita differença na execução as leis civis das leis criminaes. Quanto ás civis prevalece completamente a regra que estabelecemos; deve o juiz prevalecendo-se dos auxiliares que a lei lhe faculta na falta das leis patrias, decidir sempre.

Se a lei civil tem por fim regular a propriedade e se alguém, por exemplo, se apresenta reclamando uma coisa que se acha em poder de outrem, o juiz deve decidir; se o autor não prova completamente o seu direito, por isso que a elle é que compete a prova, segundo a regra do processo, o juiz julga que elle não tem acção, e decahe da demanda a favor do réu possuidor; em falta de prova decide o juiz a favor do possuidor, o juiz não póde ceder, não póde abster-se de julgar.

Em materia criminal porém, não se dá o mesmo, por isso que não ha necessidade de que alguém seja criminoso: desde, pois, que não ha uma lei que qualifique um factó de criminoso, não ha julgamento; daqui nasce a regra do processo criminal, que, sem que conste a existencia do crime, pelo corpo de delicto, que é uma condição essencial, não ha julgamento. Com estes fundamentos justifica-se a distincção do Compendio.

Convém ainda observar, de que modo entendem os juizes as leis. Segundo a Constituição, o poder judicial julga de todos os feitos de sua competencia, independentemente. Não póde, pois, um juiz influir sobre o julgamento de outro, embora superior, porque então não poderia ser effectiva a responsabilidade. Um juiz só póde influir sobre a decisão de outro por meio de recurso, e neste caso lhe é devolvida a jurisdicção, elle julga como juiz proprio.

Observe se, porém, que esta regra ainda tem uma modificação, que é preciso conhecer. Algumas vezes succede na nossa organização administrativa, que as autoridades exercem não um poder proprio, mas que lhe é delegado; neste caso devem ellas se conformar com as decisões de quem lhe delegou taes attribuições. Assim, por exemplo, os presidentes de provincia, que são delegados do poder executivo, não podem

entender uma lei diversamente do sentido que lhe fôr dado por esse poder; daqui resulta, que se um aviso do governo entender uma lei administrativa de um certo modo, todos os empregados administrativos são obrigados a entendel-a do mesmo modo. Se, entretanto, um aviso interpretar tambem de certo modo uma lei, cujo cumprimento pertença ao poder judicial, elle não fica adstricto a essa interpretação, por isso que, quando se lhe torna effectiva a responsabilidade, elle não se livra della, allegando a doutrina do aviso. Por isto não estão os juizes adstrictos ás decisões do poder administrativo. Os senhores hão de ver frequentemente actos do governo interpretando leis sobre consultas de magistrados; isto é, porém, um abuso, com o qual não nos podemos conformar. O mesmo governo, já em um aviso muito sensato do sr. Nabuco (7 de Fevereiro do 1856) disse que o não consultassem sobre casos pendentes, nem sobre a applicação das leis a casos especiaes, dizendo ao mesmo tempo, que, quando pela pratica encontrassem duvidas ou ommisões nas leis as expozessem ao governo, para elle pedir ao poder legislativo, que a interprete, ou supra a sua ommissão. Portanto, esta doutrina está de conformidade com a decisão. Mas os juizes, entretanto, ou por falta de pericia, ou por não quererem dar-se ao trabalho de estudar, tem julgado mais conveniente consultar ao governo.

§§ V, IV

Passamos ao § 5º em que o Compendio mostra a diferença entre interpretação authentica e doutrinal, e como não temos hoje mais tempo, os senhores vejam, além deste paragrapho, o 6º, com o qual termina o Compendio o primeiro capitulo.

LICÇÃO III

Vamos estudar o Cap. 2º, em que o Compendio trata dos elementos da interpretação.

§§ VII, VIII

“§ VII. Nas leis como preceitos da razão eminentemente social, devemos achar tres cousas; palavras, pensamentos e exacta conformidade destes pensamentos com a razão natural, justiça, ordem e bem geral, inseparaveis de todas as associações humanas. Os elementos de interpretação, por conseguinte, devem ser tres: —*grammatical*, *logico* e *scientifico*. O primeiro diz respeito á fôrma exterior da lei, sua letra; o segundo e o terceiro dizem respeito á sua força intima, seu espirito.”

“§ VIII. O *grammatical* tem por objecto a linguagem da lei: sua influencia está na construcção textual, e nas diversas accepções das palavras — *grammatical, usual, jurídica, geral ou particular, propria ou impropria, ampliata, taxativa ou exemplificativa, imperativa ou facultativa, etc.*”

O Compendio affastando-se das classificações dos escriptores antigos, que dividião a Hermeneutica em espécies diversas, considerou-as como elementos da interpretação, reduziu-os a tres : — *grammatical, logico e scientifico*. Como o Compendio estuda estes tres elementos, nos §§ deste capitulo, occupar-nos-hemos delles conjunctamente.

O elemento *grammatical* diz respeito á fôrma exterior da lei, á sua letra. Sendo a linguagem o meio de que o legislador se serve para manifestar a sua vontade, por isso tem o interprete necessidade de conhecer a significação das palavras, afim de que, fazendo uso dellas, possa descobrir o pensamento do legislador.

O Compendio assignala as diversas relações, em que devemos considerar as palavras, sendo todas estas relações subordinadas ao estudo geral da lingua em que escreveu o legislador. Quantos textos do *Corpus Juris*, aparentemente contradictorios tem sido pelos interpretes conciliados tão sómente pelo sentido verdadeiro da palavra e força ou emprego da expressão latina? Precisa, pois, o interprete conhecer as antigas fôrmas de fallar, os vocabulos obsoletos, a lingua latina que é mãe da patria, mesmo o latim barbaro, e a historia das diversas idades da lingua do legislador. A razão deste estudo é que tendo a nossa lingua por fonte a dos romanos, devemos bem conhecer a fonte, para bem apreendermos a verdadeira significação das palavras. Tanto é isto necessario que alguns textos ha que parecem antes um dialecto differente do que o latim corrompido. Convêm por isso muito o estudo da lingua em que o legislador escreveu.

O Compendio depois de chamar a attenção para o elemento *grammatical*, occupa-se do — *usual*, e isto porque as palavras mudão de significação conforme os tempos. Deve, pois, o interprete para bem entender o pensamento do legislador, verificar o tempo em que elle escreveu, porquanto se a palavra por elle empregada tem mudado de significação, não era possivel que elle a empregasse senão no sentido que tinha no tempo em que escreveu.

O Compendio manda mais attender á significação *jurídica, geral ou particular* das palavras. Não ha duvida que o legislador deve usar das palavras, conforme a significação seguida; mas é preciso notar, que uma mesma palavra pôde ter uma significação vulgar e outra scientifica, podendo mesmo a significação scientifica variar, conforme o ramo da sciencia, em que se empregar a palavra. Por esta razão torna-se necessario que o interprete attenda ao assumpto da lei, para interpretar as palavras della, de conformidade com a significação, que

essas palavras tiverem no assumpto de que se trata: porquanto, além da consideração feita, é sabido, que ha palavras que tem uma significação geral e outra particular, e que umas vezes se tomão em um sentido, outras vezes em outro. E' pois, uma das obrigações do interprete examinar em qual das accepções tinha o legislador em vista usar da palavra.

Diz mais o Compendio: propria ou impropria. Sabem tambem os senhores, que o legislador nem sempre usa das palavras no seu sentido natural, empregando-as muitas vezes no tropologico e figurado; por esta razão os escriptores antigos consideravão o estado dos tropos e das figuras, como uma parte da Hermeneutica. Ha muitas leis romanas, em que se encontra o pensamento do legislador escripto por meio de figuras; por esta razão se recommenda no Compendio que o interprete examine, se o legislador falla no sentido natural ou no figurado.

Diz ainda o Compendio — *ampliativa, taxativa e exemplificativa*: o legislador muitas vezes falla em estylo mais conciso: comquanto as leis devão ser escriptas com clareza, e elle deva exprimir o seu pensamento com as circumstancias necessarias para bem se o comprehender, muitas vezes o não faz, e falla em uma linguagem mais concisa, neste caso deve o interprete procurar apoderar-se do pensamento do legislador, para dar ás suas palavras o sentido que elle tinha em vista; donde se segue que quando o legislador tiver usado de uma linguagem mais concisa, do que seu pensamento, deve o interprete usar de uma interpretação *ampliativa* do texto.

Quando, pelo contrario, se depreheende que o legislador usou das palavras em um sentido preciso, correspondendo ellas exactamente ao seu pensamento, a interpretação é *taxativa*. Assim, quando uma lei confere direitos a uma certa classe de individuos, é taxativa a interpretação, entendendo-se que esses direitos só competem á classe de individuos, a quem o legislador os tiver nomeadamente concedido. Do mesmo modo, quando a lei regula as relações de objectos de uma certa ordem, não se póde amplial-a a objectos de outra ordem.

Exemplificativamente se interpretão as leis, quando ellas não regulão só os factos, ou as pessoas que nomeão, mas outros semelhantes: assim, quando as nossas leis legislão a respeito dos tutores e curadores, que se dão aos orphãos, o fazem exemplificativa e não taxativamente, por isso que ellas se applicão tambem aos tutores e curadores que se dão aos mentecaptos, aos prodigos e outros semelhantes.

E' por isso que muito differe uma lei entendida no sentido taxativo, de entendida no sentido exemplificativo. No primeiro sentido ella só se applica ás pessoas e factos que menciona; no segundo applica-se a outros factos e pessoas não mencionados nella.

Diz mais o Compendio: *imperativa* ou *facultativa*. Muitas vezes succede que as leis dispõem, para que se as cumpra

como nellas se contêm, e se chamão imperativas; outras vezes não é é obrigatoria, apenas faculta o exercicio de certos direitos, ou a pratica de certos actos, e chama-se facultativa. A primeira é imperativa, porque a lei obriga; na segunda não ha obrigação, ha facultade.

§ IX

“O logico tem por objecto o pensamento: sua influencia está no raciocinio e na analyse, pela qual decomponemos o pensamento da lei, dividimol-a, creamos as especies, que, segundo as regras do direito, ou antes, segundo o *elemento scientifico* são, ou não adaptadas ao seu preceito, examinámos a ordem e methodo seguido na distribuição das materias, e na redacção de toda a lei; de modo que se comprehenda o antecedente pelo subsequente, e vice-versa; explicamos as contradicções, conciliando as disposições individuaes da lei umas com as outras, e com as de outras leis, etc.”

Neste paragrapho, trata o Compendio do elemento *logico*, que é aquelle que tem por objecto o pensamento da lei. Umas vezes não pôde o interprete, pelo simples conhecimento das palavras chegar á vontade do legislador, e isto por que dellas não resulta essa vontade; precisa-se então empregar o raciocinio, cujo emprego tem lugar, sempre que da interpretação grammatical resulta, ou um absurdo, ou um preceito que se reconhece não ser a vontade do legislador. Para este fim, deve o legislador estudar o espirito da lei, a sua razão, o seu fim, todos aquelles meios pelos quaes possa elle conhecer o que teve o legislador em vista.

Antes, porém de procedermos á este estudo, devemos procurar deduzir o pensamento do legislador das suas palavras, não tomadas isoladamente, mas segundo o contexto e a ordem em que se achão escriptas. Este estudo deve começar, tendo o interprete em vista a seguinte regra: que — em toda a lei ha duas partes distinctas e essenciaes; a primeira é o caso previsto pelo legislador — é a *hypothese*; a segunda é a disposição do legislador, em relação á *hypothese* prevista; por isso convém distinguir o caso previsto e a disposição que o legislador cria; o facto e a relação de direito que a elle se applica. Ha nas leis antigas um bello exemplo disto.

Os senhores não de ter notado, que as nossas Ordenações começam sempre os seus paragraphos. apresentando a *hypothese*, vindo depois a disposição que a ella se applica.

Esta maneira de redigir as leis é muito conveniente, por isso que, não trazendo a lei uma disposição isolada, mas sim um caso previsto, é mais facil applical-a ao caso occorrente, porque então observa-se as relações do facto com a *hypothese* do legislador, e se ha conformidade, applica-se exactamente a lei; por isso que, como já temos dito, ha grande difficuldade em conhecer, no meio da variedade de circumstancias que acom-

panhão os factos, a que disposição da lei elles se subordinão, por quanto os factos occurrentes nem sempre são acompanhados das mesmas circumstancias, e se quizessemos applicar á cada caso occorrente uma disposição de lei que exactamente á elle se adaptasse, só uma ou outra vez encontraríamos uma lei nestas condições. Quando, pois, se trata de applicar uma lei, deve-se fazer abstracção das circumstancias que não mudão a natureza do facto, aliás seria muito difficil encontrar uma lei exacta para o facto. E' esta a primeira regra que devemos considerar, quando quizermos pelo pensamento chegar á vontade do legislador.

Devemos tambem examinar se a disposição, que a lei applica á um facto pôde applicar-se á outros por isso que, como o legislador não pôde prever todos os factos, pôde succeder, que o interprete applique a um facto uma disposição que o legislador não tinha em vista applicar. Se se trata de um facto, que não foi previsto pelo legislador, precisa o interprete consultar as leis que regulão os factos analogos, e quando não encontrar disposição que se refira ao facto, é o caso de julgar de semelhante para semelhante; regra esta que prevalece em materia civil, sempre que não ha lei que se occupe de um caso occorrente. Devemos observar tambem esta regra — se o caso previsto pelo legislador o foi em toda a sua generalidade, ou tão sómente quando revestido de certas circumstancias especiaes, e isto em razão de uma outra regra de Hermeneutica, que não pôde ser desconhecida do interprete. Muitas vezes duas leis apresentão disposições contrarias, d'onde parece haver antinomia entre ellas; deve pois, n'este caso, examinar o interprete qual d'ellas fallou em sentido geral, qual em sentido especial, afim de que a especial não prejudique a geral, nem resulte contradicção. Observando-se esta regra, conhece-se o pensamento do legislador por meio do raciocinio.

Ha outras regras para se conhecer o pensamento do legislador, que por serem mais especiaes, deixamos para quando tratarmos das regras de interpretação.

Depois desenvolve o Compendio o elemento *scientifico*, e d'elle se occupa nos

§ § X a XXI

Recommendamos aos senhores a leitura destes paragraphos. Na lição seguinte entraremos no Cap. 1^o do Tit. 2^o, onde o Compendio trata especialmente das *regras de interpretação*, ligando deste modo as regras que apresentamos no estado do § 9^o ás que o Compendio desenvolve.

LICÇÃO IV

Vamos entrar no estudo do título II, em que o Compendio trata das *regras de interpretação*.

Na impossibilidade de mencionar, um a um, todos os casos em que a interpretação se faz necessária, e as regras da que se deverá usar em cada um delles, tratarei do que é mais frequente, soccorrendo-me a distincções, que a sciencia aconselha e a materia exige. A necessidade de interpretar póde nascer — 1º de obscuridade da lei, resultante de expressões indeterminadas, ou improprias, e de orações amphibologicas; 2º do silencio da lei; 3º de concisão, com que são escriptas todas as leis, nascendo d'ahi duvidas a respeito de sua applicação.

O Compendio neste paragrapho refere em geral os casos em que tem lugar a interpretação, e diz: que ella é necessaria em tres casos, a saber — quando a lei é obscura, quando é silenciosa, ou quando nella ha concisão.

Dá-se a *obscuridade* na lei, quando os termos que nella se empregão não dão claramente a entender o pensamento que o legislador teve em vista, podendo por isso concluir-se da lei pensamento diverso daquelle que é seu fim exprimir; convém, pois, determinar o sentido de uma lei, toda a vez que ella fôr obscura.

A lei é *silenciosa*, quando ella omitta algum caso occorrente; deve então o interprete estender disposições outras leis ao caso que não foi previsto pelo legislador. Muitas vezes, porém, não é só nisto que consiste o silencio da lei, porém, tambem em não completar ella o pensamento de legislador, deixando de apresentar algumas disposições necessarias para a sua execução. Assim, quando as nossas leis determinão, que recusando o pae consentimento para o casamento de seus filhos menores, recorrão elles ao juiz, diz que o juiz supprirá esse consentimento, quando fôr injusta a recusa do pae, não dizendo entretanto a lei, quando é que se deve considerar injusta a recusa do pae; ha pois por isso uma lacuna na lei. Nos casos em que as lacunas apparecem nas leis, costuma-se entendel-as de dous modos: umas vezes que se deve recorrer á outras disposições de lei semelhantes, para supprir essas lacunas; outras vezes entende-se, que essa falta da lei dá ao juiz o arbitrio. Assim, neste caso, que citamos para exemplo, entendem alguns, que deve se recorrer á outras leis para supprir-se a falta desta; nós porém entendemos que neste caso, bem como em outros semelhantes quiz a lei deixar ao juiz o arbitrio, que é o melhor correctivo nestas circumstancias.

A lei se considera *concisa*, quando o legislador diz menos do que é necessario para conhecer-se qual o seu pensamento; deve-se neste caso recorrer aos meios da Hermeneutica, para dessas palavras concisas se determinar qual o pensamento do

legislador. São estes os principios geraes que o Compendio examina nos paragraphos que se seguem.

§ XXIII

“Diversos são os meios de interpretar uma lei obscura. O primeiro, e o mais natural consiste no exame da construcção do seu texto, segundo as regras da syntaxe, orthographia e o mais que concorrê á correccão e pureza da linguagem para ver se existe algum defeito, que motive a obscuridade, e rectificavel-o no caso de existir, quer tivesse nascido da mesma redação, quer de erros dos copistas, e typographos: 2º, no exame do sentido *usual, grammatical e juridico* das palavras segundo no caso couber, dando-se ás palavras a significação, que ellas tinham ao tempo em que fôra feita a lei. Conseguindo-se por este meio ligar ao texto o seu verdadeiro sentido, já se não deverá aventurar á outros meios, salvo se fôr para corroborar este mesmo sentido, duplicando a sua força e autoridade.

Diz o Compendio neste paragrapho, que pôde-se entender as leis obscuras, examinando-se em primeiro lugar a *construcção do seu texto e a significação de suas palavras*. Já dissemos aos senhores, que uma das regras da interpretação era attender o interprete ao sentido em que tinha o legislador usado das palavras, porquanto as palavras mudão de significação, segundo os tempos. Não deve, pois o interprete interpretar as palavras da lei, conforme o sentido que ellas têm na epocha da interpretação, mas sim de conformidade com a significação que ellas tinham na epocha em que escreveu o legislador, porquanto só nesse sentido poderá ter elle empregado as palavras. Outras vezes tem o interprete de determinar o sentido das palavras, não por que ellas sejam antiquarias e tenham significações diversas, mas, por causa do seu emprego na lei, e sirva de exemplo, o que o Compendio apresenta na nota

NOTA

Neste caso costuma-se dizer: “que o sentido dado á lei funda-se tanto na *letra*, como no *espirito* della. Exemplo: “O art. 310 do código do processo criminal, diz: *todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão illegal, poderá requerer ordem de habeas-corporis*.”

“Esta disposição será especial aos cidadãos Brasileiros, ou comprehenderá também os estrangeiros? O elemento *grammatical* nos diz que a palavra “*todo*” é um adjectivo universal, e logo que ao substantivo “*cidadão*” não está atado algum attributo limitativo, é visto que fôra empregado em sentido absoluto, comprehendendo todos os cidadãos de qualquer nação que sejam. E o elemento *logico e o scientifico* corroborão este sentido: porquanto o direito *natural e publico*, scien-

cias em immediata relação com o citado artigo, nos disem que o *habeas-corpus* é uma garantia da liberdade individual, e nas garantias de liberdade, propriedade, honra e vida, attributos da personalidade, não ha distincção entre nacionaes e estrangeiros.

Refere se aqui o Compendio ao emprego de uma palavra n'uma lei, no seu sentido natural, e que no entretanto pôde trazer duvidas. Na verdade, este texto de lei tem trazido duvidas: uns entendem, que o *habeas-corpus* é uma garantia concedida tanto aos cidadãos brasileiros, como aos estrangeiros; outros entendem, que a lei só se refere aos nacionaes. (1)

Segundo as regras geraes de interpretação, devião se entender as palavras — *todo e cidadão* — de que usa o codigo, como referindo-se sômente aos cidadãos brasileiros, por isso que as leis de um paiz não legislão, senão para o proprio paiz, não tem por fim declarar os direitos dos cidadãos de outras nacionalidades; portanto, segundo as regras geraes da Hermeneutica assim se devia entender esta disposição. Se quizermos, porém, applicar á ella as regras especiaes de interpretação, veremos que esta lei refere-se, tanto aos nacionaes, como aos estrangeiros; daremos pois, a ella uma interpretação diversa da do Compendio, chegando entretanto ao mesmo fim. O Compendio diz, que, segundo os principios da legislação gosão no Brasil dos direitos individuaes dos brasileiros, tanto estes, como os estrangeiros.

Não é esta, porém, a razão que obriga a estender tambem aos estrangeiros esta disposição do codigo; elle na realidade não legislou para os estrangeiros, mas neste caso gosão elles desta garantia concedida aos brasileiros, por uma razão especial, e vem a ser, que, comquanto esteja o cidadão sujeito exclusivamente ás leis do seu paiz, comtudo, os estatutos pessoaes o acompanhão para qualquer paiz a que elle vá. (2)

Dá-se o nome de estatuto pessoal á aquellas leis que acompanhão o estado da pessoa; ora, gozando um estrangeiro de liberdade em seu paiz, e esta o acompanhando para qualquer parte, elle goza sempre onde se achar das garantias que se conceder nesse lugar á liberdade individual. Ha ainda outra razão, que nos leva o pensar assim. Comquanto as leis de um paiz só declarem os direitos dos seus nacionaes, comtudo é principio geral, que os estrangeiros gozão dos direitos indivi-

(1) Pelo artigo 18 § 8 da Refôrma Judiciaria (Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871) “não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de — *habeas-corpus* — nos casos em que esta tem lugar.”

(2) Do estatuto pessoal (*lex domicilii originis*) e sua distincção do real (*lex loci rei sitæ*) tratão com proficiencia Savigny — *Tr. du Dr. Rom.* Tom. 8 Cap. 1º e Fœlix — *Tr. du Droit Inter.* Tom. 1º Liv. 1º.

duaes que tem no cidadão do paiz em que se achão, não por que a lei legisle para os estrangeiros, mas porque elles têm o direito de gozar dessas direitos individuaes. Quer, pois se considere o estatuto pessoal que acompanha sempre o cidadão, quer se considere a protecção que as leis concedem aos estrangeiros, elles podem gozar o *habeas-corporis*, não porque o código, como já dissemos, se refira aos estrangeiros, mas, porque, quando se trata de garantias individuaes, elles são equiparados aos nacionaes.

§ XXIV

“Se a obscuridade resiste a esses meios, signal evidente de sua maior intensão, o interprete deverá estudar a lei em todas as suas partes, e no complexo de suas prescrições individuaes, comparando a parte obscura com outras, cujas expressões empregadas em sentido determinado, ou cujo pensamento mais claro e desenvolvido possa fazer cessar toda a ambiguidade ou equivoco, pois, o mesmo espirito deveria ter presidido á redacção de toda a lei.”

Neste paragrapho o Compendio mostra que tambem se póde sanar a obscuridade de uma lei, estudando a mesma lei, porquanto ella póde ser obscura, por não offerecerem algumas de suas palavras um sentido claro; devendo-se neste caso procurar pelo sentido de uma, determinar o sentido de outra, tendo em vista a regra, que, em uma lei não ha palavras inúteis, ou sem significação, devendo-se por isto, considerar como erronea aquella interpretação que entender, que ha em uma lei palavras sem sentido. Póde-se muitas vezes, pela relação intima de uma palavra com outra da mesma lei descobrir o sentido de algumas que parecião não tel-o.

§ XXV

“O interprete tem ainda á sua disposição o comparar a parte obscura da lei com outras leis anteriores pela justa razão de que o legislador deveria tel-as em consideração no acto de fazer a lei, para evitar contradicções e incoherencias, que desdisessem de seu character: e tambem com outras leis posteriores que lhe não forem contrarias.”

Assim como dissemos, que todas as palavras de uma lei se devião entender ligadas, para exprimir um só pensamento, tambem todas as leis se considerão como formando uma só vontade uniforme; presumindo-se por isso sempre, que o legislador tem em vista, ao fazer uma lei, todas as leis anteriores. Devemos por isto, comparar todas as leis, para encontrar coherencia entre ellas, e só devemos considerar como antinomicas das leis existentes, as revogadas por actos posteriores, quando não sempre se as considera em vigor. Por esta razão, quando encontramos leis em vigor contradictorias, devemos inferir que

não temos chegado á vontade do legislador, e harmonisal-as para chegar-se ao perfeito conhecimento dessa vontade.

Tanto mais é isso necessario, quanto ordinariamente as leis que revogão outras não fazem especial menção das que revogão, apenas declarão no final — *Ficção revogadas as disposições em contrario* — E' pois, por isto, preciso ter muito cuidado, para saber quaes são as leis anteriores, que forão revogadas pelas posteriores, e não é esta uma facil tarefa. A presumpção é, que não se considera revogada uma lei, sempre que se a puder harmonisar com outra que parece revogal-a. Só se considera revogada uma lei, quando é inteiramente inconciliavel com outra posterior.

Já dissemos quaes as regras especiaes para se combinar dous textos á primeira vista contradictorios, — que consiste em examinar em qual delles se encontra o principio geral, e em qual o caso á que foi adjecta uma circumstancia especial, e para o qual, por consequencia, se determinou disposição diversa.

LICÇÃO V _____

Começamos na ultima licção o estudo do Tit. 2º, em que o Comp. trata das *regras de interpretação*, e examinamos os §§ 22 a 25 inclusive. Tratamos de dar uma noção geral de interpretação e mostrámos quaes as suas especies.

Diz o Comp. que segundo o seu systema pôde a interpretação nascer de tres fontes: — *obscuridade, silencio e concisão* da lei; segundo, porém, temos dito a interpretação não é somente necessaria nos casos em que a lei é obscura, silenciosa ou concisa; a sua necessidade apparece ainda mesmo nos casos em que ella não tem esses defeitos assignalados.

Esta opinião, porém, não exclue a do Comp., pois que sendo ella mais geral comprehende tambem a do Comp., a sua doutrina conforma-se com o que temos dito. Trata o Comp. da obscuridade em relação á construcção do texto da lei, e diz que para evitar isto convém prestar attenção ao texto, examinar se as palavras estão escriptas correctamente e se não ha erros de typographia. E' pois uma das regras que todos dão para interpretar, examinar primeiramente se o texto da lei está conforme com o seu autographo. E' muito frequente nas leis antigas achar-se erros de palavras que se tem perpetuado nas impressões, por isso que antigamente havia difficuldades em corrigir-se os textos por não se ter o cuidado de guardar os autographos das leis para por elles se poder verificar qualquer erro de palavra.

Hoje, entre nós, pela Constituição e segundo o regimento das camaras, conserva-se sempre um autographo da lei na

secretaria da camara e nos archivos e póde-se a elles recorrer em caso de duvida. Ainda para evitar estes inconvenientes o governo chamou a si a impressão das leis, a qual era permittida a qualquer: assim, por exemplo, existe uma collecção de leis publicadas em Ouro-Preto e conhecida por — *Collecção Nabuco*, e a simelhança desta outras menos importantes.

O governo vendo os inconvenientes que poderão resultar da faculdade de serem as leis publicadas pelos particulares, estabeleceu que a sua publicação pertencia ao governo, e isto como que para servir de uma garantia da fidelidade do texto. Podem, no entretanto, apparecer nas leis alguns erros que o interprete deve verificar, e para este fim procederá a um exame minucioso do texto, e dará ás palavras o seu sentido *natural*, *grammatical* ou *literal*, porquanto é presumivel que é neste sentido que o legislador emprega as palavras; não devemos recorrer a interpretar as palavras segundo os outros sentidos que já temos indicado senão quando do sentido litteral e usual ou grammatical resulte absurdo ou claramente disposição contraria áquella que o legislador devia ter em vista, procurando então o interprete dar á lei um sentido mais racional e conforme a intenção do legislador.

Vamos apresentar alguns exemplos.

A. Ord. do L. 4º, tit. 3º *in principio*, dispõe que o credor hypothecario não póde demandar ao possuidor da hypotheca sem que primeiro demande ao devedor, depois de discutir os bens do devedor é que póde haver do possuidor da hypotheca a divida. Sendo a hypotheca um onus real acompanha a cousa, e aquelle que compra ou por outro qualquer meio adquire a cousa, a adquire com este onus, e o credor tem o direito de haver o pagamento por esses bens hypothecados; se nós quizermos interpretar a lei em todo o seu rigor encontrámos um pensamento que não poderia ter sido o do legislador; assim, se o devedor tinha fiador este é responsavel, mas entra em duvida se esta obrigação do credor de haver o seu pagamento pelos bens hypothecados se estende tambem ao fiador: tem-se entendido que o fiador póde tambem demandar ao possuidor da hypotheca. Em todo o caso a lei não é clara. (1)

Temos tambem a lei de 9 de Setembro de 1769, § 21, (2) restaurada pela de 20 de Maio de 1796 pue prohibiu a instituição da alma por herdeira.

(1) Para intelligencia desta Ord. confira-se a do mesmo Liv. tit. 73, § 3 e nt 1ª ao art. 1.295 da *Consolidação das Leis*, e posto que as hypothecas se regulem hoje pela lei de 24 de Setembro de 1864, para perfeito conhecimento do direito anterior deve consultar-se o *Repertorio das Ords. nts a e b*, pag. 677 e a pag. 678 e Susano, bem como Pereira de Castro — Dec. 47 e Barbosa, Silva e Guerra nos respectivos Commentarios.

(2) Este § 21 da lei tinha sido suspenso pelo Dec. de 17 de Julho de 1778.

Antigamente os testadores instituíam sua alma ou a de outro por herdeira e os testamentários assim cumpriam os testamentos; a lei dispôs então que toda a instituição da alma por herdeira seria nulla. Entra em dúvida se aquelle que não instituiu a alma por herdeira, mas que mandou vender os seus bens e empregar o producto delles em suffragio por sua alma está comprehendido na disposição da lei. Segundo a interpretação litteral não está, mas como a intenção do legislador foi que sempre se instituisse por herdeira uma pessoa viva, é nulla a instituição quer seja a alma directa ou indirectamente instituída por herdeira.

Também pôde se encontrar obscuridade na confrontação de duas leis entre si ou de duas disposições da mesma lei. O primeiro acto do interprete, como já dissemos, é procurar o sentido das palavras segundo a sua significação natural, e ao depois conforme as outras significações que ellas possam ter, quando simplesmente da natural não se pode chegar ao pensamento do legislador.

Dissemos mais que muitas vezes quando não se dá um sentido juridico ás expressões da lei, parece resultar um absurdo, quer das disposições da mesma lei, quer das de duas comparadas; deve-se nestes casos procurar harmonisal-as para que se as concil e e não appareçam contradicções; a razão é que a contradicção implica ignorancia e nunca elle se pôde suppôr no legislador. Quando duas leis forem contradictorias, deve-se sempre entender que a contradicção resulta da má interpretação, e isto porque se presume que o legislador tem sempre presente toda a legislação.

Daremos um exemplo para esclarecer: a Ord. do liv. 4º. tit. 76, § 5, dispõe que o depositario é obrigado a fazer fiel entrega ao depositante quando pedido lhe fôr o deposito, e não o fazendo deverá ser preso até que o faça; e a Ord. do liv. 4º, tit. 103, prohibe aos desasizados, sandeus e mentecaptos administrar e reger os seus bens e os manda entregar a um depositario; dado, pois, o caso do mentecapto pedir ao depositario os seus bens, este deve, se não quizer soffrer as penas da Ord. do liv. 4º, tit. 76, § 5, entregar-lh'os, mas se lh'os entregar é ainda responsavel pela Ord. citada do tit. 103 *in principio*. Ha, pois, contradicção entre essas duas Ords., devendo-se executal-as de harmonia uma com a outra.

A Ord. Liv. 4º. tit. 76, § 5 applica-se ao caso em que o depositante tenha o direito de receber os seus bens e o depositario lh'o recuse, e a Ord. do tit. 103 tem applicação ao caso em que o depositante tem um incommodo physico que o inibe de receber o seu deposito. Ainda mesmo independente de defeito de razão no depositante, ha outros factos que legalmente inibem o depositario de fazer entrega dos bens depositados, assim, por exemplo, se esses bens depositados soffrerão um embargo judicial ou extrajudicial. A Ord., pois, que manda o

depositario entregar os bens deve se harmonisar com aquella que em certos casos lh'o prohibe de fazer: em uma ha a regra e em outra a excepção.

Tambem a Ord. do Liv. 4º, tit. 87, § 7, dá ao pai o direito de substituição pupillar ao filho menor que está debaixo do seu poder. Sabem já os srs. em que consiste esta substituição (1). Supponha-se que o filho morre ficando viva sua mãe; esta, segundo a Ord., do mesmo liv. tit. 89, é herdeira necessaria do filho. Assim, pois, interpretadas literalmente estas Ords. resulta dellas contradicção; pela primeira, o pai pôde instituir quem deva succeder a seu filho no caso delle morrer na idade pupillar; pela segunda, a mãe succede pela força da lei.

Harmonisãm-se estas Ords. deste modo: —a primeira dellas é applicavel no caso de não ter o filho herdeiros necessarios chamados pela lei. A não se as conciliar assim, haveria duas disposições contrarias.

§ XXVI

“Os motivos da lei (*ratio legis*), mostrando o pensamento do legislador, podem servir de base a conjecturas mui justas e argumentos mui luminosos para com alto grão de certeza indicar um sentido, que faça cessar toda a ambiguidade e equivoco resultante de defeito na redacção da lei.

E' necessario, porém, ter em consideração a differença entre os *remotos* e *subjectivos*, que podião ter dado occasião á lei, e os motivos *proximos* e *objectivos*, que lhe servem de fundamentos; porquanto os primeiros são extrinsecos, e comquanto tivessem dado occasião á lei, bem podia o legislador ter tomado differentes medidas, que devão ser explicadas por diversas razões, especiaes a cada uma dellas; entretanto que, os segundos são *intrinsecos* e estão com a lei na mesma relação lógica, em que estão os principios com suas naturaes consequencias.”

Neste § manda o Comp. que o interprete attenda bem, para se apoderar do verdadeiro sentido de uma lei, aos motivos della; porquanto dasde que sejam conhecidos deve interpretar a lei de modo que se harmonise a sua disposição com os principios que a motivarão, e quando isto se não der, claro está que a interpretação não é verdadeira.

Vamos apresentar um exemplo. A Ord. liv. 4º. tit. 97, que trata das *Collações*, diz que fazendo o pai ou a mãe doação a seus filhos, devem estes, por morte de um delles, trazer á collação esses bens doados para entrarem na herança; mas se

(1) Substituição é a instituição de herdeiro feita pelo testador em segundo grão. — Ord. Liv. 4º, tit. 77, *pr.* — Pupillar — é a feita pelo pai a seu filho pupillo, que tem debaixo do seu poder — Ord. cit. § 7.

não quiserem receber a herança não entrarão com os bens doados á collação; mas, neste caso, devem responder pelo excesso quando o valor da doação fôr maior que a legitima que lhe competir e a terça do doador; o que for excedente a este valor deve o doado repôr, e isto porque os herdeiros nunca devem ficar prejudicados.

O dominio do filho sobre os bens doados é *sub conditione*, elles devem voltar ao monte hereditario; e tanto é assim que o rendimento desses bens doados depois da morte do doador pertencem ao monte. A Ord. tem em vista que os herdeiros nunca fiquem prejudicados. No § 4 diz esta mesma Ord. que quando a doação fôr feita a casamento e exceder á legitima do doado e mais a terça do doador, o donatario tem o direito de escolher o valor da doação, (para repôr o excesso) ou conforme o tempo em que ella foi feita ou segundo o tempo da morte do doador. A Ord., pois, faculta ao donatario a escolha de um desses tempos para, conforme elle, se avaliar a doação.

Póde desta faculdade dada aos donatarios resultar prejuizo para os herdeiros. Assim supponhão os srs. que o pai tinha como vinte e doou como quinze e do resto dispoz em sua vida, de sorte que ao tempo de sua morte elle não possui mais bens; como o filho doado tem o direito, de escolher qualquer dos tempos, o da morte ou o da doação, nunca esta póde exceder a sua legitima computando-se a doação na época em que ella foi feita, época em que o pai doado era solvavel.

Interpretando-se, pois, o § 4º desta Ord. sem o 3º contraria-se o principio de que a legitima dos filhos não póde ser prejudicada e diminuida. Assim, pois quando se der esta hypothese não ha escolha, devem vir todos os bens á collação e serem avaliados ao tempo da morte do pai, e fazer se a partilha, não segundo o que dispõe o § 4º, mas sim segundo o § 3º.

Temos ainda um outro exemplo. A Ord. do liv. 3º, tit. 81, diz que a sentença não póde prejudicar senão aos que nella intervierem, donde nasce a regra de processo que, todas as vezes que alguém tiver contra si uma sentença, ella lhe prejudicará, porém, não prejudicará aquelle que nella não interveio. Casos ha em que não póde ser entendida esta disposição da Ord. por falhar o principio que o legislador teve em vista quando formulou a citada disposição, o qual é que uma sentença não póde prejudicar á pessoa a quem não se derão os meios de defesa.

Temos, porém, a seguinte hypothese em que falha a disposição: um individuo herdeiro legitimo oppoz-se á validade de um testamento em que o testador instituia pessoas estranhas e conseguiu a nullidade do testamento; pergunta-se, esta sentença de nullidade de testamento aproveita só a este individuo que interveio nella ou tambem aos outros co-herdeiros. Aqui como a sentença não prejudica a esses co-herdeiros, antes pelo contrario aproveita, não tem lugar esta disposição da Ord., por falhar o principio que a motivou.

Terminamos assim o que tínhamos a dizer sobre a Hermeneutica Jurídica por não nos permittir a exiguidade do tempo dizer mais.

FIM DA HERMENEUTICA

PROCESSO CIVIL

LENTE O EXM. SR. CONSELHEIRO JOAQUIM IGNACIO RAMALHO

COMPENDIO — PRATICA CIVIL E COMMERCIAL DO MESMO
CONSELHEIRO

Trataremos do Processo Civil. —Começaremos por dar uma idéa do que seja processo.

A idéa de processo liga-se essencialmente á de direito: o direito em si é uma regra inerte porque apenas fixa as relações do individuo na ordem social, prescrevendo as regras pelas quaes os individuos tem de pautar as suas acções. Para que o direito tenha vida é preciso a autoridade, é preciso uma força viva para pôr em acção as regras; mas a autoridade não pôde pôr em movimento o direito sem uma regra, uma norma, sem que observem uma fôrma para realizar o direito — eis ahí o processo.

Portanto em uma sociedade bem organizada temos: —1º, a existencia do direito; 2º, uma organização judiciaria; 3º, as leis do Processo, que regulão a fôrma, que devem observar as autoridade e juizes para administrar a justiça, para applicar a lei aos casos occurrentes. Quanto a administração da justiça convêm observar, que sendo os Juizes e magistrados os sacerdotes da lei, todo aquelle que se julgar offendido nos seus direitos pôde recorrer a elles para que lhe administre Justiça. Este acto pelo qual a parte offendida recorre, é o que se chama "*acção*" no sentido natural, por isso se a define: —o acto pelo qual alguém recorre á autoridade para fazel-a administrar justiça. Como, porém, ordinariamente acontece ligar-se diversos sentidos a uma mesma palavra, tem-se dado á palavra — *acção* — um sentido diverso do que assignalámos, um sentido figurado, no qual — *acção* — não significa mais o acto de recorrer á autoridade, mas sim o mesmo direito que tem o individuo de recorrer. Desde, pois, que alguém tem o direito de

recorrer á autoridade para pedir-lhe a administração da justiça, convém que a lei determine o modo pelo qual deve exercer-se esse direito, aliás dar-se-hia a anarchia e a desordem. Ainda em um sentido figurado se chama também — acção — a essas formulas.

Portanto três são os sentidos da palavra — acção —: no primeiro, é um facto, no segundo, um direito e no terceiro, uma formula de se realizar um direito concedido pela lei.

Com esta distincção que acabamos de fazer, desaparecem as dúvidas que alguns praxistas apresentam sobre a definição de —acção—, querendo uns que seja facto, outros direito.

Assim, temos distinguido as diversas significações de — acção —, ora como um facto, ora como direito, ora como uma formula, segundo as diversas decepções que se podem ligar á expressão. O uso das formulas é uma necessidade na jurisprudencia, porque, comquanto o juiz seja um sacerdote da lei, a quem incumbe velar na observancia della, tomando conhecimento dos factos occorrentes, para — confrontando-os com a lei — julgar, todavia, sabem os srs. que o exercicio desse direito no magistrado não deve ser arbitrario, deve ser regulado por uma lei: portanto para que se evite o abuso da parte do executor da lei, é necessario que ella previamente estabeleça o modo e formulas de se a executar; assim como isto é também uma necessidade considerando os interesses particulares da parte offendida; visto como se ella tem o direito de recorrer ao juiz, é preciso que elle obre de um certo modo determinado para administrar justiça com promptidão. Se fosse admissivel não estar sujeito a essas formulas, podia succeder que uma parte maliciosa pozesse embaraços ou impedisse o reconhecimento do direito do seu contendor; por isso é que a lei estabeleceu previamente as formulas necessarias para que as partes deduzão o seu direito sem delongas e sem prejuizo do interesse de seu adversario.

Temos assim justificado a necessidade das formulas, não só para tirar o arbitrio do juiz, como para facilitar a administração da justiça.

Todos esses actos que devem observar os juizes ou magistrados para instrucção da causa, para conhecer o estado da questão, para saber em qual das partes está o direito e para finalmente decidir, applicando a lei ao caso occorrente, é o que constitue o *processo*, tomada esta palavra em um sentido particular; porquanto, em um sentido geral, comprehende ella não só a organização judiciaria, como as formulas do processo, e é este o sentido geral, porque não se póde comprehender a theoria do processo sem conhecer a organização judiciaria, por isso que ás diversas autoridades estão ligadas diversas attribuições, e cada uma dellas tem ordinariamente um modo differente de proceder: é preciso, pois, conhecer-se a que autoridade está affecta a administração da justiça, para

saber-se quaes os meios que se devem empregar: por isso dissemos que o conhecimento da organização judiciaria é necessario para conhecer-se o processo.

Nós occupamo-nos especialmente do processo na significação de *collecção de formulas*. Também se toma o processo em outro sentido: *pelos proprios autos em que se escrevem os actos judicarios*; tem, pois, também esta noção mais restricta.

§ I

“DEFINIÇÃO. *Processo* — é a forma estabelecida pelas leis para se tratarem as causas em juizo.

Esta forma estende-se a todos os actos tendentes á instrucção e decisão da causa.

O fim do processo é conhecer a verdade, e facilitar ás partes os meios de deduzirem seus direitos e defesa, para que o julgamento seja proferido com acerto e justiça.

Dadas estas noções, facilmente comprehendem os srs. o que o Comp. expõe neste §, passamos por isso ao seguinte.

§ II

DIVISÃO. — Divide-se o processo: — em razão do seu fim, em *civil* e *criminal*; de sua causa eficiente, em *ecclesiastico* e *secular*; e de sua forma, em *ordinario*, *summario*, *summarissimo* ou *verbal*. Discute-se no Processo Civil todos os negocios relativos ao patrimonio de alguém; trata-se no Criminal ácerca dos crimes, para imposição de pena; no Ecclesiastico das causas ecclesiasticas; e no Secular, das causas e negocios temporaes.

O Comp. divide o Processo neste § e a divisão é feita segundo as diversas relações que se podem encontrar no processo: quanto ao seu fim, á sua causa e á sua forma.

Quanto ao fim é *civil* ou *criminal*, segundo o processo tem por fim a imposição de uma pena, ou apresenta regras relativas ao conhecimento do direito de propriedade, que particularmente constitue a legislação civil. Assim como na legislação civil apparecem formas para a realização de direitos, assim também na legislação criminal ha regras proprias, (visto a differença que entre ella existe e a civil), para conhecer-se os factos criminosos e applicar-se-lhes as penas.

Quanto á causa o processo é *secular* ou *ecclesiastico*, segundo os factos que se julgar pertencerem a uma ou outra cathegoria. Sendo a jurisdição ecclesiastica muito differente da secular, de diversa ordem os factos sobre os quaes se exercita essa jurisdição. apparece também a necessidade da distincção entre as regras do processo secular e as do ecclesiastico.

Em razão da forma também o Processo se divide como se vê no § que se segue.

§ III

“PROCESSO ORDINARIO, SUMMARIO E SUMMARISSIMO.— Processo *ordinario* é, o em que se guarda a ordem solemne das leis, estabelecidas para todas as causas em geral; *summario*, quando se dispensa essa ordem, seguindo uma marcha mais breve, e expedita, apropriada á natureza de certos negocios; *summarissimo* ou *verbal*, quando julga-se de plano, e pela verdade sabida, sem estrepito de juizo, guardando-se sómente o que é de direito natural. Este Processo differe do tumultuario, que desconhece ainda o que é substancial do juizo; e por isso deve ser banido de uma legislação perfeita.

Diz o § que em razão da *fôrma* o Processo se divide em *ordinario*, *summario* e *summarissimo* ou *verbal*. A razão natural mostra que as partes devem ter o direito de poder deduzir perante o juiz todo o seu direito, offerecer todas as provas, assim como discutir o direito em relação ao caso, afim de fazer com que o julgamento seja conforme ao seu direito. Seria uma iniquidade tolher-se a alguém os meios de defesa; a defesa é de direito natural, por isso, deve-se em primeiro lugar facultar ás partes todos os meios de defender-se quando se lhes concede essa faculdade o processo toma o nome de *ordinario*. Algumas vezes, porém, segundo a natureza do negocio, esses meios amplos de defesa são desnecessarios, e concedidos trarião perda de tempo sem utilidade alguma.

Nesse caso, em que a razão mostra a desnecessidade da concessão ampla dos meios de defesa, a lei limita a *fôrma* ordinaria e chama o processo *summario*.

Ainda podem haver alguns casos em que appareça a necessidade de dispensar-se mesmo as formulas do processo *summario* em que, para conhecer-se a verdade, bastão meios mais simples e abreviados, e é isso o que constitue o processo *summarissimo*. Tudo isto é estabelecido para conseguir-se a prompta administração da justiça.

Vamos exemplificar para melhor compreensão. Supponhão que trata se de uma questão de dominio; como ella supõe um direito sobre um objecto que nos pertence, a prova pôde ser produzida por titulos de diversa natureza, porquanto, aquelle que quer provar o dominio, não tem só de provar a legitimidade de seu titulo, tem ainda de provar o justo titulo da pessoa que lhe transmittiu a propriedade, afim de poder excluir a pretensão do seu contendor.

Estas indagações não se podem limitar á posse e á boa fé, é preciso a legitimidade do titulo, por isso deve-se facilitar, para esta prova, meios amplos; dá-se aqui o processo *ordinario*. Mas supponhão que se trata de uma questão de posse; nestas, não se discute o dominio, e como a lei presume a posse no que a tem, nas questões possessorias, provado o facto da posse e a boa fé, não tem o possuidor de remontar á acquisi-

ção da posse: logo, se neste caso elle não precisa mais do que provar o facto e a boa fé, é desnecessario conceder esses meios amplos que se concedem ao que está obrigado a provar a legitimidade do titulo, além de que haveria inuteis delongas. Neste caso, tem as leis limitado os meios de defesa aos necessarios para a parte provar o seu direito e obter justiça. Este exemplo mostra a differença entre o Processo *ordinario* e *summario*.

Quando se diz processo *summarissimo*, ou *verbal* não se quer dizer que não se o reduz a escripto; *verbal* tem uma accepção especial, quer dizer que a parte pôde allegar o seu direito sem libello.

Justificaremos esta terceira fôrma do Processo: ha processos que, por sua pouca importancia, dispensão formulas importantes; assim se vê a Ord. liv. 3, tit. 30 determinar que as questões que não excederem a mil réis, quantia que foi mais tarde triplicada por um alvará, (16 de Setembro de 1814) sejam tratadas de modo brevissimo, porque a não ser assim as despezas do juizo seriam superiores ao valor questionado, e não haveria vantagem alguma na contenda, e mesmo porque estas questões provêm de factos tão simples que o juiz pôde verbalmente se capacitar da verdade e decidir.

Esta praxe da citada Ord. passou para a nossa legislação. A lei de 15 de Outubro de 1827, regularizando o artigo constitucional que estabelecia que nenhuma acção podia ser intentada sem conciliação prévia, deu tambem regimento aos juizes de paz como juizes especiaes para estas conciliações e deu, além destas, outras attribuições, sendo uma dellas julgar dessas demandas sobre pequenos valores de que trata a Ord., que essa lei elevou a quinze mil réis e que hoje vai até cincoenta. (1)

Esta lei que deu esta attribuição aos juizes de paz, con-formou-se com o direito preexistente dando uma fôrma *sum-marissima* a essas causas.

A fôrma é a seguinte: requer a parte ao juiz a citação para o pagamento de quantia que cabe em sua alçada; o juiz manda citar as partes, ellas trazem as suas testemunhas, o juiz ouve-as e decide verbalmente, lavrando-se de tudo um termo, pois não sendo esse direito mais do que o mesmo direito da Ord., deve ser entendido de conformidade com ella, por isso julgamos illegal a pratica que dá a estes processos dos juizes de paz a mesma fôrma que a aquelles pelos quaes no juizo municipal se questiona a quantia de um conto de réis. A Ord. manda que se reduza a um termo o processo destas

(1) Hoje pela Refôrma Judiciaria art. 27 é *summarissimo* o processo nas causas de valor até 100\$, e pelo art. 63 do Reg. de 22 de Novembro de 1871 são ellas julgadas pelos juizes de paz, porém com appellação para os juizes de direito.

pequenas demandas, deve-se, pois, accommodar á nossa organização o mesmo direito da Ord. (1)

Na próxima lição nos occuparemos com a ordem natural e civil do Processo que fôrma a materia do § 4.º.

LICÇÃO XII

§ IV

Neste § trata o Comp.: — DA ORDEM NATURAL E CIVIL DO PROCESSO — e menciona seis actos essenciaes em todo o Processo conforme a lei natural, sobre os quaes vamos dizer alguma cousa.

1.º *A citação*, é já um meio de defesa, por isso deve ella ser acompanhada do fim para o qual é o individuo citado, afim de que elle venha a juizo prevenido e prepare os meios de sua defesa, por isso deve toda a citação ser feita com a necessária antecedencia, não podendo ser feita no mesmo dia, e sim sempre com pelo menos 24 horas de antecedencia, afim de que o individuo citado tenha tempo para competentemente preparar-

(1) O citado Reg. de 22 de Novembro de 1871 regulou a fôrma destes processos, em vista da autorisação do art. 27 da lei de 20 de Setembro de 1871 — dispondo no art. 63 pela seguinte fôrma:

§ 1.º A petição inicial deverá conter, além do nome do autor e do réo:

O contracto, transacção ou facto de que resultão o direito do autor e obrigação do réo com as necessarias especificações e estimativa do valor, quando não fôr determinado.

§ 2.º Citado o réo a quem se dará cópia da petição inicial e presente elle na audiencia aprazada com as suas testemunhas, que poderá levar, se as tiver, independente de citação; ou á revelia do mesmo réo, se não comparecer; o juiz de paz ouvira as testemunhas de uma e outra parte, mandando tomar por termo os seus depoimentos.

§ 3.º A citação da testemunha só será ordenada se a parte requerer.

§ 4.º Concluidas as inquirições e tomado o depoimento ou o juramento de qualquer das partes, se fôr requerido ou ordenado pelo juiz, segundo os principios geraes do processo, serão ellas ouvidas verbalmente, juntando-se aos autos, com quaesquer allegações os documentos que offerecerem; depois do que o juiz proferirá sua sentença na mesma audiencia ou na seguinte.

§ 5.º No caso de appellação, não ficará traslado, se o juiz de direito residir no mesmo lugar: todavia, convindo ás partes, não ficará traslado, quando o juiz da appellação resida em lugar diverso.

§ 6.º A appellação tem effeito suspensivo e será tomada por um

se. Costuma-se dar ao citado cópia da petição ou acto em virtude do qual é citado, com o respectivo despacho, o que chama-se —contra-fé. No civil só é de estylo dar-se quando o citado exige, no commercio porém deve dar-se mesmo não sendo pedida. — Reg. tit. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 40, § 1.º.

2.º *A proposição da acção*, consiste na manifestação da intenção do autor, na declaração do facto pelo qual elle pretende deduzir o seu direito, e qual o direito que elle pretende que lhe seja declarado. E' isto de necessidade, porque o réo não tem obrigação de responder senão pela questão que foi proposta pelo autor, nem o juiz pôde decidir e julgar senão sobre essa mesma questão proposta.

3.º *A defesa do réo*, consiste nas excepções que elle pôde apresentar, para illidir a intenção do autor, ou modificá-la, porque elle pôde negar completamente o direito do autor, ou imital-o, declarando que não se acha obrigado a tanto quanto d'elle se exige.

4.º *Certos termos dentro dos quaes possão as partes razoavelmente provar suas pretensões*, porquanto, desde que uma causa é proposta deve ella seguir seus termos probatorios, porque baseando-se em factos, estes não se presumem, provão-se. E', pois, de necessidade que existão prazos fixos dentro dos

simples termo, notificada a parte contraria. As partes arrazoarão em uma ou outra instancia, onde lhes convier, dando-se cinco dias improrogaveis a cada uma.

§ 7.º Para a execução bastará o simples mandado contendo a substancia do julgado.

O processo de quaesquer embargos á execução se fará summarissimamente, apresentando o embargante seu requerimento com exposição do que julgar a bem de seu direito; e, ouvida a parte contraria em 48 horas, o juiz decidirá afinal, com appellação para o juiz de direito.

§ 8.º Nestas acções só as excepções de incompetencia e de suspeição suspendem o curso da causa até sua decisão ultima.

As mais excepções constituem materia de contrariedade e serão apreciadas na sentença definitiva.

§ 9.º Ha agravo do despacho pelo qual o juiz de paz julgar-se competente ou incompetente. A excepção será opposta por escripto ou verbalmente em audiencia; e do despacho proferido a parte aggravará, se quizer, para o juiz de direito; devendo o agravo seguir nos proprios autos.

§ 10. A decisão do juiz de direito sobre a suspeição é peremptoria. A suspeição será opposta em audiencia, por escripto ou verbalmente; se o juiz de paz não reconhecer-se suspeito, depositada a caução, subirá o processo, com a resposta do juiz de direito, que ouvirá verbalmente e de plano as testemunhas offerecidas pelo recusante e pelo juiz recusado, citadas uma e outras préviamente para deporem.

quaes as partes devão apresentar as provas, pelas quaes se julgue o seu direito. E' o que se chama — dilação probatoria.

5.º *Sentença do juiz.* Depois de proposta a acção, de ter o autor provado a sua intenção e de ter o réo se defendido, resta a decisão do juiz, por isso é ella uma das partes essenciaes do processo. E' esta a ordem natural do processo. Outros meios ha, porém, mais ou menos amplos, que podem permittir-se para as partes deduzir os seus direitos: quando esses meios são simples e sem as formulas de direito civil, se diz, que no processo se guarda simplesmente a ordem natural, e toma elle o nome de *processo summario*. Se, porém, esses meios se revestem das formulas mais ou menos amplas do direito civil, o processo se chama *ordinario*. Procuraremos tornar mais clara a idéa geral que temos enunciado. A ordem do processo é natural quando as partes deduzem a sua acção em juizo, o réo se defende, e o juiz julga. A intenção do autor pôde ser manifestada, ou por um modo simples, ou por um mais amplo revestido de certas formulas: no direito antigo, por exemplo, nas causas summarissimas, as partes chegavão ao juizo, e, *verbalmente*, requerião a citação do réo, deduzindo na mesma petição o seu direito, e o juiz mandava o escrivão lavrar um termo de tudo isso em seu protocollo. (1) Mas pôde-se exigir que esta fôrma simples se contenha em uma petição escripta; neste caso, dá-se a proposição da acção com uma solemnidade: é esta a fôrma summaria do processo antigo.

Neste mesmo processo para a defesa do réo bastava que elle viesse a juizo e contestasse o direito do autor por *itens*: eis aqui o processo summario seguindo os mais termos do processo.

Vejamos como a legislação civil tem dado mais formulas á proposição da acção: além da petição em que o autor expõe a sua intenção, exige-se um libello escripto, em que o direito do autor seja deduzido por artigos, e no qual elle conclua pedindo que se lhe declare o seu direito; exige mais a praxe "*pro fôrma*" certas clausulas chamadas salutaes: temos aqui a mesma proposição da acção feita de um modo solemne.

Quanto á *contestação* em vez de se contestar por *itens*, o direito exige uma contrariedade feita por artigos com uma conclusão e revestida ainda de clausulas salutaes. Ainda no processo ordinario, depois da contrariedade, o direito permittê ao autor uma replica, para sustentar de novo seu direito em frente das razões produzidas na contrariedade, e ao réo ainda uma treplica para responder aos argumentos da replica.

E', pois, por meio do libello, contrariedade, replica e treplica que se julga a acção proposta no processo ordinario, quando entretanto nas causas summarias basta para isso uma

(1) Assim se domina o livro que o escrivão leva ás audiencias para tomar os requerimentos verbaes das partes.

simples petição. Ha em ambas as fórmãs do processo a deducção da intenção do autor, e a defesa; no summario, porém, são ellas simples e abreviadas, e no ordinario mais amplas.

Além disso, ainda observa-se, que no processo summario o autor é obrigado a apresentar toda a sua intenção e deduzir todo o seu direito, e o réo apresentar todos os meios que tiver para sua defesa, não lhe sendo permitido ao depois amplial-os mais; nas causas ordinarias não é assim: pode o autor no seu libello deixar de prevenir as objecções do réo, para deduzil-as na replica: assim como pôde o réo na contrariedade deixar de tratar de certos meios que tem para defender-se para apresental-os em diversos incidentes, por isso pôde elle, ainda antes da contrariedade, vir com suas excepções, como prescripção, compensação, pagamento e outras, as quaes pôde deduzir não por contrariedade, mas por excepção, ficando a causa principal suspensa até a decisão da excepção, e o autor na posição de réo para defender-se della.

No processo summario, porém, o réo deve na mesma occasião em que contesta, apresentar as suas excepções, não podendo apresental-as como incidentes no correr do processo; quer o réo deduza por contestação ou por excepção o seu direito, tem no processo summario sempre de fazel-o na contestação e não se impede o curso da causa; o juiz decide ao mesmo tempo sobre a causa principal e sobre as excepções.

No processo ordinario, a discussão da excepção impede a questão principal e julga-se primeiro o incidente para depois continuar-se com a questão principal. Mas, quer se julguem estas excepções na contestação, quer como incidente, sempre o juiz tem de tomar conhecimento dellas; a differença está que no processo summario são ellas discutidas de um modo mais abreviado do que no ordinario.

§V

Passamos ao § V que se inscreve — O PROCESSO ORDINARIO NÃO PODE FAZER-SE SUMMARIO PELA CONVENÇÃO DAS PARTES.

Neste § o Comp. estabelece a these que o processo ordinario não pôde fazer-se summario pela convenção das partes, mas que o summario pôde tornar-se ordinario convencionando ellas. Vamos demonstrar a primeira these. A lei tem estabelecido as fórmãs do juizo, pelas quaes o juiz tem de proceder para administrar justiça, e por isso que ellas são estabelecidas por utilidade publica são de direito publico, sujeitando por esta razão a todos, não podendo, pois, alguém deixar de conformar-se com ellas, como é expresso no Dig. liv. 2, tit. 14, frag. 48, (1) e como concordão todos os nossos praxistas.

E' preciso, porém, saber que as formulas estabelecidas por utilidade publica são as do processo ordinario. A lei, não

(1) *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.*

obstante ter estabelecido essas formulas, algumas vezes por utilidade publica, determina que se pôde dispensar algumas dellas, fazendo-se o processo de ordinario — summario. E, por isso que se diz que a regra de proceder em juizo é sempre ordinaria, a fôrma summaria é excepção. Deve, por isso, quem começar a advogar e que tiver duvida sobre a espécie do processo que deve propôr, seguir sempre o ordinario, por isso que é elle o meio geral de proceder; a fôrma summaria é excepcional e estabelecida por favor da lei e interesse das partes, por isso podem ellas renunciar e conformar-se com o preceito geral. (1)

Assim estabelecidos os principios, é claro que não podem as partes renunciar ao processo ordinario, quando a lei o determina, para tornal-o summario. Não obstante este preceito, alguns jurisconsultos têm contestado a primeira these que firmámos, dizendo que pôde-se renunciar as formulas ordinarias do processo para tornal-o summario, quando, por exemplo, as partes convencionão que seja a causa julgada por juizo arbitral, que é aquelle que ellas convencionão que julgue, segundo as condições convencionadas; este juiz pôde ser ou um particular ou o mesmo juiz ordinario que exerce a jurisdicção de empregado publico. A Constituição reconhece nas partes o direito de sujeitar o julgamento de suas causas a juizes arbitraes. Art. 160.

(2) Pereira e Souza diz que o juiz arbitral se regula pela convenção das partes e por isso o poder de juiz pôde ser por ella tambem regulado. Este principio de Pereira e Souza tem sido mal entendido. Elle nunca disse que as partes podião por convenção determinar que o arbitro julgasse preterindo as regras do processo. Para entender este principio de Pereira e Souza é preciso remontar-se a alguns principios. As partes podem escolher juizes arbitros, é uma verdade constitucional, podem ainda determinar as formulas segundo as quaes o juiz tem de julgar, mas o que as partes não podem é alterar a ordem judiciaria segundo a qual o juiz deve conhecer e julgar do facto. Um exemplo esclarecerá mais.

Supponhão os srs. que é uma questão de dominio. As partes podem determinar, que, segundo certos titulos, o depoimento de certas testemunhas, ou certos exames, o juiz jul-

(1) No commercio dá-se o contrario, as partes podem, por convenção expressa, dar fôrma summaria á discussão de um direito que devêra sel-o pela ordinaria. — Art. 245 do Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850.

(2) O juizo arbitral é hoje regulado pelo Dec. n. 3.900 de 26 de Julho de 1867, o qual no § 4º do art. 10 permite ás partes concederem autorisação aos arbitros *para julgarem por equidade independentemente das regras e fôrmas do direito.*

que a causa; mas porque as partes tenham isto determinado não se segue que não fique a discussão da causa sujeita à forma do juízo.

Se o juiz não fôr arbitro, não se pôde determinar que decida, tendo em vista taes provas, porque elle ahí tem amplo direito de esclarecer o seu juízo para julgar. Quando as partes determinarem que o juiz julgue segundo certas provas convencionadas, o juiz aqui não é mais do que um louvado, valendo a sua decisão como contracto entre as partes e não como sentença. Se a convenção das partes é para que o juiz julgue arbitralmente, elle deve seguir as formas ordinarias do processo, se, porém, elle julga segundo certas provas, e sem a forma do juízo, não ha processo. Assim é que se deve entender a Pereira de Souza, que, conhecedor do direito como era, não podia estabelecer principio contrario á Ord. que determina que os juizes arbitros julguem segundo a ordem ordinaria do processo. (1)

LICÇÃO VIII

— Passamos ao estudo do TITULO 2º, que se inscreve
— DO JUÍZO.

No CAPITULO I trata-se do *Juizo* em geral.

§ I

O Comp. neste § define o que é *juizo*, e quaes as pessoas que intevrêm no processo: estas podem ser principaes ou accessorias. Principaes são aquellas que são necessarias para a essência do juízo, como autor que pede réo que defende e juiz que julga; mas isto entende-se do juízo contencioso, que é o chamado propriamente juízo, por isso que no juízo voluntario gracioso nem sempre ha quem deduza o direito — autor; o juiz que obra *ex-officio*, representa o autor e é a mesma pessoa que julga. Outras vezes não ha senão juiz que actua, não ha autor que provoque, nem réo que se defenda; assim, quando as autoridades procedem ao *summario da culpa ex-officio*, não apparece senão o juiz. Todas estas differenças veremos em lugares competentes. Foi esta observação apenas para indicar, que estas pessoas essenciaes ao juízo se entende em relação ao juízo contencioso. Ha ainda outras pessoas accessorias do juízo que o Comp. menciona no § e de que nos occuparemos, quando particularmente tratar o Comp. dellas, por isso passaremos por estes §§ que se seguem, até encontrarmos materia que nos seja de mais utilidade.

(1) Lobão *Accções Summarias*. Tom. 1º, cap. 1º, trata diffusamente das questões que o Comp. desenvolve neste §.

§ II

Trata o Comp. neste § do que seja *causa* e diz que *é o direito deduzido em juízo*. Podem haver interesses oppostos e contestados, sem que exista — *causa*; esta não se dá enquanto as partes não comparecem em juízo, pedindo um julgamento; antes disto, ha apenas uma questão.

§ III

Define o Comp. o que seja — *instancia*. Em lugar opportuno daremos uma idéa de instancia, tanto pelo Direito Romano, como pelo Patrio; por agora, basta que se saiba, que pelo Direito Romano havia um tempo fixado pela lei, dentro do qual devião começar e terminar as demandas.

No nosso direito, não ha para isso tempo marcado pelas leis, salvo em alguns casos que a seu tempo veremos; pôde por isso uma causa durar muitos annos sem que se decida.

Comquanto o Comp. diga que instancia é o tempo dentro do qual se trata e termina a causa, entende-se um tempo indeterminado, por opposição ao Direito Romano. Toma-se também instancia em outro sentido, como synonymo de grão de jurisdicção, e é neste sentido que se diz *justiça de primeira e de segunda instancia*. A nossa organização judiciaria reconhece, na fôrma da Constituição (art. 158) duas instancias, porque ella diz que as Relações julgarão em segunda e ultima instancia. Quando alguma causa sóbe á Relação muda de instancia, começa de novo, fica no estado em que se achara na occasião em que a lide foi contestada, e a Relação toma conhecimento, para, examinando as provas produzidas, reformar ou confirmar a sentença do juizo *a quo*. Dahi resulta que a Relação tem uma jurisdicção para conhecer do feito, mas como é depois do julgamento do juizo anterior, se diz que é uma segunda instancia. Tem, pois, esta palavra esta segunda significação.

§ IV

Trata o Comp. neste § da definição de *lide*, que tem um sentido generico, comprehendendo umas vezes todos os actos da causa até sentença final, outras vezes toma-se como synonymo de causa, assim se diz *contestação da lide* por *contestação da causa*.

§ V

Determina o Comp. neste § o que seja *fôro* e apresenta os dous sentidos em que se costuma usar da expressão: ou como lugar em que se tratão as causas, ou como a jurisdicção daquelle que exerce o juizo.

No *Capítulo 2º* trata o Comp. do JUIZ.

§§ I, II, III e IV

O Comp. nestes §§ define o que seja JUIZ, quaes as QUALIDADES REQUERIDAS PARA SEL-O, quando PROCEDE EX-OFFICIO e quando A REQUERIMENTO DE PARTE.

O juiz, no exercicio de seu cargo, actúa de dous modos: *tendo requerido ou de motu proprio*. Procede de *motu proprio* ou *ex officio* ácerca de tudo que disser respeito á organização do processo, administração da justiça, e investigação da verdade, isto porque, nestes negocios, prevalece o interesse publico, por isso o juiz póde proceder embora não seja provocado. O Comp. menciona no § 3º os casos em que o juiz procede *ex officio*. Outras vezes, porém, casos ha que não são de interesse publico, mas privado, e então o juiz só póde deliberar a requerimento da parte: dahi a distincção que fazião os jurisconsultos antigos de *officio nobile* e *mercenario do juiz*: o *nobile* dava-se quando elle actuava em razão de seu officio, e o *mercenario* quando a requerimento da parte. Quaes os casos em que o juiz obra *ex-officio* ou *provocado*, o Comp., fundado na legislação, os apresenta, devendo os srs. estudal-os.

§ V

Trata o Comp. neste § DAS COUSAS DEFEZAS AO JUIZ e diz, entre outras, que lhe é prohibido delegar a sua jurisdicção, porque, sendo o poder de julgar, pela nossa Constituição, (art. 12) uma delegação da nação, não póde ser delegado, *deve o juiz sempre exercel-o por si*. O Comp. faz a esse respeito especial menção do direito, porque a praxe antigamente permittia aos juizes delegarem as suas attribuições a advogados e até darem estes audiencias legaes.

Não havia lei alguma que autorisasse esta pratica abusiva, a qual cessou desde que a Constituição estabeleceu que o poder judiciario era delegação da nação, não podendo, pois por isso haver delegação de delegação. Quanto ás outras cousas defezas ao juiz que o Comp. cita, o direito é claro, bastando, pois, tão sómente que os srs. o consultem.

No *Capítulo 3º* o Comp. trata do ASSESSOR.

§§ I e II

Nestes §§ define o Comp. o *assessor*, e diz que o seu officio é desconhecido no direito vigente. A jurisprudencia romana reconhecía os assessores que erão jurisconsultos, o que aconselhavão os magistrados no exercicio de suas funcções.

A jurisprudencia portugueza aceitou este principio do Direito Romano, como se vê do Alvará de 28 de Janeiro de 1785, no qual, comquanto se não falle em *assessores*, comtudo sup-

põe-se a sua existencia. Hoje, os assessores não são reconhecidos no nosso direito, porque, segundo a Constituição (art. 156), os juizes julgão sob sua responsabilidade, não os salvando della o conselho de advogados, além de que os juizes hoje entre nós não são senão pessoas habéis e versadas no direito.

O Código Criminal não impõe penas áquelles que mal aconselharem os juizes, por consequencia estes são os responsaveis pela decisão que derem. Os assessores não são, pois, reconhecidos em nosso direito, em sentido rigoroso; mas nada impede, e até antes de utilidade que os juizes ouçam as opiniões de pessoas entendidas para melhor decidirem, comquanto elles não possam tomar um assessor, que, com elles assigne os actos publicos. E só neste sentido que podemos admittir a pratica dos assessores. Como nos cumpre, não só apresentar as relações de direito, mas tambem a praxe dos tribunaes, acrescentaremos que modernamente tem-se julgado nas nossas relações por modo diverso. Temos visto feitos que tem sido julgados por ellas e em que intervierão assessores, e outros que por esta razão tem sido annullados, sendo maior o numero destes.(1)

Passamos ao *Capitulo 6º* em que o Comp. trata do

AUTOR.

§§ I e II

Nestes §§ o Comp. *define o autor* e declara *quem pôde ser autor*.

A materia é clara, por isso vejão os srs. a legislação que o Comp. cita e que confirmo as suas proposições.

§ III

Firma o Comp. neste § a proposição *que ninguem pôde ter obrigado a demandarem juizo*. Esta proposição é verdadeira, porquanto, não pôde em regra ser alguém obrigado a propôr acção em juizo. Aquelle a quem assiste o direito é o unico juiz

(1) Tem-se disputado no fôro se são hoje admissiveis assessores, e se as sentenças por elles escriptas e assignadas por elles são validas ou nullas. Refere Moraes Carvalho — *Praxe Forense*, tom. 1º nt 41 que sempre defendeu a validade, que na Relação da Côrte houve variedade de julgamentos e no Supremo Tribunal uniformidade a favor da validade. Entre nós que ha juizes leigos, a questão reduz-se á mera formalidade da assignatura ou não da sentença pelos assessores. O Direito Romano reconhecia o uso de assessores, consagrando-lhes titulos especiaes (Dig. liv. 1º, tit. 22 e Cod. liv. 1. tit. 51) e por isso alguns o tem seguido como direito subsidiario, especialmente porque o Alvará, citado no texto, de 1785 refere-se a um caso especial em que se não permite o assessor, o que faz suppôr a regra geral em contrario, e as Ords. que apontão as nullidades (Liv. 3º, tits. 75 e 95) não mencionão estas.

competente para julgar da conveniencia de levar a questão a juizo; em alguns casos, porém, falha este principio e apparecem excepções que se fundão no interesse directo que uma terceira pessoa tem na proposição da acção.

Cita o Comp. em primeiro lugar o caso de *diffamação*, no qual pode ser o diffamante obrigado pelo diffamado a provar a diffamação, por isso que, como della resulta um mal para este, pôde elle obrigar-o a provar o seu dito. (1)

O Comp. firma a sua doutrina na Ord. liv. 3º, tit. 11, § 4º, que trata em geral de todos os casos de diffamação, tendo ella bebido o seu principio na lei 5ª, tit. 14, liv. 7º do Cod. Não é, porém, tal disposição nascida d'ahi, porquanto esta lei sómente era relativa á diffamação do estado da pessoa em relação á ingenuidade, e os glossadores forão os que a estenderão tambem as outras diffamncões. As Ords., afferrando-se muito ás opiniões dos glossadores, adoptarão a sua doutrina, sendo, pois, nella que se funda a sua disposição. O segundo caso em que falha a regra é o seguinte: poder o fiador citar o credor para que proponha a sua acção contra o devedor ou o exonere da obrigação da fiança, quando este se demore em pagar ou delápide os seus bens. Isto é de equidade, porquanto o credor, demorando a sua acção, poderá não ter o devedor depois meios para pagar, e o fiador ter, de fazel-o, sem poder haver cousa alguma do devedor. O terceiro caso dá se quando os bens do fiador forão sequestrados a instancias do credor, podendo então aquelle fazel-o citar com a comminação de levantamento do sequestro, para que proponha a acção contra o devedor.

§ IV

Neste § trata o Comp. *da pena em que incorre o autor que pede mais do que se lhe deve*. Em regra o autor deve comparecer em juizo bem preparado e certo do seu direito, é por isso que a lei concede algumas vezes certos favores ao réo que não concede ao autor, e isto porque não sabendo o réo quando tenha de ser demandado, pôde não estar certo da defesa, mas o autor que apparece em juizo por sua vontade deve ir certo de seu direito, por isso, se pedir mais do que se lhe deve, deverá ser punido. Ainda mais, uma demanda em juizo traz sempre muitos vexames para o demandado; pelo que a lei commina penas aos que demandão sem fundamento, afim de evitar os incommodos que podem resultar de uma acção nestas condições. A lei pune, pois, o autor que pede mais do que se lhe deve, ou pela quantidade, ou por ser antes do tempo do vencimento, ou por não fazer desconto das quantias recebidas.

(1) E' esta a acção ou remedio da lei — *Diffamari* — Cod. de *Ingen. et manumiss.* e da Ord. do Liv. 3º, tit. 11 § 4º e liv. 1º, tit. 8º, § 1º, de que trata Lobão — *Acções Summarias* — Tom. 1º, cap. 4º, §§ 34 a 47.

O Comp. toma por base de sua doutrina a Ord. liy. 3º, tit. 34 em seus diversos §§ que é o assento da matéria, e na qual se encontra esses diversos casos não classificados como no §. Por isso o estudo que os srs. devem fazer é comparar a doutrina do Comp. com a da Ord., para justificar as proposições do Comp. pelas hypotheses da Ord. (1)

LICÇÃO IX

Passamos ao *Capitulo V*, em que trata o Comp. do RÉO.

§§ I e II

Nestes §§ o Comp. *define o réo*, o diz : *quem pôde ser demandado em juizo*. Pessoas ha, que podem ser demandadas em juizo nas suas próprias pessoas, e outras, que só o podem ser na das pessoas, que as representão. Todos aquellea que tem direitos podem, em regra, ser demandados em juizo, mas nem todos os que podem ser demandados o podem ser nas suas próprias pessoas, mas algumas vezes só nas que as representão; assim, o furioso, o mentecapto e o prodigo, se alguém lhe propõe uma acção, elles se defendem della por meio de seus curadores; tem uma incapacidade natural.

Outras pessoas, ha porém, que tem uma incapacidade civil para apparecer em juizo, tendo, entretanto, capacidade natural, assim, por exemplo, o filho-familias, o religioso, o escravo e a mulher casada, salvo nas questões sobre bens de raiz, etc. Em relação á mulher casada a lei previo, que sendo o marido o legitimo administrador dos bens do casal, podia succeder que ello tivesse necessidade para utilidade do casal de demandar sobre bens de raiz ou mesmo alienal-os, e a mulher lhe negasse consentimento para esse fim, peando assim a sua actividade; então a lei dispôz, que, neste caso podesse o marido requerer ao juizo o supprimento do consentimento da mulher, o que é uma especialidade de direito, e que não se dá a respeito da recusa de outras pessoas do consentimento para demandar, que a autoridade não suppre. O Comp. refere o principio de direito, não dá a sua forma, e como talvez não tenhamos tempo de tratar da forma deste processo de supprimento de consentimento no seu competente lugar, desde já mostraremos a sua marcha.

Desde que a mulher nega ao marido o consentimento para demandar ou alienar bens de raiz do casal, o marido requer ao

(1) Silva no respectivo commentario apresenta as limitações e ampliações desta Ord. — Deve se tambem consultar Lobão — *Seg. Lin.* Tom. 1º, pag. 24 e *Fasciculo.* Tom. 2º, pag. 151.

juiz o supprimento do consentimento, contando lhe o facto, e a utilidade que resulta dessa demanda ou alienação, e então o juiz admitte-o, com audiencia da mulher, que deve ser citada, a provar essa utilidade; a mulher deve apresentar as razões pelas quaes negou o consentimento, e o juiz examinando as razões de um e de outro, julga se é ou não vantajosa a demanda ou a alienação, e, se a julga vantajosa suppre o consentimento da mulher, permittindo ao marido apparecer sem o consentimento della nestes actos.(1)

Este consentimento do juiz deve constar por um Alvará, em que elle o conceda, que se lavra depois que a sentença passa em julgado, isto é, depois de dez dias, o qual, sendo assignado pelo juiz, e tende pago os direitos nacionaes, habilita o marido a litigar sobre bens de raiz sem o consentimento da mulher e a alienal-os.

Se se trata de uma demanda o alvará é junto aos autos: se se trata de uma alienação elle deve ser transcripto na escriptura.

§ III

O Comp. desenvolve neste § *quando e como o réo é mais favorecido*. Como são diversas em juizo, as posições do autor e do réo, algumas vezes vezes o réo é mais favorecido que o autor, e outras vezes o é igualmente. O Comp. estabelece a regra para cada um dos casos, e diz: “que o réo póde deduzir ao mesmo tempo muitas razões de defesa, ainda contrarias, comtanto que sejam propostas condicionalmente; este favor não é concedido ao autor, o qual não póde no seu libello deduzir ao mesmo tempo razões contrarias.

Assim, supponhão os srs., que trata-se de uma reivindicção, o réo póde defender-se allegando que tem dominio sobre a cousa questionada, adquirido por algum dos meios que o transmittem, por exemplo, a successão, e que ainda mesmo quando o não tivesse, a cousa lhe pertencia pela prescripção do direito que o autor tinha sobre ella. Assim, póde pois o réo deduzir a sua defesa com rasões contrarias.

O autor não póde gosar deste direito, nem propôr uma questão condicional; deve sempre fazel-o por um modo certo e determinado, porquanto o juiz não póde dar uma sentença condicional, salvo os casos em que a lei permite, por exemplo, nas causas recisorias, o juiz póde determinar que a parte ou cumpra o contracto, ou rescinda-o indemnizando a outra parte: nestes casos tambem póde o libello ser alternativo.

(1) Borges Carneiro —Dr. Civ. Tom. 2º, liv. 1º, tit. 12, § 120, n. 21, apresenta os casos de demencia da mulher, e de não consentimento sem razão como aquelles em que póde o juiz, com conhecimento de causa supprir o seu consentimento.

Não sendo nos casos em que a lei permite a alternativa, não pôde o autor propôr acção condicional, o que não se dá com o réo, que pôde defender-se, servindo-se de razões contrarias, ou estabelecendo condições.

Este direito, porém, do réo não se dá em relação ás excepções, por isso que sendo elle nellas considerado como autor, visto que trata de provar um facto para illidir o direito do que com elle questiona deve ter os mesmos direitos que tem em geral os autores, não pôde, pois, apresentar razões contrarias, nem deduzir o seu direito condicionalmente.

O Comp. observa mais um principio, que os srs. devem ter muito em vista, e que é um dos pontos mais importantes do processo, e é o seguinte: que o autor que moye a questão é que deve provar, (1) réo não é obrigado a provar um facto para mostrar a sua defesa acerca do qual o autor não apresentou provas, e a razão é porque julga-se um individuo senhor do que possui, e desobrigado; por esta razão aquelle que tem direito sobre o que outro possui deve proval-o, assim como o que tem direito á prestação de um serviço da parte de outrem deve provar que realmente se está para com elle nessa obrigação, porquanto a obrigação é um facto, não se presume, prova-se; é uma restricção da liberdade pessoal, é para as pessoas o que a servidão é para as cousas, sempre um onus, pelo que não se provando a restricção ou o onus, prevalece a regra geral da liberdade.

Por isso, se o autor não prova o facto, julga se o réo não obrigado a responder. Se alguém julga que um objecto é seu e não prova o dominio decahe da acção: nas acções pessoaes tambem, se o autor não prova a obrigação, o réo não se julga obrigado, e isto pelo principio de direito de que não se presumem obrigações. Para o réo ser absolvido, basta que o autor nada prove. Se os advogados comprehendessem bem esta regra, seria muitas vezes favoravel a posição do réo; porquanto, desde que o autor nada prova, deve o réo calar-se; se elle na sua contrariedade allegar alguns factos, fica na obrigação de proval-os, e pôde o juiz decidir em vista destas provas, e elle ser condemnado, embora o autor nada tivesse provado. Nas causas de liberdade, não se attende a esta regra, o favor é concedido áquelle que sustenta a liberdade, e isto porque a liberdade é sempre o estado que se presume, a escravidão é que se prova, e que precisa ser cabalmente provada para que o juiz a reconheça. Tambem as causas *matrimoniaes, dotaes, testamentarias* e outras semelhantes, são favorecidas pelo direito, competindo áquelles que as combatem, provar; aos que as sustentão, presume-se que lhes assiste o direito.

No *Capitulo VI* trata o Comp. do ESCRIVÃO e nos §§ I, II, III e IV define o que seja *escrivão*, mostra o modo de sua no-

(1) *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* — Dig. liv. 21 de probat.

meação, (1) apresenta os seus *deveres*, e trata da *fé* que elles merecem. A materia destes §§ é clara, por isso os srs. veção a legislação que o Comp. cita. Quanto á *fé* que merece o *escrivão*, trataremos especialmente della quando estudarmos a *fé* que merecem os instrumentos publicos.

No *Capitulo VII* trata o Comp. do *ADVOGADO*, e nos §§ I, II e III. define o que seja *advogado*, e diz *quem póde advogar*, e *quaes são os direitos e obrigações do advogado*. A materia destes §§ é clara. (2)

No *Capitulo VIII* o Comp. trata do *PROCURADOR*. Nos §§ I e II o Comp. define o que seja *procurador*, e *quem póde ser procurador*. Os *procuradores* de que se trata neste *Capitulo* são os *judiciaes*, e o podem ser todos aquelles que não tem prohibição.

Os *procuradores*, ou são *judiciaes*, ou *extrajudiciaes*: os *judiciaes* são os que são constituídos para tratar de alguma causa em juizo; os *extrajudiciaes*, são para tratar de quaesquer negocios fóra de juizo. Para os actos *judiciaes*, requer-se uma *procuração* bastante, lavrada pelo *tabellião publico*; e para os *extra judiciaes*, não ha lei alguma que exija *procuração* passada pelo *tabellião*, podendo provar-se o *mandato* por *escriptos* particulares, mesmo de pessoas a quem a lei não concede o direito de passar *procuração* de seu proprio punho. (3)

Os *tabelliães* não tem entendido bem esta disposição da lei, exigem *procurações* iguaes ás *judiciaes* para prova do *mandato* pelo qual *alguem contracta* por outro; isto, porém, é um erro, não ha lei alguma que o determine.

Neste § trata o Comp. da *extensão e limites dos poderes do procurador*, materia que precisa ser bem entendida. Diz o Comp. que o poder do *procurador* nasce do *mandato*, e este póde ser mais ou menos amplo. O *constituente* póde dar *poderes* ao seu *procurador* de dous modos — *geral*, ou *com livre administração*: quando a *procuração* é *geral*, o *procurador* é competente para todos e quaesquer actos que o *constituente* podesse praticar, e, uma vez que elles lhe não sejam *prejudiciaes*, se considerão *validos* feitos pelo *procurador*.

(1) Quanto á nomeação dos *escrivães* — o Dec. de 30 de Agosto de 1851 foi alterado pelo de n. 4,668 de 5 de Janeiro de 1871. fazendo os *presidentes* de provincia nomeação provisoria de um dos *candidatos* para servir *interinamente*.

(2) A' doutrina do Comp. adicionaremos que o estrangeiro não póde ser *advogado*. — Av. de 29 de Maio de 1866, sobre consulta do Cons. de Est. de 11 do mesmo mez e anno.

(3) Não provão o *mandato* em juizo as *publicas fórmulas* de *procurações*. Por esta razão o Trib. da Rel. da Côte por Ac. de 14 de Março de 1871 (V. *Jor. do Com.* n. 73 de 15 de Março de 1871) annullou o feito n. 13,221. Confira-se — Trindade — *Coll. de Apont. Jur. sobre Proc.* § 16.

Quando a procuração é dada, para um fim certo e determinado, se chama *especial*. Pode, porém, ser uma procuração geral e ser limitada, por isso que, ella só concede amplos direitos ao procurador, quando, além de geral e bastante, concede a elle a livre administração.

Pela procuração geral, como dissemos, o procurador é, na verdade, habilitado pelo seu constituinte a praticar por elle quaesquer netos, mas só se entende dos que lhe forem proveitosos; é somente quando na procuração se concede ao procurador a livre administração que elle pôde praticar os actos, chamados em direito, prejudiciaes. Prejudiciaes, neste sentido, não quer dizer actos que importem um prejuizo real, mas sim, certos actos a que em direito se dá esta denominação, taes são, por exemplo, as cessões, trocas, alienações e outros actos semelhantes, embora não resulte desses actos prejuizo e sim vantagem.

Precisa, pois, um procurador, para poder pelo seu constituinte alienar, ou praticar outros actos semelhantes, de uma procuração em que se lhe conceda a livre administração, por isso, é preciso distinguir-se bem. Mesmo quando se concede nas procurações a livre administração, não se entende em relação aos negocios de alta monta, isto é, aquelles que podem comprometter toda ou grande parte da fortuna do constituinte. (1)

LICÇÃO X

§ IV

Vamos estudar o § IV em que o Comp. mostra qual a *responsabilidade do procurador judicial*, visto que é deste que particularmente nos occupamos. O procurador judicial é um delegado de seu constituinte, obra em seu nome, e o não pôde fazer sem um contracto entre elle e o seu constituinte, suppõe o concurso da vontade de ambos; por isso, diz o Comp., que — *ninguem pôde ser constrangido a aceitar os poderes de uma procuração*; desde, porém, que os aceita é obrigado a responder pela execução do seu mandato, nos seguintes casos: — 1º, *pelo damno que causar ao constituinte, por negligencia, culpa ou ignorancia*, (Ord. liv. 1º, tit. 48, § 10) isto porque, o constituinte que passa

(1) Trindade cit. (§ 14) sustenta a mesma opinião do Comp. quanto aos negocios de grave importancia, posto que ensine, que o mandato geral, ainda — *cum libera administratione* só abrange as faculdades de *administração* e não de disposição. Este mesmo escriptor apresenta 25 casos em que se exige poderes especiaes.

uma procuração, descança na pessoa desse seu procurador, certo de que, elle fará tudo quanto fôr a bem de seus interesses; por isso, se elle o não faz, por alguma destas razões, traz para seu constituinte um prejuizo, pelo qual deve ser responsavel; 2º, *pelo abandono do feito tem licença do juiz, salvo o caso de necessidade ou impedimento*. O procurador que aceitou uma procuração, não pôde escusar-se della, (1) devendo-se, entretanto, distinguir se a causa está ou não contestada.

Depois de contestada a causa, como o procurador fica adstrictamente obrigado a prover o seu andamento, não pôde mais desistir da procuração, senão por convenção com o seu constituinte, ou então por algum impedimento, do qual o juiz conhece, e decide se elle deve ou não continuar com a procuração. Não estando, porém, ainda contestada a causa, o procurador pôde desistir da procuração, fazendo sciente disso ao juiz, para elle mandar notificar a parte, afim de que ella apresente novo procurador; 3º, *quando deixar a procuração, e aceitar o patrocínio da parte contraria, depois de ter recebido algum premio do senhor do feito, ou sabido os segredos da demanda*; (Ord. liv. 3º, tit. 26, princ.) 4º, *pelo substabelecimento dos poderes da procuração em pessoa menos idonea*, por isso que o constituinte conão u no seu pocurador, e elle, substabelecendo a procuração em pessoa não idonea, arrisca assim o direito de seu constituinte, devendo, portanto, ser responsavel;(2) 5º, *por não ter appellado em tempo, sendo presente ou sabedor da sentença*, (Ord. liv. 3º, tit. 27 princ.) é tambem responsavel o procurador, se a parte, por não ter appellado em tempo, decahir da acção. Deve, pois, portanto, o procurador que obtem sentença contraria ao seu constituinte appellar sempre, porque, se a parte quer seguir a appellação, segue-a, se não quer, desiste do direito.

§ V

Neste § o Comp. nos diz quando expira o officio do procurador. Tem este § relação com o antecedente. Assim como o procurador pôde desistir da procuração, antes de contestada a lide e não o pôde depois, o constituinte tambem pôde cassar-lhe o mandato, antes de contestada a lide, e o não pôde depois, senão convido o procurador. As outras proposições apresentadas no § são claras, e os srs. as encontrão nos textos citados pelo Comp. (3)

(1) Só por motivos legaes pôde escusar-se do patrocínio da causa que recebeu. — Ass. de 27 de Março de 1821.

(2) Vd. Merlin — *Rep. de Jurisp. pal. Mandat.* § 3.

(3) Por uma ficção do Dir. Rom. ficava o procurador pela contestação da lide senhor da demanda, não podendo por isto o constituinte demittil-o — *si procurator est factus dominus litis, per litis contestationem potest...*

§ VI

Trata o Comp. neste § do *procurador em causa propria*. Não é esta uma matéria fácil, porquanto fallase vulgarmente em procuradores em causa propria, sem se comprehender bem o que se entende por esta especie de procuradores. Diz o Comp. que —*procurador em causa propria, é aquelle que trata de negocios por utilidade propria e não do mandante*. E' sabido que o procurador aceitando o mandato, trata de negocios que não são seus, obra pelo seu constituinte, conforme os poderes que lhe forão outorgados, porquanto, o direito permite que, aquelle que não pôde por si praticar um acto, o pratique por meio de outro. Algumas vezes, porém, a procuração é para tratar em nome do constituinte, de negocios que interessão ao procurador, e não a elle. Isto verifica-se em geral, todas as vezes que alguém tem cedido direitos a outrem, e dá uma procuração ao cessionario, para, em nome do cedente, tratar de um negocio; ha, pois, procuração, porque se usa do nome do constituinte, e se diz em — *causa propria* — porque o negocio é do procurador. (1)

Fica assim claro, mas para frisar melhor, apresentaremos um exemplo, desenvolvendo antes alguns principios que tendem a melhor esclarecel-o. Em direito, ha muita differença entre *cessão* e *delegação*: dá-se — *cessão*, todas as vezes que alguém transfere a outro um direito ou uma acção que tenha sobre terceiro; e dá-se — *delegação*, quando não se transfere nem direito nem acção, mas delega-se o nome, para que o cessionario possa nelle accionar o devedor. Esta nomenclatura é a dos praxistas quando distinguem — *cessão do devedor* de — *cessão do nome*. Tanto faz, pois, dizer — *cessão do devedor*, como — *cessão*, e — *cessão do nome* como — *delegação*.

Agora o exemplo: supponha-se que alguém tem uma obrigação de outro para haver d'elle uma quantia: o credor pôde, não só transferir o direito á dívida e ás acções, para a tornar realizavel, como ceder o seu nome, para nelle, ser accionado o devedor. Assim, pois, se alguém der uma obrigação a outro e declarar — *pague-se ao sr. F. valor recebido* — ha uma verdadeira *cessão*, porque, pelo facto do credor transferir a obrigação, com a declaração de *valor recebido* elle transmite o direito que tinha sobre a dívida ao cessionario, bem como o direito de accionar o devedor. Pôde, porém, o credor não fazer a *cessão* por este modo, mas declarar tão sómente na obrigação — *pague-se a F. ou pertence a F.*; este facto dá ao cessionario o direito de accionar o devedor, mas não lhe dá o direito á dívida, por isso que a automação do credor foi só para o cessionario demandar o devedor, receber a dívida, e não adquirir um di-

(1) Uma tal procuração não é revogavel, nem expira pela morte do mandante ou mandatario, como qualquer outra — Lobão — *Seg. Lin.* nt 170 — Corrêa Telles — *Dig. Port.* Tom. 3° n. 652.

reito sobre ella; neste caso, o cessionario só pôde demandar, usando do nome do credor, não pôde fazer sua a questão: no primeiro caso ha cessão, no segundo delegação, ou segundo outra terminologia, no primeiro caso ha cessão do devedor, e no outro ha do nome.

Não pensem os srs. que são subtilezas da praxe, é esta uma distincção juridica, o Codigo Commercial (art. 361, n. 4) a reconhece, e faz distincção entre as lettras em que se põe simplesmente o —*pague-se*, e aquellas em que se põe o —*pague-se valor recebido*. No primeiro caso, o cessionario usa da acção em nome do credor, e no segundo em seu proprio nome, porquanto elle tem o direito sobre a divida. Daqui resulta uma consequencia juridica, e vem a ser que na cessão ha novação da divida e na delegação não ha.

Neste caso ha novação, porque, para haver delegação, não se necessita da intervenção do devedor, porque nós podemos transferir o nosso direito a quem nos parecer, e o cessionario realizal-o; mas quando ha cessão do devedor, é necessaria uma especie de convenção com elle, porque achando-se obrigado para com uma pessoa, fica obrigado para com outra.

Segundo esta theoria, vêm os srs. que quando se dá a alguém o direito de demandar uma terceira pessoa em nome do cedente, ha procuração; e que quando além do direito de demandar, se transfere ao cessionario a propria obrigação, e as acções que lhe dizem respeito, quando elle e o proprietario do objecto da questão, se diz que a procuração é em causa propria. Todavia como o cessionario adquiriu o seu direito por uma cessão tem de usar do nome do cedente, embora seja elle quem tire o proveito real da causa.

Eis ahi a hypothese em que se dá a procuração em causa propria; por isso, quando alguém constitue um procurador e o declara em *causa propria*, entende-se que elle transferiu o seu direito sobre o objecto para o procurador, mas que deve, para tornal-o effectivo, usar do nome do cedente, por isso diz o Comp. que *procurador em causa propria é o cessionario a quem forão cedidas as acções, assim como o fiador, que paga ao credor, a quem este fez cessão do debito*. Quanto ao cessionario já vimos. Quanto ao fiador, se elle pagou pelo devedor, como o credor não pôde repetir deste o pagamento que já recebeu e o fiador não deve perder, passão os direitos do credor para o fiador e elle torna-se procurador em causa propria, porque propõe a sua acção em nome do credor e é quem tira o proveito real da causa.

Esta é a theoria rigorosa do direito, mas como devemos apresentar aos srs., todas as relações de direito, diremos: que no direito antigo assim era: aquelle que se constituia devedor, ligava-se por uma obrigação pessoal, e portanto só aquelle a quem elle se tinha obrigado, podia delle exigir o cumprimento della; não podia, pois, o credor fazer-se substituir por outro, de modo que este demandasse em seu proprio nome; mas co-

mo nada obstava a que o credor renunciasse o seu direito á acção, fazia-se esta distincção, que o credor podia ceder a um terceiro o seu direito para tornar realizavel a divida, permanecendo, entretanto, a obrigação do devedor para com o credor, a cessão era da acção e não do direito sobre a obrigação, porque este, resultava de uma convenção com o devedor, e não podia sem intervenção d'elle passar para um outro.

Dada esta noção, resulta a differença que fazião os antigos, entre as acções *directas* e as *uteis*. O credor tinha, segundo elles, ambas as acções.

A *acção directa*, consiste no direito de, em seu proprio nome, demandar e a *util*, no de usar das acções para realizar o cumprimento da obrigação. O cessionario só tinha pois a acção util, a *directa* pertencia ao credor ou cedente.

Hoje, segundo o direito moderno, tem sido abrogada esta differença entre as acções *directas* e *uteis*; póde, pois, hoje o credor ceder a outrem, tanto as acções *directas*, como as *uteis*, por isso que póde transferir os seus direitos, bem como as respectivas acções.

No direito, desde que se faz modificação em um de seus principios, soffrem-n'a igualmente aquelles que com esse tem relações; hoje, pois, tendo desaparecido o principio que ha pouco mencionamos, tem desaparecido tambem a differença entre as acções *directas* e *uteis*, por isso, independente do nome do cedente, póde o cessionario demandar em seu proprio nome. Como, porém, muitas vezes se conserva a terminologia de relações de direito que já forão extintas, se usa ainda das expressões — acções cedidas a um terceiro, porém, propostas em nome do cedente.

Advertirei aos srs., para não se enganarem na vida pratica, que quando alguém tiver obtido em seu favor a cessão de um direito ou acção, não precisa para realizal-os do nome do cedente, póde fazel-o em seu proprio nome, o que não se dava pelo direito antigo, no qual o credor só podia ceder as acções, e essas mesmo, para serem propostas em seu nome, e quando cedesse o direito, ainda a acção tinha de ser proposta em nome d'elle, embora os lucros reaes da demanda tivessem de ser auferidos pelo cessionario; e isto, porque o devedor podia não reconhecer o cessionario, allegando que com elle não tinha obrigação alguma.

E' deste principio do direito moderno que o Comp. deduz o que diz no final do § que *o procurador em causa propria, póde fazer quanto é permitido á aquelle que tem procuração especial e até transigir; porque trata de negocio que lhe interessa.*

Não póde, pois, o procurador praticar actos que importem uma renuncia de direitos, e sim sómente aquelles que produzem vantagens, porque não sendo o negocio seu, não pode renunciar o que é de outros. Os poderes das procurações suppõe-se sempre que são para adquirir e nunca para ceder. Como, porém, nas procurações em causa propria, trata o procu-



rador de negocio que é seu, póde por isso transigir, uma vez que o direito lhe tivesse sido cedido pelo credor e elle tenha propriedade sobre o objecto questionado, porquanto é nellas havido como o proprio constituinte.

Nos §§ VII e VIII trata o Comp. dos *requisitos*, e das *pessoas qualificadas para escrever, ou mandar escrever as procurações*; sendo a materia clara, vejão os srs. a legislação que o Comp. cita e que confirma as suas asserções.

No *Capitulo IX* trata o Comp. do DEFENSOR, do ESCUSADOR, do ASSISTENTE e do OPPOENTE e nos seus diversos §§ define o que elles sejam. Diremos quanto ao *assistente*, que elle é *aquelle que vem a juizo defender a sua propria causa com a alheia*.

Muitas vezes, uma questão levantada entre duas ou mais pessoas, póde interessar uma terceira, e como todos tem o direito de intervir no que lhes diz respeito, esta terceira pessoa, que tem interesse na causa, póde vir a juizo, assistir ao seu andamento; mas para isso, é preciso que, perante o juiz se justifique o interesse que essa terceira pessoa tenha na causa, afim de que seja admittida como — *assistente*. Apresentaremos a fôrma do processo, pelo qual alguém é admittido, como assistente: aquelle que tem interesse na causa, requer ao juiz, que o admitta como assistente, mostrando qual o seu interesse; o juiz admittit-o a justificar esse interesse allegado, e, feita a justificação, julga, se elle deve ser ou não admittido como assistente; se é admittido, junta-se aos autos a certidão da sentença do juiz e elle é considerado assistente.

LICÇÃO XI

Vamos tratsr do *Capitulo I* do *Titulo III* em que o Comp. se occupa da JURISDICÇÃO.

§ I

Neste § define o Comp. a *jurisdição* — *o poder de administrar justiça*. Tinha esta palavra, no Direito Romano uma significação mais limitada e mais restricta do que no Patrio. No Direito Romano, como se vê na *nota*, consistia a jurisdição sómente no direito, que tinha o juiz de tomar conhecimento de uma causa civil e de proferir a sua sentença (Dig. liv. 42, tit. 1º, frag. 1.) Proferida a sentença, findava a jurisdição do juiz; competia a outros magistrados a sua execução, competia áquelles que tinham o *imperium* (Dig. liv. 1º, tit. 21, frag.5.) O julgamento dos crimes tambem competia ao magistrado que tinha o *imperium*. Quando o juiz tinha sómente o poder de punir os criminosos, e dar execução ás sentenças, chamava-se a esse poder *imperium merum* e quando a este se reunia tambem

o poder de julgar no civil e proferir sentença?, tomava então o nome de *imperium mixtum* (Dig. liv. 2. tit. 1º, frag. 3) O Direito Patrio não adoptou esta distincção. Entre nós a jurisdição abrange tanto o poder que tem o juiz de conhecer no civil, como o de punir os crimes, como o de proferir sentenças, como finalmente o de executar as sentenças. Não obstante esta these, encontramos no nosso direito algumas anomalias que o fazem aproximar de algumas das disposições do Direito Romano, assim, por exemplo: o juiz municipal, entre nós, exerce a jurisdição em seu termo, e é o competente para conhecer de todas as causas de sua competencia, processal-as julgal-as (1) e executar as suas sentenças, mas tem ainda jurisdição para executar todas as outras sentenças, como as do jury das relações, etc. Temos, pois, por isto, juizes competentes para executar sentenças que não proferem, e juizes que não podem executar as que proferem. Estas são, porém, excepções à regra geral, que é que o juiz que profere a sentença é que dá execução a ella.

Passamos aos §§ II e III, onde o Comp. trata da *divisão da jurisdição* e de *quem pôde exercer a jurisdição*. Sendo esta materia clara, passamos ao *Capitulo II* em que o Comp. trata da COMPETENCIA.

§ I

Neste § apresenta o Comp. a *noção geral da competencia*. No capitulo antecedente, demos a noção geral da jurisdição, que é, o poder de julgar para administrar justiça, compreendendo-se nella o direito de tomar conhecimento da questão, de colligir as provas para certificar-se da verdade dos factos allegados, para proferir sentença, e finalmente o poder de executar o julgado pelos juizes. Estende-se, pois, a jurisdição a todos esses casos.

Vem, pois, os srs. que a *jurisdição* tem um sentido muito amplo; abrange o poder que tem o juiz de administrar justiça em qualquer lugar, sobre quaesquer contestações e a quaesquer pessoas, por isso que a sua acção não exclue nem certos lugares, nem certas causas, nem certas pessoas. Não é, porém, possível, que em um territorio muito vasto e populoso, possa um só juiz exercitar esse poder, nem exercital-o, em todas as causas, nem para com todas as pessoas.

E, pois, de necessidade que esse poder seja restricto, isto é, que para lugares diversos haja juizes diversos, para certas causas certos juizes, e que só determinados juizes possam conhecer de causas em que intervierem *determinadas pessoas*. Eis

(1) Pelo art. 23. § 2º do Reg. Jud. os juizes municipais só julgam as causas até o valor de 500\$; nas outras preparam os feitos para serem julgados pelos juizes de direito.

o que faz a lei, para tornar possível a administração da justiça. Para isso, segundo a nos a organização judiciária, os juizes municipaes não exercem jurisdição em todo o Imperio, mas sómente em um lugar, no seu termo; eis ahí a lei, limitando a jurisdição do juiz a um territorio dado. Esta limitação da jurisdição se chama *competencia*.

Tambem comprehendem os srs., a necessidade da divisão dos juizes, a fim de que uns julguem no cível, outros no crime, e ainda os que julgão no cível, podem ser juizes communs ou de orphãos. Eis ahí uma limitação que se faz á jurisdição do juiz em consequencia da diversidade das causas sobre que elles tem de julgar, e que constitue a *competencia* dos mesmos. Tambem se pôde limitar a jurisdição dos juizes em relação ás pessoas. Assim ha juizes especiaes para julgar dos litigios que se dão entre certas pessoas, taes são os juizes commerciaes para julgar dos litigios entre commerciantes, os juizes militares para julgar dos delictos militares. Eis ahí, pois, outras limitações de jurisdição que constituem outras tantas especies de *competencia*. Fazendo-se a generalisação destes factos, chega-se a formar a noção de *competencia* como a *limitação da jurisdição*: é, pois, a *competencia* um limite ao poder geral que tem o juiz de administrar justiça. (1)

Diz o Comp. que a *competencia a respeito da causa, tambem faz o juiz competente, para todas as questões incidentes, que aliás não caberão na sua competencia*. Esta proposição, assim enunciada, parece clara, quando, porém, se desce á pratica, encontrão-se muitas difficuldades, e é mesmo uma das questões mais intrincadas de nosso direito pratico, por falta de disposições positivas a respeito. Não tendo tempo para apresentar largos desenvolvimentos, daremos apenas uma noção geral, sufficiente para comprehender so a materia. Já mostramos que a jurisdição do juiz é limitada pelo *lugar*, pelas *causas* e pelas *pessoas*.

Tendo *competencia* o juiz para conhecer de uma causa cível, não pôde conhecer de uma criminal, porque compete ao juiz criminal; do mesmo modo, não pôde o juiz secular conhecer de uma causa ecclesiastica, nem o ecclesiastico de uma secular. Pôde, porém, succeder que a uma questão criminal, esteja intimamente ligada uma cível, bem como a uma secular uma ecclesiastica, de modo que o julgamento de uma, dependa

(1) Tudo quanto obra o juiz incompetente é nullo; salvo se as partes convêm em ratificar seus actos (Moraes Carvalho *Praxe Forense* § 23) e a *competencia* não era de ordem publica. Entende, porém, Per. e Souza — Lin. Civ. nt. 290, fundado em Valasco, Cabedo e Mendes que só se annullão os actos decisorios e não os probatorios, no que não concorda Moraes Carvalho, porque o juiz incompetente e cuja jurisdição é improrogavel não tem mais jurisdição a respeito do objecto em que é incompetente, do que um particular.

de um julgamento sobre a outra, isto é, que o juiz para julgar a causa principal, para que é competente, precisa conhecer de um incidente, que com ella se liga intimamente e que salta fóra de sua competencia. Assim, supponhão os sr̃s., que se trata do crime resultante do abuso de um depósito: para se julgar sobre a existencia do crime, é preciso julgar-se em primeiro lugar, a existencia do depósito, e se elle era com effeito tal, segundo o direito, o que é de competencia civil. No caso também de adulterio, para que o réo seja punido, é preciso que tenha havido casamento, se elle nega a existencia do casamento, é preciso conhecer-se delle, para se determinar se houve ou não crime, e esta investigação não pertence ao fóro criminal, é ecclesiastica. Também se se tratar no fóro civil, de uma questão sobre a communicabilidade de certos bens entre os esposos, e o que a negar, allegar que ella não deve haver, porque existe o divorcio, é preciso se averiguar sua existencia e se foi feito regularmente, o que importa uma attribuição da autoridade ecclesiastica; eis aqui, pois, casos em que não se póde conhecer de um facto, sem se conhecer de outros, que com elle se ligão, e que no entretanto pertencem á competencia de diversos juizes.

LICÇÃO XII

Tratavamos de mostrar, na ultima parte do § I do Cap. 2º do tit. 3, que *a competencia a respeito da causa, também faz o juiz competente para todas as questões incidentes que aliás não caberão na sua jurisdicção.* Dissemos que esta questão assim enunciada, não offerece difficuldades, mas que na pratica, não succedia o mesmo, sobretudo entre nós, por falta de leis a respeito. Fizemos algumas observações sobre questões incidentes, que por tal modo se ligavão com as principaes, que a decisão destas dependia de um julgamento sobre aquellas. Apresentamos alguns exemplos, em que mostravamos incidentes, ligados a causas principaes; assim, se se trata do crime de adulterio, e o réo allegar casamento nullo, o juiz criminal precisa, para julgar do crime, de pronunciar sobre a nullidade ou não do matrimonio. Também, em um crime de damno, póde o réo allegar que a causa, por elle damnificada, é sua e não do autor, ficando assim o juiz criminal, quando não tiver competencia civil, inhabilitado para julgar do crime, porque, para este existir, é preciso que a causa não seja do réo, e esta averiguado sobre quem é o senhor da causa, pertence ao juiz civil e não ao criminal. E' pois, por isto, duvidoso e muito difficil, determinar quando o juiz da causa principal, é competente para conhecer também das questões incidentes que não cabem na sua alçada.

Em falta de lei patria a respeito, estabeleceremos regras, segundo o direito e a legislação das nações civilisada modernas, as quaes, segundo a lei de 18 de Agosto de 1769, podemos recorrer, isto para determinar quando o juiz pôde conhecer das accões incidentes que não cabem na sua alçada, e quando não pôde.

Começaremos fazendo a distincção do direito francez, em incidentes de duas ordens: ligados por tal modo com a questão principal, que não se podem considerar della independentes e que precisão ser conhecidos pelo juiz da causa principal, — e não ligados intimamente com a causa principal, e que podem ser conhecidos pelos juizes proprios do feito. Assim, supponhão os srs., uma questão civil em que uma das partes allega a nullidade do casamento; o conhecimento deste incidente pertence ás justiças ecclesiasticas, não pôde o juiz civil interpor um juizo sobre esta materia; se, porém, a questão incidente, não disser respeito á validade do matrimonio, mas tão somente á sua existencia, é competente, para conhecer desse incidente, o juiz civil: assim, allegando uma das partes ser casada, segundo o costume do Imperio, o juiz, que conhece da causa principal, é competente para conhecer tambem desse incidente.

Quando a questão incidente é tal, que é preciso interpor se um juizo sobre ella, é preciso que esse tenha lugar no seu competente fóro; quando, porém, não é sobre a validade do acto que se tem de pronunciar um juizo, mas somente sobre a sua existencia, é competente o juiz da causa principal: assim, por exemplo, no crime de damno, se o réo allega que foi em objecto seu, e não em alheio, que praticou o damno, o juiz criminal pôde conhecer se o réo é, com effeito, proprietario da cousa damnificada; se, porém, o dominio dessa cousa é controvertido, entre o réo e o autor ou outras pessoas, o juiz criminal, não pôde proferir um julgamento sobre essa questão incidente, tem ella de ser discutida no fóro civil.

Do mesmo modo, se se tratar de um deposito, o juiz criminal pôde conhecer da sua ou não existencia, mas não se é valido ou nullo o deposito; por isso, diremos em conclusão que quando o juiz julga sobre a existencia de um acto, e não sobre a sua validade, é competente o da causa principal, embora a questão incidente, *isoladamente*, não caiba em sua alçada; quando, porém, a questão incidente depender de um juizo sobre a validade de um acto, que não cabe na alçada do juiz da causa principal, não é elle competente para conhecer della.

Dada esta regra, fica conhecida a proposição do Comp.

§ II

Trata o Comp. neste § da *divisão da competencia*. Já vimos o que é competencia, e diremos que ella se pôde considerar sob differentes aspectos: ou estende-se a todas as causas de

certo genero, quaesquer que seião as peşaoas que nella inter-venhão ou a certas causas em que intervêm certas pessoas. E' isto o que constitue a competencia do *direito commum* e a do *privilegio*. A competencia do direito commum, *é geral ou especial*: a *geral*, estende-se a todas as especies de causas, e a *especial*, é restricta a certas causas. A *privilegiada*, nasce do direito particular concedido — ou em razão da causa — ou da pessoa. A competencia de direito commum geral, estende-se a todas as pessoas sujeitas á jurisdicção do juiz, e a especial é aquella que se refere ás pessoas que não estão sujeitas á jurisdicção do juiz que tem de julgar. Daremos um exemplo: o juiz que foi nomeado para julgar das causas em um territorio dado, tem competencia de direito commum geral, para conhecer das causas das pessoas que habitão esse territorio: não pôde, porém, conhecer das questões das pessoas que não são domiciliadas no seu territorio; se, porém, alguem se tiver, por um contracto, obrigado a responder perante tal juiz, adquire esse juiz por esse facto, competencia especial para conhecer desse acto pelo qual essa pessoa se obrigou a responder no seu fóro. O mesmo se dá quando o juiz conhece de questões que se agitam entre pessoas que não são do seu territorio, mas o faz em razão da cousa ser situada no seu territorio; é, neste caso, a situação da cousa (*rei sitæ*) que determina a competencia do fóro.

Passamos ao *Capitulo III*, que trata de FÔRO COMPETENTE.

§§ I E II

Nestes §§, o Comp. dá a *noção geral de fóro competente*, e diz que *é o proprio juiz quem conhece da sua competencia*. A regra geral é que, quando se duvida da competencia de um juiz, é elle quem conhece da sua competencia, apesar da regra de direito — que ninguem pôde ser juiz em causa propria. O juiz aqui não julga em causa propria, mas em causa publica, porque, a jurisdicção dos juizes é de direito publico instituida por utilidade publica. Assim temos que, quando alguem for citado e julgar o juiz incompetente para fazel-o, deve comparecer no juizo para allegar essa incompetencia. O que temos estabelecido, porém, só se entende quando a duvida, sobre a competencia, é movida entre as proprias partes, e não entre dous ou mais juizes. A's vezes, tratando-se de um feito, pôde uma das partes considerar o juiz incompetente, e requerer-lhe que como tal se julgue; outras vezes, porém, as partes julgão o juiz competente para conhecer do feito, mas ha um outro juiz que julga, que, elle e não o outro é o competente para conhecer desse feito: dá-se, neste caso, o que se chama *conflicto de jurisdicção*, o qual suppõe que juizes pleiteião, entre si, a competencia para julgar de uma causa. Quando é entre as partes que se agita a questão, chama-se *questão de competencia*. As questões de competencia, são decididas pelo juiz que é allegado de in-

competente, e os *conflictos de jurisdição*, pelos juizes superiores, que são: os presidentes de provincia, o Conselho de Estado e as Relações de districto, as quaes decidem, sem prejuizo das decisões provisórias dos presidentes de provincia.(1)

§ III

Trata o Comp. neste § do *fôro do domicilio*. A regra geral é que — todos estão sujeitos ao fôro do seu domicilio, por isso que o juiz é competente para conhecer das causas dos que morão no territorio do seu termo. O domicilio ou é *voluntario* ou *necessario*; o *voluntario*, é o que é escolhido por um individuo, para nelle morar, e onde tem a maior parte de seus bens; o *necessario*, dá-se quando é alguém obrigado a residir em um certo lugar, como, por exemplo, os degredados, os que estão em serviço militar, e aquelles empregados publicos que, para o exercicio de seu emprego, tem necessidade de morar em certos e determinados lugares. A dificuldade existe em determinar-se o que é que constitue o domicilio: manifesta-se elle pela vontade de residir em um lugar, sem ser preciso um certo tempo de residencia, podendo dest'arte succeder, que o individuo habite em um lugar muito tempo e não tenha ahi domicilio, ao passo que o tenha em lugar onde habite pouco tempo. Refirimo-nos aqui ao domicilio civil e não ao politico, porquanto, para este, tem a lei marcado um certo tempo, findo o qual, se o presume. (2)

(1) Incumbe aos presidentes de provincia “decidir temporariamente os conflictos de jurisdição, que se suscitarem entre as autoridades da provincia” — Lei n. 40 de 3 de Outubro de 1834, art. 5º, § 11. — Incumbe ás Relações “decidir os conflictos de jurisdição entre as autoridades, nos termos da lei de 20 da Outubro de 1823” — Lei de 22 de Setembro de 1828 e Dec. de 3 de Janeiro de 1833, art. 9º, § 9º. Os conflictos de jurisdição entre as autoridades administrativas e entre estas e as judicarias são decididos pelo governo com audiencia do Conselho de Estado — Lei n. 234 de 23 de Novembro de 1841, art. 7º. § 4º e Dec. n. 124 de 5 de Fev. de 1842, arts. 24 a 29, Avs. n. 94 de 19 de Abril de 1849 e n. 90 de 18 de Fev. de 1860. Sobre conflicto negativo entre as autoridades judicarias — Av. n. 205 de 12 de Agosto de 1859. Os conflictos entre as autoridades judicarias de primeira instancia nas provincias, que os respectivos presidentes decidem temporariamente, entende-se nas provincias onde não ha Relações, onde as ha decide logo a Relação. Quando o presidente decidir provisoriamente um conflicto deve sem demora enviar os papeis e documentos á Relação do districto — Av. n. 13 (Add.) de 15 de Fev. de 1864. Vejam-se tambem os Avs. n. 205 de 12 de Agosto de 1859, n. 442 de 26 de Set. e 479 de 14 de Out. de 1865.

(2) Para ser-se qualificado votante em uma parochia é necessario ter pelo menos um mez de residencia, antes do dia da formação da

Tambem é preciso explicarmos a palavra — *residência*, de que se usa para determinar-se o domicílio.

Não é preciso ser constante em um lugar, para residir-se nelle: pôde residir-se em um lugar e passar-se a maior parte do tempo em outros diversos: assim, por exemplo, um negociante pôde residir em um lugar e pelas necessidades do seu negocio ser levado a passar a maior parte do tempo fóra do lugar de sua residência, não se podendo dizer, por esse facto, que elle não resida ahi. Não é, pois., a residência constante que determina o domicílio, mas sim o animo de residir. (3)

LICÇÃO XIII

Vamos estudar o § IV.

Neste § trata o Comp. do *fôro do contracto*.

Já dissemos que o *fôro commum* nasce do domicílio, e que é este o *fôro natural* que todos tem no lugar em que tem fixado a sua residência, com animo do ahi permanecer, tendo nelle sua fortuna e bens. Dissemos mais, que o *fôro* podia ser *geral* ou *especial*, sendo *especial* aquelle a que alguém se sujeitava por um facto, pelo qual deixava o *fôro geral* de ser o competente. O *fôro* que não é o do domicílio pôde ser o do contracto. Por duas maneiras se entende o *fôro* do contracto: 1º, aquelle em que alguém se obrigou a responder expressamente por escriptura publica, ou por privada que tenha a mesma força; 2º, aquelle *fôro* em que o contracto se fez e se aperfeçoou. Exemplifiquemos: se alguém, domiciliado em um lugar, se obriga por escriptura publica ou privada, a responder em um *fôro* que não o do seu domicílio, torna se este *fôro*, em que o individuo se obrigou a responder, o competente,

junta; os que residirem por menos tempo serão qualificados na parochia em que dantes residião, porém, os cidadãos que de novo chegarem á parochia vindos de outra provincia ou de fóra do Imperio, serão qualificados, se mostrarem animo de ahi permanecer, qualquer que seja o tempo de residência. Art. 17 da lei de 19 de Agosto de 1846.

(3) “Tem-se domicílio no lugar em que se possui bens, onde se tem estabelecido a sede de seus negocios domesticos, que não se deixa sem que seja por algum motivo ou para fazer uma viagem, no fim da qual se pretende voltar.” — Cod. liv. 10, tit. 30, Const. 7. O filho familias tem domicílio onde tem seu pai — *Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicumque ipse domicilium constituit* — Dig. liv. 50, tit. 1º, fr. 4 de Ulp.

e se chama o fôro do contracto. Na segunda accepção, quando alguém que é domiciliario em um lugar, mas residente em outro, se obrigar, nesse outro, por alguma cousa, ainda que se não obrigasse expressamente a responder nesse fôro, fica, pelo contracto, obrigado a responder nelle. Cumpre notar que, por fôro de contracto, entendem alguns, tão somente aquelle em que alguém se obrigou a responder por escriptura publica ou privada, e não aquelle em que alguém simplesmente contractou sobre uma cousa. Nós pensamos que a distincção é verdadeira e tem seu fundamento na lei, porque é de direito commum e as Ordenações não estabelecerão principios diversos; consultem os srs. as Ordenações que o Comp. cita e verão que ellas não se oppõem á sua doutrina. A razão, vem a ser: que quem pratica um acto em um lugar, sujeita-se á jurisdicção desse lugar, e ahi deve responder.

Quanto ao contracto por que alguém se obriga a responder em um certo fôro, não ha questão e nenhuma observação faremos porque a lei é clara.

Estabelecidas estas theses, o Comp. mostra, na continuação do §, as modificações a estes principios. Assim, no caso em que alguém tenha feito um contracto, no lugar em que não tem domicilio, só se verifica a competencia da jurisdicção desse lugar, para elle ahi responder, se fôr nelle encontrado. Se alguém, pois, fizer um contracto em um fôro que não é o do seu domicilio, este fôro é o competente, se o individuo ahi estiver, quando se tiver de propôr a accção resultante desse contracto; não sendo, porém, ahi encontrado, só é competente o fôro do domicilio.

Observaremos ainda que, mesmo na hypothese, de que alguém tenha contractado em um lugar, que não o do seu domicilio, para que possa ser obrigado a responder nelle é preciso que, quando contractar, não esteja prestes ou resolvido a mudar-se, porquanto, se nestas circumstancias o fizer, suppõe-se que tenciona responder no fôro do seu domicilio. A razão é a seguinte: quando alguém contracta em um lugar, sem estar resolvido a partir dahi, tinha intenção de nesse lugar, responder pelo seu acto, assim como aquelle, que com esse individuo contractou, tencionava demandal-o, por esse acto, nesse lugar. Se, porém, o individuo está de partida, a presumpção é certamente a contraria, não se pôde presumir, que o individuo que se obrigou, quizee responder ahi, mas sim no lugar para onde se retira; do mesmo modo, não se pôde presumir que, o que adquiriu a obrigação, e que contava com a prompta partida daquelle que para com elle se obrigou, tivesse intenção de fazel-o responder por ella nesse fôro donde elle se retirava. E' por isto que o direito faz esta distincção.

A renuncia do fôro proprio faz-se de dous modos: ou o individuo se obriga a responder, perante certo fôro e determinado juiz, ou em qualquer fôro e perante qualquer juiz. Os effeitos destas duas especies de renuncia de fôro proprio, são di-

versos: no primeiro caso, póde o individuo ser citado no seu domicilio, para responder, no fôro a que se obrigou, o qual se tornou competente pelo contracto; (Ord. liv. 3º, tit. 6º, § 2º) (1) no segundo caso, não se entende que fica o individuo obrigado a responder perante quaesquer justiças, apenas se entende então que o individuo renunciou ao seu fôro, não ficando elle, por esta razão, obrigado a responder perante qualquer juiz mas tão somente perante o do lugar onde fôr encontrado. (Ord. cit. § 3º.) A rasão desta doutrina é — que o direito estabelece uma tal disposição a favor da parte obrigada, e como a lei diz que *qualquer póde renunciar* o seu fôro, e *não que póde ser citado* perante qualquer fôro, se deve entendel-a sempre do modo mais benigno ao réo. (2)

§ V

Trata o Comp. neste § do *fôro do quasi-contracto*. Assim se denomina o lugar em que alguém pratica algum factu, pelo qual fica obrigado a responder ou prestar contas; comquanto não seja um contracto, se entende que fica o individuo obrigado em razão do factu. Assim, por exemplo, os tutores e curadores dos menores, que aceitação a tutela em um lugar, entende-se que renunciação ao fôro do seu domicilio, para responder pelos actos da sua administração, no juizo que os nomeou.

(1) O que se obriga a pagar em um certo lugar póde nelle ser accionado pelo pagamento, ainda que ahi não more. — Ord. liv. 3º, tit. 6º, § 2º.

(2) Quando o réo tem dous domicilios póde ser demandado em qualquer delles — Per. e Souza. *Prim. Lin. nt. 4º*. O vagabundo, que não tem domicilio certo, póde ser demandado no juizo onde fôr encontrado — Mello Freire, tom. 4º, tit. 7º, § 26. O que *diffama* outro sobre o estado de sua pessoa póde ser demandado pela acção — *Diffamari*, no domicilio do autor diffamado — Ord. liv. 3º, tit. 11, § 4º. Nos contractos de locação de serviços de estrangeiros, o fôro competente para a discussão das questões que delles nascem, é o do locatario que de ordinario é o autor, podendo acontecer ser o locador domiciliado em outro fôro — Lei de 11 de Outubro de 1837, art. 14. Sendo muitos os réos póde o autor escolher o domicilio de um, e ahi fazer responder os outros, ainda que de diveisos domicilios, — desde que a obrigação donde emana a acção diga respeito a todos os réos, pois não é possível que o autor accumule acções resultantes de diversas obrigações, respeitando uma a um réo, e outras a outro. — Corrêa Telles — *Man. do Proc. Civ.*, § 36.

Mello Freire (Liv. 4º, tit. 7º, § 27) e Per. e Sou. (*Prim. Lin. nt. 41*) chamão fôro do contracto aquelle em que o contracto se celebra, o que parece ir de encontro as Ords. do Liv. 3º, tit. 6º § 1º, e reduziria a regra do — fôro do domicilio a uma restricta applicação, como nota Moraes Carvalho — *Praxe For.* nt. 13.

Como a tutela é um quasi-contratto, que obriga os tutores a responder pela administração, assim ficam os tutores e curadores, também por um quasi-contratto, obrigados a responder no mesmo juízo em que foram nomeados, e isto porque, aos quasi-contrattos se applicão os mesmos princípios dos verdadeiros contractos. Comquanto a lei só falle dos tutores e curadores, que se dão aos menores, esta mesma doutrina se deve entender também em relação ao curador do ausente, ao curador do ventre, e aos dos bens da herança jacente, e isto, em razão de serem estes curadores equiparados em relação á prestação de contas, aos que se dão aos menores. Por esta razão, o Comp., firmado nas autoridades que cita, estendeu o que a lei dispõe acerca dos curadores que se dão aos menores, a todos os outros. (1)

§ VI

Trata-se neste § do *fôro rei sitæ*. Assim se chama o do lugar em que as çousas se achão situadas. O direito dá acções possessorias contra aquelle que começou a possuir, dentro do um anno e dia, qualquer que seja a natureza do objecto, *movel* ou *immoval*, e concede ao autor o direito de poder usar da acção, ou no fôro do domicilio do réo, ou no da situação da causa, uma vez que a acção se intente dentro do prazo de anno e dia, contado do principio da posse. (2)

Neste ultimo caso, constitue um fôro especial, porque, como já vimos, este depende de um factó especial, reconhecido pela lei e que aqui encontramos. A duvida consiste em saber, se, o que commetteu o espolio, pôde ser demandado no fôro *rei sitæ*, sendo ahi encontrado. Não se tratando aqui senão de uma intelligencia da lei, devemos aceitar aquella que os nossos escriptores tem dado.

§ VII

Trata o Comp. do *foro continentia causæ*. A *continentia causæ*, também é um outro factó, que tira a jurisdicção *commum*, que nasce do domicilio, para fazer competente a jurisdicção de outro lugar. Se diz haver *continentia causæ*, quando a causa é indivisivel, quando são muitos os interessados em uma só, ou quando o seu objecto é, de tal modo ligado, que não se pôde

(1) O herdeiro que aceita a herança, contrahe um quasi-contratto com os credores do morto, e pôde ser demandado no fôro deste — Ord. liv. 3º, tit. 11, § 2º. O testamenteiro também contrahe pela aceitação do testamento um quasi-contratto com os legatarios, e por isso pôde ter demandado no fôro do fallecido, onde exerce a testamentaria — Moraes Carvalho (cit.), § 38.

(2) Corrêa Telles (*Doutrina das Acções*) § 127.

conhecer de uma parte, sem conhecer-se da outra. O Comp. nos diz, como devendo haver o fôro *continentia causæ* nos juízos *familiaæ eriscundæ, communi dividundo, finium regundorum*, da administração da tutela, curatela e outros simelhantes. E' pois conveniente que sejam, nestes casos, as causas conhecidas por um mesmo juiz. Exemplifiquemos: supponha-se que se faz a divisão de um territorio, que passa por diversas jurisdicções; não é possível fazer-se a separação das partes que passam por jurisdicções differentes, para o fim do ser, cada uma dellas, julgada pelo seu respectivo juiz, deve, neste caso, ser toda a questão decidida por um mesmo juiz. Tambem quando são, muitos os interessados, e cada um mora em lugares diversos, não é possível, intentar-se uma acção especial nos lugares da residencia de cada um; deve, pois, ser a acção intentada, ao mesmo tempo contra todos, e perante o mesmo juiz.

LICÇÃO XIV

§ VIII

Trata o Comp. neste § do *fôro de jurisdicção prorogada*. Na linha decima primeira deste I, ha um erro de imprensa, deve-se lêr, em vez de — inadmissivel — *admissivel*. Chama-se prorrogação de jurisdicção a extenção da jurisdicção ordinaria, que não se acha nella comprehendida. Já dissemos, que a jurisdicção era muitas vezes limitada acerca de certas causas e de certos lugares; muitas vezes, os magistrados tinham inibição de conhecer de certas causas, ou de exercer sua jurisdicção além de certo territorio; algumas vezes, porém, podem elles estender a sua jurisdicção além do territorio em que ella ordinariamente se exerce, e é isto o que chama jurisdicção prorogada, a qual se dá, todos as vezes que, por um facto que a lei reconhece, pôde o magistrado conhecer de uma causa para que não tem competencia, por esta rasão se diz que ha extenção de jurisdicção. A prorrogação de jurisdicção pôde ser — *necessaria* ou *voluntaria*, podendo a voluntaria ser expressa ou tacita. Ha renuncia voluntaria expressa, quando o réo renuncia, por escriptura publica ou privada com força de publica, o fôro do seu domicilio; é o que já vimos quando tratamos do fôro do contracto. Em virtude da renuncia do seu fôro, feita pelo réo, perde o juiz do seu domicilio a competencia para julgar da causa e a adquire um outro juiz. perante o qual o réo se obriga a responder, ou, no caso de elle não determinar juizo certo, aquelle onde for encontrado. Neste caso, o juiz que julgar, julgará por jurisdicção prorogada: ella é *voluntaria*, por que é da vontade das partes, e *expressa*, porque consta de escriptura. E' *tacita*, quando o réo, sendo citado por juiz incompe-

tente, não oppõe a excepção de incompetencia, entendendo-se, neste caso, que elle *tacitamente* se sujeita a essa jurisdicção. Eis o principio geral.

Passaremos a demonstrar, que não se dá esta extensão de jurisdicção em todos os casos, mas tão sómente nos *de persona ad personam*, isto é, ella não sujeita á jurisdicção do juiz senão pessoas que não estavam sujeitas a ella, não se dando os *de causa ad causam*, *de tempore ad tempus*, *de loco ad locum*, *de re ad rem*. Vamos apresentar um exemplo para esclarecer melhor: supponhão, os Srs. que um juiz tem jurisdicção, para conhecer, no fôro commum, das causas dos que habitão no seu territorio, (como os juizes municipaes dentro do seu termo), não podendo por isso conhecer das causas dos que não são do seu territorio; se porém, uma pessoa de um outro termo, obrigar-se a responder perante o juiz desse outro territorio, não obstante não estar esta pessoa sujeita á sua jurisdicção, adquire elle competencia para conhecer della; para isto porém, é preciso que a questão esteja dentro das attribuições do juiz.

Assim, se se tratar da reivindicação de um predio, como o conhecimento desta questão pertence ás justiças ordinarias, os juizes municipaes podem, por prorogação de jurisdicção, conhecer della, porquanto a limitação da jurisdicção desses juizes, é tão sómente quanto ás pessoas, e ella desaparece desde que aquellas, que não estão sujeitas á sua jurisdicção, á ella se submettem; se porém, a causa não fôr de sua competencia, embora as partes convencionem, não póde esse juiz conhecer dellas.

Tratando-se pois de uma causa, em que a fazenda nacional fôr interessada, visto que, para o julgamento dellas, ha juizes privativos, (1) não póde nenhum juiz, que não for destes, conhecer della por jurisdicção prorogada. E' por isto que o Comp. diz que a prorogação de jurisdicção se dá de *pessoa a pessoa*. São pois inadmissiveis as prorogações de jurisdicção *de tempora ad tempus*. Quando um juiz tem autoridade para julgar até um certo tempo, findo este, ella cessa completamente. Assim, por exemplo, entre nós, os juizes municipaes, no dia que se finda o seu quadriennio, se não são reconduzidos, passam a vara. Este exemplo é da legislação moderna; como porém, o principio é apresentado pelos escriptores antigos, vamos apresentar um exemplo, tirado da legislação daquelles tempos.

Em Portugal, o rei podia nomear juizes para conhecer de certas causas, durante certos tempos, assim tambem, as partes podião se sujeitar á jurisdicção de um juiz, para conhecer de uma questão, e marcavão um tempo para, dentro d'elle, ser ella decidida; findo este tempo marcado, não podião mais os juizes conhecer das causas. Tambem não se dá a prorogação da jurisdicção *de loco ad locum*; assim pois, só dentro do seu termo, é o juiz competente para conhecer das causas dos que nelle morão;

(1) Lei de 23 de Nov. de 1841.

fóra d'elle, é um simples particular. *De re ad rem*, também se não dá prorrogação de jurisdição, por isso que, quando ha juizes especialmente determinados, para conhecer de certas causas, não podem ellas ser conhecidas por outros. Antigamente, havia em Lisboa, juizes das propriedades, que conhecão das questões relativas a ellas, e que não podião ser por outros conhecidas; por isso, quando se impõe uma limitação á jurisdição de um juiz, não se pôde esta estender ás causas que não são de sua competencia.

A prorrogação necessaria verifica-se nas *reconvenções*. No lugar competente trataremos desta materia: desde já porém, diremos que a *reconvenção* é a accção que o réo por sua vez propõe ao autor, no mesmo processo em que é accionado. O autor, que demanda ao réo em um fóro, fica sujeito a responder nesse fóro, embora não seja o do seu domicilio, uma vez que o réo tenha uma accção a propôr-lhe, e o faça, como incidente do processo. Se o réo, quizer propôr a accção, não como incidente, mas como principal, terá de propol-a no fóro em que o autor deve responder, e essa causa correrá independente daquella, em que elle é réo.

Para que se dê isso, porém, diz o Comp., é preciso que o juiz tenha aquella especie de jurisdição, a que pertence a causa prorogada. Assim, quando o autor propõe uma accção da jurisdição do fóro commum, pôde o réo por jurisdição prorogada, propôr-lhe, nesse juizo, qualquer accção, que contra elle tenha, uma vez que seja também do fóro commum; se porém, a accção do réo fór, das de fóro especial, por exemplo, commercial, não se dá a jurisdição prorogada, porquanto, como já dissemos, a prorrogação de jurisdição é quanto ás pessoas e não quanto ás causas; o juiz, sendo pois commum, não pôde conhecer das causas privilegiadas. Diz ainda o Comp., que verifica-se a prorrogação necessaria "*a respeito dos assistentes, opposcentes e dos chamados á autoria.*" Isto estudaremos mais tarde.

§ IX

Trata-se neste § *do fóro do delicto*. Desde que alguém, commette um crime, está sujeito á satisfação do damno causado, ficando para esse fim, os seus bens legalmente hypothecados. Além pois da accção criminal, a que o criminoso fica sujeito, elle o fica também á civil, para indemnisação do damno. Indaga-se, qual é o fóro onde se deve intentar esta accção civil: adoptamos o principio de que é, o fóro onde o réo responde pelo delicto, o competente para responder pela accção civil.

O fóro do delicto, é aquelle onde o réo commetteu o crime, ou onde reside, á escolha do queixoso; não tendo nós leis que determinem qual o fóro em que o réo deve responder pela accção civil, resultante do crime e firmado em que o fóro do delicto é equiparado ao fóro do contracto, o Comp. estabelece no final do § que para esta accção civil, é competente o fóro do delicto.

Esta regra que adoptamos, os Srs. podem vêr em Egydio, com-mentario á lei *ex hoc jure*, parte 11^a Cap. XI, consulta VIII, n. VI que estabelece como o fôro de delicto, é o competente, para nelle se intentar a acção civil do damno resultante do crime. (1)

§ X

Neste § o Comp. trata do *fôro privilegiado*, e estabelece a regra geral que *o privilegio do fôro pôde ser concedido ou de pessoas ou ás cousas*: o primeiro destes privilegios, desapareceu em vista do art. 179 § 15 da Constituição, subsistindo porém o segundo, sendo por isso ainda actualmente julgadas por juizes privativos, todas aquellas causas que antigamente os tinham. Em Portugal o rei concedia o privilegio á certas pessoas de não poderem demandar ou serem demandadas, senão perante certas justiças, que costumavão ser as dos seus domicilios, succedendo assim muitas vezes que um autor, que tinha o privilegio de demandar no seu domicilio, manda citar o réo que residia em outro lugar, para vir responder no domicilio d'elle, o que era vexatorio. A Constituição acabou com este privilegio.

Quanto ao privilegio das causas não se pôde dizer o mesmo, porque é elle instituido em razão das pessoas interessadas nellas, ou em razão das proprias causas: em razão das pessoas, porque ellas precisão que o juiz tenha um cuidado especial no julgamento de suas causas, afim de que sejam melhor decididas e tenham um expediente mais rapido, como aquellas em que são interessados os orphãos e a fazenda nacional. Outras vezes, as causas são de tal natureza que é preciso que o juiz tenha conhecimentos especiaes para bem julgar-as, como succede com as causas da fazenda nacional e com as commerciaes. Sabem os Srs. que a legislação de fazenda é toda especial, que o direito commercial é também differente do direito commum, (2) e que para julgar causas desta ordem não bastão os conhecimentos das regras do direito commum; precisão pois, por isso, ser ellas julgadas por juizes privativos, mesmo por

(1) Se o delinquente está preso ou afiançado, tem a escolha do fôro da prisão ou da fiança, ou daquelle a que era sujeito — Art. 4 da Lei de 11 de Setembro de 1830, devendo esta escolha fazer se no acto da conciliação, citando-se o réo para declarar qual o fôro que prefere — Art. 5 da Lei citada.

(2) Delamarre et Le Poitvin (*Dr. Com.* Tom. 1^o n. 19) combatem a opinião de que o direito civil é — commum, e o commercial — excepcional. Tanto o direito civil como o commercial são communs: o commercial é commum a todas as obrigaçõs que nascem de um acto de commercio, e o civil ás que resultão de um acto civil. “Dizer que um dos codigos é direito commum em relação ao

que, a fôrma do processo dessas causas é especial e diversa do ordinario; convém pois, por isto, que sejam julgadas por juizes especiaes. As causas de capellas e residuos, estando tambem sujeitas á regras de direito, differentes das communs, tendo uma fôrma de processo especial, são tambem julgadas por juizes especiaes.

LICÇÃO XV

Vamos no *Titulo IV* tratar da CONCILIAÇÃO.

§ I

Define o Comp. neste § a *conciliação*, o *procedimento preliminar e pacífico que precede a causa, para o fim de chamar as partes dissidentes á concordia, afim de evitar as demandas*. As Ords. já haviam reconhecido a vantagem das conciliações (Ord. liv. 3^o, tit. 20, § 1^o) não as consideravam, porém, como necessárias, tanto que se o juiz julgava alguma causa que não tinha sido precedida de conciliação, nem por isso ella era nulla. A nossa Constituição, porém, no art. 161, seguindo as idéas modernas, considerou a conciliação como sempre necessária e como indispensavel, determinando para ella juizes privativos, que são os de paz (art. 162.) Os meios conciliatorios, porém, não podem ser empregados senão quando podem produzir effeito; comquanto a Constituição estabeleça a conciliação como um preceito geral, ella não podia revogar os principios de direito existentes, porquanto as theses constitucionaes não alterão a legislação civil. Ora, segundo o direito, só podem transigir os que podem alienar, porque a transacção suppõe uma alienação no todo ou em parte; só podem transigir os que tem a livre administração de seus bens; logo, só podem conciliar-se os que tem a livre administração de seus bens, por isso que a conciliação é uma transacção de direitos. Segundo estes principios não podem, por exemplo, os menores e mentecaptos conciliar-se; é, pois, evidente que quando a Constituição estabeleceu a necessidade da conciliação é tão sómente acerca das pessoas que podem conciliar-se.

outro... é negar o facto legislativo da divisão das causas e do direito; é desconhecer a classificação dos negocios privados em — commerciaes e não commerciaes, sem a qual o codigo do commercio, sob falso titulo, não seria mais do que um appendice ao codigo civil, e nada mais.”

Em razão do preceito geral da Constituição a lei de 1827 (1) determinou que todas as causas devião ser precedidas de conciliação, quaesquer que fossem as pessoas que nellas interviesses: apparecendo por isto o facto, por exemplo, de um tutor, ser chamado á conciliação, quando elle era pelo direito inhibido de conciliar-se, ou de ser precedida della certas causas que por sua natureza não soffrem demora, e que poderião perder-se pela necessidade de serem precedidas de conciliação. Assim, supponhão os srs. que trata-se de uma prescrição, cujo prazo está a findar-se e que póde não ser allegada em tempo, pela necessidade de previamente intentar se a conciliação; do mesmo modo, se se tratar de uma questão de força, de embargo de obra nova que está prestes a concluir-se, póde a exigencia da conciliação prévia, fazer com que ao depois não possa ter mais lugar a accção.

Devendo, porém, a Constituição, entender-se sempre de modo, que não offenda os principios da legislação civil, appareceu a *Disposição Provisoria*, (2) que não modificou, nem alterou a Constituição, apenas entendeu-a nos seus justos limites. Por estas razões o Comp., firmado nos arts. 5º e 6º da *Disposição Provisoria* limita a generalidade do preceito constitucional, quando se torna impossivel a conciliação, e vem a ser quando as partes não podem transigir, ou quando a causa não soffre demora, verificando-se neste ultimo caso a conciliação depois da providencia que deve ter lugar. (3)

(1) Ao juiz de paz compete — “conciliar as partes, que pretendem demandar, por todos os meios pacificos, que estiverem ao seu alcance, mandando lavrar termo do resultado, que assignará com as partes e escreverão — Lei de 15 de Out. de 1827, art. 5º, § 1º. Antes da criação de juizes de paz era a conciliação promovida por todos os juizes de primeira instancia — Dec. de 15 de Nov. de 1824.

(2) Lei de 29 de Novembro de 1832.

(3) “Nos casos que não soffrem demora, como nos arrestos, embargos de obra nova, remoção de tutores e curadores suspeitos, a conciliação se poderá fazer posteriormente á providencia que deva ter lugar.” — Art. 5º. Entende-se esta disposição exemplificativa e não taxativamente. “Nas causas em que as partes não podem transigir, como procuradores publicos, tutores, testamenteiros; nas causas arbitraes, inventarios e execuções, nas de simples officio do juiz, e nas de responsabilidade não haverá conciliação.” — Art. 6º. No fôro commercial regulão a materia os arts. 23 do tit. un. do Cod. Com. e 23 do Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850. nos quaes tambem se isenta de conciliação — “as causas procedentes de papeis de credito commerciaes que se acharem endossados.”

Os procuradores das camaras municipaes, seminarios, e de quaesquer instituições pias ou religiosas não podem fazer conciliações

O § II trata do JUIZ COMPETENTE para fazer a conciliação; a materia é clara.

§ III

Diz o Comp. neste § que devem *as partes comparecer pessoalmente*. Como é um meio pacifico tendente a produzir o accordo entre pessoas que pretendem litigar, é de necessidade que a conciliação se faça com as proprias partes, por isso a lei só permite que as partes se fação representar por procurador quando é impossivel o seu comparecimento pessoal. A lei assim, harmonisou os principios de direito com os interesses das partes. Como as conciliações forão estabelecidas com o fim de evitar demandas, para que isto se alcance é preciso que as proprias partes interessadas na questão compareção a ellas. Até aqui os principios de direito; agora os interesses das partes; pôde succeder muitas vezes pue a propria parte interessada na conciliação tenha uma impossibilidade de pessoalmente comparecer a ella, e como poderia por isto perder o seu direito, a lei permittiu que no caso de impossibilidade de comparecimento podessem as partes ser representadas por seus bastantes procuradores.

Em regra, pois, o comparecimento das proprias partes á conciliação é necessario, quando, porém, é elle impossivel, dispensa-se e podem as partes conciliar-se por meio de procuradores. As procurações, porém, nestes casos, devem conceder poderes illimitados e ser especiaes: *conceder poderes illimitados*, afim de que elles possam transigir, e *especiaes* para o proprio acto da conciliação: assim, se se tratar da reivindicación de um predio, deve na procuração que a parte conceder ao seu procurador, para represental-a na conciliação, declarar que é para conciliar-se sobre tal questão. Não basta, pois, uma procuração geral, porquanto estas, como já tivemos occasião de dizer, não são sufficientes para alienações, ou actos que a ella se reduzão. A impossibilidade do comparecimento das proprias partes deve ser julgada pelo juiz da conciliação, e só quando provada, devem as partes ser admittidas por intermedio de seus procuradores. Devem os juizes ter muito escrupulo em dispensar o comparecimento pessoal das partes á conciliação, afim de que se não dê uma dispensa desnecessaria da lei. (1)

sobre os bens de taes estabelecimentos — Avs. de 4 e 5 de Dez. de 1846.

Tambem não pôde haver conciliação entre collectador e collectado — Port. de 23 de Agosto de 1834 e nem entre o mesmo empregado e os extraviadores de Impostos — Port. de 4 de Out. de 1834.

(1) A obrigação do comparecimento pessoal das partes no juizo de conciliação é imposta pela lei de 15 de Out. de 1827, art. 5º, § 1º; a Disp. Prov., porém, no art. 3º estabelece que — “se o autor quizer

No § IV apresenta o Comp. todos os casos em que é *inadmissível a conciliação*, e como seria muito longo estudal-os separadamente, e o Comp. cita a legislação em que fundamenta as suas proposições, os srs. a examinem. (1)

No § V trata o Comp. do *objecto da conciliação*; a sua doutrina é clara e fundamenta-se pela do § I. (2)

No § VI diz o Comp. que *quando a conciliação versa sobre bens de raiz, deve intervir marido e mulher*: isto não é mais do que a realização do principio de direito que o marido não representa a mulher senão em relação aos bens moveis. (3)

No § VII diz o Comp. *como procede-se no juizo conciliatorio*, e expõe a forma de proceder-se nelle, por isso limitamo-nos ao que o Comp. diz.

No § VIII trata o Comp. da *revelia do autor e do réo*, expendendo também uma doutrina que dispensa maiores desenvolvimentos. (4)

chamar o réo a conciliação fóra do seu domicilio, no caso do art. 1º (aonde fôr encontrado) será admittido a nomear procurador com poderes especiaes, declaradamente para a questão iniciada na procação.” O Av. n. 318 de 19 de Junho de 1865 declarou que a expressão — *domicilio* — que se lê neste artigo refere-se ao réo e não ao autor. Quanto á expressão — *será admittido* — sustenta Moraes Carvalho (nt. 66) que refere-se ao réo, porém, a pratica (pelo menos no fóro de S. Paulo) tem interpretado o texto litteralmente, entendendo que sempre que o autor chama o réo á conciliação fóra do seu domicilio se póde fazer representar por procurador. A seguirsa á opinião de Moraes Carvalho dar-se-hião grandes difficuldades praticas, pois, seria realmente muito penoso obrigar-se — por exemplo, um commerciante que entretêm relações em differentes praças do Imperio a transportar-se a cada uma dellas sempre que tivesse necessidade de chamar á conciliação algum dos seus devedores.

(1) Vd. a nt. 3, pag.67.

(2) No civil, uma vez feita a conciliação serve para a proposição da acção em qualquer tempo; no commercio, porém, deve a acção intentar se dentro de um mez, para que a conciliação tenha o effeito de constituir o devedor em mora e interromper a prescripção — Art. 38 do Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850.

(3) Tem-se entendido que o não comparecimento da mulher no juizo da conciliação nas questões sobre bens de raiz não traz nullidade, desde que não houve, conciliação por parte do marido — Ac. do Sup. Trib. de Just. de 2 de Junho de 1834 — Moraes Carvalho nt. 70.

Nas causas de manutenção de posse não é necessaria a intervenção da mulher na conciliação — Acs. da Rel. da Côrte de 1º de Maio de 1855 e 27 de Maio de 1856 nos autos n. 6,676 (Cor. Mer. n.188 de 1856.)

(4) O juiz de paz não tem jurisdicção para mandar vir á sua presença, debaixo de vara o réo que é revél á conciliação — Mor. Car. nt. 65 — M. Almeida *Cod. Phil.*, pag. 304 nt. 2 ao art. 1º do Reg. de 15 de Março de 1842.

LICÇÃO XVI

Vamos no *Titulo V* tratar da DISTRIBUIÇÃO.

§§ I e II

Dá-nos o Comp. no § I uma *noção geral* do que seja *distribuição*, dizendo: *é o acto pelo qual se faz uma repartição regular das causas e processos, que se apresenta em cada tribunal ou juizo, assim pelos juizes como pelos escrivães*. Do enunciado, vêm os srs., que a distribuição se pôde dar, tanto em relação aos escrivães, como também aos juizes. Assim, nas Relações, antes de serem julgadas as causas, são distribuídas a um juiz relator, e esta distribuição que é feita pelo presidente do tribunal, tem por fim repartir igualmente as causas pelos juizes, afim de que uns não tenham mais que fazer, do que outros. Entre os escrivães, as causas são distribuídas por um distribuidor, official publico, quando o ha no termo e não o havendo, pelo juiz. Tem por fim esta distribuição dos processos pelos escrivãos, evitar que se accumule muito trabalho em um só, por isso, só tem lugar quando ha no juizo mais de um escrivão; é esta a praxe. (1)

Antigamente, porém, tinha lugar a distribuição, mesmo quando havia um só escrivão, e tinha ella por fim provar a existencia do processo e o escrivão em que elle corria, para que, no caso de desaparecer o processo, e o escrivão negar (para livrar-se da responsabilidade) a sua existencia, houvesse um livro authentico por onde constasse, se o processo estava ou não em poder do escrivão. É, pois, por isso, muito conveniente a distribuição, razão por que antigamente, em que havia mais regularidade nos processos, ella tinha lugar, mesmo havendo um só escrivão no juizo; hoje, porém, só dá-se pelo uso, quando ha mais de um escrivão. (2)

No § II, em que o Comp. trata dos *feitos sujeitos a distribuição*, é muito clara a doutrina, por isso passamos ao

Titulo VI em que se trata da CITAÇÃO.

(1) Onde ha um só tabellião e um só escrivão não é preciso distribuição — Dec. de 13 de Setembro de 1827 e Av. de 9 de Março de 1849.

(2) A falta de distribuição não annulla o feito — Dec. cit. de 1827.— Ord. liv. 1º, tit. 79, § 21. Antigamente erão nullos os feitos quando omittia-se a distribuição e havia mais de um escrivão — Alvs. de 13 de Abril de 1609 e 23 de Abril de 1723, hoje, porém, a Disp. Prov. dispõe diversamente no art. 26 que revogou o Alv. de 23 de Abril de 1723.

§ I

Neste § define o Comp. a CITAÇÃO *o chamamento de alguma pessoa a juizo, feito por mandado de juiz competente, a requerimento de parte interessada, ou ex-officio, para algum acto judicial.* Difere, pois, a citação da *notificação*, porquanto nesta, apenas se faz a um individuo sciente de um facto; na citação, porém, faz se-lhe sabedor de que contra elle se procede e que deve vir a juizo defender-se.

Vamos frisar esta distincção por meio de um exemplo: no caso de um embargo de obra nova, o nunciante requer ao juiz, este manda proceder ao embargo, e, feito elle, notifica-se ao nunciado, declara-se-lhe que a obra foi mandada parar por ordem do juiz, e que elle não continue com ella.

Até aqui a notificação: depois ha uma citação, para o nunciado vir a juizo ouvir falar sobre os artigos de nunciação, e seguir os mais termos do processo. Fica assim bem clara a distincção: na notificação apenas se faz sciente de um facto, na citação faz-se sciente a alguem de que se lhe vae propôr uma acção e da qual se deve defender.

§ II

Diz o Comp. neste § *que a citação é o principio e o fundamento do juizo: o principio, porque por ella começa o processo, e o fundamento, porque sem ella não póde o juiz conhecer, nem julgar a causa; é tambem o fundamento porque importa defesa, porquanto, na citação se declara o fim para que o réo deve vir a juizo, e esta declaração é já um começo de defesa, pois, em vista della o réo se prepara, e sendo a defesa de direito natural não se póde prescindir della.*

Os antigos escriptores portuguezes dizião que a citação é tão essencial, que nem o Principe a póde dispensar: elles escrevião sob o regimen absoluto em que a vontade do rei era tudo; com a nossa organização politica, torna-se, pois, verdadeira a proposição do Comp., de que, nem a lei positiva póde abolir a citação, porquanto, não reconhecemos vontade mais obrigatoria do que a manifestada na lei positiva. Estabelece ainda o Comp., a *necessidade* da citação em todas as causas. Alguns escriptores apresentam casos em que ella não é necessaria: assim, Quaresma menciona cento e tantos casos, em que se prescinde da citação, e outros ainda mencionão mais; não podem, porém, esses casos por elles mencionados, destruir a regra que estabelecemos, por isso que elles se referem a processos incidentes e a outros que não estão em pratica hoje entre nós. Dizem, assim, que não deve haver citação, quando ha manifesta injustiça na causa, mas isto não é verdade, porque o juiz não póde conhecer da injustiça da pretenção, senão depois de produzidas as provas. Em vista do exposto, conservamos a regra que o Comp. estabelece, tal qual elle a enuncia. Não va-

lem, diz o Comp, os *contractos desafórados*, assim se chamão aquelles nos quaes alguém se obriga a ser executado sem ser ouvido, isto é, que se lhe possa tomar bens para pagamento, independente de uma sentença prévia.

A Ord. liv. 4^o, tit. 72, (1) prohiibe esta especie de contracto, e a razão porque o direito a não reconhece, é porque não se póde considerar valido um processo em que se prive o réo da defesa; um contracto, em que alguém renuncie á sua defesa, considera-se nullo, porquanto, ninguém póde renunciar os seus direitos naturaes. Havendo, neste caso, renuncia dos meios de defesa, porquanto, só se procede á execução depois de um julgamento, em que o réo se defende. O contracto em que elle se compromettesse a soffrer uma execução independente do julgamento, seria nullo, por cercear-lhe a defesa. Tambem não valem, diz o Comp., *aquelles contractos em que te põe a clausula da citação na pessoa do distribuidor*. Antigamente era isto admittido; hoje, porém, em que não vale senão a citação que é feita na propria pessoa, a feita na pessoa do distribuidor, importando a não citação, não tem valor algum. (2) Finalmente, conclue o Comp. que tambem não valem *os contractos em que te põe a clausula depositaria que consiste em não ter o devedor ouvido, tem que primeiro deposite penhores*. (3) Não se podem admittir esses contractos, pela mesma razão porque se não admittem os desafórados, porquanto, o comprometter se alguém a não ser ouvido, sem primeiro depositar penhores, importa renuncia dos meios ordinarios para sujeitar-se ao meio executivo, o qual só se tem por privilegio da lei, não sendo valida a renuncia dos meios ordinarios que não se funde nella.

§§ III, IV e V

Nos §§ III e IV, trata o Comp. *dos requisitos internos e externos da citação*; é materia esta sobre a qual o Comp. apresenta doutrina clara, por isso, passamos á *divisão da citação* que faz o objecto do § V.

(1) Esta Ord. foi ampliada e declarada pela lei de 31 de Maio de 1774.

(2) Tem responsabilidade criminal os tabelliães que lavrão escripturas com taes clausulas — Lei cit. na nt. anterior.

(3) Tambem incorre em responsabilidade o tabellião que lavra escriptura com tal clausula — Cit. lei de 1774. Só se permite esta clausula nas transacções sobre pleitos, sendo o deposito daquillo que os transigentes tiverem recebido por effeito das transacções impugnadas, quando nellas se acharem lesos enormissimamente — Alv. de 18 de Jan. de 1614, e Dec. de 11 de Março de 1695 e Avs. de 14 do mesmo anno. As excepções sobre contractos de seguros, fretes e soldados do mar, pertencem á legislação commercial — Cod. do Com. arts. 567, § 8^o e 667, § 13. — Reg. n. 737 de 1850, art. 294.

Quanto á *causa eficiente*, a citação divide-se em *a jure* e *ab homine*: *a jure*, quando a lei manda que o individuo, em um certo dia, compareça em um certo lugar, para um certo fim, assim, por exemplo, quando a lei manda que o cidadão, qualificado votante, compareça de quatro em quatro annos, no dia 7 de Setembro, na aasembléa parochial, afim de votar para vereadores da camara municipal, impondo-se a multa de dez mil réis aos que não comparecerem: ha aqui uma citação, porque ha um chamamento para um fim, e é *a jure* porque é feito pela lei. A citação é *ab homine*, quando alguém é chamado a juizo por ordem do juiz.

Quanto á sua *fôrma* divide-se a citação em *dilatoria* e *peremptoria*: é *dilatoria*, quando, não comparecendo o individuo citado, o juiz não procede, esperando-o até a seguinte audiencia; é *peremptoria*, quando, não comparecendo o individuo, o juiz procede á sua revelia. Assim, por exemplo, na acção de juramento d'alma, a citação é dilatoria, porque, se o citado não comparece na primeira audiencia, ou naquella para que foi citado, o juiz espera-o até a seguinte, e só procede á sua revelia se elle nessa não comparece.(1) E' peremptoria a citação, quando feita para conciliação, porque, se o citado não comparece, o juiz o julga não conciliado. (2)

Quanto ao *modo*, a citação divide-se em *real* e *verbal*: é *real*, quando ha captura da pessoa ou dos bens, por exemplo — prisão, nos casos em que a lei a ordena, no começo do processo, ou captura dos bens, quando ella se torna necessaria, para a segurança da effectividade da sentença; é o que se chama *arresto ou embargo*. E' *verbal* a citação, não só quando se faz por palavras, como quando por escripto, e ainda mesmo quando por éditos. A palavra — *verbal* — pois, tem, neste caso, uma significação juridica, comprehendendo todas as hypotheses, por opposição á real.

No final do §, o Comp. apresenta os modos porque se faz a citação verbal, e diz que estes são: por simples despacho, por manctado, com hora certa e por precatória.

Nos §§ seguintes, o Comp. se occupa destes modos bem como da citação *geral e especial*.

§ VI

Trata o Comp. neste §, da citação por *despacho e mandado*. Faz-se a citação por *despacho* quando o citado está no lugar da residencia do juiz ou nos seus suburbios; estando porém fóra, mas dentro do termo, se faz a citação por mandado: assim, se o citado residir em uma das tres freguezias desta cida-

(1) Decr. de 15 de Junho de 1758 e de 10 de Maio de 1790.

(2) Disp. Prov., art. 4º.

de, a citação é feita por despacho, se estiver, porém, dentro de alguma das outras freguezias da que consta o termo desta capital, a citação se fará por *mandado*. E' pelo menos esta a praxe.

§ VII

Trata, neste §, o Comp. da *citação com hora certa*, ou *ad domum*. Em regra deve a citação ser feita na propria pessoa citanda, se, porém ella se occulta, justifica-se este facto, pedindo-se a citação com hora certa, que o juiz manda fazer, desde que se prove o facto do citando occultar-se. Para esta citação passa-se mandado; o escrivão dirige-se com elle á casa do individuo, e se o não encontra, cita-o na pessoa de sua mulher, familiar ou vizinho mais chegado, sendo *capaz de receber a citação*, afim de que diga ao individuo citando, quando elle vier, que deve em tal dia, para tal fim, comparecer em tal juizo. Feita esta diligencia, passa o escrivão uma certidão, e passadas vinte e quatro horas, procura o citando, se o encontra cita-o, se o não encontra, diz á mesma pessoa que recebera a citação, que diga ao citando que se declare citado: o official de justiça passa uma certidão do facto e com ella a parta comparece em juizo e dá a outra parte por citada. Observarei aos srs., que alguns entendem que é precisa uma justificação de que o citando se occulta, para que o juiz o mande citar com hora certa; outros, porém, entendem que basta, para isto, a simples certidão do official de justiça, de que o individuo se occulta. A praxe tem admittido para este fim, como sufficiente, a simples certidão do official de justiça.

LICÇÃO XVII

§ VIII

Trata o Comp. neste § da *citação por precatória*. A citação pôde fazer-se, ou na propria pessoa do citado, ou subsidiariamente por outro meio, quando este é impraticavel. Faz-se a citação na propria pessoa, quando ella se acha dentro do termo da jurisdicção do juiz que manda citar, e pôde ser feita par simples despacho ou mandado, como já vimos; porém quando o citado se acha fôra do termo, faz se a citação por meio de uma precatória, na qual o juiz do territorio em que se requereu a citação, pede ao daquelle, onde está o citado, que o mande citar.

Como já vimos, os juizes não tem autoridade fôra do seu territorio, e como pôde tornar-se necessario que um juiz tenha de mandar citar a um individuo, que se acha em territorio estranho ao de sua jurisdicção, apparece a necessidade da ci-

tação por precatória. Como, para que o juiz deprecado mande cumprir a precatória, é necessário que tenha conhecimento do facto que motiva a citação, o juiz deprecante manda lançar na precatória a petição em que se lhe pediu a citação. Expedida a precatória, e apresentada ella ao juiz deprecante, este, conhecendo da razão porque se pede a citação, lança nella o seu — *cumpra se* —; feito isto, é ella levada ao distribuidor, para designar qual o escrivão a quem compete fazer a citação; e feita a citação por elle ou por algum official de justiça, lavra-se della uma certidão, que corre por 24 horas no cartorio do escrivão, afim de que o citado apresente os seus embargos, os quaes podem reduzir-se aos seguintes: — não haver razão para elle comparecer no juizo, — não ter o juiz deprecante competencia para deprecar a sua citação para tal fim, — ou não ter a precatória as formalidades legais.

Findas as 24 horas, se a parte não apresenta embargos, passa o escrivão certidão nesse sentido, e faz os autos conclusos ao juiz, que manda devolvê-los ao juiz deprecante, pagando a parte as custas. Com esta certidão, a parte que requereu a citação a accusa em audiência, e assigna-se ao citado o praso em que deve comparecer (1). No caso do citado apresentar embargos diz o Comp. no

§ IX

em que trata desta materia, que o *juiz deprecado conhece dos embargos de facto*; quando, porém, dizem respeito á causa principal, o juiz deprecado os envia ao deprecante, para tomar delles conhecimento; se os aceita, continúa com o processo; se os não recebe, devolve-os ao deprecado para fazer a citação, independente dos embargos.

Os embargos são de facto, quando dizem respeito á falta de jurisdicção do juiz, ou de alguma solemnidade exigida pela lei, e delles conhece o deprecado pelo dever de protecção que o juiz tem para com aquelles que estão no seu territorio. Por isso, no caso de faltar á precatória algum dos seus requisitos essenciaes, ou não ter o deprecante jurisdicção, o juiz deprecado não a manda cumprir, e com seu despacho, devolve-a ao deprecante (2).

§ X

Trata o Comp. neste § da *citação edital*. Dissemos que a citação podia fazer-se ou na propria pessoa do citado, e é esta a

(1) O citado por precatória tem, além dos prazos ordinarios nella marcados, mais 20 dias e só depois de findos estes é que se o póde considerar revel — Ord. L. 3. T. 1, § 18.

(2) A decisão do juiz, mandando ou não remetter os embargos ao deprecante, é de competencia, por isso della dá-se *aggravo de petição* ou instrumento. — Reg. de 15 de Março de 1842, art. 15 § 1.

verdadeira, ou quando não é ella possível por meio subsidiario. O meio subsidiario, é o da citação por editos, a qual tem lugar em diversos casos que o Comp. menciona (1).

Assim, tem elle lugar, *quando a pessoa que tem de ser citada é incerta, ou quando é certa, mas incerto o lugar em que se acha, ou inacessivel par causa de peste ou guerra*. Pôde dar-se o caso de se ter de chamar a juizo uma pessoa, e não se saber quem ella é: supponhão, por exemplo, que se tem de intentar uma acção contra uma herança, cujos herdeiros não se conhecem, não podendo os credores esperarem que alguém se habilite herdeiro, para ao depois intentarem a sua acção, torna se necessario um remedio, afim de que os credores não soffrão prejuizo, pelo que permite a lei fazer-se a citação das pessoas interessadas na herança por meio de editaes. Isto, porém, só tem lugar quando ainda não houve a arrecadação da herança, porque desde que esta deu-se, as acções correm com o curador a ella nomeado, com assistencia do procurador fiscal geral (2). Não tendo, porém, ainda tido lugar a arrecadação, o meio de citar-se os herdeiros é por editos, visto que se não sabe quem elles são, para se o fazer pessoalmente. Daremos ainda um outro exemplo: quando se tratar de uma questão sobre servidões de certos lugares, em que foi perturbado o direito de posse do possuidor, este, que não sabe quem forão os perturbadores, pôde cital-os por edital para assistirem a proposição da acção contra elles, por isso que é incerta a pessoa ou pessoas que se devem citar.

Faz-se tambem a citação por editos, quando é certa a pessoa que se quer citar, mas incerto o lugar em que ella reside, não se podendo por isto cital-a por precatoria (3). Para que esta citação tenha lugar, é necessario que a ausencia do individuo do seu domicilio, não seja tal, que faça presumir a morte, pelo lapso de tempo dessa ausencia; por isso que neste caso, procedendo-se a habilitação dos herdeiros e á successão provisoria ou definitiva dos bens do ausente, com esses successores correrão quaesquer acções (4).

(1) A citação edital não tem cabimento nas acções do juramento d'alma, nem nas de reconhecimento de signal e obrigação — Per. Sou. nt. 203 e M. Carv. nt. 80.

(2) Fóra da Côrte ou das capitães das provincias, os collectores e mais agentes fiscaes representão a parte fiscal — Art. 48 do Reg. n. 2,433 de 15 de Junho de 1859.

(3) Tem lugar a citação por editos, se o réo está ausente em parte remota e maritima, sem ter-se certeza do lugar, posto que se nomêe provincia — Phebo, P. 1 Ar. 69.

(4) Dá-se successão provisoria aos bens do ausente, passados quatro annos da data das ultimas noticias, se não tiver deixado procurador, passados dez, contados tambem das ultimas noticias, se o tiver deixado, e passados dous sem haver noticia da chegada do na-

Agora passámos a mostrar a fôrma por que se fazem as citações. Allegando-se ao juiz o fundamento por que se requer a citação por editos, elle, se o julga provado, (1) manda passar carta de editos, e não sendo nos casos em que a lei marca prazo especial, se entende que o prazo, findo o qual o citado deve comparecer, é o de 30 dias (2). Este edital consta de uma carta lavrada pelo escrivão, em que se annuncia ao citando a acção que se lhe propõe, avisando-se-o de que venha fallar aos termos della; lavrado elle, affixa-se nos lugares mais publicos; antigamente tinha isto lugar no pelourinho e na porta da cadêa, hoje porém, affixa-se um na porta das audiencias e mais dous em lugares publicos, fazendo o official que os affixar pregão, e lavrando certidão do acto. Findos os 30 dias, tirão-se os editaes, faz-se outro pregão, e o escrivão passa nova certidão nos autos de estar findo o prazo. Como é, porém, que o escrivão passa a certidão, não sendo elle quem prega os editaes e faz os prérgões ?

O escrivão, em vista da fé do official de justiça, de ter procedido a estas diligencias, certifica que ellas forão feitas: é assim que se procede.

Devem os proprios editaes afixados, findo o prazo, ser ajuntados aos autos; como, porém, pôde acontecer que elles sejam arrancados ou estragados pela acção do tempo, costuma-se *praticamente* remediar este inconveniente, tirando o escrivão uma copia dos editaes, quando os passa, para, no caso de não serem elles encontrados, se juntar esta copia aos autos. Não sendo encontrados os editaes no fim do prazo, passa-se certidão desse facto e com a copia que o escrivão tirou delles, se ajunta aos autos. Temos visto os escrivães algumas vezes não ajuntarem os editaes aos autos, é porém um abuso contra a determinação expressa da lei. Se findo o prazo, o citado não comparece, o autor com a certidão de terem sido affixados os editaes, accusa a citação e a causa corre á revelia do réo, nomeando-se-lhe um curador, que o represente, para que defenda os seus direitos, sem o que será nullo o processo.

vio ao porto do seu destino. — Ord. L. 1 T. 62 § 38 — Reg. do Dez. do Paço § 50 — Lei de 15 de Nov. de 1827 e Reg. de 15 de Junho de 1859 art. 47 § 1. Dá-se successão definitiva, quando a ausencia excede a trinta annos ou o ausente completa setenta. — Per. Carv. *Lins. Orph.* § 181 e nts. 346 e 347.

(1) Quando não ha prova documental da ausencia, a parte a justifica cem depoimento de testemunhas.

(2) No fôro commercial marca-se o prazo de 30 dias quando o réo se acha em lugar absolutamente não sabido, e um prazo razoavel quando se achar dentro ou fóra do Imperio, mas em jurisdicção incerta. — Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850 art. 45 § 3.

§§ XI, XII e XIII

Nestes §§ trata o Comp. das seguintes questões: — *quando deve ser feita a citação*; — *quaes as pessoas que não podem ser citadas*, — e *quaes as que o não podem ser sem venia*. É materia clara, dispensando por isso a doutrina do Comp. mais amplo desenvolvimento. Occupar-nos-hemos na proxima lição da *citação geral* e sua differença da *especial*.

LICÇÃO XVIII

§ XIV

Trata o Comp. neste § da *citação geral*.

Antigamente a citação só aproveitava para o acto especial para que era feita, exigindo-se sempre ella para todos os actos da causa, (Dig. L. 42. tit. 1º frag. 47). Modernamente, porém, pelo nosso direito, a citação feita no principio da causa serve para toda ella, até ao seu julgamento. (Ord. L. 3, tit. 1º, § 13). (1).

Entretanto, não obstante esta regra, exige-se a citação especial para certos actos da causa, e o Comp. menciona esses casos: — 1º, *Para vêr jurar testemunhas* (2). — 2º, *Para a remessa dos autos de um para outro juizo*, neste caso ha mudança de instancia, ha um novo juizo; por isso, quando remette-se os autos para a Relação, cita-se a parte para vêr seguir o feito. — 3º, *Quando a citação fica circumducta*; veremos ao depois quando isto se dá. Ficando a acção circumducta, fica de nenhum effeito, ora, se a citação foi feita no principio da causa, para todos os termos della e fica circumducta, fica nulla, e por consequencia é preciso uma nova citação que substitua a que ficou nulla. — 4º, *Quando ha mudança de libello, ou addição a elle, estando a parte ausente*. A razão por que nesta hypothese, se exige nova

(1) Por esta razão quando o autor pede a citação do réo para vir assistir á proposição da acção, deve sempre requerer que fique este citado para todos os termos ulterioies da causa.

(2) A citação para vêr jurar testemunhas (cujo rôl deve ser depositado no cartorio, pelo menos 24 horas antes da inquirição, ou constar da petição em que se pede ao juiz designe dia para ella) deve ser feita a propria parte, se está no lugar; na pessoa do procurador, se está ausente; e por pregão em audiencia se não tem procurador — Ord. L. 3. T. 1 § 13. — Ha casos em que se dispensa a citação para vêr jurar testemunhas, como para justificar ausencia, provar os requisitos para embargo ou arresto e outros que se podem vêr em Lobão — *Seg. Lins.*

citacão, é porque, desde que o autor faz mudança de seu libello, muda de acção, por consequencia precisa uma nova citação para o réo se defender dessa nova acção. Tambem, no caso de addição ao libello, entende-se que o autor tem uma nova razão da pedir, e como a parte contraria deve-se defender desta nova razão, precisa ser citada para ter conhecimento della. — 5º *Quando ha restauração de instancia.* Algumas vezes, a instancia fica suspensa por não terem as partes por um certo lapso de tempo fallado ao feito, entendendo-se que ellas estão esquecidas, e é preciso citação para continuar se, afim de que a parte que se esqueceu, e que suppõe que a causa está parada não soffra prejuizos nos seus direitos.

6º, *Quando fallece alguma das partes litigantes para fallar-se a artigos de habilitação.* Isto é exigido, porque, como quando fallece a parte tem a acção de seguir com os seus herdeiros, estes devem ser conhecidos da outra parte, e como não é indifferente que a acção continue com uma ou outra pessoa, porque se se demanda com uma pessoa incompetente a acção e nulla, deve ser a parte citada para fallar a artigos de habilitação dos herdeiros do seu contendor. — 7º, 8º, 9º e 10º, *Quando ha seguimento de appellação ou agravo, execução de sentença, liquidação ou revista.* A razão vem a ser, porque em todos estes casos ha uma nova instancia, e para ella, como vimos, exige-se nova citação. — 11º *Para appellar da sentença o réo que foi revel.* Quando a parte nunca comparece em juizo para se defender, e diz que não comparece, corre a causa á sua revelia, e o processo é diverso do que tem lugar quando elle comparece.

Quando o réo comparece, proferida a sentença, se lh'a intima, e findo o prazo de dez dias ella passa em julgado, se elle não appella, e se a executa.

Quando, porém, o réo é revel, procede-se de outro modo: não ha uma simples intimação da sentença e de que começo a correr os dez dias, dentro dos quaes póde appellar, faz-se uma citação especial, marcando-se-lhe uma audiencia, na qual elle deve vir appellar se quizer, e se o espera até essa audiencia, na qual elle póde comparecer, tendo o direito de appellar, emquanto o juiz se acha sentado na sua cadeira. Isto é deduzido da Ord. L. 3º tit. 79 § 3, que tem difficuldade em ser bem entendida, por isso os Srs. a examinem com cuidado: esta Ord. é fundada no direito canonico, deve ser pois entendida de conformidade com elle, — 12º, *Para nomeação de novo procurador, no caso de ter o da causa adoecido por mais de cinco dias.*

Se o procurador adoece, espera-se por elle durante o prazo da lei, (Ord. L. 3º tit. 20 § 13) se elle, porém, não se restabelece durante esse prazo, a parte requer para constituir novo procurador e se cita a outra parte para esse acto.

Diz o Comp. que *por praxe, estando o réo para partir para provincias remotas, póde ser citado de uma vez, para todos os actos da causa, e ainda para a execução, arrematação e segunda instancia.*

(Phoebo Part. 1 *aresto* 20). E isto tem lugar, porque ao depois haveria muita difficuldade em se fazer as citações especiaes.

§ XV

Trata o Comp. neste § da *pena em que incorre o autor que não comparece*. A doutrina deste § não é difficil, mas é preciso distinguir-se bem as proposições que elle emite. Chama-se *circumducta* a citação que fica de nenhum effeito, e *contra-fé* a copia da petição e despacho que o official de justiça dá ao citado (1).

No processo commercial, é o official de justiça sempre obrigado a dar contra-fé á parte que cita; no civil, porém, elle só dá se a parte a exige. Deve, porém, o réo sempre exigir contra-fé da citação, porque se elle comparece e o autor não, póde com ella pedir absolvição da instancia.

Se o autor e o réo não comparecem a citação fica de nenhum effeito, e o autor paga as custas. Se porém, o réo comparece, e o autor não, elle póde calar-se, ou accusar a contra-fé da citação: se se cala é como se não comparecesse, se accusa a contra-fé e pede absolvição da instancia, manda o juiz lançar o seu requerimento no protocollo e o absolve della; esta absolvição tem effeitos juridicos.

Assim, se o autor mandou segunda vez citar o réo para a mesma acção e elle foi de novo absolvido da instancia, e deu-se este facto uma terceira vez, o réo fica não só absolvido da instancia, como da lide e da acção; isto é, o autor perde o direito de tornar a mandar citar o réo para responder por essa acção. Vêm, pois, os Srs. bem a differença que existe entre a simples absolvição da instancia, e esta junta á absolvição da lide e da acção; no primeiro caso, não póde o autor seguir a causa sem uma nova citação, no segundo caso, não póde mais prosaguir naquella causa. O autor absolvido da instancia não póde fazer de novo citar o réo sem pagar as custas da primeira citação.(2).

Absolvição da instancia simplesmente, produz — o nenhum effeito da citação, e o poder se contar ella, para, em chegando a tres, ser o réo absolvido da acção. Não pedindo, pois o réo contra-fé da citação, póde ser, para uma mesma acção, citado mais de tres vezes, no entanto que se a pedir, não póde mais o autor depois de tres absolvições de instancia, incommodal-o por aquella mesma causa.

No final do § diz o Comp. que *sendo o réo citado por precatoria, não fica a citação circumducta por falta do comparecimento do autor, até terem passados vinte dias depois de ter assignado o termo em que deve o réo comparecer*. O fundamento desta doutrina do Comp. é a Ord. L. 3 tit. I, § 18, a qual tem sido interpretada pela praxe, não sendo a interpretação que se lhe tem dado, conforme com a sua letra. O que se observa, é que quando se faz

(1) Vid. Licção VII a pg. 33.

(2) Ord. L. 3 T. 14 pr. e T. 20 § 37.

a citação por precatoria, accusada ella em audiencia, assigna-se ao réo vinte dias para comparecer, e se, findo o praso, não apparece, requerer-se o seu lançamento, e a causa corre á sua revelia.

No entanto, a Ord. parece que se refere antes ao autor do que ao réo, porque ella diz, que dentro dos vinte dias não será a acção circumducta; parece pois, que o autor que manda citar por precatoria, pôde demorar-se por vinte dias, sem que por isso fique a acção circumducta, d'onde concluímos, que é um favor que se concede ao autor e não ao réo. Em Moraes, *de Executionibus*, e em Almeida e Souza, que interpretação esta Ord., podem os Srs. vêr esta questão.

§ XVI

Trata o Comp. neste § da *pena em que incorre o réo que não comparece*. A pena do réo é muito simples: se não comparece, segue a causa á sua revelia, assignando-se-lhe porém, sempre os termos para se defender, sendo necessario que no fim delles seja lançado debaixo de prégão. Em qualquer tempo que o réo compareça, antes que a sentença tenha passado em julgado, recebe o feito no estado em que se achar. (Ord. L. 3, tit. 15, *princ.* e § 1.) E' clara a doutrina do Comp.

§ XVII

Trata o Comp. neste § *dos effeitos da citação*. Não podemos descer a todas as particularidades que exigia a explicação deste §, porque isto nos levaria muito tempo: daremos tão somente uma noção geral. Muitos são os effeitos da citação, e o Comp. os menciona: — 1º, *Obrigar ao citado a comparecer em juizo*. Esta obrigação resulta da lei; não é justo que a parte, que se recusa a comparecer em juizo não seja a isso compellida. (Ord. L. 3, tit. 15, Dig. L. 2, tit. 5, frag. 2, *princ.* e § 1º.) — 2º, *Fazer a coisa litigiosa*. Faz-se uma coisa litigiosa, desde que sobre ella se move um litigio, e o tornar-se a coisa litigiosa produz effeitos juridicos: um delles é ficar o réo sujeito á sentença: outro, não poder o possuidor alienar a coisa nos casos em que a lei determina. Nem sempre a citação faz a coisa litigiosa. Na Ord. L. 4, tit. 10, que é a sede desta materia, se encontram hypotheses em que a coisa não fica litigiosa pela citação, precisando para isto a contestação da acção, portanto os Srs. veção essa Ord. para d'ahi extrahir os casos em que a coisa fica litigiosa pela citação, e os em que precisa, para sel-o, da contestação (1). Dos outros effeitos juridicos, que resultão de ficar a

(1) Não torna a coisa litigiosa a citação nulla, nem a que ficou circumducta — Portugal — de Donat L. 3 c. 38 ns. 19 e 22. Cessa o effeito quando houve, perempção da instancia — Gama Dec. 119 n. 4 - Cabedo P. 2 Dec. 15 n. 16.

cousa litigiosa, não podemos tratar agora, e delles nos occuparemos em outros lugares. — 3º, *Interromper a prescripção*. (Ord. L. 4, tit. 79, § 1.) Na nota dizemos.

NOTA

“Os nossos Praxistas sustentão de plano, que a prescripção trienal não se interrompe, nem pela citação, nem pela litis-contestação; que a de dez annos, entre parentes, e vinte entre ausentes, interrompe-se pela litis-contestação; e que a de trinta annos interrompe-se pela simples citação: Almeida e Souza, Seg. lins. Civ. not. 229. O contrario, porém, segue Dunot de Præscript, cap. 9 Strick, vol. 9 disp. 13 cap. 3, sustentando, que todas estas prescripções interrompem-se pela simples citação, Reg. Com. art. 59.”

Vê-se, pois, que uns sustentão que a citação interrompe qualquer prescripção, e outros que precisa-se da contestação. Não tendo mais tempo hoje, os Srs. veção os outros effeitos da citação até o fim do §.

LICÇÃO XIX

Vamos estudar o *Titulo VII* que tem por epigraphe — DA INSTANCIA.

§ I

Neste § o Comp. define — *Instancia* — *o tempo dentro do qual trata-se, e termina-se a causa com decisão final*.

A palavra instancia tem duas significações distinctas: significa uma vezes o grão de jurisdicção, outra o tempo que dura a acção. No primeiro caso, a palavra instancia designa as diversas ordens de gradação entre os juizes ou tribunaes para conhecerem das causas; assim, quando a Constituição (art. 158) diz, que todas as causas serão julgadas nas Relações em segunda e ultima instancia, estabelece duas instancias para o julgamento — juizes individuaes e tribunaes de Relação. Aqui tomamos instancia na segunda accepção, como o tempo que dura a acção. Neste sentido, ainda podemos considerar a instancia segundo o Direito Romano e o Patrio.

Pelo Direito Romano havia um tempo fixo, dentro do qual, as causas se devião começar e findar; se effectivamente ellas não se findavão durante esse prazo marcado, ficava a acção perempta, e se o autor ainda queria proseguir no seu direito precisava começar de novo a acção, citar de novo o réo para ella, e promover todos os termos judiciaes do processo, como se ainda nenhum tivesse existido. Esta perempção da acção,

porém, não torna de nenhum efeito senão os actos judiciais, não os probatorios, porquanto estes valem sempre, e a parte póde extrahir as provas offercidas na instancia perempta, para apresental-as na instancia que de novo começou.

O que fica de nenhum efeito é, como dissemos, os actos judiciais, libello, contrariedade, replica, treplica, etc, os quaes, desde que a acção fica perempta precisão ser de novo formulados para a causa que se começou, em substituição da que fica perempta.

Pelo Direito Patrio, a instancia nunca fica perempta pelo lapso de tempo, apenas se suspende: por isso, quando alguma das partes quer continuar no feito, basta apenas mandar citar a outra, e o processo continúa do mesmo lugar em que tinha ficado. Conservamos, pois, a mesma palavra, e lhe damos uma significação quasi igual á dos Romanos, definindo instancia o tempo que uma causa dura em juizo. A differença, pois, está em que pelo Direito Romano era este prazo fixo, e pelo Patrio é indefinido.

Nos §§ seguintes passamos a mostrar quando começa e acaba a instancia, e quando se suspende.

§ II

Trata o Comp. neste § de *quando começa e acaba a instancia por Direito Patrio*. A instancia acaba por diversas causas, o Comp. as menciona:

1.º *Pela sentença definitiva*, isto é expresso na Ord. liv. 3º tit. 27, princ. Proferida a sentença, cessa a instancia do juiz, por isso não póde elle mais reformal-a ou modifical-a, está finda a sua jurisdicção, e é por esta razão que o Comp. diz que a appellação constitue uma nova instancia, um novo juizo, precisando-se, por isto, para ella, de uma nova citação, porque esta, como vimos, é a base do juizo. Mas, póde-se, perguntar, como é que a Constituição diz que só temos duas instancias, no emtanto que parece que se dá uma infinidade de instancias, pois que, podendo a parte appellar, temos uma segunda instancia; tendo de ser executada a sentença, temos uma terceira instancia, e assim por diante; todas as vezes que uma causa tiver de ir de um para outro juizo, dar-se-ha uma instancia differente, o que é contra a Constituição, que só reconheceu duas.

Responde-se que aqui não se toma — *instancia* — como grãos de jurisdicção, e sim como o tempo que a causa dura perante um juizo. Segundo, pois, o sentido em que empregamos a palavra — *instancia* — a execução não é uma instancia, porquanto, nella, o feito não passa de um juiz de uma alçada inferior, para um de alçada superior que tem de conhecer d'elle. Na execução o juiz executor não faz mais do que cumprir a sentença, tornando realizavel o direito que ella reconheceu, e

posto que possa na execução modificar-se algum tanto a sentença por via de embargos, entretanto não dá-se um novo julgamento proferido por uma autoridade superior.

2.º *Pela absolvição, em razão da falta de observancia da forma do juizo.* Já vimos que quando o autor cita, e não comparece na audiência, entende-se que elle tem abandonado o feito; não basta, porém, para absolvição da instancia, este simples facto, é preciso que haja um julgamento desse abandono, e é, só quando elle existe, que o autor fica inhibido de continuar no feito, e que se quizer demandar o réo pela mesma acção deve cital-o de novo.

3.º *Se o libello era notoriamente inepto.* Assim se chama o libello que não é concludente, isto é, aquelle que nada conclua, ou cuja conclusão não resulta da narração, como os srs. verão. Em um libello, a narração é as primissas, e o pedido a conclusão; se, pois, o libello nada pede ou pede cousa differente do que devia pedir, é inepto para a acção, e o juiz não pôde admittir a demandar um individuo que nada pede, ou que pede uma cousa que não se deduz do que allega.

4.º *Se o autor ausentou-se depois de offerecido o libello.* Neste caso, suppõe-se o abandono do feito, e dá-se o mesmo que quando o autor manda citar e não comparece: acaba-se a instancia.

5.º *Se não satisfiz a fiança ás custas, nos casos em que esta se exige.* Antigamente, era o autor obrigado a prestar, no principio da causa, fiança pelas custas, sob pena de ser o réo absolvido da instancia; a Disposição Provisoria no art. 10 revogou esta disposição da Ordenação, ficando o autor obrigado a pagar as custas dentro de vinte e quatro horas, depois de intimado para esse fim, sob pena de prisão. Viu-se, porém, o inconveniente desta medida da Disposição Provisoria em relação aos estrangeiros, porquanto estes podião intentar uma causa e depois ausentando-se, tornar inefficaz o meio estabelecido para a garantia das custas. Então appareceu a Resolução de 10 de Julho de 1850, determinando que ácerca dos estrangeiros vigorasse a Ordenação; estão, pois, tão sómente estes obrigados a affiançar as custas no principio da causa, e não o fazendo, é o réo absolvido da instancia, e não pôde o autor do novo demandal-o, sem de novo cital-o. (1) O mais que o Comp. expõe no § é claro.

§ III

Trata o Comp. neste § dos casos em que se *suspende a instancia*, e os apresenta. Como a materia não é controvertida, para não levarmos tempo, consulte-se a legislação em que o Comp. se funda.

(1) Ord. Liv. 3º, lit. 20, § 6º. O art. 736 do Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850 tornou extensiva ao fôro commercial a disposição da Resolução de 10 de Julho de 1830. Vid. o Av. de 6 de Julho de

Dadas estas causas, suspende-se a instancia e precisa-se uma nova citação para se continuar nella. Um dos casos em que se suspende a instancia, e que para se continuar nella precisa-se nova citação entre as partes, é o de ter-se passado um certo lapso de tempo, prescripto pela lei.(1) Pelo Direito Romano, pelo lapso de tempo, perimiam-se a acção, pelo Patrio, nunca se perime, todavia se suspende; e o effeito desta suspensão é nenhuma das partes poder continuar no feito sem fazer citar a outra. Depois da contestação, como cada uma das partes tem direito de continuar no feito, cada uma pôde requerer a restauração da instancia.

Convém saber qual a razão porque, não se perimindo a acção, precisa-se, no entretanto, mandar citar as partes para continuar o feito. A razão, os nossos praxistas a dão e tambem o Comp.; é para que as partes que como que esquecidas da causa não sejam sorprendidas; não é, pois, a citação, neste caso, mais do que uma advertencia de que vae-se continuar na acção. Convém ainda mostrar, em que se funda esta presumpção da lei: sabem os srs., que as partes, durante a demanda, devem assistir a todas as audiencias do juizo, não podendo por isso allegar que desconhecião o estado em que estava a acção; ora, pôde o autor não comparecer durante muito tempo em juizo, e obrigar assim o réo a se achar sempre presente.

Esta disposição da lei, tem por fim fazer com que, quando o autor durante um certo lapso de tempo, prescripto na lei, não fallou ao feito, fique a outra parte dispensada de comparecer ás audiencias. A não ser assim, ficarião as partes obrigadas indefinidamente a vir á audiencia, até que a outra ali comparecesse; e como isso não podia ser perpetuo, estabeleceu-se que, não fallando as partes ao feito durante um certo lapso de tempo, se as julgassem como esquecidas, e fosse preciso uma nova citação para se poder proseguir na causa.

Passamos ao estudo do *Titulo VIII* em que o Comp. trata do MODO DE PROPÔR AS ACÇÕES.

1851 e Ass. de 14 de Junho de 1778. O reconvinde tambem presta fiança — Silva a esta Ord. n. 24. E' nullo o processo em que requerendo o réo que o autor preste fiança ás custas, é elle ouvido sem prestal-a — Barbosa *Remiss.* a esta Ord.

(1) Seis mezes — Ord. liv. 3º, tit. 1º, § 15 e liv. 1º, tit. 84, § 28. Não se contão as férias, porque durante ellas não ha audiencias, Cab. P. 1 Ar. 7. A citação para a execução ainda que interrompida por seis mezes não se torna circumducta. — Silva á Ord. liv. 3º, tit. 86 *pr.* n. 59. Cabedo ensina que embora verse a causa sobre bens de raiz, basta que a nova citação se faça na pessoa do marido. Consulte-se — Lobão *Seg. lins* pags. 76 e 101 — Moraes — *De Execut.* liv. 6º, cap. 1º, n. 9.

§ I

Trata o Comp. neste § do LIBELLO, que define *o acto pelo qual o autor propõe por escripto e articuladamente a especie da questão, que se ha de tratar em juizo, e conclue a condemnação do réo*. E' no libello que o autor propõe a sua acção, senão por isto a parte mais difficil do processo; é por elle que o juiz toma conhecimento do factio controvertido entre as partes, e por onde conhece quaes as pretenções do autor.

Do mesmo factio podem nascer acções diversas e o autor póde dar preferencia a uma; é, pois, no libello, onde se conhece qual o direito que o autor quer que lhe seja declarado, por isso é que dissemos que é uma peça difficil e muito importante do processo.

Entre nós, depois que se relaxarão as fórmias do juizo, não é de necessidade que se designe no libello o nome da acção que se propõe, nem tão pouco revestir-se elle de certas formulas sacramentaes; entretanto não se póde prescindir no libello de declarar o factio controvertido, e quaes as razões em que o autor se funda, para que lhe seja o seu direito declarado. Póde, porém, muitas vezes, do factio allegado não resultar o direito que a parte pretende, ou não usar ella do meio competente para realizar o seu direito, e neste caso ha um erro de acção, o qual é sempre supprivel. Comquanto o libello se revista de todas as formulas legaes, se o autor não pede o seu direito pelo meio conveniente, ha um erro de acção, o qual, dizem os nossos Praxistas, que é supprivel.

Assim, supponhão os srs., que se trata de uma acção de força, mas que já não é de força nova, por já ter passado o anno e dia, mas sim de força velha, e que o autor no seu libello propõe a acção de força nova, que é summaria, ha um erro sobre a natureza da acção que se pede, por isso que se devia pedir a ordinaria. A acção não póde ter seguimento, por causa de ter o autor errado na acção que pedia.

Supponhão mais, que se propõe uma acção de reivindicação, o individuo, porém, que a propõe não tem um título habil para provar o dominio, ao passo que o que elle quer provar é a prescripção, ha ainda um erro de acção, por isso que a reivindicação funda-se sempre em título de dominio. A acção que elle devia propôr seria a — publiciana — porque é esta a que se baséa na posse. Quem propõe a acção de reivindicação, compromette-se a provar o dominio, se, pois, a intenta e não prova, perde a sua acção. Deve por isso o autor conhecer bem qual o direito que se applica ao factio e quaes os meios de realizal-o para pedir convenientemente.

LICÇÃO XX

Continuamos com o estudo do Capítulo I do Título VIII em que o Comp. trata do LIBELLO.

§ II

Neste § o Comp. nos diz quaes os *requisitos do libello no fôro civil*. Em *primeiro lugar*, deve o libello conter o *nome do autor e do réo*, afim de que o juiz saiba quem é que acciona e quem é o accionado, para que na sentença, elle declare qual é a pessoa a quem reconhece o direito e qual aquella a quem o nega. Em *segundo lugar*, deve o libello conter a *narração do facto*, porquanto é delle que se deduz qual o direito que se lhe applica, e precisa o juiz conhecer o que é que se discute, qual o facto controvertido, para bem poder decidir a questão. Deve esta narração ser feita por *itens*, e o Comp. apresenta as condições de que se deve revestir esta narração que são as seguintes: 1º, *deduzida em artigos breves, omitindo-se todo o superfluo, e o que pertence á defeza do réo, afim de não ser prevenida.*

Artigos breves — Os artigos do libello tem por fim especificar os factos em que o autor funda a sua intenção, e que se compromette a provar, para que o seu direito lhe seja declarado; por isso, não devem elles ser longos, e o autor deve apenas allegar; para arrazoal-os, ha no processo um lugar proprio, que é nas — *razões finaes* —, nas quaes as partes deduzem o ponto principal da questão, analysão as provas produzidas, e concluem, pedindo o direito que lhes assiste; é, pois, ahi, o lugar competente para se desenvolver os artigos do libello. Antigamente, o libello não era deduzido por artigos, consistia em uma petição em que se expunha o facto controvertido, o direito que lhe era correspondente, e se pedia a condemnação do réo.

Depois da contestação, na qual fazia o réo a sua opposição a pretensão do autor, offercia então este os *artigos de posição*, sobre os quaes se inquirião as testemunhas e corria a prova. Não era preciso, na proposição da acção, que o autor deduzisse logo por artigos, o seu direito, e os fundamentos delle, bastava que o fizesse quando se tivesse de provar, para o fim de se ter um ponto certo e determinado, sobre o qual tivesse de versar a prova: estes artigos sobre que tinham de versar a prova se chamavão, como dissemos — *de posição*.

Não forão estes artigos de posição recebidos no nosso fôro, no qual, no mesmo acto em que o autor expõe o facto e o direito, e pede a condemnação do réo, deve apresentar os artigos que pretende provar, para que o seu direito lhe seja declarado.

Omittindo todo o superfluo, e o que pertence á defesa do rio. O autor, conhecendo bem a causa e qual o direito que

pede, deve comprometter-se a provar o que fôr sufficiente para ser reconhecido o seu direito e não o *superfluo*, bem como o que diz respeito à *defesa do réo*.

Muitas vezes, pôde o autor prever quaes as razões em que o réo fundará a sua defesa, não as deve, porém, prevenir no libello, não obstante conhecel-as, esperando que o réo as allegue e deduza na contrariedade, para então contrarial-as ou refutal-as. E não deve prevenir a defesa do réo, porque pôde acontecer que o réo não tenha conhecimento desses meios de defesa, ou não se tenha delles lembrado, e o autor vá dar-lhe armas contra si, melhorando assim a posição do réo.

E' esta uma das razões por que não deve o autor no seu libello produzir artigos que envolvão prevenção a defesa do réo, ha, porém, ainda uma razão juridica que nos força a adoptar esta opinião e vem a ser, que tanto o autor, como o réo, desde que articulação algum factu ou razão se compromettem a proval-o, e se o não faz o juiz absolve a parte contraria em relação ao allegado, que não foi provado. O autor deve limitar-se ao que fôr bastante para sustentar o seu direito, deixando ao réo deduzir a sua defesa; porquanto, articulando o autor factos que dizem respeito á prevenção da defesa do réo, compromette-se a proval-os, e não o fazendo, decahe da acção, collocando-se assim em uma posição menos vantajosa do que a do réo.

Deve, pois, o advogado, nunca prevenir a defesa do réo, por que fazendo-a peiora a posição do autor, dando-lhe o onus de uma prova desnecessaria para a sustentação do seu direito e o sujeita a poder ser lançado da causa, se não provar os artigos em que previne a defesa. Entretanto, o autor não perde o direito de allegar as razões que tiver contra a defesa do réo, porque, se este apresentar esse meio de defesa, o autor na replica pôde oppôr-se a elle, sem incorrer na pena do lançamento, visto que o factu foi allegado pelo réo, e o ónus da prova recahe sobre quem allega. Por estas razões, adoptamos a opinião de que o autor não deve no seu libello apresentar artigos da defesa do réo.

2.º Deve mais a narração no libello *ser clara, evitando-se toda a obscuridade e especificando se a cousa pedida com todas as circumstancias, e qualidades, taes como seu nome, situação e confrontações, no caso de ser a acção real, ou pessoal rei persecutoria; e a quantidade e qualidade, ou o numero certo, na acção pessoal*. A *clareza* no libello é essencial, porque da obscuridade pôde resultar varios inconvenientes, como sejam: 1º, oppôr-se a parte contraria ao seu recebimento, e o juiz assim julgando-o, absolver o réo da instancia, perdendo assim o autor tempo e o importe das custas porque é condemnado a pagal-as; 2º, não comprehenderbem o juiz qual é o objecto da questão e julgar de um modo diverso do que faria se a questão fosse claramente proposta, vindo a proferir uma sentença sobre um ponto que não era questionado.

Questionando-se por *acção real*, deve o autor designar a coisa questionada com todas as suas *confrontações* e com a sua *situação*, e isto para que, quando a sentença tiver de ser executada, não se mova duvidas sobre qual o objecto sobre que deve recahir a execução, ou não seja um, executado por outro. A necessidade, pois, da designação clara e determinada das cousas na acção real é para evitar confusões na execução da sentença. Na *acção pessoal, rei persecutoria*, tambem se deve fazer a designação clara do objecto, de modo a não trazer duvida na execução.

Chama-se acção — *rei persecutoria* — aquella em que o direito provém de uma obrigação pessoal, que recae sobre uma certa e determinada coisa: quando a acção provém de um — *jus in ré* — é real, quando de *ata* — *jus ad rem* — é pessoal *rei persecutoria*.

Daremos um exemplo: Supponha-se que aguas de alluvião levarão madeiras do porto de um individuo, para um terreno de outro, e que este, em cujo terreno forão parar as madeiras, não as quer restituir; o dono das madeiras não tem um *jus in ré*, para por elle accionar este individuo, tem contra elle uma acção pessoal, que recae sobre o objecto, para que elle lh'o entregue. Não obstante a acção ser directa á pessoa, para restituir aquillo que se ligou á sua propriedade, por acto em que elle não tomou parte, é real porque o dono tem o direito a haver a sua propiedade na mesma coisa determinada e certa.

A *acção pessoal* é aquella que é directamente dirigida a uma pessoa, pedindo-se-lhe a coisa na mesma *quantidade, qualidade* ou *numero certo*, e nestas acções deve o autor no libello designar a quantidade, qualidade ou numero certo em que o réo lhe deve entregar a coisa.

3.º *Verdadeira, não contendo cousas impossiveis, repugnantes, ou contrarias*. Primeiramente, não se podem provar cousas contradictorias e que se excluem; mesmo quando algumas vezes é isto possivel, não o é acerca do autor, por isso que, devendo este pedir uma coisa certa e determinada, ou mostrar a origem do seu direito, não pôde pedir por duas razões diversas e contrarias, porque então não seria certo o seu direito; o réo, sim, tem a faculdade de deduzir a sua defesa, ainda com razões diversas e contrarias, e é esta uma das vantagens que o réo tem sobre o autor.

Temos assim, que o autor não pôde pedir alguma coisa por titulo de compra ou doação, porque são razões diversas e contrarias para fundamentar o seu direito, o que dá a conhecer que este não é certo e determinado, porquanto, a compra é um titulo oneroso e a doação é um titulo gratuito; no — entretanto, pôde o réo allegar em sua defesa que mesmo que a coisa não lhe pertença pelo titulo de compra, lhe deve pertencer pelo de doação.

4.º *Pertencentes á intenção do autor, porque artigos impertinentes, mórmente diffamatorios não são admittidos, e pune-se a quem os apresenta*. Os artigos *impertinentes* não são admittidos, porque delles

não se póde deduzir claramente o direito do autor; nem tão pouco os diffamatorios e calumniatorios, porque não podem servir de fundamento a uma pretensão, além de que envolvendo elles um conhecimento que pertence ás autoridades criminaes, não devem ser recebidos no fóro civil.

Em terceiro lugar, deve o libello conter: *a exposição do direito, a causa de pedir, donde nasce a acção, não sendo todavia necessario declarar o nome desta*. Não tendo nós, no nosso direito, nome proprio para designar todas as acções, basta que o autor no seu libello, exponha o facto como se deu, e deduza delle o direito que lhe assiste, não precisando designar o nome da acção que propõe, bastando usar no principio do libello da seguinte fórmula geral. — *Por acção do libello civil, diz como autor F., contra F.*

Entretanto, tendo o direito prevenido todas as relações e estabelecido meios para se realizar os direitos que dellas provêm, succede que, para proseguir uma acção, ha um meio, para outra, outro meio, outras vezes, meios diversos para uma mesma acção; deve pois, o advogado escolher a acção mais conveniente ao seu cliente, não precisando designal a pelo seu nome. Já apresentamos um exemplo do inconveniente que póde resultar do erro na proposição da acção, e tornamos a repetil-o: é um individuo que propõe uma acção de reivindicação, mas que não póde provar a legitimidade do dominio, e só póde basear a sua acção na posse; erra, pois, propondo esta acção, e póde não lhe ser reconhecido o seu direito, embora o tenha, por não ter usado do meio conveniente, que era neste caso a acção publiciana.

Em quarto lugar, deve o libello conter a *declaração do valor da causa*.

Em quinto lugar, deve conter o libello, *o pedido, ou a conclusão que deve ser: 1º, clara, certa, e sómente alternativa nos casos em que a lei admite; 2º, congruente, isto é, conforme á narração do facto e á exposição do direito, aliás, o libello é inepto*. Isto é claro, e o Comp. o fundamenta nas leis e opiniões de praxistas que cita.

Finalmente, diz o Comp. no final no §, que *além destes requisitos, ainda o libello deve ser revestido das clausulas, que se chamão salutarees*. A respeito destas clausulas, observa o Comp. na nota o seguinte:

NOTA

As clausulas salutarees são designadas com as iniciaes E.S.C ou E.S.N., e dizem tanto como E se cumprir, ou E sendo necessario. — P.F. fama publica. — PP. NN. protestos necesarios — P. R. e J. pede recebimento e justiça. — M.J.M. meliori juris modo. — E.C. e custas.

Todas estas clausulas, assim como outras semelhantes, são hoje desnecessarias, e apenas observadas por uso do fôro; todavia não deve o advogado ommittil-as. (1)

LICÇÃO XXI

Continuamos com o estudo do MODO DE PROPÔR AS ACCÇÕES EM JUIZO.

§ III

Trata o Comp. neste § do — *Libello no fôro commercial.*

Dêmos, nas lições antecedentes, a noção do que era libello, e quaes os seus requisitos essenciaes no fôro civil. Não mostramos, porém ainda, como se propõe uma acção de libello no fôro civil, o que faremos presentemente.

Desde que alguém se julga com direito de haver de um individuo alguma cousa, e este individuo lhe nega o seu direito, elle recorre ao juiz de paz, afim de que este proceda aos meios conciliatorios, por meio de uma petição em que expõe o facto de que resulta o direito que pretende, em que conclue pedindo que o réo seja citado para conciliar-se.

Intentada a conciliação, pela fôrma que o Comp. diz, e que já vimos, não se conciliando as partes, tem o autor de intentar a sua acção perante o competente juiz e o faz por meio de uma nova petição á esse juiz, na qual faz de novo a narração do facto, deduzindo o seu direito, e conclue pedindo que o juiz mande citar o réo para, na primeira audiencia desse juizo vir ouvir o autor fallar aos termos da acção.

Não é preciso que se faça, nesta petição, uma narração completa do facto d'onde resulta o direito, com todas as suas circunstancias, basta apenas a declaração do facto principal, e do direito que se julga ter, porquanto, a narração completa do facto com todas as suas minucias, e a sua confrontação com o direito, se faz no libello, no qual se conclue pedindo a condemnação do réo. Com esta petição, comparece o autor na audiencia, accusa a citação do réo, e offerece o seu libello.

Chama-se — *accusação de citação* — o acto pelo qual o autor comparece na audiencia, e diz ao juiz que foi citado o réo, para n'aquella audiencia vêr propôr tal acção, como mostra pela fé da citação do official de justiça, e requer que haja a citação

(1) Mel. Fr. Liv. 4º, tit.10, § 5º não obstante reputar inuteis ou ineptas estas clausulas nem as approva nem as reprova. Em face da Ord. liv. 3º. tit. 63 são ellas desnecessarias. Sobre o effeito da clausula — *omni meliori modo* — veja-se Mendes — *Pr. Lus.* P. 2, L. 3, C. 2 .4.

por feita e accusada, afim de que produza os seus effectos juridicos. A citação é accusada debaixo do pregão, isto é, o juiz manda o porteiro dar um pregão pelo réo, e se dá por accusada a citação (1).

Terminada esta solemnidade, o autor offerece o seu libello e requer que se haja a acção por proposta, para o fim de ficarem assignados ao réo os dias do estylo pura contrariar. Temos pois, aqui, dous actos distinctos — *accusação de citação* — e *offerecimento do libello*.

Esta é a pratica vulgarmente seguida no fôro, mas não é a melhor. Julgamos ser preferivel a seguinte: feita a petição, se o réo comparece á audiencia, o autor accusa a citação, e offerece o seu libello; se porém, o réo não comparece á audiencia, o juiz manda que fique esperado até á seguinte, e o autor só offerece o seu libello nessa audiencia seguinte.

E' esta a melhor pratica, e a razão é porque, sendo o réo citado, antes de responder, tem o direito de oppôr-se á citação, ou porque não tem o autor direito de mandar cital-o para tal acto, ou porque a citação tem algum defeito ou nullidade, pela qual não póde subsistir, por exemplo, por falta de competencia e jurisdicção do juiz, ou irregularidade do acto.

Dando-se algumas destas hypotheses, tem o réo o direito do vir com seus embargos á citação, até a proxima audiencia. Não é pois regular apresentar se o libello na mesma audiencia em que se accusa a citação, porque póde o réo, até a segunda audiencia, vir com os seus embargos, e em consequência não póde o libello ser considerado como offerecido, sem se conhecer desses embargos (2).

E' pois, mais regular, conhecer-se primeiro a validade da citação, afim de que, depois de ser ella julgada firme e valiosa, se offereça o libello; por estas razões é que dissemos, que é uma má praxe apresentar-se o libello na mesma audiencia em que se accusa a citação. E' muito conveniente, pois, esperar o réo até á seguinte audiencia, para saber se elle se oppõe á citação; se elle offerece embargos, fica sobr'estada a citação, e se os embargos são provados, e dizem respeito á falta de juris-

(1) Não vale a citação sem ser ajuizada em audiencia. Alv. de 22 de Janeiro de 1810 § 33.

(2) Esta exprssão *embargos á citação* é tambem usada por Vanguerve — *Prat. Jur.* P. 1. c. 8 n. 3, e encontra-se ainda no art. 65 do Regimento de custas (Dec. n. 1569 de 3 de Março de 1855) tratando dos emolumentos a que tem direito os advogados pelos embargos oppostos ás notificações, entretanto como esta expressão possa causar confusão em razão da disposição do art. 33 do Reg. de 15 de Marco de 1842 que *não admite embargos alguns antes da sentença final*, convem observar que denomina-se aqui embargos as excepções que dizem respeito á citação, taes como incompetencia, illegitimidade, etc. A Ord. do Liv. 3 tit. 20 § 9 explica a questão.

dicção de juiz, este manda o autor para o juízo competente, e se elles dizem respeito a irregularidade na citação, manda se proceder a outra (1).

Se porém a decisão dos embargos é contra o embargante, julga-se a citação como feita, para produzir todos os seus efeitos jurídicos, por isso que o facto de um official de justiça citar um individuo para comparecer em juízo, não constitue uma verdadeira citação, capaz de produzir todos os efeitos jurídicos que della resultão, como por exemplo, interromper a prescripção.

A, solemnidade da accusação da citação, é para se julgar, se ella está bem feita, por isto, em quanto ella não é como tal julgada, não deve o autor apresentar o seu libello.

Vamos a uma outra hypothese: na audiencia seguinte o réo, ou comparece, ou deixa de comparecer; se comparece e não apresenta embargos, está completa a citação, e o autor offerece o seu libello, o fica assim a acção intentada e perpetua-se; se não comparece, é offerecido o libello e corre a causa á revelia.

A pratica de se receber o libello na mesma audiencia em que se accusa a citação, pôde ser admittida em certos casos, como, quando sendo o réo citado, comparece á audiencia para que o foi, e requerendo o autor ao juiz que se haja a citação por firme e valiosa, apregoado o réo, elle não se oppõe pedindo vista para embargos; a sua não opposição autoriza o juiz a julgar firme e valiosa a citação, e então pôde o libello ser offerecido e a razão é porque, ha consentimento tacito do réo e uma renuncia do direito de embargar.

A pratica, pois, de apresentar-se o libello na mesma audiencia em que se accusa a citação, independente de ser esta julgada firme e valiosa, é uma má pratica, porque é contraria a ordem do juízo.

Occupámo-nos até aqui da proposição das acções no fôro civil, passamos agora a mostrar como ellas se propõem no fôro commercial, que é a materia de que se occupa o Comp. neste §. Tambem no fôro commercial se conhecem as acções — ordinaria, summaria, summarissima e executiva, mas não tem ellas a mesma extenção que no civil. Assim, a acção ordinaria, não tem no fôro commercial a mesma amplitude que tem no civil, e se se diz ordinaria, é porque é a fôrma de proceder mais ampla que se conhece no fôro commercial, e não porque tenha a mesma largueza da acção ordinaria civil. Dissemos, que a fôrma de propôr uma acção ordinaria no fôro commercial é mais ampla do que no fôro civil; convém pois mostrar qual é a fôr-

(1) Quando a allegação é de mera formalidade da citação, devido que só a ella affecta, o comparecimento do citado em juízo sana esse vicio e a revalida — Per. Souz. *Lins. Civ.* § 24 — Sustenta porém Lobão — *Seg. Lins.* que se o citado tem um interesse especial em que a citação não valha e comparece para arguir a nullidade, o seu comparecimento não tem o effeito que lhe dá Pereira e Souza.

ma porque se procede no fôro commercial. Vimos que no cível se começa a acção por uma petição em que o autor narra o facto e deduz o seu direito, pedindo a citação do réo para vir na audiência ouvir fallar a artigos de libello, e que nesta é que elle deduz o facto com todas as suas circumstancias, que mostra o seu direito e que pede a condemnação do réo. Ha pois, no fôro civil, na proposição das acções, duas peças distinctas — petição inicial e libello.

No fôro commercial, pôde-se na mesma petição em que se pede a citação do réo, apresentar o facto com as suas circumstancias, deduzir o direito e pedir a condemnação, servindo esta petição de libello, porquanto nella se contém a materia que no fôro civil se poderia deduzir no libello. Com esta petição, apresenta-se o autor na audiencia, accusa a citação, e a offerece por libello, para proposição da acção.

Não é porém no fôro commercial prohibido ao réo poder oppôr-se á citação, apresentando embargos a ella, pelas mesmas razões porque o pôde fazer no fôro civil. A differença entre o modo de proceder nos dous fôros, consiste em que no cível é preciso para a proposição da acção petição inicial e libello, e no commercial basta apenas a petição, que como vimos, serve de libello. No Reg. Com. citado pelo Comp. se permite seguir no fôro commercial a mesma marcha do cível, accusa-se com a petição a citação e offerece-se libello quando se propuser a acção. Permanecendo a differença tão sómente em que, no fôro civil, ha de ser o libello sempre articulado, não sendo, não se o recebe, e no commercial não isto, porém, não excluo, que o facto e o direito sejam na petição deduzidos por *itens* em cada um dos quaes se deduz um facto ou uma circumstancia delle.

Não se segue pois, que no fôro commercial a petição seja apenas uma narração historica do facto, servindo ella mesmo de libello, é até muito conveniente que seja articulada, o quase quer dizer é que no fôro commercial se pôde propôr a acção servindo-se da mesma petição com que se a iniciou.

Neste § estabelece o Comp. a seguinte these, que — *com o libello deve o autor oferecer todos os instrumentos que refere, ou seu os quaes não pôde provar a sua intenção*; esta these tem uma razão juridica, e é a seguinte: ha direitos que não podem ser demandados em juízo, sem que sejam precedidos de certas provas, assim os contractos que excedem á quantia taxada na lei, não podem ser provados senão por escriptura publica; tambem em regra, os contractos sobre bens de raiz sómente se provão por escriptura publica. Ha ainda outros contractos em que a escriptura publica é de sua essencia e substancia, sem a qual não podem elles existir (1).

(1) A escriptura publica é da substancia do contracto nos seguintes casos: 1º Doaçõess que devem ser insinuadas, isto é, excedendo a taxa de 180\$000, sendo feita por mulher, e 360\$000, por homem — Ord. L. 4 T. 19 *princ.* e Tit. 62 —; 2º Afôramentos de

Quando pois a escriptura publica fôr da natureza do contracto, ou necessaria para prova delle, é preciso que o autor a apresente logo ao juiz na proposição da acção por isso que o juiz não pôde admitir a demandar sobre um direito, aquelle que não apresentou a prova de ter esse direito.

Assim, supponha-se que o individuo que tem uma acção que reaulta de uma escriptura publica, não apresentando-a logo na proposição da acção, não convence ao juiz do direito de demandar, e seria uma iniquidade obrigar o réo a vir a juizo responder por uma acção, para a qual o autor não se mostrou habilitado.

Os documentos servem para dar ingresso ao autor no juizo, se pois elle não convence ao juiz pela apresentação desses documentos, que tem direito a demandar, não pôde o juiz admittil-o a isso; os documentos como que servem para abrir ao autor as portas do juizo (1).

Não tendo hoje mais tempo, os Srs. estudem toda a doutrina que o Comp. expende no §.

bens ecclesiasticos — Ord. L. 4 T. 19 *princ.* — Na pratica reputa-se necessaria em quaesquer afôramentos; 3° Nos contractos esponsalicios — Lei de 6 de Out. de 1784, art. 1°; 4° Nas hypotheças convencionaes — Reg. de 26 de Abril de 1865, art. 135 —; 5° Na compra e venda de bens de raiz que exceder a 200\$000 — Lei 840 de 15 de Set. de 1855, art. 11 —; 6° Quando as partes expressamente convierão em fazer escriptura e era sua intenção que sem ella não valesse o contracto — Ord. L. 4 T. 19 *princ.* —; 7° Na alienação de escravos — Dec. de 28 de Nov. de 1860 art. 3.

A escriptura publica é necessaria para prova dos contractos, quando o seu objecto exceder a taxa de 600\$000 em bens de raiz e 1:200\$000 em moveis — Alv. de 30 de Out. de 1793 —T. de Freitas consolidou no art. 368 a disposçãõ deste Alv. que o Av. de 23 de Set. de 1835 dá infundadamente como revogado — Vd. Rebouças nas Observações a este artigo da Consolidação. No commercio não se pôde provar por testemunhas os contractos de mais de 400\$000 indistinctamente — Reg. n. 737 de 1850, art. 182 § 1°.

(1) A Ord. L. 3 T. 20 § 22 determina que “quando o autor houver de offerecer libello que se não possa provar, senão por escriptura publica, ou fazendo no libello menção della, offerecel-a ha juntamente com elle: porque não offerecendo logo, e sendo apontado pelo réo, quando o feito lhe for para contrariar... absolvel o-ha da instancia, etc...” No § 23 a mesma Ord. amplia ao réo identica disposiçãõ, o que constituem excepções á regra do § 43 que permite juntar documentos na dilaçãõ probatoria. Confira-se a Ord. deste mesmo Liv. T. 54 § 16. Se o réo não reclama, podem juntar-se os documentos até com as razões finaes; se, porém, elle reclama, pôde juntal-os emquanto o juiz não decide — Ass. de 22 de

LICÇÃO XXII

Continuemos com o estudo do § IV em que o Comp. trata dos DOCUMENTOS ESSENCIAES AO LIBELLO.

Mostramos, na licção pausada, as razões pelas quaes deve o autor offerecer com o libello os documentos que refere, ou sem os quaes não pôde provar a sua intenção. Porém, diz o Comp que *no caso de ommissão, requerendo o réo, é absolvido da instancia, e o autor condemnado nas custas; mas emquanto o juiz não delibera, pôde o autor supprir essa falta; e se o adversario nada requer, podem ser oferecidos no termo probatorio, ou com as razões finaes*. Quando o autor não offerece com o libello os documentos que devia apresentar, o réo tem o direito, quando os autos lhe vão com vista para contrariar, de, por uma cóta, que são breves razões, mostrar que o autor não offereceu os documentos que devia, e pedir que não seja, por esta razão, recebido o seu libello.

A Ordenação dá a entender que, não tendo o autor offerecido com o libello, os documentos que devia, é o réo absolvido da instancia; a praxe, porém, tem modificado este rigor, admittindo que o autor possa apresentar esses documentos, emquanto se discute a sua apresentação, e apresentando-os, não é o réo absolvido da instancia.

A razão desta praxe é a seguinte: que, emquanto o juiz não profere o seu julgamento, sobre a falta dos documentos, pôde o autor supprir essa falta* por isso que não ha ainda um julgamento.

(1)

Esta disposição refere-se á hypothese, em que o autor não apresenta os documentos, e a parte contraria allega o facto, oppondo-se a elle; se, porém, a parte contraria, não se oppõe a este facto, o autor pôde apresentar esses documentos na dilação probatoria, e ainda até nas razões finaes.

O direito que tem o autor de apresentar os documentos na dilação probatória, e incontestavel, porque, sendo este o termo destinado para as provas, pôde-se nelle apresentar, todas as que por ventura existão. Quanto, porém, no direito de apresentar os documentos nas razões finaes, cumpre notar, (comquanto em seu competente lugar, tenhamos ainda de nos occupar desta materia), que temos observado advogados não apresentarem documentos com o libello, nem na dilação probatoria, e fazel-o nas razões finaes, e o juiz recebêl-os e tomar delles conhecimento. Isto é porém um erro de praxe.

Nov. de 1769 e 5 de Dez. de 1770. — Os praxistas apresentam excepções a esta regra que se podem vêr em Silva — Comment. a esta Ord. e em Lobão — *Seg. Lins.*, o Comp. os menciona, e delles se occupa a licção seguinte.

(1) Vd. nt. ult. á Licção anterior.

E' verdade que se póde juntar documentos ás razões finaes, mas, para que tenham as partes este direito, é preciso que, dentro do termo probatorio, protestem pelo direito de apresentar essas provas; se não tiverem feito este protesto, não deve o juiz receber prova alguma, depois de finda a dilação probatoria. A razão desta praxe, funda-se na regra de direito, de que todas as provas devem ser offerecidas dentro do termo probatorio.

Por excepção, fundada nas razões que na ultima licção expuzemos, deve-se algumas vezes, offerecer provas, desde que se intenta a acção, com o libello.

Quanto, porém, ás razões finaes, não se dá o mesmo, porquanto, se fosse possível apresentar documentos nellas, seria ampliar o termo probatorio, que é restricto, seria inutilisar a dilação probatoria; permite-se, porém, apresentar provas nas razões finaes, quando as partes não as podem apresentar dentro dos termos probatorios, mostrando, porém, a impossibilidade de o fazer neste prazo, e protestando apresental-as nas razões finaes: se não protesta durante a dilação probatoria, não o póde fazer depois, porque, encerrada ella, tem as partes perdido o direito de apresentar provas.

Permite-se a apresentação de provas nas razões finaes tão sómente quando ellas consistem em documentos ou instrumentos publicos, e isto porque nestes não se póde suppôr falsidade.

Esta mesma faculdade, porém, não se concede ás outras especies de provas, as quaes devem ser todas produzidas dentro da dilação probatoria, sobretudo a testemunhal, porque o direito é a respeito desta mais rigoroso, por isso que, é aquella que com mais facilidade póde admitir falsidade, tanto que, não permite que uma mesma testemunha deponha mais de uma vez em um mesmo processo.

Quanto, porém, aos documentos, como nestes é muito difficil a falsidade, a lei permite que elles possam ser apresentados, mesmo nas razões finaes, desde que o autor tenha, na dilação probatoria, resguardado o seu direito de apresental-os mais tarde. (1)

Continúa o Comp. que, *por praxe quando alguns artigos vem instruidos com documentos, e outros não, a requerimento da parte, o juiz manda riscar os não documentados, e correr a causa sobre os outros.*

Precisamos explicar estas proposições do Comp.

(1) A praxe admite apresentar documentos com as razões finaes, mesmo independente de protesto na dilação, uma vez que esses documentos sejam novos ou delles não tivesse conhecimento o autor, ou sómente então encontrados, desde que a parte jure esta circumstancia.

Quando o autor tem organizado o seu libello, com varios artigos, e alguns delles prova com documentos, e outros não, nos casos em que a lei os exige, oppondo-se a parte contraria, o juiz attende á reclamação, e manda riscar os artigos que não vem documentados, de modo que, se os não possa ler, e corre a acção sómente sobre os artigos que vierão documentados, os quaes se conservão. Mas pôde-se argumentar do seguinte modo: sendo o libello o documento pelo qual se propõe a acção, desde que se não recebe um artigo, não se deve receber os outros, porquanto a causa é uma, e os artigos formão um todo, tendentes á deducção de um factó e de seu respectivo direito; não deve, pois, o juiz receber o libello em parte e regeital-o em parte, porque ou o autor tem o direito ou não tem, não o pôde ter em parte: se tem o direito deve ser admittido a litigar, se não tem, não deve. A este argumento responde-se: que a praxe e verdadeira, mas precisa, para ser entendida, de outros principios, tambem de praxe, que provão que esta praxe é racional e legal. Assim é principio de praxe em primeiro lugar, que o autor pôde propôr no mesmo libello varias acções, comtanto que não sejam contrarias e oppostas; pôde-se intentar no mesmo libello varias acções sendo congruentes ao mesmo fim, ou mesmo diversas, não sendo contrarias: quando isto se dá, diz-se que ha *accumulação de acções*. Podendo-se, pois, propôr no mesmo libello varias acções, e indo uns artigos documentados e outros não, o juiz pôde receber os que estão documentados, rejeitando os que o não estão, porquanto podem uns referir-se a uma acção, e outros a outra. Em segundo lugar, é tambem um principio de praxe, que entende se cada artigo do libello, como dizendo respeito a uma acção differente, a uma questão distincta, e por consequencia, que pôde cada um delles existir de per si. E' tambem, finalmente, outro principio de praxe, que á narração do factó, donde se deduz o direito, se pôde accumular varios factos tendentes a provar o mesmo direito e que no entretanto basta um só delles para que o direito subsista: se, pois, não se provão, desde logo, alguns desses factos, não se deve por isso desprezar os outros, porque, pôde só desses que vem documentados, se deduzir o direito do autor, e poder continuar a acção sobre elles.

Por estas razões, dissemos, que por se desprezarem alguns dos artigos do libello, não se deve deixar de receber os que vierem documentados,

Cessa, porém, a obrigação de produzir os documentos: 1º, quando estão em poder do réo, jurando o autor essa circumstancia; 2º,

Quando o réo usar deste direito, como elle falla por ultimo, para que se não cause ao autor surpresa de attender-se a documentos, cuja existencia elle ignora, deve o juiz mandar dar nova vista para dizer sobre elles. — Macedo, Dec. 68, n. 4.

se ha impedimento ou demora, para extrahir certidão, e o autor indica o cartorio, registro, ou deposito publico, em que existe o original.(1)

Algumas vezes acontece, que ha um documento que é commum para ambas as partes, assim, por exemplo, ha um contracto, do qual apenas se tirou um instrumento que ficou em poder de um dos contractantes, e a outra parte a quem não se deu cópia do instrumento, quer demandar aquella em cujo poder existe o instrumento do contracto; se se entendesse aqui, o direito rigoroso, não podia este individuo demandar, porquanto, não podia provar que tinha direito á acção; como, porém, as leis se entendem sempre no caso de ser possível a sua applicação, não exclue esta disposição a hypothese, de se achar o instrumento do contracto, que dá ao autor o direito de accionar, em poder da parte contraria. Neste caso, jura o tutor este facto, e é admittido em juizo.

Mas pôde occorrer aos Srs. a duvida, se a parte contraria é obrigada a apresentar o documento allegado pelo autor.

Antigamente, havia, entre os Romanos, a acção *ad exhibendum*, que era como que uma acção preparatoria, da que se tinha de intentar, e que tinha por fim, forçar a parte, em cujo poder se achava o documento allegado pelo autor, a apresental-o, para ser visto pelo juiz, e tirar-se uma cópia, para com ella intentar o autor a sua acção.

Era, pois, esta, uma acção preparatoria, e que não podia deixar de ser intentada, todas as vezes que o documento necessario para o autor fundar a sua intenção estivesse em poder do réo; era uma acção summaria, na qual podia a parte contestar a obrigação de apresentar tal documento, sendo afinal julgado pelo juiz, a existencia ou não desta obrigação. (2)

Entre nós, é de nenhum uso esta acção, nunca a vimos intentada no nosso fôro, e dizem os Praxistas, que é ella desnecessaria, por isso que, desde que o autor jurar que se acha o documento em poder da parte contraria, e elle admittido a litigar sem apresental-o.

(1) Per. e Sou. — *Lins. Civ.* n 269 apresenta limitações a esta regra. Os Praxistas, porém, escrupulisão em admittir tantas limitações a um principio generico da lei. (Ord. liv. 3º, tit. 20, §§ 22 a 24) mórmente em vista da doutrina do Ass. de 5 de Dez. de 1770, que diz, que — “como as ditas leis fallavão indistinctamente, se devião observar sem interpretação alguma; porque a variedade das pessoas não induzia variedade alguma na sua disposição e fôrma que dava as provas de materias mais graves, que não se devião expôr á mais fallivel, qual a de testemunhas.”

(2) Desta acção trata diffusamente Lobão — *Acc. Sum.* Tom. 1º, §§ 24 e seg. — Vd. Corrêa Telles — *Doutrina das Acções* §§ 234 a 238.

LICÇÃO XXIII

Continuamos com o estudo do MODO DE PROPÔR AS ACÇÕES EM JULZO.

§ V

Trata o Comp. neste §, da *adição, emenda e mudança do libello*, e mostra a differença que existe entre estes diversos actos.

Diz o Comp., que, *póde o autor addir o libello, isto é, accrescentar alguma cousa, sem mudança substancial da acção e da causa, até á contestação da lide, precedendo licença do juiz.*

Quando o autor tem offerecido o seu libello, e ha omittido nelle, alguma circumstancia que julga conveniente á acção, póde addil-a a elle, requerendo ao juiz; deferida esta petição, tem o autor o direito de accrescentar ao libello novos artigos additivos.

Mas, para que se possa addir novos artigos ao libello, é preciso que elles tenham a condição de additivos, a qual consiste, em não se fazer nos artigos mudança substancial da causa ou da acção.

Desde que nesses artigos se fizer mudança na causa, ou na acção, não podem ser conside a dos como additivos, nem ser recebidos pelo juiz, porquanto, para que elle os receba, é preciso que permaneça a mesma acção, isto é, o mesmo meio de pedir, e a mesma causa, isto é, o mesmo objecto pedido.

Póde-se, pois, addir ao libello, novos artigos, todas as vezes que elles não importarem, nem uma mudança de acção, nem uma mudança de causa.

A *emenda* ao libello, dá-se, quando o autor, não accrescenta a elle, nem razões, nem circumstancias novas, mas, tão sómente explica uma palavra, ou uma phrase ambigua, obscura ou incorrecta, afim de esclarecel-a, ou assignar-lhe o verdadeiro sentido. Nisto consiste propriamente a emenda do libello. A *mudança* do libello, dá-se, quando o autor, muda — a acção —, meio de pedir, ou a causa — cousa pedida.

Diz o Comp., que a *adição* ao libello, póde-se fazer até á *contestação da lide*.

Entende-se feita a contestação da lide, depois que ambas as partes tem deduzido toda a sua intenção e direito: — o autor, tudo quanto fôr conveniente, para propôr a sua acção, e o réo, o que fôr conveniente á sua defesa.

Como, porém, o autor, começa a deduzir a sua intenção no libello, e termina na replica, e o réo, começa na contrariedade e termina na treplica, só depois que existe na causa — libello, contrariedade, replica e treplica —, é que a causa se diz contestada.

Emquanto, pois, dura eate debate, em que o autor propõe a sua acção, e o réo se defende della, dura a contestação da lide, e pôde o autor addir o seu libello. A emenda, porém, como apenas serve para tornar mais claro o libello, pôde ter lugar até a conclusão da causa.

Mas dissemos, que a addição só podia ter lugar até á conclusão da causa, e que esta terminava pela treplica do réo; como, porém, pôde isto occasionar difficuldades na pratica, convém explicar melhor.

Depois da treplica, segue-se a declaração, da causa em prova, e assignão-se em audiencia as dilacões para cada parte apresentar as suas provas; comquanto, em regra, se entenda, que a lide está contestada pelo offercimento da treplica, e que não se pôde, depois della, accrescentar mais cousa alguma ao libello, a praxe tem admittido, addir-se ao libello, mesmo estando a causa em prova, uma vez que se não tenha ainda assignado a dilacão probatoria.

A razão é porque, dizem os Praxistas, que, emquanto não se tem assignado as dilacões probatorias, ainda está a causa na treplica, porque ainda, depois della, não houve actos posteriores que prejudicassem direitos.

Não se tendo ainda assignado a dilacão, pôde o juiz admittir a addição do libello, por isto, dissemos, que esta proposição do Comp., precisava ser explicada, porque, podendo os Srs. ver na pratica addir-se ao libello, depois da causa contestada. Isto, porém, não tem lugar, senão emquanto não é assignada a dilacão probatoria, porquanto, depois della assignada, tem-se concedido ás partes direito a provar o que foi allegado, e a addição feriria este direito. A expressão — contestação da lide —, pois, entende-se emquanto se não assigna em audiencia, o prazo da dilacão probatoria. (1)

A emenda do libello, porém, admite-se até nas razões finaes, e a razão é porque a emenda não altera a acção, é apenas um esclarecimento que se lhe faz; assim, pois, emquanto a causa não foi julgada, pôde o autor, em qualquer tempo, fazer este esclarecimento. (2)

(1) “Accordão em Relação etc. Aggravado é o supplicante pelo corregedor em mandar dar vista para accrescentar artigos á replica com que tinha vindo, provendo em seu aggravo e vistos os autos, como a vista para o dito accrescentamento foi mandada dar depois de já estar assignada a dilacão, nos quaes termos não estava o negocio *re integra* para haver lugar o costume de se poderem accrescentar artigos; mandão que o dito corregedor não dê vista para o accrescentamento e revogão a que tem dado.” — 1615 — Phoebo P. 1, Ar. 6 — Confirma esta doutrina Mascardo — *de probat.* L. 1º, Cons. 133.

(2) *Emendari libellus et declarari potest ad sententiam usque* — Mel. Fr. L. 4º, tit. 10, § 4º. — Silva á Ord. liv. 8º, tit. 20, § 7º, n. 9 sustenta que não só o libello como quaesquer artigos se podem emendar: onde ha a mesma razão deve haver a mesma disposição. A

Não só quando se faz addição ao libello, como quando se o emenda, em todos estes casos, a parte contraria, tem vista dos autos, para ter conhecimento da addição, ou emenda feita pelo autor, porquanto não é licito fazer-se qualquer alteração no libello, deixando-se a parte contraria na ignorancia della, por isso que, pôde ella influir no direito do réo; deve, pois elle ser ouvido, ou para não se oppôr a esta addição, ou para apresentar as razões pelas quaes julgue, que o juiz não deve receber tal addição, porquanto, toda alteração feita no libello tem seu recebimento especial.

Passamos a tratar da mudança do libello. Diz o Comp. que esta mudança não se pôde fazer em tempo algum, porquanto, a mudança de libello suppõe desistencia da acção intentada, e proposição de outra, por isso que mudado o libello, se muda a acção e a causa, e desde que ha mudança de uma causa, ha um novo juizo, e por consequencia deve a parte ser citada de novo, porquanto, como vimos, a citação obriga o réo a comparecer, para responder por uma certa e determinada acção, para a qual foi citado: logo, emquanto o autor proseguir na intenção da mesma acção, a citação dura; se, porém, o autor não quer mais proseguir nesta acção, e sim intentar uma nova, precisa de uma nova citação.

Sendo a citação um começa de defesa, se nesta hypothese não fosse a parte citada, para a mudança do libello, mover-se-hia em juizo uma acção, sem se ter della avisado a parte, e sem por consequencia ao lhe ter dado occasião de defender-se.

Deve se mesmo exigir a citação para a mudança de libello, afim de evitar-so abusos, como, por exemplo, propôr um individuo uma acção, sem ter intenção de proseguir nella, mudando depois de articulada, obrigando assim ao réo a responder por uma acção para a qual não estava prevenido, o que seria uma injustiça, por isso que o réo, que se tinha preparado para responder por uma acção, estaria, quando menos esperasse, envolvido em outra diversa, além de trazer uma desordem no juizo.

Outro inconveniente resultaria tambem, e seria o seguinte: quando o autor, visse que tinha errado na proposição da acção, e que a defesa do réo era mais forte do que suppunha, para não pagar as custas, articulava nova acção, o que se-

doutrina do Direito Romano é mais amplo — Inst. liv. 4º, tit. 6º, § 35. — “Se alguém pede uma cousa por outra não corre nenhum perigo; seu erro sendo reconhecido poderá ser reparado na mesma instancia — como se o que devia pedir Tichio pediu Erotos, ou lendo o direito de agir por estipulação acciona por testamento.” — A Ord. do liv. 1º, tit. 48, § 14 permite riscar, acrescentar ou diminuir os artigos com licença do juiz da causa, ouvida a parte sendo cousa de seu prejuizo.

ria uma injustiça feita aos direitos do réo, o qual deve ter tempo para preparar a sua defesa, que começa com a citação, afim de que se aconselhe, e saiba se deve confessar ou negar o pedido.

Admittindo se que se podesse mudar o libello, sem se citar o réo, não se lhe dava este tempo necessario para elle aconselhar-se e preparar a sua defesa. Deve-se ter muito em vista estes principios de direito. Diz mais o Comp., que a *mudança do libello imporia um novo juizo; e por isto requer nova citação e conciliação no juizo de paz.*

Estas razões, que dá o Comp., persistião já no tempo da legislação antiga, e hoje pela legislação moderna, por mais forte razão, porque, como sabem, nenhum processo pôde ser intentado sem prévia conciliação.

Desde que ha mudança de libello, ha acção diversa, e por consequencia conciliação diversa, não podendo prevalecer para uma causa nova, conciliação que foi feita para uma causa diversa. Se, pois, se admittisse a possibilidade de mudar-se o libello, sem haver conciliação, proseguia-se em uma nova causa, contra o direito moderno, e contra a nossa lei fundamental. No nosso direito a conciliação é necessaria, não só pela lei, como pela praxe, devendo-se na petição em que se requer a conciliação declarar a natureza da causa, e o objecto da demanda, porquanto se não se especificar claramente a cousa pedida, podem-se offerecer duvidas no juizo contencioso, por isso que, podendo-se neste articular cousa diversa da pedida na conciliação, o réo pôde mostrar que a causa não pôde progredir por falta de conciliação, porquanto a existente foi para fim diverso do articulado no libello.

Por esta razão ainda mais se vê, que no direito moderno, não se pôde mudar o libello, isto é, a acção ou a causa, sem que seja esta mudança precedida dos meios conciliatorios.

A mudança do libello, se pôde fazer em dous tempos — antes da contrariedade, e depois da — contestação da lide —. Fazemos a distincção destes dous tempos, porque, os effeitos da mudança do libello em cada um delles são diversos.

Quando o autor pretende desistir da sua acção antes da contrariedade, pôde-o fazer, requerendo ao juiz, e não pôde o réo se oppôr, porque ainda não adquiriu direito ao julgamento.

Se, porém, a causa já está contestada, o autor só pôde desistir, se o réo concorda na desistencia, porque com a contestação o réo adquire um direito ao julgamento, não pôde por isto, o autor desistir de um direito que não lhe pertence só; se, pois, elle quer desistir, depois da causa estar contestada, requer ao juiz, manda-se dar vista ao réo, se elle concorda, o juiz julga a desistencia por sentença, e fica salvo ao autor o direito de propôr a mesma acção ou outra que lhe convier; se o réo, porém, se oppõe, o juiz nega a desistencia.

§ VI

Neste § trata o Comp. do *offerecimento do libello*. Já anteriormente, quando iniciamos o estudo do libello, Licção XXI, dissemos alguma cousa sobre a materia do §, que é clara. Offerecido o libello na mesma audiencia em que se accusa a citação, se o réo compareceu, ou na seguinte se é revel, o juiz o recebe *si et in quantum*. e assigna-se ao réo o prazo de duas audiencias para contrariar. (1)

LICÇÃO XXIV

Vamos, na presente licção, occuparmo-nos do CAPITULO 11, no TITULO VIII, que tem por epigraphé — DA CONTRARIEDADE.

§ I

Neste § o Comp. define a — *contrariedade* — a *refutação do libello feita por artigos, na qual conclue-se a absolvição do réo de todo, ou de parte do que se lhe pede.*

No — libello — como vimos, mostra o autor a sua intenção, e pede a condemnação do réo; na — *contrariedade* — mostra o réo tambem a sua intenção e pede a sua absolvição do todo ou em parte do pedido no libello. Como, porém, a defesa do réo

(1) No fôro commercial o prazo é de dez dias — Art. 73 do Reg. 737 de 1850. Hoje pelo Dec. de 22 de Nov. de 1871 art. 74. está este prazo alterado, pois, dispõe esse artigo que — “os prazos para as partes allegarem o que lhas convier serão os mesmos adoptados no processo commercial; seguindo-se a esse respeito o mesmo que se acha estabelecido nesse processo.” — No art. 27, porém, da lei da Ref. Jud. de 1871 não se acha tal disposição, nem ella foi comprehendida nas faculdades que a dita lei deu ao governo no art. 29, e a materia não é regulamentar: só um acto legislativo podia revogar a Ord. Em relação ao processo commercial teve o governo autorização expressa do poder legislativo para regular a ordem do processo (art. 27 do tit. un. do Cod. do Com.) Releva ainda ponderar que essa fôrma mais expedita do processo commercial está em harmonia com a sua legislação; querer porém adoptar um processo rapido quando apenas, se reformão os prazos, e tudo mais — processo e legislação permanece inalteravel é longe de beneficio, cooperar mais para a desordem do processo e levar confusão aonde ella já se não faz sentir. Se fosse permittido suppôr lapsos do legislador, prefeririamos considerar como tal o art. 74 do Dec. de 22 de Nov. de 1871: sem base legal na fôrma, carece tambem della no fundo. Felizmente não se revogão tão facilmente as leis.

póde ter fundamentos diversos, convém mostrar qual é a defesa privativa da contrariedade, por isso que ha outras que são deduzidas por outras fórmãs.

Quando o réo se oppõe directamente á intenção do autor, a defesa se deduz por contrariedade; mas quando essa opposição é indirecta, toma essa deducção da sua defesa o nome de — excepção — a qual differe da contrariedade, como passamos a mostrar.

Se a defesa do réo consiste em mostrar que o facto não é verdadeiro, ou não nega a existencia do facto, mas mostra que delle não se deduz o direito do autor, a materia é de — contrariedade. — Assim, supponhão os Srs. que o autor pede que o réo lhe restitua um predio que possua, allegando que o dominio pertence á elle autor, e o réo contraria esta sua pretensão, mostrando que o autor não tem dominio, por isso que, os titulos por elle apresentados não o provão; esta intenção do réo é deduzida por — contrariedade. — Do mesmo modo, se o autor pede uma divida, e o réo mostra que não se obrigou para com o autor, deve deduzir a sua defesa por — contrariedade — por que consiste ella em uma opposição directa á intenção do autor.

Quando, porém, o autor pede e o réo não nega o facto, nem a obrigação, mas sim que ella ainda exista, deduz a sua defesa por — excepção — porque aqui a opposição é feita á intenção do autor indirectamente. Assim, por exemplo, se o autor pedir o pagamento de uma divida, e o réo, em sua defesa, não negar a existencia dessa obrigação, mais allegar que já pagou, esta sua defesa é deduzida por — excepção — porque o réo não nega o facto allegado pelo autor, mas sim que elle subsista ainda para o fim de obrigar o réo; a defesa delle pois, neste caso não é a mesma que se negasse a existencia da divida.

Apresentaremos um exemplo da — acção real. — Supponhão os Srs. uma acção de reivindicação: o réo não se oppõe á ella pela razão do autor não ter dominio, não vai mesmo examinar esses titulos pelos quaes elle o prova, porém, allega que possui por tempo bastante, para prescrever o dominio. A prescripção é pois materia de — excepção — porque aquelle que a allega não nega os titulos com que o autor fundamentou o seu direito, mas diz que esse titulo caducou.

No processo antigo tinha grande importancia esta differença entre — contrariedade e excepção; no nosso processo porém não é ella tão grande; comquanto realmente exista esta distincção na fórmula, no fundo quasi que desaparece.

No nosso direito existem estes dous modas de defesa, e o réo póde-se defender por uma ou outra fórmula. Como nós trataremos especialmente da — excepção — por isso que della trata o Comp. especialmente, consignamos estas idéas e occupar-nos-hemos da contrariedade.

Sendo a — contrariedade — o acto pelo qual o réo se oppõe á pretensão do autor, é necessario que seja tal que possa excluir a sua intenção, e é nesta pretensão de excluir a intenção

do autor que consiste a contestação da lide, por isso, a diferença entre a contrariedade e a contestação é a seguinte: a contrariedade é este acto da defesa, pelo qual o réo deduz por artigos, a pretensão que oppõe á intenção do autor, e a contestação é essa opposição tomada em sentido abstracto, ora, como na contrariedade o réo oppõe-se directamente á intenção do autor, desde que allega um facto em sua defesa deve proval-o, por quanto dizem os Praxistas que elle é, nesta hypothese, equiparado ao autor, e devem ambos provar o que allegão.

E' todavia preciso não confundir as posições do autor e do réo; comquanto o réo se constituisse na posição de autor pela obrigação em que se collocou de provar, com tudo, as relações de direito que regulão as posições do autor e do réo são diversas. E' ao autor principal a quem compete a prova do facto principal; para que elle tenha vencimento, é sempre necessario que prove, e se o não faz decahe da acção. O réo não está na mesma obrigação, deve provar para ter vencimentos sua intenção, mas no caso do autor tambem provar a sua, porque, se o autor não prova, embora o réo não prove, decahe o autor da acção. E' esta a diferença: supponha-se, por exemplo, que o autor, em uma acção de reivindicção deduz por artigos os titulos do dominio que tem sobre o objecto que é possuído, por outro, e supponha-se que o réo deduza que o titulo do autor não prova dominio; nesta hypothese, se nem o autor, nem o réo provão, o autor decahe da acção, ainda que o réo não tenha provado o que allegou.

A razão de direito é porque o possuidor julga-se sempre senhor, e desde que o autor não prova que elle não é senhor, prevalece a presumpção, o juiz absolve o réo. Esta absolvição não consolida porém o direito do réo. Mas, se o autor não prova e o réo prova, o juiz absolve o réo e o julga senhor. E' por isso preciso que os juizes, quando tenham de julgar, conheção bem as posições do autor e do réo, para que não dêem, como succede muitas vezes, sentenças disparatadas, porquanto, succede que o autor nada prova e o réo provando a sua intenção é simplesmente absolvido, sem ser reconhecido o seu direito, outras vezes dá-se o contrario, só porque o autor nada provou, é ao réo que tambem não apresentou prova alguma, reconhecido o direito.

Ora, isto não é uma questão de escola, é pratica, diz respeito a direito, e a razão é a seguinte: se nenhuma prova o autor apresenta, é o réo absolvido e o autor pôde propôr nova a acção, mas se o juiz julgou o dominio pertencer ao réo, não pôde o autor propôr nova acção.

Ainda mais, quando o réo não provou cousa alguma em sua defesa, por isso que foi revel, nem por isso fica o autor exonerado de provar a sua intenção, a pena do réo neste caso não é ser julgado como não tendo o direito, mas ser só julgado o seu direito pela prova do autor. Isto, porém, não exclue o autor da obrigação de provar: por isso são mal julgadas aquellas

sentenças em que o juiz condemna o réo revel, sem ter o autor provado o seu direito. Vamos apresentar um exemplo a respeito da acção pessoal: supponha-se que é uma acção pela qual se pede o pagamento de uma dívida; o autor é obrigado a provar a existencia da obrigação, e se não a prova, decahe da acção pela razão de que a obrigação é um facto, e estes não se presumem, precisam ser provados. Assim pois, o autor que allega uma obrigação, da qual resulta o seu direito, precisa proval-a para ter vencimento, e quando o não faça deve o réo ser absolvido, por isso que não pôde ser obrigado a pagar uma cousa, quando se não provou a existencia dessa obrigação; tanto mais que a prova negativa é muito difficil, e só é admissivel nos casos em que o direito a admite.

Sendo a contrariedade offerecida, segue se o seu recebimento. O libello offerecido, é recebido *si et in quantum*, cujas phrases querem dizer, se elle é de receber, e emquanto é de receber. A contrariedade tambem deve ser recebida *si et in quantum*. Entende-se por estas expressões que o juiz não fica obrigado desde que recebe o libello do autor a julgal-o proprio ao vencimento de sua intenção; assim como, recebendo a contrariedade do réo, não fica adstricto a julgar que o articulado nella é sufficiente para induzir a sua absolvição.

E' este pensamento que se contem na phrase *si et in quantum*, de que usão os Praxistas. No direito tem esta expressão uma significação mais particular.

Os artigos offerecidos por libello, contrariedade ou quaes quer outros actos podem ser recebidos por dous modos diversos, e, attendão bem os Srs. a esta differença de recebimentos, por que é ella muito importante, e pôde do seu não completo conhecimento resultar desordem no fóro. Em direito se diz que os artigos deduzidos pelas partes podem ser recebidos por um de dous modos: *si et in quantum*, e por *deseembargo*. Diz-se que os artigos são recebidos *si et in quantum* quando o juiz os recebe, tão sómente para dar lugar aos mais articulados, limitando-se nesta occasião a conhecer tão sómente si elles são de receber, reservando para a sentença final, o julgal-os ou não propios para o vencimento da acção. Diz-se que o juiz recebe os articulados por *deseembargo*, quando, desde que os recebe pronuncia um julgamento sobre elles procederem ou não para o vencimento da acção. Umas vezes os juizes recebem por um modo, outras vezes por outro, e os effeitos do recebimento em cada um destes casos são diversos.

O libello e a contrariedade são recebidos pelo juiz *si et in quantum*, isto é, apenas para servir de base á discussão e prova, sem pronunciar juizo algum sobre a procedencia das allegações, ao contrario do que se dá quando o recebimento é por *deseembargo* em que o juiz antes da discussão, pronuncia logo o seu juizo, isto é, se elles são ou não procedentes, para dar vencimento a quem os allega, como se dá em relação aos artigos de embargos, os quaes, desde que são offerecidos, o juiz toma logo conheci-

mento, e cujo recebimento importa o reconhecimento da procedencia das allegações. Por isto, se a meteria allegada é de direito, o juiz pôde logo receber os embargos e julgal-os provados para julgar o que nelles se pede. Se articula se materia de facto e os artigos forão recebidos por desembargo, a parte provando-os tem vencimento.

Veção os Srs. os §§ II e III para na proxima licção começarmos a estudar o Cap. III em que o Comp. se occupa da REPLICA.

LICÇÃO XXI

Vamos na presente licção, entrar no estudo do CAPITULO III do TITULO VIII, que se inscreve — DA REPLICA.

§§ I e II

Nestes §§ define o Comp. a *replica*, e nos diz quaes *as causas em que ella tem lugar*.

A *replica* é a allegação articulada do autor, em que refuta a contrariedade do réo.

Offerecido o libello, tem o réo vista, para apresentar a contrariedade, e nella pôde elle deduzir todos os meios directos, tendentes á illidir a intenção do autor, e tem tambem o autor por sua vez vista da contrariedade, para vir com a sua *replica* em opposição ao deduzido pelo réo nella. A *replica* era estabelecida no processo antigo, e o direito portuguez aceitou-a, como consta das Ord. citadas pelo Comp.

Em 1832, promulgando- e o Codigo do Processo, annexada á elle se promulgou tambem a Disposição Provisoria, na qual se continhão artigos relativos ao processo civil, em que se dispunha a abolição da *replica*, reduzindo-se os actos do processo a libello, contrariedade, provas e sentença, sendo o pensamento desta simplificar o processo (1). Mais tarde, porém, a lei da Reforma Judiciaria restaurou a *replica* (2). Convém mostrar que a disposição da Reforma Judiciaria conformou-se melhor com os principios de direito. Proposta a acção pelo autor no libello, o réo tem o direito de oppôr-se á sua intenção pela contrariedade; mas pôde acontecer que nesta o réo se defenda, com excepções taes, que não podessem ser previstas pelo autor, por isso convém que elle responda á essas excepções.

(1) Lei de 29 de Nov. de 1832. a qual dispõe no art. 14 — “Ficção revogadas as leis que permittião ás partes *replica* e *treplica*, etc.”

(2) Lei de 3 de Dez. de 1841, que no art. 120 revogou o art. 14 da Disp. Prov. na parte em que aboliu a *replica* e *treplica*.

Mas pôde-se dizer que a replica não deve ser considerada acto substancial do processo, por isso que, devendo o autor conhecer perfeitamente a sua intenção, elle a expõe no libello; assim como na contrariedade deduz tambem o réo a sua defesa e por consequencia nada mais resta senão o juiz ouvir as provas e decidir pelo que tiver melhor direito.

Reconhece-se, porém, a necessidade da replica porque, podendo o réo muitas vezes na sua contrariedade articular factos alheios á questão principal o autor não podia prevel-os, por quanto o réo, não se pôde limitar na sua contrariedade, (notem bem os Srs.), á uma simples negação, pôde allegar factos diversos, d'onde deduza um direito que tem sobre a cousa demandada pelo autor, e é por esta razão que o réo em relação ao autor se considera como autor, e este como réo, porquanto, pôde o réo comprometter-se á provar um facto differente, pelo qual illida a intenção do autor, e se não fosse permittido ao autor contrariar o allegado pelo réo, o juiz julgaria por este allegado o réo, sem ouvir a defesa do autor. Eis a necessidade da replica.

Como o réo tem o direito de deduzir razões e apresentar factos em contrario á pretensão do autor, é necessario que este tenha tambem defesa, por consequencia vêm os Srs. que a replica deve conter materia limitada ao seu verdadeiro assumpto, o qual consiste em reforçar o libello, embora repetindo alguns dos seus artigos, porquanto, no fôro as repetições não são ociosas, como ensina Mendes (1); ou então em allegar factos em contraposição ás deducções do réo: são estes os dous limites, que deve o autor ter em vista na replica, ou reforçar o libello, ou contradictar a contrariedade. Por isso, dissemos que a legislação moderna, restituindo a replica ao processo, conformou-se mais com a jurisprudencia, do que a Disposição Provisoria quando a abolio.

Tivemos o cuidado de mostrar os limites da replica, e não foi sem razão que o fizemos, porque, se o autor exceder na replica os limites della, não deve ser recebida. Não pôde pois, o autor na replica mudar de causa, ou de acção. Emquanto á mudança de acção, entende-se que não pôde o autor mudar a acção para uma diversa da que propõe, porquanto, não é de necessidade, entre nós, como já vimos, que o autor quando propõe uma acção, designe o seu nome; pôde pois mudar a acção na replica, uma vez que não varie o pedido; o que não pôde o autor e variar os meios de pedir em relação á sua natureza.

Emquanto á causa, tambem não pôde o autor na replica mudal-a, porque isto seria mudar de questão, o que, como já vimos, não pôde fazer o autor, por isso que suppõe um direito novo, que se pretende discutir, e a citação primitiva feita ao réo, só o obriga a responder por aquella causa para que foi citado. Não pôde pois o autor mudar de acção ou de causa, nem

(1) *Num repetitio toleratur ut res clarior fiat* — *Prat. Lus.* P. 2 C. 10 n. 2.

antes, nem depois da contrariedade. Apresentaremos um exemplo para os Srs., comprehendern melhor. Supponhão que o autor propõe uma acção de reivindicção contra o réo, allegando o dominio, e que o réo injustamente possue. Nesta acção, o que pretende o autor provar é o dominio d'elle autor e posse injusta do réo; mas o réo allega que possue, porque comprou a cousa ao autor, e se este na replica confessar que é verdade que o réo lhe comprou a cousa, mas que houve lesão enorme, e que por isso deve o contracto ser rescindido, temos mudança da acção proposta no libello que era de reivindicção pela de rescisão de contracto por lesão enorme allegada na replica, o que envolve mudança de acção: porquanto uma cousa é pedir a entrega de um objecto, porque sobre elle se tem dominio, e outra é pedil-a por causa da rescisão do contracto, pelo qual se a vendeu.

Neste caso não póde o juiz receber a replica, porque não se limitou o autor nella a reforçar o libello, deduzindo a prova do dominio, e nem a refutar a excepção do réo, porém, mudou de acção. Se negasse o contracto de compra e venda, devia ser recebida, porque o autor permanecia na mesma acção: ou tambem se elle allegasse que não tomou parte neste contracto, ou que foi feito por procurador falso; se porém, reconhecer o contracto e pedir rescisão, as causas são diversas, como vimos, e não póde ser recebida tal replica.

Mostraremos qual o meio pratico, pelo qual póde o réo apresentar os seus meios de defesa, quando muitas vezes succede na replica o autor variar de acção ou de causa. O juiz deve conhecer bem todas as acções e os meios de processal-as afim de que seja mantida a ordem do juizo. Nesta hypothese, muito frequente, que mencionamos, o réo tem dous meios de defesa: pedir o não recebimento da replica, porque não está nas condições da lei, isto é, porque não se limita ella a reforçar o libello, ou a contradictar a contrariedade, ao que o juiz deve attender, ou então póde o réo pedir a absolvição da instancia, por ter o autor mudado de causa, e a citação feita no começo do processo não obrigar o réo a responder por aquella nova acção. Tem, pois, o réo estes dous meios de defesa: ou pedir o não recebimento da replica — ou pedir a absolvição da instancia.

Se a replica foi offerecida e recebida *si et in quantum*, e o réo deduziu alguma destas duas razões contra o recebimento della, o juiz absolve o réo e o autor póde, se quizer, propôr de novo a mesma acção. E' este o meio pratico, pelo qual o reo póde oppôr-se a replica do autor, quando ella não tem as condições legais.

Diz o Comp. que a *omissão da replica produz nullidade insanavel*, e produz tal nullidade, porque a falta da replica envolve privação de defesa, e sendo o autor equiparado ao réo, desde que o réo allega contra elle alguma cousa, se elle não se defendesse do que contra elle allegou o réo, correria o processo sem

defesa em relação á contrariedade, por isso não póde haver um julgamento sobre o allegado pelo réo na contrariedade, se o autor não se defendeu della na replica.

Diz o Comp. que *é inadmissivel a replica nas causas summarias.*

Dissemos que a necessidade da replica provinha de poder o réo deduzir na contrariedade factos diversos dos da causa principal, que não podião ser previstos pelo autor, e que devião ser por elle contestados, para não ser julgado sem defesa. Sendo assim, parece que ha uma contradicção palpavel entre estes principios e o que diz o Comp. — *que nas causas summarias é inadmissivel a replica* — e póde-se argumentar do seguinte modo: nas causas, embora summarias, deve-se dar ás partes o direito de defesa, porquanto, é evidente que não se póde privar-as deste direito. A este argumento, porém, responde-se, e para fazel-o precisa-se recorrer á principios que ainda não são conhecidos. Dissemos que, nas causas ordinarias, uma vez proposta a questão, ficão as partas adstrictas ao articulado e não podem provar além, nem o juiz julga além do que foi articulado: por consequencia, no processo ordinario, proposta a questão, esta é que ha de ser o objecto da prova e sobre a qual ha de versar o julgamento. Nas causas summarias, julga o juiz de plano, pela verdade sabida, pelo que consta do processo, sem fórma de juizo, e tem o direito de poder julgar além do pedido, tendo por isso um maior arbitrio que nas causas ordinarias.

Eis porque nas causas summarias ha só petição, que serve de libello e contestação, e podem as partes alterar cada uma dellas suas deducções, porque, como não se observa a fórma rigorosa do juizo, não é de necessidade a replica, visto não ficarem as partes adstrictas á questão proposta; por isso, se o autor não deduzir toda a sua intenção, nem o réo toda a sua defesa, podem depois amplial-as na prova, o que não se dá no processo ordinario.

Vém, pois, que havendo no processo summario, maior amplitude, podendo as partes, ainda nas provas, allegar o seu direito, e o juiz conhecer do allegado não importa contradicção a exclusão da replica com o principio da defesa, como no processo ordinario.

Diz o Comp. que *é inadmissivel tambem a replica nas causas de força nova.*

Chamão se de — *força nova* — aquellas acções possessorias que se intentão dentro de anno e dia do começo da posse. Estas acções tem processo summario, por isso não se exige nellas replica (1). Enumera ainda o Comp. a causa de alimentos pro-

(1) A Ord. L. 3 T. 48 *princ.* manda proceder nos feitos de força nova — “sem ordem, nem figura de juizo e sem delonga nem estrepito.” Confira-se. Silva, Coment. a esta Ord. Cordeiro — *de Interd.* Dubit. 44 n. 14 e Lobão — *Interdictos* — cap. 20.

visionaes (1), em que não necessita replica, e isto pela mesma razão de ser o factio summario. O Comp. apresentando estas causas de força nova e alimentos provisionaes, fal-o exemplificativamente. Depois, passa a enumerar outros casos em que se não faz mister a replica, que são *nos artigos de attentado, no processo de liquidação, nos embargos á Chancellaria* (2), *nos embargos de execução, excepto nos de terceiros, nas causas de appellação, e nos artigos de habilitação*. E em todos estes casos omitta-se a replica, pela mesma razão de ser summaria a fôrma de proceder. O Comp. apresenta a lei ou Praxista que autorisa a doutrina.

LICÇÃO XXVI

Continuamos com o estudo da REPLICA.

§111

Neste § o Comp. toma por epigraphe a seguinte proposição — *deve a replica ser conforme com o libello*.

Por occasião de explicarmos o § antecedente, mostramos que a replica tinha por fim esclarecer o libello, e contestar a contrariedade, e que não podia o autor nella mudar, nem a acção, nem a causa, porque, se o podesse, ficaria o réo obrigado a responder por uma acção para a qual não tinha sido citado. Vimos tambem, que, se por ventura o autor mudar na replica a acção, ou a causa, tem o réo dous meios a seguir: — ou pedir a absolvição da instancia, por deduzir o autor direito ou factio diverso daquelle, para responder ao qual, foi citado, ou então, não se oppôr á continuação da causa, mas tão sómente ao recebimento dessa replica, por lhe faltarem as condições legaes.

Como já desenvolvessemos estas questões, passamos ao § seguinte.

(1) Os alimentos provisionaes são aquelles que se pedem provisoriamente, emquanto se não decretão os definitivos, e como estes só podem pedir-se por acção ordinaria para que o autor não soffra privações, póde summariamente pedir alimentos. Ord. L. 3 T. 86 § 19 — Mendes, *Prat. Lus.* P. 1 L. 3 c. 10 n. 3.

(2) Não ha hoje mais embargos á Chancellaria, visto o art. 1º da Lei n. 1730 de 5 de Out. de 1869. que — “abolio o transito pela Chancellaria das Rotações das sentenças, precatarias, alvarás, mandados, e quaesquer outros actos forenses de qualquer juizo ou tribunal.”

§ IV

Trata o Comp. neste § do *offerecimento da replica*.

Virão os Srs. que, offerecido o libello, tinha o réo o praso de duas audiencias para apresentar a sua contestação; apresentada esta, segue-se a replica, tendo o autor para apresental-a o praso de uma só audiencia. (1) O offerecimento da replica faz-se do mesmo modo que o do libello.

Na audiencia designada comparece o autor, offerece a sua replica e pede que seja assignada uma audiencia para vir o réo com a sua treplica.

E' esta o meio regular de se offerecer a replica; mas póde-se ainda offerecer de um outro modo que é leval-a o autor ao cartorio do escrivão. Neste caso faz o escrivão os autos conclusos ao juiz, para mandar o que fôr de direito.

E' isto o que praticão os escrivães sempre que as partes offerecem nos seus cartorios quaesquer artigos ou arrazoados. Não é, porém, boa praxe, sendo melhor que os proprios escrivães dêem logo vista dos arrazoados ou artigos apresentados á parte contraria, do que fazer os autos conclusos ao juiz para elle mandar dar essa vista. (2)

Mas, notem bem os Srs. que isto devem fazer os escrivães, mas sómente quando a vista á parte contraria fôr ordenada pela lei, ou pelo estylo, porquanto, se não é denecessidade essa vista, e o juiz póde deliberar cousa diversa, então devem os escrivães fazer os autos conclusos com esses artigos ou arrazoados apresentados, afim de que elle delibere o que julgar de direito.

Sendo de estylo ou de lei o conceder-se vista ás partes, é ociosa a conclusão ao juiz para mandar isso mesmo. Como, porém, os escrivães não estão ordinariamente ao facto dos casos em que a lei manda dar vista as partes, costumão por segurança não conceder vista dos autos ás partes sem ser por despacho do juiz: ha mesmo alguns juizes que isto exigem. E' esta a razão que explica a praxe, seguida geralmente pelos escrivães.

Como estes artigos são recebidos — *si et in quantum* —, não ha inconveniente em que as partes os discutão, independente de despacho do juiz, pois os autos se fazem sempre com vista ao réo para contrariar ao autor, e ao autor para contrariar ao réo.

(1) “Offerecida a contestação terão vista por dez dias cada um, “o autor para replicar, e o réo para treplicar.” Art. 101 do Reg. Com. n. 737 de 1850, mandado neste ponto observar no civil pelo art. 74 do Reg. n. 4,824 de 22 de Nov. de 1871. — Vd. nt. a pag.104.

(2) Hoje assim é em vista do que expusemos na nota antecedente.

E' pratica especial de Portugal poderem os advogados arrazoar as causas e fallar a ellas nos seus proprios escriptorios; segundo a pratica dos outros paizes não sahem nunca os processos dos cartorios e os advogados ahi vão examinal os e arrazoal-os.

Comquanto os advogados tenham o direito, segundo a pratica de Portugal, de arrazoar as causas nos seus proprios escriptorios, comtudo, tem elles um praso fixo pela lei, além do qual não podem reter os autos em seu poder; e assim como o escrivão é obrigado, quando os autos vão com vista a algum advogado, a levar-os ao seu escriptorio, assim tambem é obrigado a ir recebel os quando se vencer o praso. Não sendo os autos entregues pelo advogado no fim do praso, deve-se julgar lançada a parte que assim procedeu do direito de dizer ao feito, ficando o advogado por essa culpa obrigado ao seu constituinte. E' este o direito rigoroso, mas não é o que geralmente se pratica.

Quando os advogados não apresentam os auros, depois de findo o praso em que os podião ter em seu poder, costumão os escrivães esperar que a parte contraria requeira mandado de cobrança dos autos, e com este mandado vão á casa do advogado receber os autos. Tambem se observa as partes não serem lançadas do direito de fallar ao feito, senão depois que, cobrados os autos, se verificou que não tinha o advogado cousa alguma escripto nelles.

Para evitar a grande demora que os autos poderião ter em poder dos advogados, deu a lei este recurso do mandado de cobrança, e não sendo ainda entregues os autos em vista deste mandado, expede-se então o mandado executivo da cobrança, com o qual se póde entrar á força no escriptorio do advogado e tirar os autos do seu poder, incorrendo elle nas multas marcadas pela lei.

Se, cobrados os autos, não se encontrar nelles cousa alguma escripta, como dissemos, lança-se a parte que assim procedeu do direito de arrazoar; por praxe, porém, se a parte requer nova vista, allegando justo impedimento pelo qual dentro do praso não fallou á causa, o juiz a concede, por isso que envolve defesa, mas isto tão sómente quando não prejudica os interesses da outra parte. Não se oppõe esta pratica á disposição da lei, que diz que estes termos são peremptorios, e a razão é porque o termo peremptorio entende-se sempre que não ha impedimento, pelo principio de direito, que o tempo não corre para o impedido. (1)

(1) No fôro commercial a disposição é diversa: a parte perde o direito de que o seu advogado não fez uso dentro do prazo, indemnisa este o prejuizo que causar-lhe e responde executivamente pelas despesas da cobrança — Art. 713 do Reg. n. 737 de 1850. Se os autos tiverem sido cobrados judicialmente não se juntão as razões ou arti-



Quando o advogado não póde por outro qualquer modo provar o impedimento que teve, os juizes costumão contentar-se com o seu juramento.

Observa-se que os juizes não costumão ser rigorosos em julgar estes impedimentos, exigindo *pro forma* uma qualquer prova, e contentando-se com ella.

Passamos agora ao estudo do *Capitulo IV*, em que o Comp. trata DA TREPLICA.

§ I

Treplica, diz o Comp., é a *allegação articulada do réo, que exclue a replica*. E' por meio da *treplica* que se concilie a contacto da lide. Assim como a *replica* faz parte do *libello*, devendo por isto ser conforme a elle, não podendo o autor mudal-o, no sentido de propôr uma nova causa ou uma acção diversa, assim tambem a respeito da *treplica* deve-se observar o mesmo que em relação á *contrariedade*. Como, porém, os meios de defesa são sempre mais amplos do que aquelles pelos quaes se propõe a acção, é preciso entender se quaes os limites em que se deve conter a *treplica*.

Mostramos que na *contrariedade* póde o réo oppôr-se ás pretensões do autor, negando ou contestando os factos e o direito allegados por elle, ou então apresentando excepções que excluão as suas pretensões, por isso tem o autor a *replica* para combater essas razões e excepções apresentadas pelo réo; a não ser assim, discutir-se-hia em juizo uma acção sem que a parte, contra a qual se a propunha se defendesse, porquanto, em relação ao autor é a *contrariedade* uma verdadeira proposição de acção, que o réo contra elle faz; temos por consequencia que desde que o réo, na sua *contrariedade*, apresentar excepções á pretensão do autor, deve este defender-se dellas na *replica*, e não póde o réo na *treplica* affastar-se das excep-

gos que vierem em separado, e risca se o que estiver escripto nos autos — Art. 714 do cit. Reg. Se á vista do mandado o advogado não entregar os autos poderá ser multado pelo juiz da causa até 200\$000 para os cofres municipaes o se findo novo prazo de tres dias marcado pelo juiz, ainda não entregar, poderá ser preso até 60 dias — Art. 715 ao cit. Reg. Todas estas disposições tem hoje applicação no civil em vista do art. 74 do Dec. de 22 de Novembro de 1871, pois determinando que os prazos para as partes allegarem o que lhes convier serão os mesmos adoptados no processo commercial, accrescenta: — “seguinto-se a este respeito o mais que se acha estabelecido nesse processo.” Já na nt. á pag. 104 expendemos o que pensamos sobre esta nova disposição, e seria melhor que ella deixasse entrever claramente qual é esse *mais* a que se refere, se realmente abrange todas estas disposições que enumeramos, o que parece resultar de uma interpretação rigorosa, pois são disposições connexas aos prazos.

ções que apresentou na contrariedade, nem deduzir novas, porquanto, se não pôde o autor na replica deduzir factos novos, tambem não pode o réo na treplica fazel-o, tanto mais que, se o réo apresentasse na treplica factos novos, não poderia mais o autor contrarial-os, ficando assim o réo com a vantagem de deduzir factos para serem provados sem defesa, o que serio uma injustiça. O réo tem pois a sua defesa limitada na treplica: pôde nella tão sómente contestar quaesquer factos deduzidos pelo autor, tanto no libello, como na replica, e reforçar a contrariedade.

§ II

Inscreve-se este § — *offerecimento da treplica* —. E' por meio da treplica que fecha-se a contestação da lide e assim é porque se considera a replica uma parte do libello, e a treplica uma parte da contrariedade. Antes da replica e treplica, não se entende ainda a lide contestada, porquanto, podendo ainda, tanto o autor como o réo, na replica e treplica, deduzir factos que dependão de discussão, não se pôde considerar como encerrada a contestação da lide, emquanto nao estão completadas as partes importantes da causa — libello e contrariedade.

Diz o Comp. que — *depois do oferecimento da treplica não são mais admissiveis outros artigos, e nada mais pôde se acrescentar nem a intenção do autor, nem d defesa do réo.* A razão desta doutrina do Comp. ó porque os artigos do libello, contrariedade, replica e treplica ó que servem de base para a prova da causa, por isso desde que a treplico foi efferecidn, o juiz declara a enusa em prova. Observa se porém que algumas vezes pôde mediar tempo entre o offerecimento da treplica e a declaração da causa em prova, é isto por algum incidente, ou por não ser a treplica offerecida em audiencia , ou por não ter o juiz declarado a causa em prova logo que recebeu a treplica. Se o juiz, logo que recebeu a treplica, declarou a causa em prova, entendendo-se terminada a contestação, se, porém, por qualquer incid nte, elle não faz esta declaração, nao se considera a causa em prova pelo simples offerecimento da treplica.

LICÇÃO XXVII

Vamos estudar o *Titulo IX*, em que o Comp. trata das — EXCEPÇÕES.

§ I

Já anteriormente demos uma idéa geral do que era — *excepção*.—, dizendo que era a allegação do réo indirectamente

opposta á pretensão e intenção do autor. Assim dissemos que era — *excepção* — a defesa do réo allegando pagamento á pretensão do autor que lhe pede o pagamento de uma divida, e isto porque o que allega o pagamento não nega o facto principal, a obrigação em que o autor se funda, mas propõe-se a provar um facto, que, uma vez provado, completamente illide a intenção do autor.

E' tambem a *prescrição* uma excepção, porquanto, se o réo allega em uma acção de reivindicação a sua prescrição, não nega os titulos de domnio do autor, nos quaes fundamenta elle o seu direito, mas tão sómente propõe se a provar um facto e é: que possui por um certo tempo e que essa posse é revestida de condições que lhe tem feito adquirir a propriedade sobre a cousa que o autor quer reivindicar, illidindo deste modo a intenção e pretensão do autor. Na excepção o réo torna-se autor em relação a este, propondo-se a provar um facto que illide aquelle em que o autor basêa o seu pedido.

Diz o Comp. que — *as excepções tem por fim deferir ou prevenir a acção do autor.*

Da idéa de — *excepção* — facilmente se comprehende que o réo pôde deduzir factos, que, comquanto não tenham por fim illidir directamente a pretensão do autor, como nos exemplos dados, se proponhão a provar que a causa não pôde progredir, como por exemplo, no caso de pagamento de uma divida, o seu não vencimento, ou a não realização das condições que tornão obrigatorio o pagamento della.

Neste ultimo caso não tem as excepções por fim terminar a questão, mas sim dilatal-as, donde resulta a primeira classificação feita pelo Comp. das excepções em *dilatorias* e *peremptorias* — *peremptorias*, se ellas tem por fim extinguir a causa, a acção; *dilatorias*, se tendem a espaçal-a e demoral-a.

Apresenta ainda o Comp. a classificação das excepções em — *anomalas, perpetuas, temporaes, reaes, pessoaes e prejudiciaes*, as quaes mais tarde veremos.

No processo commercial, diz o Comp. — *são admissiveis sómente as de incompetencia, suspeição, illegitimidade das partes, lites pendencia e cousa julgada — todas as mais constituem materia de contestação.* (1)

O processo ordinario commercial é mais breve do que o ordinario civil, comquanto se conheça nelle excepções que se podem oppôr á intenção do autor, comtudo diminuiu-se neste processo muitas das que são conhecidas no processo civil.

Não se tolhe no fôro commercial ao réo usar de todas as excepções de que pôde usar no fôro civil, mas tão sómente usar de todas ellas debaixo da fôrma de excepções; portanto, quando o Comp. enumera as excepções que são recebidas no fôro commercial, não quer dizer que todas as outras sejam

(1) Reg. 737 de 1850, art. 74.

inadmissíveis, mas tão sómente que não podem ser deduzidas em fôrma de excepção senão essas que menciona, devendo todas as outras ser deduzidas como contrariedade, não conhecendo dellas o juiz senão ao mesmo tempo em que conhecer da causa principal. Quando a materia é deduzida como excepção, recebida ella, suspende-se a questão principal, e o processo corre sómente sobre o incidente até que o juiz o julgue.

Se o juiz despresa a excepção, continúa a causa do lugar onde tinha parado, e o juiz manda o réo vir com a contrariedade.

A causa principal espera pelo julgamento da excepção, e, não sendo recebida, continúa ella do lugar em que estava, e paga o excepiente as custas. Eis ahí porque os que tem excepção a apresentar contra a intenção do autor, usão deduzil-as como excepção e não como contrariedade, porquanto, correndo neste caso o processo tão sómente sobre a excepção, se o excepiente tem vencimento está a causa julgada; se a decisão é contra elle pôde outra vez continuar com o processo e provar na contrariedade melhor o seu direito, do que o fez na excepção.

Para evitar esses inconvenientes o regulamento commercial sómente admittiu como excepções, para serem processadas como taes, aquelles factos que por sua natureza devem ter um julgamento especial, independente da causa principal.

No fôro civil tudo o que não fôr de opposição directa á intenção do autor, pôde ser deduzido por excepção.

No fôro commercial a regra é: que toda a defesa se faz por contrariedade, e só por — excepção — se apresenta a defesa naquelles casos especiaes que não podem ser discutidos com a causa principal. Por exemplo: — *incompetencia*, já dissemos que uma das primeiras cousas que um juiz tinha de verificar em um processo era se elle é competente para conhecer delle; deve, por isso, só depois de firmada a sua competencia, conhecer do processo; — *suspeição*, pela mesma razão, se o juiz é suspeito elle deixa de ser competente; — *illegitimidade das partes*, se o réo allega que o autor não é pessoa legitima, não pôde correr o feito sem se verificar se o é ou não; assim, se se trata de uma petição de herança, e o réo que está na posse della allega que o autor não é competente para pedir a herança, precisa-se previamente decidir esta questão; do mesmo modo se é uma questão em que o autor pede o pagamento de uma divida e o réo mostra que não existe titulo algum de divida, deve-se previamente discutir esse facto; — *lites-pendencia*, dá-se esta quando a mesma causa está sendo discutida em juizo; para que haja lites-pendencia são exigidas tres condições: a mesma causa, isto é, o mesmo fundamento da acção, a mesma acção, e que seja entre as mesmas partes. Como não se pôde, em dous juizos diversos, conhecer-se da mesma causa

pela mesma razão, e entre as mesmas partes, isto para que se não dêem julgamentos diversos, desde que uma das partes allegar lites-pendencia não póde continuar a causa, emquanto se não verifica se esta existe ou não. — *Cousa julgada*, pela mesma razão pela qual precisa ser previamente discutida a lites-pendencia, se a causa já está julgada, existe já uma sentença, e como a discussão de uma questão em juizo tem por fim tornar certo um direito, desde que existe uma sentença, não ha mais direito incerto, não ha por consequencia reais necessidade de um julgamento; portanto, se a parte allega cousa julgada, como isso importa o não se continuar na causa, é preciso que o juiz suspenda esta, e conheça se realmente a cousa está ou não julgada. Eis ahi as razões porque no fôro commercial só admite-se essas excepções, porque, nesses casos, por sua natureza, o conhecimento desses factos inibe o andamento da causa principal.

Constituem estes factos mencionados pelo Comp. as unicas excepções que, como taes, podem ser apresentadas no fôro commercial, todas as outras que o réo tiver em sua defesa, devem ser apresentadas como contrariedade, correndo sobre ellas a prova, como sobre os outros factos, não de excepção, allegados na contrariedade, apenas com a differença que quando o juiz tiver de julgar deve, em primeiro lugar, julgar a excepção e depois a causa principal, prejudicando, porém, a excepção, o julgamento da causa principal julgará somente a excepção, por isto que, é um principio de praxe, que quando ha questões incidentes, o juiz as julga em primeiro lugar e depois a questão principal; é por este fundamento que quando ha aggravo no auto do processo e os autos sobem ao juizo superior, este não julga do feito sem julgar da materia do aggravo. Tem lugar este aggravo, como mais tarde veremos, quando ha alguma injustiça na ordem do processo que o juiz não quiz reparar.

§ II

Neste § trata o Comp. das *excepções dilatorias*.

Daremos apenas uma idéa geral de cada uma destas excepções que o Comp. menciona, para depois tratarmos do seu processo, não tratando especialmente de cada uma dellas, porque se o fizéssemos, isso nos levaria todo o tempo que nos resta. Por isso, devem os Srs. recorrer aos Praxistas, que, desenvolvidamente tratão destas excepções, especialmente Pereira e Souza — *Primeiras Linhas*, e Lobão — *Segundas Linhas sobre as primeiras* de Pereira e Souza, aonde os Srs. encontrarão sobre esta materia muita cousa interessante e curiosa.

Daremos entretanto uma idéa do que seja *excepções dilatorias*: assim se denominão aquellas que *tem por fim sómente a observancia das leis que regem a ordem do processo e as fôrmas do juizo*. A excepção dilatoria não ataca a questão principal, tem

por fim, como diz o Comp., a observancia das leis do processo e fórmas do juizo, quando de nenhum modo pôde correr o feito em razão de um facto que é deduzido pelo excipiente. Daqui resulta que como a excepção dilatoria não combate o feito em sua substancia, não pôde estender além do que é pedido pelo excipiente, não podendo o juiz tambem por esta razão julgar do fundo da questão, ficando esta no mesmo pé em que estava, quando foi apresentada a excepção, e desse mesmo lugar se continúa quando se tiver de decidir a causa principal é por isso que diz o Comp. que por meio das excepções demora-se a causa, mas não se extingue a demanda. Em tres classes classifica o Comp. as excepções dilatorias, ellas podem ser oppostas: 1º, *contra a pessoa ou autoridade do juiz*; 2º, *contra a pessoa do autor, ou do seu procurador*; 3º, *ao mesmo processo e bem do feito*.

Depois enumera as diversas especies de excepções, que se comprehendem em cada uma destas classes. Assim temos, em primeiro lugar, a de *suspeição*; quando o juiz é suspeito a alguma das partes, não pôde o processo continuar, porque uma das condições do processo é que depositem as partes plena confiança na imparcialidade dos juizes, e que elles não julguem influenciados por odio, paixão ou outras razões semelhantes que possue tornar o seu juizo parcial, e tirar ás sentenças a presumpção de verdade que o direito lhes dá, além de que seria iniquo que se obrigasse as partes a sujeitarem-se á decisão de um juiz em que não confiassem. Não podendo, porém, a lei deixar ás partes arbitrio para julgar os casos em que os juizes são suspeitos, marcou esses casos. — *Incompetencia* diz esta excepção respeito á jurisdicção do juiz; pôde muitas vezes não ser um juiz suspeito ás partes, mas não ter competencia para conhecer de uma causa, e como ninguem é obrigado a responder perante um juiz incompetente, por isso que é elle equiparado a um simples particular, neste caso, deve o julgamento da competencia do juiz preceder ao conhecimento da causa. *Prevenção* ou *lites-pendencia*; já tratamos desta excepção. Pôde o juiz não ser suspeito, ter competencia para conhecer do feito, porém, perdê-la pela prevenção, a qual dá-se quando outro juiz, tambem competente para conhecer do feito, já começou a conhecer delle. Neste caso não pôde o outro juiz conhecer mais desse feito, porque, por ter o outro começado a conhecer delle, perdeu elle a competencia que tinha para conhecer do facto: se assim não fosse poder-se-hia dar o inconveniente que já apontamos de poder apparecer duas sentenças contrarias sobre o mesmo ponto, o que offenderia a magestade do direito e o respeito á cousa julgada.

LICÇÃO XXVIII

Continuaremos com o estudo das EXCEPÇÕES.

§ III

Trata o Comp. deste § das — *excepções peremptorias*. Já mostramos o que era excepção e fizemos a primeira e geral divisão dellas em peremptorias e dilatorias. Dissemos que — dilatorias, são aquellas que dilatão a acção, mas não perimem o direito do autor, e podem ser oppostas para manter a ordem do processo, quanto ás fórmulas do juizo; e que as peremptorias tem por fim perimir, extinguir o direito do autor. Agora traptamos especialmente desta ultima especie de excepções. Diz o Comp. que as excepções peremptorias são de duas classes: umas que perimem a acção *ipso jure*, e outras que excluem a acção em rigor de direito, por certas e justas causas; precisa-se entender o que querem dizer, e que valor tem no nosso direito esta classificação de excepções peremptorias. E' verdade que no nosso processo não differem juridicamente em seus effeitos estas duas especies de excepções, antes pelo contrario, produzem ambas o mesmo effeito. E' preciso, pois, conhecer qual a razão porque o Comp. fez esta classificação.

Comquanto não haja no nosso direito differença entre estas duas excepções, que produzem os mesmos effeitos, aceitou elle o direito commum; por isso convém estudar esta classificação, não no nosso direito, mas no Direito Romano, que lhe deu origem.

Havia neste direito acções chamadas — *stricti juris* e *bonæ fidei*. Chamavão-se acções — *stricti juris* — quando ellas nascião de um facto certo e determinado, de uma obrigação unilateral e, — *bonæ fidei* — as que se fundavão em um facto incerto e obrigação bilateral (1). Era isto o que caracterisava a distincção entre as duas especies de acções: nas acções — *stricti juris* — a fórmula de proceder era precisa, o pretor a determinava e o juiz a observava, não podendo modificá-la. Nas — *bonæ fidei*, dando o pretor a fórmula de proceder, deixa arbitrio ao juiz, para julgar conforme a prova produzida. Sendo assim, nas acções — *stricti juris*, só se admittião as excepções de direito civil, e estas erão sómente tres — juramento, coisa julgada e solução — ás quaes se addicionou mais tarde — *prescripção e transacção*. Como estas excepções excluem completamente a pretensão do autor, vem dahi o chamarem-se ellas — *peremptorias*. Como, porém, sabem os Srs. o pretor muitas vezes modificava o rigor do direito a favor do réo, quando não tinha

(1) Para completa comprehensão das acções de boa fé e de direito estricto, convém lêr-se a excellente dissertação de Savigny no Appendice XIII do Tom. 5 do seu *Tr. du Dr. Rom.*

o seu direito fundamentado na lei expressa, daqui resultou a diferença entre as excepções peremptorias — *ipso jure*, e as peremptorias — *por certas e justas causas*. Erão peremptorias — *ipso jure* — as excepções que se fundamentarão no direito civil, e peremptorias — *por certas e justas causas* — as que se fundamentavão na equidade do pretor, e que extinguirão e perimirão a acção, não pela força da lei, mas pela equidade do pretor; ao numero destas ultimas excepções pertencem as que o Comp. menciona do — *indebito, medo, dolo, do não recebimento do dinheiro (non numeratæ pecuniæ) do não recebimento do dote, do Senatus Consulto Macedoniano, do Velleiano e simulação*. Erão estas excepções que, por equidade, o pretor *admittit*.

Como a origem de cada uma destas excepções era diferente, tiverão por isso também uma denominação diferente, que foi a que já vimos.

Eis pois a razão porque o Comp. aceitou a mesma denominação que estas excepções tinham no Direito Romano. As excepções peremptorias — *ipso jure*, tinham por effeito impedir o ingresso na lide, e quando apresentadas, o juiz conhecia primeiro dellas, e quando procedentes, pronunciava-se a respeito e embargava-se ao autor o ingresso no juizo, negava-se-lhe o procedimento na acção. Assim, por exemplo, no caso de ser apresentada a excepção de *solução*, desde que o réo provava ter pago, não podia o direito admittir que aquelle que pagou fosse condemnado a pagar segunda vez. O mesmo se dava quanto ao *juramento*: desde que este se provava, não se podia obrigar o réo a responder por aquella causa que já tinha terminado pelo seu juramento.

E' preciso explicar em que sentido se toma aqui a palavra — *juramento* — porque no direito ha diversas especies de juramento, e não é todo juramento que extingue a acção. Havemos de tratar especialmente do juramento, quando tratarmos das provas; mas, para os Srs. comprehenderem o que se entende por esta excepção de juramento, diremos uma noção geral: refere-se aqui o Comp. ao juramento *decisorio*, que é aquelle que o juiz dá a parte, para por elle decidir-se a questão (1).

Supponha-se que alguém demanda por uma obrigação e exige que o réo jure se está ou não obrigado por aquella obrigação; neste caso, se decide a questão pelo juramento: se jura o réo que está obrigado, é condemnado, se jura que não, é absolvido; por isso se diz que aquelle que jura um facto verdadeiro contra si, condemna-se a si proprio. Aquelle que jurou dever, sendo demandado pela mesma causa, com as mesmas razões e pela mesma pessoa, póde defender-se pela excepção de juramento, e desde que esta é allegada, não se trata mais de verificar o facto da causa principal, mas tão sómente o facto da excepção,

(1) Chamão-se acções de juramento d'alma aquellas em que o tutor deixa ao juramento do réo a prova do direito que pretende.

isto é, se existe ou não juramento, e desde que o réu prova que jurou não dever, a acção não continúa, porque o juramento extingue o direito de acção.

O mesmo acontece com a excepção de *cousa julgada*; desde que a causa já foi julgada, que existe uma sentença, como esta faz do preto — branco, do circulo — quadrado, aquelle que tem uma sentença a seu favor, tem por si a verdade; se, pois, alguém o demandar e elle provar que o objecto sobre que se demanda, se foi pelo autor demandado, com as mesmas razões, e que da sentença que reconheceu o direito do réu não ha mais recurso, não continuará a acção, esta excepção a perime, e desde que ella é allegada, não se discute mais a questão principal, sem primeiro se verificar se existe ou não a autoridade de *cousa julgada* (1).

Constitue a *cousa julgada* uma excepção, porque o que a allega não ataca o facto principal, propõe-se a provar um facto de uma ordem differente, pelo qual não tem o autor ingresso no juizo, para lhe propôr a acção que pretende.

E' tambem a *prescripção* uma excepção, que completamente perime a acção do autor, e se demonstra isto do mesmo modo porque temos demonstrado aa outras excepções que temos analysado. Como ella funda-se na posse por um certo tempo, e esta transfere o dominio, o que allega não precisa combater os titulos de dominio apresentados pelo autor, basta provar essa posse, revestida das condições legais, para perimir a acção e o direito do autor. Dá-se o mesmo quanto á *transacção*; como esta transfere o direito, passando uma obrigação de uma pessoa para uma outra, logo que se a allega, trata-se de verificar se realmente houve essa transacção de direito, e se ella se provar, não póde continuar a acção (2).

O que se dá, porém, a respeito destas excepções que temos apresentado, não é o mesmo que se dá em relação áquellas excepções que erão concedidas pela equidade do pretor, porquanto, estas não inibem o ingresso do juizo, o processo continúa, e afinal, na sentença, o juiz as aprecia juntamente com a causa principal. Servem de exemplo destas excepções, as que o Comp. apresenta, e que acima enumeramos. Assim, as excepções de *medo ou de dolo*, ainda que não extinguão desde logo a obrigação pelo rigor do direito, a equidade não tolera que al-

(1) Dos requisitos da excepção *rei judicatae*, trata Per. Souza. nt. 298.

(2) A transacção é igualada á *cousa julgada*. Dig. L. 12 T. 2 frg. 2 — *Jus jurandum speciem transactionis continet: majorem que habet auctoritatem, quam re judicata*. — Daqui vem que nella se devem verificar os requisitos da *cousa julgada* (nt. anterior) Mendes — P. 1 L. 3 C. 4 n. 2. Não é ouvido alguém contra a transacção, sem que primeiro apresente em juizo o que em virtude della recebêra. Lei de 31 de Maio de 1774. Cod. *de transact.* Lei 14.

quem se locuplete com a riqueza alheia, por consequencia aquelle que serviu-se de uma violencia para constituir outrem em uma obrigação, praticou um acto reprovado, não é pois de justiça que lucre com esta torpeza; por isso o pretor admittiu que esses factos podessem ser apresentados como excepções, mas, como não erão de direito stricto, o feito continuava, e o juiz só as julgava a final, quando tinha tambem de sentenciar sobre a causa; por esta razão, denominão-se as excepções — *ipso jure*— *lite finita* — porque, uma vez apresentadas e provadas, o feito parava, perimiam-se o direito do autor (1). Todavia, não obstante esta differença do direito commum, de excepções que impedião o ingresso do juizo, e de excepções que não impedião, as proprias excepções — *lite finita* — podião ser julgadas no final da causa, quando se proferisse a sentença, e isto tinha lugar quando o excipiente, deduzindo a excepção, não podia provar a immediatamente, por isso que ella dependia de alta indagação: diz se que dependia de alta indagação, quando o facto allegado não era liquido e que era preciso muito exame para verifical-o.

Quando se apresentava uma excepção peremptoria *ipso jure* e não se a podia provar immediatamente, o juiz, neste caso não a julgava logo, reservava o seu julgamento para o final e proseguia na causa. Disse, porém, que esta classificação não tinha importancia no direito patrio, e a razão é a seguinte: entre nós a fôrma de processar as excepções é diversa da que se seguia no Direito Romano, sendo por isso tambem diverso o meio de apresental-as.

No direito commum, offerecida a excepção *ipso jure*, o juiz, se era liquida, a julgava desde logo; se não era, reservava o seu conhecimento para o final da causa. No nosso direito se estabelece uma fôrma especial: offerecida a excepção peremptoria, assignão-se dez dias para a prova, que é para prevenir o caso de se precisar de maior indagação; se se liquida, julga-se desde logo; se se não liquida, por depender de alta indagação, admitte-se-a para ser julgada com a sentença final. Como, porém, este processo se dá em quaesquer excepções peremptorias, mesmo nas que forão introduzidas no Direito Romano pela equidade no pretor, e como do mesmo modo se julgão, dissemos que não tem importancia esta classificação de excepções peremptorias que fazia o Direito Romano. Se são provadas, perime-se a causa; se não são desde logo provadas, despreza-se-as e continúa o feito; se dependem de alta indagação, o juiz recebe-as por principio de contrariedade para julgal-as depois. Em todos esses casos, o principio do nosso direito que regula as excepções peremptorias, regula tambem as dilatorias.

Diz o Comp. *simulação*, o que se entende sendo feita em fraude de outrem e não por justa causa, porque então não é prohibida; nem quando alguem deve por uma causa, e finge dever por outra, porque

(1) Dig. L. 4 T. 2 *quod metus causa* e T. 3 *de dolo malo*.

pelo consentimento das partes, a primeira obrigação transmutou-se na segunda.

É preciso entender-se o que significa juridicamente a simulação, porquanto não ha quem não diga que a simulação é um contracto, tem-se, porém dito isto tão latamente, que se tem transtornado o direito. Diz-se que ha simulação quando se finge um contracto e na realidade se faz um outro, quando o contracto que realmente existe não é aquelle que resulta dos termos d'elle. Póde ter lugar a simulação por um de dous modos: fingir que se faz um contracto com o fim de enganar uma terceira pessoa, ou com um fim particular, do qual não resulte prejuizo á alguém. Supponha-se, por exemplo, que um individuo é devedor á outro de uma certa quantia, e para não pagar finge uma hypotheca dos seus bens para que os seus credores anteriores, se o quizerem executar, não encontrem bens para isso; não ha aqui uma hypotheca, por isso que a obrigação que o hypothecante contrahiu para com uma terceira pessoa, não era uma hypotheca e sim um deposito ou outro qualquer contracto; ha neste caso uma verdadeira simulação, porque este engano tem por fim prejudicar a uma terceira pessoa. Mas, se o individuo, por exemplo, em vez de fazer uma venda faz uma troca, não ha ahi uma simulação, se não resultar prejuizo para alguém, porquanto nada póde influir para o direito, que as partes declarem que o contracto foi de uma especie dilferente daquella que realmente existe, quando não proveio desse contracto prejuizo a alguém. Como neste exemplo, que figuramos, em ultimo lugar houve uma simulação, mas não houve prejuizo de alguém, se diz que esta simulação não é reprovada em direito, valendo o contracto como se fosse feito com a sua denominação propria. Por estas razões concluímos com o Comp., que a simulação não é prohibida, quando não é feita em fraude de outrem; devendo por isso, o que quizer ataca-la provar que soffreu por essa simulação uma lesão, e não o provando, não póde oppor-se á ella, e tanto é assim, que os Srs. vêm todos os dias praticar-se o seguinte: comprar um individuo uma casa, declarar na escriptura o vendedor que recebeu o dinheiro, e o comprador lhe passar uma obrigação desse dinheiro: nesta hypothese não ha uma fraude, porque presume-se dous contractos, um de venda e outro de emprestimo, o que não é prohibido, por quanto, realmente seria um acto inutil, que o vendedor recebeste o dinheiro, e nessa mesma occasião emprestasse ao comprador, passando-lhe este uma obrigação: o comprador não entrega o dinheiro da venda, o vendedor declara que o recebeu, e recebe do comprador uma obrigação desse dinheiro. Como dissemos, pois, não ha aqui uma fraude, ha dous contractos.

Passemos ao paragrapho seguinte.

§ IV

Trata o Comp. neste § das excepções *anomalas, prejudici-*

aes, reaes, pessoas, perpetuas e temporaes. Vamos, neste § estudar certas excepções que se chamão anomalias, por isso que, podem produzir ambos os effeitos de dilatorias e de peremptorias, e ser oppostas, tanto antes como depois de contestada a lide.

Não tendo hoje mais tempo, estudem os Srs. toda a doutrina do §, a qual não precisa de maiores desenvolvimentos, visto que o Comp. limita se a apresentar as noções dessas diversas especies de excepções que menciona e cita as leis e autoridades em que basease.

LICÇÃO XXIX

Continuaremos com o estudo das EXCEPÇÕES.

§ V

Trata o Comp. nesta § do *tempo em que devem ser oppostas as excepções.*

Já vimos que, offerecido o liello, dá-se vista á parte contraria, para vir com a sua contrariedade. E' durante esta dilação que se designa ao réo para apresentar a sua contrariedade, que elle pôde offerecer as excepções que tiver, as quaes são processadas incidentemente, suspendendo-se o andamento da causa principal (1). Manda a Ord. que neste tempo em que o réo tem de apresentar a sua contrariedade, venha com todas as excepções que tiver ao mesmo tempo, e isto é para evitar que a parte que tem muitas excepções, deduzza uma por uma, até que alguma lhe seja aceita, o que tornaria o processo muito demorado. Aquelle, pois, que tiver muitas excepções a oppôr á intenção do autor, deve logo vir com todas. E' esta a regra geral, mas o Comp. diz, que em alguns casos pôde-se apresentar excepções, ainda depois da contrariedade, e estes casos são: 1º, se o réo jurar que não foi sabedor de que tinha tal excepção, ou se forem excepções dilatorias que sobrevierão depois da con-

(1) Nas causas commerciaes só suspendem o curso da causa as excepções de incompetencia e suspeição do juiz, de illegitimidade das partes, de litespendencia e de cousa julgada, visto serem as unicas excepções que, como taes se podem oppôr. — Reg. n. 737 de 1850, art. 74. Nas causas summarissimas, que correm perante os juizes de paz só as excepções de incompetencia e suspeição suspendem o curso da causa principal. — Reg. de 22 de Nov. de 1871 art. 63 § 8. Vd. nt. a pag. 33.

trariedade (1). Se, pois, o réo, ao tempo que contrariou o libello ignorava o facto da excepção, ou se elle sobreveio depois, não deve, pela razão natural, ficar privado do direito de allegar essa excepção. O 2º caso, em que pôde se apresentar excepções depois da contrariedade, é se ellas forem peremptorias e de tal natureza que annullem todo o processo e o juizo. As nullidades são de duas especies: umas que operão *ipso jure*, outras *ope exceptione*; tem naturezas diversas essas duas especies de nullidades. As excepções que operão a nullidade *ipso jure*, são taes que, estando ar processo affecto de uma destas nullidades, se considera elle como não existente, mesmo depois de proferida a sentença, e extinctos todos os recursos, pelos quaes se a pôde atacar. Pôde esta excepção oppôr-se em qualquer tempo. Ha outras excepções, porém, que não tem tanta força, e estas são as que operão *ope exceptione*, as quaes se as partes não as deduzem em tempo opportuno, não podem ser mais conhecidas, porque presume se que ellas tem renunciado ao direito de apresental-as.

Quando o processo está affecto de uma nullidade *ipso jure*, como estas são taes que annullão todo o processo, pôde a parte que as tiver, apresental-as em qualquer tempo, e é esta uma verdadeira excepção de que o juiz deve conhecer. Assim, por exemplo, se se processar um feito sem contrariedade, replica ou treplica, que são termos substanciaes delles, ou sem conciliação, nos casos em que a lei a exige, como essen factos operão no processo nullidades das chamadas *ipso jure*, pôde a parte allegal-as em qualquer tempo, como diz o Comp., não só depois da contrariedade, assim como depois de proferida a sentença.

Diz o Comp. que *tambem podem ser oppostas em todo o tempo as chamadas anomalias, como a do Velleiano, Macedoniano e outras*. São chamadas anomalias essas excepções, porque podem ser deduzidas em qualquer tempo do feito. Como o Velleiano é um favor concedido ás mulheres em certos casos, é o Macedoniano um favor concedido aos menores de vinte annos tambem em certos casos, afim de que não prevaleção certos contractos por elles feitos, por isso, para dar mais força a prohibição destes Senatus Consulto, admittiu-se que as excepções provenientes delles, se pudessem allegar em qualquer tempo; por

(1) A Ord. do L. 3 T. 49 § 3 é expressa, Paula Baptista (*Comp. do Proc. Civ.* § 106 nt. 2) porém entende que no caso das excepções dilatorias serem de nove sobrevindas ou conhecidas, não seguem o mesmo curso, nem devem interromper o surgimento da causa, reservando-se a sua materia para embargos. Postoque achemos razoavel e conveniente uma tal praxe, e evite ella a chicana, entretanto, não só a repelle a citada Ord: como a torrente de Praxistas, referidos na nt. a do Repertorio pg. 357 ás palavras — “Excepção dilatoria que se sabe de novo se pôdia allegar depois da lide contestada.” Em relação, porém, as excepções peremptorias a Ord. do L. 3 T. 50 *princ.* não contraria completamente a opinião do Dr. P. Baptista.

esta razão foi que se deu a estas excepções o nome de anomalias.

Diz finalmente o Comp. que a *excepção de suspeição*, porém, precede á *qualquer outra*, ainda mesmo á *de incompetencia*. Funda-se esta proposição do Comp. nas Ords. que elle cita do liv. 3º, tit. 21 § 2º, e tit. 49 § 1º, as quaes, á primeira vista parecem não autorisar esta doutrina, mas os Srs. estudem-as com attenção que hão de vér que realmente nellas se fundamenta a doutrina do Comp.

Segue o Comp. a opinião de que, a excepção de suspeição deve preceder a qualquer outra, porque, como a excepção de suspeição é tal que inutilisa o juizo, em razão da impossibilidade legal, que elle tem de tomar conhecimento do feito, deve preceder á qualquer, ainda mesmo a de incompetencia, por isso que, se a parte recorre á excepção de incompetencia, em primeiro lugar julga o juiz competente para julgar em relação ás pessoas que tomão parte no feito, e como é o proprio juiz que toma conhecimento de sua competencia, a parte, sujeitando-se a este julgamento do juiz, concorda que elle deve julgar do feito; portanto, quando alguém tiver a oppôr as duas excepções — a da suspeição e a de incompetencia — deve em primeiro lugar oppôr a de suspeição, que é a incompetencia do juizo, para conhecer de litigios movidos entre certas pessoas, e só em segundo lugar oppôr a de incompetencia, que se refere a não ter o juiz jurisdicção para conhecer da causa (1).

§ VI

Intitula-se este § *processo das excepções dilatorias*. Neste § encontrarão os Srs. todo o processo das excepções dilatorias resumidamente exposto; daremos entretanto, um desenvolvimento mais amplo, para que melhor comprehendão este processo.

Já virão os Srs. que as excepções devem ser oppostas no tempo da contrariedade, e deve a parte deduzil-as por artigos, salvo se a excepção fôr de *libello inepto*, a qual se deduz por cóta nos autos; deduzidas por artigos as excepções dilatorias que a parte tiver, deve ella concluir, isto é, pedir que, provados aquelles artigos, não seja noutra parte admittida a continuar no processo. Assim, por exemplo, se a excepção apresentada fôr — a de falso procurador — deve a parte que allega esta excepção, terminar os seus artigos, pedindo que não seja o autor admittido a accionar, sem constituir verdadeiro procurador. Finda a dilação, offerece o excipiente os seus artigos em audiencia ou no cartorio do escrivão, este recebimento é como o do libello, e por isso não precisamos repetir, o juiz recebe *si et in quantum*, dando vista ao excepto para a impugnação da excepção, e vol-

(1) “Excepção que recusa a pessoa do juiz se allega primeiro.” — Rep. T. 2 pg. 357 — Guerreir. *de Recusat*, L. 4 c. 1 ns. 1, 11 e 12.

tando depois ao exceptante para combater a impugnação e sustentar a excepção.

Differe do libello este processo, porque no libello o juiz depois que o recebe é que manda dar vista ao réo; na excepção o juiz antes de recebê-la manda com vista á parte para a impugnação, consistindo esta em um arrasado, no qual mostra a parte que não deva ser recebida a excepção; produzidas as razões de impugnação, voltão os autos ao exceptante para mostrar que a impugnação não procede, e que deve ser recebida a excepção. Findo isto, faz-se os autos conclusos ao juiz para julgar.

O juiz pôde dar direcções diversas ás excepções e é preciso conhecer-se bem essas direcções, porque, quer como advogado, quer como juiz, precisa-se bem conhecer esta materia, afim de que não succeda dar-se sentenças disparatadas, e em que se faz uma embrulhada do direito, como muitas vezes se vê. Por este motivo mostraremos as diversas hypotheses e as direcções differentes que podem tomar as excepções.

Se a excepção é tal que o seu fundamento vem provado desde logo com documentos, ou se é fundada em direito expresso, o juiz immediatamente a pôde receber, porque para as questões de direito ella não necessita de ouvir a discussão entre as partes, podendo julgar immediatamente se é questão de direito; se, porém, a excepção vem provada com documentos, o juiz não julga immediatamente, mas simplesmente a recebe; mas tambem a recebe simplesmente se ella é procedente e não vem provada; se, porém, ella nem é procedente nem vem provada despreza-a. Mostraremos as razões porque assim se procede: se a excepção é fundada em direito expresso, o juiz pôde recebê-la, porque elle é o competente para conhecer da questão de direito. Se os fundamentos da excepção são procedentes, e ella vem provada com documentos, o juiz recebe-a não a deve porém julgar-a logo, porque fundando-se em factos precisa-se ouvir sobre elles a parte contraria; deve, pois, receber simplesmente a excepção e dar vista á parte para contrariar a prova produzida pelos documentos.

Quando a excepção é procedente, mas não vem provada, ainda deve o juiz recebê-la simplesmente, porque o lugar competente para se apresentar as provas é o termo probatorio: desde, pois, que o allegado sendo provado dê vencimento a intenção do exceptante, não deve o juiz deixar de receber, por isso que a prova tem o seu lugar competente em que deve ser apresentada. Quando, porém, (esta é a ultima hypothese), os artigos apresentados não são procedentes, isto é, quando provados não influem no direito do réo, deve desde logo o juiz não recebê-los; assim, por exemplo, se o réo allegar que nada deve ao autor, porque o Papa está em Roma, como isto nada influe no seu direito, não deve o juiz receber a excepção.

Se o juiz, julgando improcedente os artigos de excepções, não os recebe, diz-se então que os despreza *in limine*. Daqui

resulta a distincção que fizemos em uma das licções anteriores do recebimento *si et in quantum* e por *desembargo*, a qual não é uma subtileza de escola, tem uma realidade pratica.

Quando o juiz recebe o libello, como este recebimento é *si et in quantum*, elle não attende se a materia é procedente ou não, recebe-o, se é de receber e enquanto é de receber, para o fim de o réo vir com sua contrariedade e guarda para o final da causa o pronunciar-se sobre a sua ou não procedencia. Com as excepções não se dá o mesmo; desde que ellas são apresentadas, o juiz pronuncia logo um juizo prévio, isto é, se são ou não procedentes para provar a intenção do excepiente, por isso é que se diz que as excepções são recebidas por *desembargo*. Depois das excepções terem sido discutidas entre as partes, sobem os autos ao juiz para este proferir o seu julgamento, segundo o pedido pelo excepiente, ou para desprezar as excepções e mandar continuar o processo, vindo o réo com a sua contrariedade, ou finalmente recebendo simplesmente para vir a parte com a sua impugnação e ser afinal julgadas depois de todos os arrasoados das partes.

Quanto a este julgamento final é preciso entender se, elle póde ser contrario ou favoravel á excepção. Na licção seguinte mostraremos que não ha contradicção entre os actos do juiz pelos quaes primeiro julga procedente a excepção, e depois no final pronuncia um julgamento contra ella.

LICÇÃO XXX

Continuamos ainda com o estudo do § VI, em que trata o Comp. do *processo das excepções dilatorias*.

Na licção antecedente mostramos o processo das excepções dilatorias, e dissemos que a excepção dilatoria, depois de offerecida, impugnada e sustentada, podia o juiz recebê-la de diversos modos: recebê-la e julgar-a provada, quando a sua materia fosse consistente em direito expresso, ou desprezê-la *in limine* quando as razões produzidas não fossem procedentes para dar vencimento ao excepiente, ou receber o juiz simplesmente as excepções para dar lugar á discussão e prova, julgando afinal sobre o seu merecimento. Por esta occasiao mostramos que não havia contradicção entre o juiz receber a excepção e depois julgar contra ella, isto é, não julgar-a provada.

Tem isto lugar quando a excepção é tal que versa sobre factos, que provados, importarão um julgamento a favor do excepiente, neste caso se diz que a excepção é procedente; mas pode o excepiente deduzir factos procedentes e não proval-os, e tanto faz allegar factos procedentes e não proval-os, como nada allegar: assim supponhão os Srs. que a excepção allegada é a de — falso procurador —, o facto por si só é sufficiente

para dar vencimento á excepção do réo, por isso o juiz a aceita, porquanto o réo não é obrigado a provar logo, porque essa sua obrigação só existe dentro do termo probatório; se, porém, elle durante esse termo não prova, o juiz a rejeita: temos, pois assim, que o juiz deve receber esta excepção, porque o facto é procedente; mas podendo atsootecer que o excepiente não a prove, durante o termo probatorio, no julgamento final o juiz a despreza. Daqui resulta que quando o juiz tiver de julgar das excepções depois dellas terem sido recebidas, precisa conhecer estes principios para não dar uma sentença injusta: neste caso o juiz julga a excepção provada, ou não, e não se ella é ou não procedente.

Duas são as idéas que o juiz tem a indagar quando lhe são apresentadas as excepções: se ellas procedem e se são provadas. Quando o juiz tem de julgar a excepção, depois de impugnada pelo excepto e sustentada pelo excepiente, a sua decisão é sobre a procedencia ou não da excepção, e quando tem de julgar afinal, é se ella está ou não provada.

Feita esta explicação vê se que não ha contradicção, por isso que quando o juiz julga afinal, julga se a excepção está ou não provada, e quando recebe a excepção tem só em vista a sua procedencia.

Diz o Comp. que — *sendo desprezada a excepção, assigna se ao réo novo termo para a contrariedade; sendo, porém, simplesmente recebida, segue seu curso ordinario, dando lugar á contrariedade, replica e treplica, dilações ordinarias para a prova e razões finaes.*

Depois de recebida a excepção, corre ella o curso das causas ordinarias, por isso o Comp. enuncia esta proposição.

Continúa o Comp.: — *provando o réo a materia da excepção, o juiz o absolve da citação e condemna o autor nas custas.*

Correndo o processo da excepção, o juiz afinal pronuncia o seu juizo; se o excepiente prova, o juiz julga a excepção provada, absolve o réo da citação, condemnando nas custas o excepto. Absolve da citação o réo, mas não da causa, e absolve da citação, porque não pôde o autor figurar do feito, na hypothese da excepção do falso procurador, sem a parte apresentar legitimo procurador, ficando obrigado a mandar de novo citar o réo; se julga não provada a excepção o declara por sentença e manda ao réo que venha com a sua contrariedade, porquanto ficando a causa suspensa pelo incidente da excepção, desde que este dec de-se, continua a causa principal seus termos, e segue se a contrariedade do réo.

Diz o Comp. que — *quando a excepção fôr de — libello inepto — deve ser proposta por uma cota, razoando se contra o libello no termo assignado para a contrariedade.*

As excepções correm o processo regular que temos visto, salvo quando ellas forem de libello inepto: neste caso, não se procede da mesma fórma, offerece o réo uma simples cota nos autos, pela qual mostra que o libello não procede, que não pôde ser recebido, e que deve o juiz absolver o réo da instancia.

E' preciso mostrar qual a fazião porque neste caso é esta excepção offerecida por simples cota.

Como a questão, offerecida esta excepção, é sobre o libello e os factos nelle deduzidos, será um erro de processo offerecer-se razões articuladas, quando ellas não se põem em discussão, por isso que esta versa sobre o proprio libello; quando a excepção é fundada em factos alheios ao libello, e que tem o poder de impedir o andamento d'elle, como as questões são independentes, não podem ser discutidas senão em artigos especiaes; quando porém a excepção é sobre o deduzido no libello, equivale ella á impugnação nos processos regulares das excepções, e tanto é assim que, neste caso, tem o réo vista, o que equivale á vista dada para a impugnação nas excepções regularmente processadas. E' por esta razão que a Ord. manda que a excepção de libello inepto seja offerecida por uma simples cota. (1)

A excepção de libello inepto póde era geral concluir por um de dous modos, tendo cada um delles effeitos diversos: ou que o libello é tal que, segundo a sua fôrma, não póde ser recebido, e neste caso ataca-se o libello quanto á fôrma, ou póde-se ataca-lo quanto ao fundo, quanto ao direito do autor, mostrando o réo que dos factos deduzidos não resulta o direito de pedir. No primeiro caso, como o libello é inepto por falta das solemnidades exigidas para elle, pronunciando-se o juiz a favor da excepção, absolve o réo da instancia, e querendo o autor continuar, precisa mandar de novo citar o réo e apresentar libello em fôrma.

No segundo caso, isto é, quando na excepção de libello inepto se allega que da narração do autor não se conclue o seu direito, sendo a sentença a favor do excepiente, se declara o autor sem direito.

Dissemos que as excepções dilatorias dilatão o feito, mas não o perimem, por isso classificamos a de libello inepto nesta classe, podendo porém esta excepção atacar tambem o direito do autor, como acabamos de vêr, e perimindo neste caso a acção a sentença favoravel ao excepiente, por isso tambem póde esta excepção ser peremptoria; por esta razão se diz que a excepção de libello inepto participa de ambas as naturezas — de dilatoria e de peremptoria.

Os Escriitores classificão geralmente esta excepção como dilatoria, por isso que é o modo mais geral porque ella se apresenta. Do facto de poder ser a excepção de libello inepto, umas vezes dilatoria, outras peremptoria, resulta que os recursos do excepiente, quando se julgar contra a sua excepção, tambem são diversos: da sentença que julgar a excepção de

(1) Convêm ainda observar que a cota de *libello inepto* sendo tendente a mostrar a improcedencia do libello, é questão de direito e as desta natureza independem de artigos.

libello inepto, quanto a fôrma, ha aggravo; quando, porém, fôr de libello inepto, quanto ao fundo, o recurso é de appellação, porque como esta decisão dá fim á causa, tem a sentença, comquanto interlocutoria, força de definitiva, e a regra é que de todas as sentenças definitivas ou interlocutorias, com força de taes, ha appellação. (1)

Convêm que os Srs. attendão bem a isto, e que na sua pratica, quando tiverem de recorrer, observem bem se o julgamento absolve o réo da instancia tão sómente, ou se manda pôr a acção em perpetuo silencio e determina que nada mais se falle sobre ella, por isso que das sentenças na primeira hypothese ha aggravo, e na segunda ha appellação. E' isto o que diz resumidamente o Comp. na nota *f.* (2)

(1) Da excepção de libello inepto trata especialmente a Ord. do L. 3º, T. 20, § 16. Se o juiz despreza a excepção e manda o réo vir com a sua contrariedade não ha recurso algum; se, porém, o juiz recebe a excepção, pôde o recurso variar conforme a excepção affecte o fundo da questão ou a fôrma do processo, tornando-se dilatoria ou peremptoria (Silva Coment. a esta Ord.) Se a excepção tornou-se peremptoria o recurso é appellação, pois tem a sentença força de definitiva; se, porém, é meramente dilatoria, como por exemplo no caso de o autor omitir a conclusão no libello, o recurso é de aggravo, e de petição ou instrumento, sem embargo da doutrina ensinada por Moraes Carvalho — *Praxe Forense* — § 246, que indistinctamente dá o recurso de appellação para o caso em que o juiz julga o libello inepto, e sem embargo tambem do art. 1º do Reg. de 15 de Março de 1842 não mencionar este caso no numero daquelles de que se pôde interpôr tal recurso. A Ord. usa das expressões — *dando appellação ou aggravo*, porque ambos os recursos se podem intentar conforme os casos. Ha nesta hypothese absolvição da instancia, e destas sentenças o cit. Reg. dá recurso de aggravo de petição ou instrumento no § 2º, e não obstante só mencionar os casos da Ord. do L. 3º, T. 14 pr. e T. 20, §§ 18 e 22 a razão é a mesma, pelo que se deve julgar tambem esta hypothese comprehendida nesse §. O Reg. de 15 de Março de 1842 deve neste ponto ser interpretado sempre em sentido favoravel ao recurso, não só porque na duvida antes se dê do que se tire recurso, como porque o art. 120 da Lei de 3 de Dez. de 1841 restaurou a respeito a legislação antiga que o art. 14 da Disp. Prov. abrogára.

(2) De qualquer decisão sobre excepção declinatoria o recurso é de aggravo de petição ou instrumento — Reg. de 15 de Março de 1842, art. 15, § 1º — Ord. L. 1º, T. 6º. § 9º e L. 3º, T. 20, § 9º. Da decisão que recebe outra qualquer excepção dilatoria, que a despreza, ou que a não julga provada o recurso é de aggravo no auto do processo — Ord. L. 3º, T. 20. §§ 9º e 15. Da decisão que julga provada a excepção, o recurso é de appellação, visto ter a sentença força de definitiva — Ord. L. 3º, T. 20, §§ 9º e 15. — Cit. Reg., art. 30.

§ VII

Inscribe-se este § — *do processo das excepções peremptorias*.

A materia deste § é difficil, principalmente porque versa sobre a intelligencia da Ord. Liv. 3º Tit. 20, § 15, que parece de facil intelligencia, mas que no entretanto tem muito dividido os commentadores em opiniões diversas e diversas interpretações. Diremos como deve ser entendida esta Ord., apresentando qual a fôrma do processo das excepções peremptorias, que é a materia de que ella se occupa.

Quanto é excepção dilatoria vimos que offerecida dá-se vista ás partes para impugnal-a e sustental-a, e que ao depois é que tem lugar o seu ou não recebimento; a peremptoria logo que é apresentada segue um processo diverso, independentemente de vista assigna o juiz dez dias ao exceptiente para proval-a, e em vista da prova a recebe ou rejeita, como faz nas dilatorias; nas excepções peremptorias, pois, o juiz sem dar vista ás partes, assigna logo dez dias para a prova, porque estas excepções são daquellas que, segundo o direito, como vimos, embargão o ingresso no juizo, e para que ellas embarquem a entrada do juizo é de necessidade que o exceptiente as prove, mas nem sempre podendo elle fazel-o incontinenti, resulta dahi a necessidade de um praso para provar, quer seja a prova consistente em documentos, quer em factos: e isto porque o réu não sabendo quando terá de ser chamado a juizo, pôde não ter preparado a defesa do seu direito, deve-se-lhe por isso assignar um termo razoavel, dentro do qual possa elle provar o que allega, sobretudo se a prova fôr testemunhal não pôde desde logo ser produzida.

Esta fôrma de processo resente-se da fôrma de proceder no direito civil dos Romanos, porque quando erão apresentadas excepções peremptorias, o juiz conhecia immediatamente dellas, mas quando não podia logo deliberar, reservava o julgamento para a sentença final, julgando então a excepção com a materia principal. A Ord., porém, que em materias de processo se conformou mais com o Direito Canonico, do que com o civil dos Romanos, enxertou no nosso direito esta pratica do Direito Canonico. No processo do Direito Canonico, offerecido o libello ou quaesquer articulados, as partes tem vista para dizerem a bem de seus direitos, e poderem offerecer provas, para não serem recebidos o libello ou esses articulados, por isso os articulados no Direito Canonico, antes de serem recebidos, passam por uma discussão. Os Srs, podem ver isto em Caminha — *de Libellis* — ult. part. — *Do Proc. Ecclesiastico*. — Por brevidade limitamo-nos a estas considerações.

Diz a Ord. L. 3º, T. 20, § 15, que produzida a prova sobre as excepções, o juiz tem de pronunciar a sentença e se as despreza simplesmente, não condemnando nem absolvendo, o réo pôde reproduzir essas excepções que assim não forão rece-

bidas na contrariedade; mas, se as excepções forão recebidas e depois de provadas se julgou contra ellas, não podem mais ser produzidas na contrariedade.

E' preciso que os Srs. comprehendfio bem isto, e saibSo qual a razão porque assim se procede. A razão porque quando a excepção é desprezada se a póde reproduzir na contrariedade é a seguinte: o pronunciamento do juiz sobre ella foi sem apreciar provas, não foi em juizo plenario, não póde por isso ter o mesmo effeito que quando o julgamento é proferido em juizo plenario; não sendo pois no juizo plenario que o juiz despreza a excepção, não está o réo inhibido de produzil-a na contrariedade, porque ainda não houve sobre ella um julgamento; se, porém, o juiz a despreza depois da prova, não póde mais o réo reproduzil-a, porquanto neste caso o julgamento é feito em vista das provas, e considera como não procedente. E tanto assim é que da sentença do juiz que despreza a excepção antes da prova, ha agravo e da sentença do juiz que a despreza depois da prova, ha appellação.

Convém ainda explicar algumas particularidades que se podem dar no processo das excepções peremptorias. Offerecidas estas excepções e assignado um praso para a sua prova, o juiz póde julgar — ou que ellas são procedentes e provadas —, ou que são procedentes, mas não provadas —, ou que não são procedentes, nem provadas.

Continuaremos na proxima licção a examinar estas diversas hypotheses que se podem dar no processo das excepções peremptorias.

LICÇÃO XXXI

Continuamos com o estudo do § VII, em que trata o Comp. do — *processo das excepções peremptorias*.

Dissemos que offerecidas as excepções peremptorias, o juiz assigna dez dias para a sua prova e que, findo esse praso o juiz podia dar um dos tres seguintes despachos: — ou recebê-las e julgar-las provadas —, ou recebê-las e mandar ao excepto que contrarie —, ou desprezal-as *in limine*.

Vimos que o juiz devia receber as excepções e julgar-las provadas, quando ellas fossem consistentes em direito, porque sendo taes não precisa o juiz para conhecê-las de mais esclarecimento ou de discussão, porquanto deve elle conhecer o direito. E' nesta hypothese que o juiz póde receber as excepções e julgar-las provadas.

Quando, porém, ellas consistirem em factos, como estes não se presumem, precisão serem provados, deve o juiz receber a excepção simplesmente, e mandar o excepto contrariar, e

ainda que o exceptante prove a excepção, o juiz deve recebel-a simplesmente. A razão porque ainda quando provada plenamente a excepção pelo exceptante, deve o juiz recebel-a simplesmente, é porque em juizo todas as provas por mais fortes que sejam, podem ser atacadas ainda mesmo quando ellas forem de escriptura publica, porquanto ainda esta pôde ser atacada de falsidade, simulação e muitos outros factos que completamente tirão a sua força.

Por isso não é de justiça que o autor que em relação á excepção é considerado como réo, seja julgado sem ser ouvido, sem apresentar a sua defesa; é por esta razão que dissemos que ainda provando o exceptante a sua excepção, não deve o juiz recebel-a e julgal a provada, mas tão sómente recebel-a simplesmente, para dar lugar á defesa do excepto.

Ha ainda além desta uma razão juridica, e é que uma sentença que é proferida contra alguém, sem que seja elle ouvido, em um processo que não é plenario, em que não houve discussão, não tem a mesma força que quando é proferida nesse juizo quando a parte é ouvida.

Tem esta doutrina seu fundamento no § 15 da Ord. L. 3º, T. 20, citado pelo Comp., que dintingue o despacho do juiz, quando julga da excepção, ouvindo o excepto, e quando julga sem ouvil-o, e tanto que no primeiro caso dá appellação deste despacho, porque embora interlocutorio, o considera com força de definitivo, e no segundo caso como elle é meramente interlocutorio, dá o recurso de agravo. E é por ter sido a parte ouvida no primeiro e não o ter sido no segundo, que se considera o julgamento do juiz, na primeira hypothese definitivo, na segunda interlocutorio.

Eis pois as razões pelas quaes embora o exceptante dentro do decendio prove completamente a sua excepção, fundando-se ella em factos, deve o juiz recebel-a simplesmente.

O terceiro despacho que o juiz pôde dar, como vimos, é desprezar a excepção e mandar ao réo que venha com a sua contrariedade.

Nesta hypothese elle assim procede porque julga que as razões apresentadas pelo exceptante para fundamentar a sua excepção não são procedentes, e diz a Ord. que quando forem as excepções desprezadas pelo juiz, poderá o réo produzil-as na contrariedade, e isto porque como este despacho do juiz, desprezando a excepção, foi interlocutorio, não declarou — direito, por isso não inibe ao réo de reproduzil-a, por isso que não ha — cousa julgada.

A praxe tem admittido que quando se offerecem excepções peremptorias, o juiz independente de mais delongas assigna os dez dias para a sua prova, e findo elles as recebe por principio de contrariedade, mandando seguir o feito e evitando assim estes diversos julgamentos sobre ellas que temos analysado.

Esta praxe é louvada por muitos dos nossos Escriutores e parece que com algum fundamento, porque como as excepções peremptorias podem também ser deduzida por materia de Contestação a intenção do autor, por isso abrevia-se o processo mandando, findos os dez dias, o réo addir a sua contrariedade e seguir o feito os seus termos até a sentença final, sendo nesta occasião julgada a excepção juntamente com a materia da causa.

E' preciso, porém, que não se adopte materialmente esta opinião, porém sim, segundo o direito, e para que se comprehenda bem quando deve o juiz usar deste meio louvado pela praxe, convém que digamos mais alguma cousa. Vimos anteriormente que as excepções peremptorias erão de duas especies — *lite finita* e *simpliciter*: as primeiras erão aquellas que têm a força de poder embargar o ingresso do juizo, a continuação da acção, o que quer dizer que uma vez ellas offerecidas suspendia-se a causa, discutia-se a excepção e pronunciando se o juiz a favor della estava a lide finda, era um incidente que se discutia prévia e independentemente da causa principal; a segunda espécie de excepções peremptorias, porém, aquellas que perimão a acção, mas que não têm a força de embargar-a, o juiz dellas tomava conhecimento, mas sem prejuizo da acção intentada, e julgava-as quando conhecia da acção principal. São, pois, essas duas especies de excepções peremptorias de natureza diversa: umas suspendem a acção, as outras servem de contestação á lide, seguindo a causa seus termos, e só conhecendo o juiz dellas na sentença final. (1)

Feita esta explicação, applicuemol-a á questão que estudamos. Apresentada uma excepção peremptoria deve o juiz conhecer a sua natureza: se é *lite finita*, deve ver se o excepto provou-a ou não; se provou-a, o meio regular é recebê-la simplesmente, porque, como embarga a acção, não pôde regularmente recebê-la por principio de contrariedade e isto porque, como segundo o direito, pôde ser ella discutida incidentemente, é um favor este que a lei concede ao réo para poder embargar ao autor o ingresso no juizo, e se o réo quizer usar d'elle, o juiz não o pôde tolher. Que o juiz não julgue da excepção incontinenti, neste caso é razoavel, porque se o fizesse

(1) Esta distincção das peremptorias — *lite finita* e *simpliciter* é aceita por Paula Baptista na nt. 2 ao § 104, e geralmente seguida por todos os Praxistas que denominão — prejudiciaes as da primeira especie. Per. e Sou., nt. 312 diz: “Não pôde, porém, verificar-se esta pratica (de receber se a excepção peremptoria por principio de contrariedade) nas excepções prejudiciaes, cuja discussão é preliminar, e não deve misiurar-se com a do ponto principal da causa.” — Mendes P. 2º. L. 3º. C. 3º § 4º, n. 14 — Cabedo P. 2, Ar. 89. — Boehmer. *Jur. Eccl. Prot — ad tit de ord cognit*, § 3º.

privaria ao autor excepto do direito de discutir as provas do excepiente, sendo assim julgado sem ser ouvido. (1)

Não é pois regular que se receba como principio de contrariedade as excepções peremptorias *lite finita*. Quando, porém, forem as excepções peremptorias *simpliciter*, a praxe é boa, porque como esta especie de excepções não embarga a lide, serve-lhe apenas de contestação para o effeito do juiz conhecer dellas afinal, é evidente que é mais rasoavel a praxe de recebê-las como principio de contrariedade para evitar delongas. E' por isto melhor esta praxe do que admitir-se a discussão desses incidentes como taes e é por esta razão que os Praxistas a louvãõ, parecendo-nos que elles tem razão quando se trata das excepções desta última classe, das *simpliciter*, mas não quando tratar-se das da primeira classe — *lite finita*, que o juiz deve julgar como incidente e pronunciar previamente sobre ellas.

Mas podem os Srs. perguntar se estas excepções peremptorias *simpliciter* não embargão a lide, tão somente a contestão, que differença ha entre ellas e a contrariedade? Não procede, porém, esta duvida, porque é materia de contrariedade toda e qualquer razão que tenha por fim mostrar que o autor não tem justiça no que pede, o que differe muito de mostrar que elle não tem direito de pedir; neste caso elle não tem fundamento para demandar, no primeiro tem mas a acção não tem fundamento. A excepção combate o direito do autor de demandar sobre a cousa que pede, é um meio indirecto; a contrariedade combate o direito do autor sobre a propria cousa, é um meio directo de oppôr-se á sua intenção; por estas razões considera o direito n'um caso — materia de excepção, n'outro de contrariedade.

Mas expliquemos ainda qual a razão porque as excepções peremptorias — *lite finita* são discutidas com suspensão da questão principal, e porque as — *simpliciter* conjunctamente. A razão é muito facil: discute-se as primeiras como incidente porque não combatem a causa, mas o meio de pedir, não se discute a justiça da causa, mas a do meio de pedir, a da acção, corre por isso o seu processo como incidente: as segundas, porém, como a discussão não é simplesmente sobre o meio de pedir, mas affecta tambem a materia da causa principal, devem cojunctamente com ellas ser discutidas: assim, supponha-se o privilegio do Sct^o Velleano, que é, como sabem, o concedido ás mulheres para se as não considerar obrigadas como fiadoras. Segundo o direito, a mulher que affiançou.

(1) Se o juiz recebe por principio de contrariedade a excepção sem assignação dos dez dias para a prova, é caso de agravo (no auto do processo), tendo só lugar tal pratica, depois da assignação dos mesmos dez dias, quando a excepção se não provou perfeitamente — Silva á Ord. do L. 3^o, T. 50 princ. ns.7 e 8.

obrigou-se; dispensando-a, porém, a lei desta obrigação, a allegação deste facto considera-se como excepção, porque não se vae combater a obrigação em si, mas prova-se um privilegio pelo qual deixa ella de ser obrigada; é por isto uma verdadeira excepção. O juiz, porém, nesta hypothese, tem de conhecer do contracto, da sua existencia, da condição das pessoas que tomarão parte nelle, para que possa pronunciar o seu juizo. Não succede isto, porém, com as excepções peremptorias *lite finita*, como a de — coisa julgada, juramento e as demais, porque nestas não conhece o juiz da causa primitiva, mas do facto allegado; por exemplo na de coisa julgada se houve um julgamento acerca da questão.

Por estes exemplos comprehende-se bem claramente a differença: na peremptoria — *lite finita*, o juiz só conhece do facto, nada tem com a questão principal, como no exemplo da cousa julgada; na peremptoria — *simpliciter*, além do facto tem o juiz de conhecer tambem da condição das pessoas, da natureza do contracto, para ver (como no exemplo do Velleiano), se a ellas e a este se applica o favor da lei. Eis porque dissemos que no processo das excepções peremptorias, se bem que a praxe tenha estabelecido recebê-las depois do decendio por principio de contrariedade (1), só isto poderá ter lugar nestas duas hypotheses: a primeira, quando a excepção é *lite finita* e a prova apresentada não é bastante, porque mesmo pelo direito commum assim se procedia quando dependia a prova de alta indagação, assim tambem se póde proceder no nosso direito; a segunda, quando a excepção é *simpliciter* não tem por fim embargar o ingresso do juizo.

Não obstante estas razões os juizes não attendem a estas distincções. Funda-se esta theoria em direito expresso; as nossas Ordenações fazem differença entre as excepções que embargão o ingresso no juizo e as que não embargão, que são as *lite finita* e *simpliciter*, e a querer-se observar o direito é preciso admittir-se todas estas distincções. (2)

(1) Moraes Carvalho nt. 168 attesta esta praxe, porém não a acha conforme á lei, no que concorda P. Baptista, pois entende que emquanto esta materia não fôr regulada por alguma lei, como já o foi nas causas commerciaes (art. 75 do Reg. n. 737 de 1850) uma tal praxe não póde absolutamente ser recebida como conforme, á lei civil. Não ha, porém, lei que prohiba tal praxe e se claramente a não permite, entretanto parece que ella se deduz, como pensa Vanguerve (*Pr. Jud* P. 1, C. 16, n. 9) da Ord. do L. 3º, T. 20, § 15, nas palavras: — “ficando-lhe reservado seu direito para poder ainda tornar a allegar a materia da dita excepção peremptoria, ao tempo que póde vir com contrariedade, e se processará nella, como quando vem com contrariedade.”

(2) Discutem os Praxistas se sómente as excepções peremptorias se podem receber por principio de contrariedade ou se tambem as di-

LICÇÃO XXXII

§ VIII

Vamos hoje estudar este § em que o Comp. trata da — DA SUSPEIÇÃO AOS JUIZES.

A suspeição é uma excepção dilatoria, que diz respeito á pessoa do juiz, quando elle não póde offerecer ás partes litigantes sufficiente garantia de um julgamento imparcial.

A lei, porém, não deixou esta excepção ao arbitrio das partes, nem á susceptibilidade dos julgadores e expressamente declarou os casos em que os juizes erão suspeitos para julgar. A questão mais importante é saber se as causas de suspeição de que trata a Ord. L. 3, T. 21 (1) são taxativas ou declarativas, isto é, se são essas causas as unicas pelas quaes se deve considerar os juizes como suspeitos, ou se são apenas apresentadas como exemplos, podendo-se admittir outras de igual ou maior força. A opinião mais geralmente seguida, que é a que o Comp. adoptou, é deduzida, não só da verdadeira interpretação do texto, mas ainda do commum sentir dos Praxistas, e é que a que se deve entender taxativamente as causas da suspeição apresentadas pela Ord., porque se a lei estabeleceu certas causas da suspeição, capazes de fazer o juiz incompetente para conhecer de uma certa causa, não ha razão para que não seja elle tambem julgado suspeito quando houver uma causa da mesma natureza ou de maior importancia. Por esta razão, se as partes deduzirem, para provar a suspeição do juiz, causas de igual ou maior gravidade do que as apresentadas na Ord., devem ser ellas recebidas para serem julgadas.

Diz o Comp. no final do § que *não tem, porém lugar a suspeição, e o proprio juiz do feito a despreza: 1º, quando a causa della é procurada de proposito.*

A suspeição deve ser interposta e processada, segundo as provas legaes, não é, porém o juiz suspeito que a julga, por isso

latorias: Mello Freire (L. 4º T. 11 C. VI) estende tambem ás dilatorias este effeito, pois entende que ellas tambem contestão a acção — *Exceptionibus etiam dilatoris litis contestatio fit*, porém a Ord. só dá este effeito ás peremptorias, nas palavras: “E querendo o réo antes de offerecer a contrariedade embargar o processo, e ser a demanda contestada com alguma das seguintes excepções peremptorias...” — Silva diz: *quod exceptiones dilatoria non recipiuntur pro principio contrarietatis, sed solum exceptiones peremptoriae.* Vd. Licção XXXIV.

(1) As suspeições no civil se regulão pela Ord. do L. 3 T. 21, assim o declarão os Avs. de 11 de Janeiro de 1838 e 14 de Novembro de 1843. Nem a lei de 3 de Dez. de 1841, nem nenhum dos seus regulamentos (31 de Janeiro e 15 de Março de 1812) tratarão das suspeições em causas civeis. — Av. de 9 de Julho de 1842.

que é negocio que lhe diz respeito; julga-a um juiz certo e determinado pela lei, ou então um juiz arbitro: isto, porém, só tem lugar naquelles casos em que a suspeição allegada funda-se na lei, ou em razão igual á estabelecida na lei, porquanto, se a suspeição não é desta natureza, para evitar delongas, o proprio juiz conhece da excepção, não por um processo regular, mas a despeza *in continenti*. Assim, se por exemplo, a causa allegada para a suspeição do juiz, é uma causa frivola, elle a despreza, a vai com o feito por diante. E' por isso que diz o Comp. que, quando a causa da suspeição é procurada de propósito, o proprio juiz do feito a despreza.

Continúa o Comp., apresentando os casos em que a suspeição é desprezada pelo proprio juiz do feito e apresenta em 2º lugar *se o recusante já consentiu na jurisdicção do juiz, salto por caso superveniente*. Assim, pois, se a parte não interpoz a suspeição no termo competente, e depois quer averbar o juiz de suspeito, este não attende e segue o feito, uma vez que o facto da suspeição não tenha tido lugar depois de ter a parte reconhecido competencia no juiz da causa, ou se existindo anteriormente á esse reconhecimento, a parte o ignorava, e jura essa ignorancia.

Continúa o Comp., 3º — *nas causas de execução, excepto quando se conhece de artigos*.

E' preciso conhecer qual a razão porque, nestas causas não se admite suspeição.

A razão é porque o juiz executor tem de executar a sentença tal qual ella foi proferida, é mais um juiz de facto do que de direito. Se elle não pôde senão fazer effectivo o direito, declarado na sentença, se não tem de decidir dos interesses das partes, é evidente que inutil é a suspeição, porque, quer elle tenha boa ou má vontade, como não se pôde apartar da sentença, não pôde dar uma decisão, em que mais ou menos influa essa sua boa ou má vontade.

Estabelece, porém, o Comp., uma hypothese em que se pôde oppôr á excepção de suspeição nas causas de execução, e é quando o juiz executor tem, para executar a sentença, de proferir um juizo, como se dá, por exemplo, no caso de haver artigos de liquidação, porquanto algumas vezes, a sentença não condemna em quantia certa, deixa a liquidação para a execução, e neste caso começa esta pela liquidação do *quantum*; esta liquidação se faz por artigos que a parte interessada apresenta da quantia em que monta a condemnação para ser provada e julgada (1).

Neste caso, como o juiz admite provas, e tem de conhecer do merecimento dellas, julgando que o devido pelo réo é ou não o que é pedido nos artigos de liquidação, podendo esta decisão

(1) Também se faz a liquidação por arbitros, quando as partes convêm nisto, ou não se pôde fazer por artigos a liquidação. — Ramalho, *Praxe Brasileira*, § 371.

affectar o direito das partes, pôde-se oppôr ao juiz a excepção de suspeição (1).

Em 4º e ultimo lugar, diz o Comp. que não tem lugar a suspeição — *nas causas de partilhas e em todas as que são de jurisdição voluntaria.*

Nestas causas tambem não ha suspeição, porque o juiz da partilha é meramente divisorio, porque nellas o juiz não faz mais do que designar aquillo a que cada um herdeiro tem direito, não julga do direito das partes, porque este está reconhecido, e se porventura se mover questão sobre o direito dos interessados, essas questões, se são liquidas o juiz as decide de plano, se, porém, dependem de alta indagação, remette as partes para o juizo contencioso (2). Ainda por outra razão que dão os Praxistas, não se oppõe nestas causas a suspeição, a qual é, que as partilhas devem ser feitas com toda a brevidade (3). Quando nestas causas se averba o juiz de suspeito, elle não se reconhece tal, mas noméa um adjunto que com elle preceda á partilha, e o adjunto do juiz de orphãos é o juiz municipal, e quando este é tambem suspeito, escolhe o juiz de orphãos um outro que com elle julgue (4).

(1) Phœbo — P. 1 Arestos 10, 13, 71 e 94.

(2) Os inventarios excluem todas as questões de alta indagação, que se devem remetter para os meios ordinarios. — Ord. L. 1 T. 88. Guerreiro Tr. 2 L. 6 c. 13 n. 9. Pegas á cit. Ord. § 3 ns. 66, 67, 244 e 245, e Lobão *Acç. Sum.* § 317

(3) O inventario deve começar-se dentro de trinta dias e acabar-se dentro de sessenta. — Per. de Carv. *Prim. Lins. Orph.* § 4. Quanto ao primeiro prazo é expresso na Ord. L. 1 T. 88 § 4. e só podia ser prorogado pelo Dez. do Paço (AIV. de 24 de Julho de 1713 hoje pela Relação. — Lei de 22 de Set. de 1828, art. 2 § 6, e Reg. de 3 de Jan. de 1833 art. 9 § 11). Quanto ao segundo prazo, é elle marcado pelos Praxistas — Guerreiro Tr. 1 c. 2, Valasco Cons. 52 n. 9 e Per. e Souza nt. 1021.

(4) A Ord. do L. 4 T. 96 § 25 providenciando a respeito da suspeição do juizo de orphãos, como não está revogada, deve ser accommodada á actual organização judiciaria: assim que, quando os juizes de orphãos forem averbados de suspeitos, tomarão por adjunto ao juiz municipal ou ao de direito, se estiver dentro do termo. Av. n. 522 de 20 de Out. de 1837. Quando o juiz do inventario fôr o municipal, deverá tomar por adjunto o de orphãos, não podendo ser o juiz de direito adjunto do municipal e vice-versa. cit. Av.

O Av. n. 400 de 24 de Set. de 1838 diz que a cit. Ord. que manda o juiz do inventario averbado de suspeito tomar um adjunto não procede quando elle proprio se reconhecer suspeito, em que devem os autos passar ao seu supplente. Quando a vara de orphãos está reunida á municipal, deve chamar-se para adjunto o supplente respectivo. Av. n. 382 de 4 de Set. de 1861. O Dec. n. 1676 de 14 de Nov. de 1855 determinou que na côrte, nos casos de suspeição posta ao juiz de orphãos, sirvão de adjuntos, conforme a Ord., era primeiro

§§ IX e X

Trata o Comp. nestes §§ do *processo de suspeição*.

Este processo é muito simples.

A suspeição pôde-se interpor por um de dous modos: ou, como diz o Comp., verbalmente em audiência com a declaração da causa porque o juiz é suspeito, ou por uma petição não feita em audiência, em que se relata ao juiz as causas que o fazem suspeito e se lhe pede que se recuse de julgar. Se a suspeição é allegada em audiência e o juiz attende, manda a parte vir com seus artigos na primeira audiência, se porém, é allegada a suspeição em petição, o allegante a deve rectificar em audiência, e, se o juiz a attende procede como dissemos. E' por precisar de ser rectificada em audiência a suspeição allegada fóra della, que o Comp. só falla da suspeição allegada em audiência, porque sem esta allegação ella não procede. Interposta por este meio a suspeição, deve o juiz suspender o andamento da causa, e desde que elle assignou a audiência seguinte, para o recusante vir com os seus artigos de suspeição, não pôde mais julgar, nem continuar no processo, até que se decida se é ou não suspeito. Estes artigos de suspeição devem ser offerecidos com certas solemnidades, taes como: — serem elles assignados por advogado; — ter este procuração especial para o caso, porquanto, as procurações geraes e bastantes não autorisam a averbar os juizes de suspeitos (1) — fazer-se nos artigos declaração de todas as testemunhas que tem de depôr, porquanto, não as declarando, não se as admitte ao depois, e declarando-se-as não se admitte senão as declaradas (2); — finalmente deve o recusante depositar a caução, que é uma certa quantia de dinheiro que elle deposita e que perderá se fôr a excepção julgada contra elle (3).

lugar o juiz de direito da 1ª vara, e em segundo o da 2ª vara. Com a nova organização judiciaria da Lei de 20 de Set. de 1871, com a criação de mais uma vara de orphãos na côrte (art. 1º da cit. lei) e com a providencia da separação de juizes de inventario e de juizes de partilha quando exceder a causa a 500\$000 (art. 24 § 1º da cit. lei) devem todas estas disposições estar profundamente alteradas, mas só alguma providencia legislativa ou regulamentar poderá tirar a jurisprudencia do cahos em que ficou.

(1) Trindade — *Apontamentos sobre procurações* § 14 n. 14.

(2) Ass. de 25 de Agosto de 1866. Nomeadas as testemunhas não se pôde mais dar nem accrescentar outras, nem por beneficio de restituição. — Phœbo P. 1 Ar. 60. A doutrina do aresto é a mesma do Assento.

(3) “Em geral as cauções de suspeições exhibida sem juizo serão recolhidas ao cofre da camara municipal respectiva dentro de 24 horas, juntando-se aos autos o necessario conhecimento do procurador da mesma camara.” — Art. 69 do Reg. de 22 de Nov. de 1871. Não se fazendo logo o deposito o juiz prosegue no feito,

Não temos uma lei especial que marque a quantia destas cauções no processo civil, por isso, aceitamos a disposição do art. 97 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, e do art. 250 do Regulamento de 31 de Janeiro de 1842, que tratão da caução em materia criminal, mesmo porque ha um aviso que determinou que na falta de disposição expressa se seguisse o as materias de processo civil, as do processo criminal que lhe fossem applicaveis, e ainda porque é esta a pratica geralmente seguida (1). Depois destas formalidades, ou tem a lei marcado um juiz certo para julgar da suspeição ao qual o escrivão manda a causa para decidir, ou não tem a lei marcado um juiz especial, e então procede-se á louvação de arbitros na primeira audiencia, feita pelas partes, pelo mesmo modo porque se faz outra qualquer louvação (2).

Feita a louvação o escrivão officia ao arbitro que foi nomeado, dando-lhe parte de que o foi, e a este é livre aceitar ou re-

como se a suspeição não fôra opposta. — Ord. L. 3 T. 22 *princ. in fin.* Perde o recusante metade da caução se não procede a suspeição, e toda se desiste della, depois de julgada procedente: nada perde, porém, se disiste antes do julgamento. — Ord. L. e T. cit. § 3.

(1) Não nos parece aceitavel a doutrina de Aviso, mormente quando a Ord. L. 3 T. 22 *princ.* marca a quantia de 20, 10 e 5 crusados, conforme os juizes recusados, quantia hoje triplicada pelo Alv. de 16 de Set. de 1814. Concordão Mor. Car. nt. 171 e P. Baptista nt. 1 ao § 105. Não ha pois omissão na legislação civil. Os arts. citados da lei de 3 de Dez. e do Reg. de 31 de Jan. referem-se ás suspeições criminaes, e a taxa é de 12\$000 para os delegados e subdelegados 16\$000 para os juizes municipaes e 32\$000 para os chefes de policia e juizes de direito. No fôro commercial não ha caução, a parte que não prova a suspeição é condemnada nas custas em tresdobro, e póde lhe ser imposta a multa de 50\$ a 100\$000 se tiver proposto a suspeição com manifesta ma fé e calumniosamente. — Reg. n. 737 de 1850 arts. 87 e 94.

(2) A lei da Nov. Ref. Jud. e respectivo Reg. providenciarão sobre os juizes que devem conhecer das suspeições. As oppostas aos juizes de direito, nas comarcas especiaes de que trata o art. 1º da Lei da Ref. pelo presidente da respectiva relação; nas comarcas geraes pelo juiz de direito da comarca mais visinha do termo em que se arguir a suspeição. — Lei de 20 de Set. de 1871 arts. 7º § 2, 11 e 26, e Reg. de 22 de Nov. do mesmo anno, arts. 14 § 2 e 69.

Da suspeições aos juizes municipaes e de paz conhecem os juizes de direito, sem distincção de comarcas especiaes e geraes. — Lei cit. arts. 5 § 2, 7 § 2. Reg. cit. arts. 13 § 7, 14 § 2, 63 § 10 (Vd. nt. a pag. 33 *in fine*) 66 § 4. No fôro commercial o conhecimento da suspeição compete: ao tribunal do commercio; á relação nos lugares onde não houver tribunal do commercio, e á autoridade judiciaria que substituir ao tribunal do commercio, onde não houver relação. — Reg. n. 737 de 1850, art. 84.

cusar-se: se aceita, responde Deste sentido e o juiz recusado marca o dia em que elle deve vir prestar juramento de bem julgar da suspeição. Depois de prestado o juramento, o escrivão foz os autos conclusos ao arbitro nomeado para decidir da suspeição; recebidos elles, examina o juiz a sua materia, se são as razões procedentes ou não, se é fundada a suspeição em direito ou se em razão igual ás estabelecidas na lei examina tambem o juiz se alguma vez não reconheceu a parte a jurisdicção do juiz, enfim, examina se ha qualquer razão pela qual deixe de ser procedente a suspeição: se reconhece que não deve progredir a suspeição, dá sua sentença despresando os artigos, e manda correr a causa perante o juiz recusado. Se julga, porém, que os artigos são procedentes, ainda que elle não venhão provados, manda os autos ao juiz recusado, para que dentro de tres dias deponha nos artigos, isto é, para que dentro desse prazo deduza tudo quanto tenha a dizer para que a suspeição não seja recebida. Corresponde isso á contestação da questão, porque, dando-se nesta excepção uma contestação entre a parte e o juiz, este que sustenta a sua competencia e a parte que a nega, é de justiça que o juiz mostre qual a razão porque se julga competente. (1).

No caso de juiz recusar-se a depôr aos artigos, entende-se que os confessa (2).

Veão os Srs. Tambem os §§ XI e XII em que se trata da — suspeição opposta ao escrivão e da — suspeição na segunda instancia, para na proxima lição tratarmos das litescontestação, visto ser clara a materia desses §§, citar o Comp. a legislação em que firma a sua doutrina, a não podermos nos demorar em materias de pouca importancia.

LICÇÃO XXXIII

Vamos entrar no estudo do TITULO X, em que trata o Comp. DA LITIS-CONTESTAÇÃO.

§ I

Neste § dá o Comp. uma noção geral do que seja *litis contestação*. Para bem estudarmos a litis-contestação no nosso direito, precisamos dizer o modo porque era ella comprehendida no Direito Romano.

(1) Sobre o processo no civil veja-se Per. e Souza., *Prim. Lins.* nt. 281. e no commercial arts. 81 a 93 do Reg. n. 737 de 1850.

(2) E deve-se os julgar provados, pois manda a Ord. L. 3 T. 21 § 11 dar nesta hypothese outro juiz á causa. — Guerreiro, *de Recusat.* L. 6 c. 5 — Pereira, *de Revision.* c. 24 n. 25.

Neste direito pôde-se considerar em tres epochas distinctas a legislação do processo: 1^a, na epocha do direito antigo, no tempo das acções da lei, (*actiones legis*); 2^a, na epocha do direito formulario; 3^a, na do direito novo (1). No processo das acções da lei não era a litis-contestação mais do que a declaração que o réo fazia perante o pretor, da defesa que tinha contra as pretensões do autor em presença de testemunhas, depois de ordenado o juizo, era esta a formula. No direito formulario a contestação da lide era o que resultava do debate que tinha lugar entre o autor e o réo, perante o pretor, donde provinha a acção quo o pretor dava ao autor, para ser proposta perante o juiz.

O pretor era o magistrado que dizia de direito; aquelle que se julgava com uma acção contra outro, trazia-o obrigadamente á presença do pretor, e era o que se chamava *in jus vocatio*, e perante elle deduzia sua intenção e o réo sua defesa; findando-se o debate ácerca da acção, resultava d'ahi a contestação da lide, e o magistrado dava a fôrma da acção: por isso. A vista do que deduzia o autor e o réo, o pretor decidia desta fôrma: — se o réo provar este facto, absolvo-o, se não provar, condemno-o.

Estabelecida assim a acção e dada a sua fôrma, estava a lide contestada, e não podião as partes mais affastar-se d'ahi. Não era, porém, este magistrado o que julgava em vista das provas, era um juiz (*judex*) e o pretor mandava a causa para ser julgada por um *judex*, segundo a ordem da inscripção que tinha nas taboas daquelles cidadãos que possuíam as condições necessarias para serem juizes.

Por isso vemos Srs. que havia primeiramente a decisão de uma questão de direito perante o magistrado, a qual era dedu-

(1) O systema — *legis actione* abre a historia do Dir. Rom. e reina exclusivamente até a *Lei Aebutia* (7^o sec. de Rom. an. 597 ou 583) e conhecia cinco acções: — *actio sacramenti*, *judicis postulatio*, *conditio*, *manus injectio* e *pignoris capio*. — Gaio *Com.* 4 § 12. O periodo do direito formulario (*per formulam*) domina até ao reinado de Deocleciano (an. 1047 de Rom. ou 294 J. C.) e nelle tinha a acção a noção que della dá Celso — *Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi* — Dig. L. 4 T. 7 frg. 51: sobre este systema dá Gaio c t. c. 4 § 32 e seg. os desenvolvimentos necessarios para bem se conhecer a sua fôrma. O terreiro systema, do direito novo, era o do processo extraordinario (*extraordinaria judicia*), que de uma excepção já adoptada em algumas provincias, mesmo no reinado de Deocleciano tornou-se a regra geral, adoptada depois em toda a Europa moderna, e então já a acção não é mais do que o direito que decorre directamente da lei, de proseguir perante a autoridade judiciaria competente, o que nos é devido. Para conhecer-se bem o Dir. Rom. a respeito lêa-se Ortolan — *Explic. hist. Des Inst.* Toms. I ns. 239 a 298. e III ns. 1839 a 2068. — Vd. Tambem Nasareth, *Elem. do Proc. Civ.*

zida desta fôrma: se o autor provar este facto que deduzio, tem direito ao que pede ou se o réo proval o facto que allegou, deve ser absolvido. Não se tratava de averiguar se os factos era o ou não verdadeiros, mas se na hypothese de o serem, o direito era reconhecido ao autor ou ao réo; terminava-se deste modo a questão de direito, terminavão-se com ella as funcções do magistrado, passava o julgamento ao juiz, que recebendo a questão assim formulada, não fazia senão verificar se o autor provava ou não a sua intenção; se o autor provava, era o réo condemnado, se não provava, era este absolvido; do mesmo modo, se o réo provava a sua excepção, era absolvido, e se não provava, era condemnado. Na epocha, pois, do direito formulario, tinha o juizo duas partes distinctas: uma que corria perante o magistrado, outra que corria perante o juiz.

No direito novo, depois da abolição do processo formulario, não consistiu mais nisso a contestação da lide, era ella toda opposição feita pelo réo ás pretenções do autor, por qualquer modo por que fosse feita; não era propriamente uma contestação, porque não era feita perante testemunhas, como a palavra — *contestar* o indica; mas, os Srs. sabem que os termos forenses exprimido muitas vezes em sua origem uma idéa muito differente daquella que ao depois passárão a significar, e isto aconteceu com a palavra — contestação. Era este o sentido que no Direito Romano novo se ligava á contestação, e é o mesmo que lhe ligão o Direito Canonico e o Patrio.

Passando a dizer o que é a litis-contestação no nosso direito, mostraremos primeiramente como se fazia a contestação da lide no nosso direito antigo, afim de que bem se conheça como se procede hoje. Da contestação da lide trata especialmente a Ord. Manoelina no L. 3 tit. 39. onde se diz que ella consiste naquelle acto pelo qual o réo directamente contesta e oppõe-se ás pretenções do autor ou narra o facto como se passou. Offerecida assim, segundo a Ord. Manoelina, a contestação da lide, tinhão lugar as excepções que podião ser offerecidas como contrariedade ou como incidente da causa, vindo a ser a contestação da lide um acto distincto da contrariedade e das excepções, por isso confôrmando-se com o Direito Romano e Canonico, tinha a Ord. Manoelina estabelecido que, offerecido o libello seguia-se a contestação, dando-se vista ao réo para confessar ou negar os factos do libello, e depois de feito isto, é que tinha lugar a apresentação da contrariedade e das excepções.

A Ord. Philippina, porém, que é aquella que vigora modificou a Manoelina, estabelecendo que, offerecido o libello segue-se logo a contrariedade, e que neste prazo, se o réo tiver algumas excepções, deve vir com todas ellas, a não serem as de suspeição ou de incompetencia do juiz que precedem a quaesquer outras. Já se vê, pois, que a Ord. Philippina modificou a fôrma de processo do nosso direito, no que dizia respeito á contestação. Pela Ord. Philippina não é a contestação da lide um acto distincto da contrariedade e excepções, vindo d'ahi dizerem

os Praxistas que a contestação da lide resulta da contrariedade e da treplica, isto é, só dá-se depois que o autor tem completado a deducção de sua intenção e o réo a da sua defesa. Aparece, porém, aqui uma dificuldade que alguns tem encontrado e que os Srs. também encontrarão, é a seguinte: se pela contrariedade e excepções se contesta a lide, visto que por ellas se faz uma opposição á pretensão do autor, não vai differença entre ellas e a contestação da lide.

Reflectindo-se, porém, naquillo em que consistia a contestação no Direito Romano e no que a respeito estabelecia a Ord. Manoelina, fazendo-a um acto distincto da contrariedade, solve-se a duvida. Embora não se faça nas nossas Ords. da contestação da lide um acto distincto da contrariedade e das excepções, porquanto por ellas se oppõe o réo á pretensão do autor offerecendo a sua defesa, vê se que o que a Ord. Philippina aboliu, foi a fôrma prévia de oppôr-se o réo á pretensão do autor antes de deduzir os factos pelos quaes se oppõe, o que era realmente uma desnecessidade, porquanto, de modo nenhum podia influir na ordem do processo, que antes da contrariedade se oppoz-se o réo á pretensão do autor ou narrasse o facto de um modo diverso; por isso, bem estabeleceu a nossa Ord., dispondo que os factos deduzidos pelo réo na contrariedade contestassem a lide (1).

Temos assim mostrado qual o sentido que, no nosso direito se deve ligar á contestação da lide.

§ II

Neste § apresenta o Comp. a *divisão da litis-contestação*.

(1) Boehemero define a litis-contestação — *rei ad libellum auctoris responsio* — *ad Pand.* Exerc. 24 § 16 Mello Freire diz — *est legitima iudicii suscepti utrimque facta declaratio ac professio*. L. 4 T. 11 § 2, adoptando a definição de Lauterbach. A definição de Boehemero seguio Mor. Carv. nt. 215 mudando-lhe a palavra — libello — por — acção — para assim abranger as causas em que não é preciso formar libello, cumprindo a respeito observar que, posto seja a litis-contestação necessaria em todas as causas, como diz Strikio. (Disp. *de lit. ev* § 1) e não possa a parte renuncial-a, nem o juiz omitil-a (Müller a Struv., Exerc. 9 Ih. 70 nt. 6) sob pena de nullidade (Cd. L. 3 T. 9 const. 1 § 2 e L. 7 T. 45 const. 4 - Reinoso, Obs. 63 n. 1), entretanto, a formula solemne da contestação pôde omitir-se nas causas summarias (Mor. — *de Execut.* L. 6 c. 1 n. 57 — Silva, á Ord. L. 3 T. 51 *princ.* n. 11) e omittida não annulla o processo (Silva, á Ord. L. 3 T. 63 *princ.* Per. Som. nt. 376), pelo que parece que a innovação de Mor. Car. na definição de Boehemero, quando esse referia-se á verdadeira litis-contestação dá á ella uma amplitude contraria a direito. — Savigny no Tom. 6 do *Tr. Dr. Rom.* c. 4 §§ 257 e 258 explica magistralmente o que constitue a litis-contestação pelo Direito Romano.

Temos em primeiro lugar a *real ou verdadeira e ficta*. A litis-contestação *real* é toda opposição que se faz á pretensão do autor. Como, porém, mostramos, pôde-se, pela nossa fôrma de processo, oppôr-se por dous modos o réo á pretensão do autor, por meio da contrariedade ou por meio das excepções; isto é, mostrando o réo directamente que o autor não tem direito de pedir, ou então que por algum outro facto que o réo se compromette a provar, não tem o autor o direito de pedir o que se lhe deve: d'aqui é que resulta a distincção que temos feito de — opposição directa e indirecta.

Diz o Comp. que a defesa, podendo consistir na confissão ou negação directa da acção do autor, a litis-contestação ou é — affirmativa, ou — negativa. E' preciso mostrar como é que a contestação directa contesta a lide (1).

Contesta o réo a acção confessando-a, quando não nega ao autor a acção, mas diz que ella não pôde por certas razões ter lugar; assim, por exemplo, o autor pede o pagamento de uma divida proveniente de um contracto, o réo não nega o contracto nem tão pouco nega que ao obrigou, mas allega que já pagou, apresenta uma excepção; se porem, ella dissesse que não houve tal contracto, que não se obrigou, a defesa seria por negação directa.

Vém, pois, os Srs. que são distinctos esses dous meios: quando o autor contesta por confissão directa, reconhece a existencia do contracto e obrigação d'onde dimana a acção, mas allega que, por um facto posterior, deixou ella de subsistir; no caso de negação directa, o réo nega que existisse a acção ou a obrigação d'onde resulta a acção. A contestação negativa pôde-se fazer por um de dous modos: ou o réo nega o deduzido pelo autor no libello, servindo-se desta fôrma — *contraria-se por negação* (2) ou outra qualquer, ou então responde a cada um dos artigos do libello em separado, negando os de per si. Tambem contesta o réo a lide por negação, narrando simplesmente o facto, porquanto, se nessa narração elle é narrado por um modo diverso daquelle porque o fez o autor, embora não declare o réo que o nega, é bastante essa, narração diversa da feita pelo autor para se entender que elle se oppõe ao deduzido pelo autor (3). Desde, pois, que o réo expõe os factos por

(1) A divisão em affirmativa e negativa é do direito moderno e estranha ao Direito Romano — Savigny, cit. § 259.

(2) Entende Savigny que esta denegação apenas encerra a exclusão da confissão, isto é, a declaração expressa de sustentar o processo, intenção de que não ha duvida na maior parte dos casos, e que não adianta um passo ao debate judiciado, não havendo por isso razão para que a tal contestarão se dêm consequencias praticas.

(3) No Dig. L. 12 T. 5 frg. 8. temos um exemplo desta contestarão que consiste em expôr o facto, a qual na hypothese desse frg.

modo diverso daquelle pelo qual os expoz o autor, é claro que não se conforma com o deduzido pelo autor.

Continuaremos na proxima lição.

LICÇÃO XXXIV

Neste § trata o Comp. particularmente da — LITIS CONTESTAÇÃO REAL.

No antecedente mostramos já em que consistia esta especie de litis-contestação, agora vamos demonstrar quaes são os requisitos constitutivos della.

Apresenta o Comp. os casos em que não ha real e verdadeira contestação da acção, e em primeiro lugar diz que não ha, *quando o réo contraria o libello pela clausula geral, que é confessar o que é por elle, e negar o que é contra elle*. Para haver contestação é preciso haver uma opposição por qualquer modo feita pelo réo ás pretensões do autor, não podendo sem ella haver uma decisão, por isso que se não ha contenda, estão as partes de accordo, e desde que o estão não é preciso um julgamento; assim, pois, não ha contestação verdadeira da acção quando o réo contrario pela clausula geral, porquanto nella o réo não determina o ponto da duvida, vagamente se exprime sobre elle, deixa a questão no mesmo estado, porque a presumpção de direito é que todos negão o que é contra si e confissão o que é a seu favor. Porém, quando se trata de um julgamento, é preciso que determinado e não vagamente se especifique qual o ponto da questão em que as partes discordou. (1)

O segundo caso em que não ha verdadeira litis-contestação é *quando a resposta do réo é condicional*. Quando é condicional a resposta do réo ao libello, não póde ter lugar a sentença, porque esta inibe o direito condicional, salvos os casos expressos; se, pois, o réo contesta condicionalmente a pretensão do autor, não determina a questão, nem o ponto em que discordão, não póde por isso o juiz saber qual é a questão que ha de julgar.

Não ha tambem verdadeira contestação da acção, diz o Comp., em 3º e 4º lugar, *fitando o réo conclue tua resposta ao libello, com a clausula — non animo litem contestandi —*, ou quando faz uma simples confissão á intenção do autor.

póde substituir a excepção de dolo. — *Si ob turpem causam promiseris Titio, qnamvis si petit, exceptione doli mali, vel in factum summovere eum possis*.

(1) Vd. nt. 4. á Licção anterior.

Precisamos dizer algumas palavras sobre a contestação por simples confissão. Já vimos que o réo pôde confessar a acção, porém oppôr á sua realização alguma excepção, das que tem por fim impedir a acção, sendo por isto que se diz que confissão da acção com uma excepção peremptoria contesta a lide, embora seja essa excepção um meio indirecto de opposição, como tende a excluir a pretensão do autor, se diz por isto que contesta a lide. Se, porém, a confissão do autor é simples e não vem acompanhada de uma excepção peremptoria, não contesta a lide: isto não tem difficuldade.

Convém, porém, considerar esta simples confissão debaixo de outras relações de direito. A confissão é uma das especies de provas que, quando revestida de todas as condições legais, se considera em materia civil como a melhor das provas, por isso que ninguem deve estar mais certo e instruido do seu direito do que a propria parte, e é bastante a confissão para a absolvição ou condemnação do réo.

A confissão, porém, pôde ser feita em diversos tempos, e são diversos os seus efeitos, conforme o tempo em que é feita. Apresentaremos em geral os efeitos juridicos da confissão, em relação aos diversos tempos em que é feita. Em 1º lugar pôde ella ser feita extrajudicialmente antes da proposição da acção; 2º, pôde ser feita no tempo da proposição da acção; 3º, depois da contestação da lide.

Se a confissão é feita extra-judicialmente antes da proposição da acção, não faz uma prova juridica completa, e não pôde o juiz julgar por ella só, sem o auxilio de outras provas; aquelle, pois, que provar a confissão extrajudicial não pôde só com ella obter o julgamento.

Quando a confissão é feita ao tempo da contestação da lide, (e é desse caso que tratamos), prova ella o facto e dispensa o processo; sendo o réo o que confessa a acção, é pela sua confissão condemnado. Dahi a regra que o Comp. apresenta, tirada do Digesto: — *Confessus pro judicato est.* (1)

Temos, pois, que, se offerecido o libello, o réo nessa audiencia ou durante o tempo da contestação da lide, simplesmente confessa a acção sem apresentar alguma excepção que o exclua da condemnação, entende-se haver uma verdadeira confissão e por ella o juiz condemna o réo no que é pedido pelo autor, tendo tanta força esta confissão que a condemnação se faz de preceito, como diz a Ord. L. 3º, T. 66, § 9º, não restando no processo depois desta condemnação senão a sua execução.

(1) L. 42. T. 2º, frg. 1º.— Os glossadores discutem a questão: — Se uma confissão pura pôde ou não valer como litis-contestação e servir de base a uma condemnação. Esta discussão versa sómente sobre as fórmulas exteriores do processo, e não tem nenhuma importancia pratica. Em Direito Romano existe a regra do cit. frg., sendo por isso inutil o juizo quando ha confissão — Savigny — *Tr. Dr. Rom.* C. 4º, § 259, nt. g.

Quando, porém, a confissão é feita depois da contestação da lide, quando o réo contrariou ou excepcionou a intenção do autor e ao depois no termo probatorio reconheceu a sua obrigação, se considera essa confissão como uma prova, e comquanto plena e capaz de fundamentar o julgamento, não dispensa a sentença condemnatoria, como no caso em que a confissão é feita durante a contestação da lide e em que ha apenas uma condemnação de preceito. Por isso, se quando os autos vão com vista ao réo para contestar, elle confessa simplesmente a acção, não ha contestação da lide, julga-se-a não contestada para o effeito de ser o réo condemnado.

Diz o Comp. em 5º lugar, que não ha verdadeira contestação da lide *quando o réo oppõe á intenção do autor excepções meramente dilatorias*. Esta especie de excepções não contestão a lide porque ellas não affectão a questão principal, dizem respeito a incidentes relativos á ordem do juizo, á pessoa ou á jurisdicção do juiz; não contestão a lide, porque não dão direito a uma condemnação ou absolvição sobre a materia da causa principal. (1)

Alguns escriptores, como Mello Freire, sustentão que as excepções dilatorias tambem contestão a lide; apezar, porém, da autoridade deste jurisconsulto não achamos fundada esta opinião, isto, porém quanto no nosso processo.

Não queremos dizer com isto que Mello não tivesse fundado a sua opinião, porque elle nunca disse alguma cousa sem razão: elle considera o processo sobre um ponto de vista racional, porquanto se as excepções dilatorias tem por fim impedir a prosecução da acção, nesse sentido ellas contestão a acção.

Quando dizemos que Mello não tem razão, é quando consideramos a sua opinião em relação aos nossos costumes e á praxe dos nossos tribunaes. Segundo a praxe de nossos tribunais, as excepções dilatorias não contestão a acção, porque, como não affectão a causa principal e depois de discutidas o réo tem o direito de apresentar a sua contrariedade; por isso, segundo a nossa praxe, as excepções dilatorias não contestão a lide.

Finalmente diz o Comp. neste § que *a contestação eventual que se diz quando o réo oppondo excepções, contesta a lide — sub conditione —, no caso de não serem approvadas taes excepções, nem é necessaria em nosso fôro, nem approva lei alguma*. No fôro de alguns juizes as excepções dilatorias contestão a acção por uma razão especial que nós não temos em nosso fôro e é que nesses foros, offerecido o libello, o réo contesta-o immediatamente e se o não faz perde o direito á defeza; como, porém, tem elle algumas vezes excepções dilatorias a offerecer, não devia desde logo contestar; como, porém, se o não fizesse im-

(1) Vd. nt. 2 á Licção XXXI pag. 139.

mediatamente, perderia o direito de fazel-o depois, para se salvar o direito do réo, admitiu-se a contestação eventual, para no caso de não serem admittidas essas excepções, não perder elle o direito á defesa. (1)

Entre nós, porém, se o réo decahe das excepções dilatorias, a Ord. manda que elle venha com a sua contrariedade, não ha, pois, necessidade da contestação eventual. Por estas razões dissemos que só as excepções peremptorias contestão a lide.

§ IV

Temos neste § de mostrar as diversas especies de litis-contestação-ficta. Estas especies encontram-se consultando a Ord. e os Praxistas que neilas fallão, mas que não as especificão, o que tem originado difficuldades e apparentes contradicções de Ords.

Procuraremos para evitar essas difficuldades, determinar as duas especies de litis contestação ficta, e para isso faremos resumidamente a exposição da fôrma do processo relativamente á contestação da lide e mostraremos quando ha litis-contestação ficta e de que especie ella é.

Offerecido o libello, na fôrma da Ord. L. 3º, T. 20, § 5º, se o juiz verificar que nelle se allega de certa quantidade de fructos, sem mais exame recebe o libello *si et in quantum*, e diz a Ord. que por brevidade dará a lide por contestada. E' preciso, porém, explicar se o que se entende por estas expressões — *por brevidade se haverá a lide por contestada*. (2)

Como não pode haver questão sem contestação, por isso que a sentença deve decidir sobre um ponto contestado, é claro que, offerecido o libello, se a parte não se oppuzesse não existiria contenda, porque resulta da opposição da parte. Sendo, pois, a contestação da lide feita pela propria parte, se ella nunca a contestasse, não poderia haver contenda, nem julgamento; nesta hypothese, pois, manda a lei que se dispense a contestação do réo e por presumpção se dê a contestação por feita e prosiga o processo nos seus termos. Assim, na hypothese em que o réo não comparece em juizo, ou comparecendo foi lançado do direito de contestar, então manda a lei que independente disso continue o processo. (3)

Continuaremos ainda a tratar deste ponto.

(1) Pelo Direito Canonico, tambem a excepção dilatoria não contesta a acção — Decretal de Bonifacio 8º, C. 2º, *de lit cont.*, in VI (II, 3).

(2) Reinoso - *Obs* 63 n. 16 — Paula Baptista § 98, nt. 1.

(3) *Lis enim tunc contesta videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire caeperit.*

LICÇÃO XXXV

Continuamos com o estado do § IV, em que o Comp. trata da *litis contestação ficta*.

A *litis contestação ficta* se faz por dous modos: 1º, quando o juiz, oferecido o libello, o recebe *si et in quantum* e por brevidade dá a lide por contestada; 2º, quando a parte, não tendo oferecido a contrariedade no prazo marcado, é lançada em audiência e manda-se o feito seguir seus termos. Chama-se *litis contestação ficta* a que se faz por ambos esses modos, porque não se verificão as condições da real e verdadeira, porquanto, como vimos, esta dá-se quando o réo comparece em juízo e por qualquer modo se oppõe á pretensão do autor, mesmo por uma simples narração, uma vez que narre o facto de um modo diverso daquelle porque o fez o autor.

A *litis contestação* neta do primeiro modo foi assim estabelecida para conservar certos prejuizos do Direito Romano.

Neste direito a *litis contestação* era um acto substancial e essencial do processo, e fazia-se sempre em presença da parte, porque o autor tinha o direito de coagir o réo para fazer a contestação da lide; e se o réo não quizesse comparecer o pretor podia obrigar-o a isso. Nesse direito, pois, havia sempre a contestação. (1)

Desde, porém, que o autor não tem direito de constringer o réo para vir a juízo contestar a lide podia dar-se a hypothese, como de facto dá-se, de o réo não comparecer e então não ter lugar a contestação da lide. Como, porém, é esta contestação da lide de necessidade, tínhamos que ou se a havia preterir quando o réo não comparecesse, ou então preterir a acção do autor; o legislador seguiu pois um caminho intermediario: nem se coage o réo para vir contestar a lide, nem se pretere a acção do autor, por isso, oferecido o libello, o juiz o recebe *si et in quantum* e dá por brevidade a lide por contestada, personificando-se a lei para contestar a lide na ausencia do réo, supprindo-se assim pela força da lei o não comparecimento do réo.

Como, porém, o réo não obstante esta *litis contestação ficta* não perdia o direito de vir a juízo deduzir o seu direito, a lei marcou um prazo para elle apresentar a sua contrariedade, sob pena de, não a apresentando, ser lançado do direito de o fazer e seguir o processo á sua revelia, dando-se por este lançamento a contrariedade por supprida, para o effeito de

(1) Cod. L. 3º, T. 9º. Const. 1º, § 2º.— *Quamvis olim de jure communi litis contestatio esset unus actus substantialis judicii, adeo, ut si omitteretur, totum processum vitiaret tamen hodie de consuetudine Regni talis error non facit processum nullum et absque ea sustinetur* — Mendes P. 1º, L. 3º, C. 6º, pr.

seguir a causa, os seus ultteriores termos. Eis a razão porque no nosso direito se admittiu a primeira especie de litis contestação ficta.

Como, porém, não ha uma verdadeira contestação nesta litis contestação ficta, por ella o réo não fica inhibido de vir com sua contrariedade, emquanto do direito de apresental-a não fôr lançado em audiencia, por isso que emquanto não se der este lançamento não produz a litis contestação ficta os seus effeitos juridicos, por isso é o lançamento do réo da acção uma litis contestação, e é ficta porque falta a verdadeira contestação da parte do réo.

Dissemos que a primeira especie de contestação ficta é desnecessaria e ociosa, porque podendo o réo ainda depois della vir defender-se, por isso que é só do lançamento em diante que se conta a litis contestação e que ella importa todos os effeitos juridicos, não ha portanto necessidade alguma dessa litis contestação que se opera logo depois do offerecimento do libello.

Para, porém, darmos mais algumas noções sobre esta materia, diremos ainda que alguns Praxistas estabelecem doutrina pela qual parecem tornar conveniente e necessaria esta primeira especie de litis contestação ficta. Dizem elles que os effeitos da litis contestação ficta contão-se, ou da real e verdadeira, ou do lançamento em audiencia quando a parte não comparece, salvo por ter sido a contestação demorada por fraude do réo, porque neste caso deve contar-se a litis contestação desde que o libello foi offerecido, isto é, como ficta da primeira especie, e não do lançamento.

Para se apreciar melhor esta theoria apresentaremos um caso em que no processo convêm dar a causa por contestada para seus effeitos juridicos antes do lançamento, ou melhor desde que o libello é recebido. Sabem os Srs. que na proposição das acções nem sempre se póde pedir uma cousa certa, porquanto muitas vezes não sabe o autor ao certo em quanto montão os fructos ou rendimentos que pede, pedindo neste caso uma quantia incerta. Tambem algumas vezes o rendimento da cousa pedida conta-se desde o tempo da móra, isto é, desde o tempo em que o que era obrigado a pagar ou a restituir alguma cousa, não o fez; assim aquelle que pede emprestada uma quantia por um certo tempo, se se demora em pagal-a e se o credor não lh'a pede, entende-se que continúa o emprestimo pela vontade do credor; se, porém, a quantia foi exigida e não foi paga, o devedor está em móra e então responde ao credor pelos lucros cessantes, isto é, pelos juros do dinheiro.

Esta condição da móra é verificada em juizo, e só se diz que o devedor está em móra depois da contestação da lide, e a razão é porque, offerecido o libello, elle tem um praso para deliberar e emquanto delibera não está ainda em má fé, desde, porém, que elle negou e foi condemnado, é havido de má fé

desde a época em que negou; por isso conta-se o tempo da contestação da lide em diante para satisfazer-se os interesses da quantia demandada. (1)

Sendo assim a parte condemnada tem de pagar os juros desta quantia, os quaes não vem determinados no libello; póde por isso demorar muito a contestação da lide por meio de excepções dilatorias, que como vimos não contestão, gastando-se com estas excepções mezes e até annos, demorar-se-hia muito a causa antes que o réo a contestasse; dizem então os Praxistas que se se contasse os effeitos da litis contestação da real ou da ficta pelo lançamento da parte, podia vir o réo com essas excepções para diminuir o pagamento dos interesses e demoral-o, por isso no caso de demorar o réo de propósito a contestação da lide, contão se os effeitos della, não da real nem da ficta pelo lançamento, mas da ficta pelo recebimento do libello. Desta opinião é Silva e outros. (2)

Não obstante ser esta a opinião de Silva e outros importantes Praxistas, não ha direito nenhum que a estabeleça e nem a temos visto praticada no nosso fôro e por isso entendemos que não é admissivel, porquanto não se funda em lei. Quanto ao inconveniente da demora do réo em contestar a lide para não pagar os interesses, as leis do processo obvia-o-hião se no nosso processo civil se adoptasse o que a respeito do commercial dispôz o Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 74. que é não admittir-se antes da contestação da lide senão aquellas excepções que por sua natureza são taes que não podem ser discutidas senão antes della como as de suspeição, incompetencia e outras, que dizendo respeito á ordem do juizo devem preliminarmente ser decididas. (3)

Por isso se se estabelecesse que o réo viesse na contrariedade com toda a sua defesa, quer directa, quer indirectamente, julgando-se de toda ella afinal, não haveria possibilidade de o réo para tomar tempo apresentar excepções, que as mais das vezes são apresentadas de proposito para cançar-se o adversario e illudir a justiça. Bem fez pois o Reg. Commercial abo-

(1) Diz-se *móra* em relação ás acções pessoas e *má fé* ás *in rem*. Savigny *Tr. Dr. Rom.*, Tom. 6º, § 264 combate a opinião de que pela simples contestação seja logo o devedor considerado em *móra* ou de *má fé*, diz elle que é uma questão de facto, que nenhuma relação tem com a litis contestação e que deve ser apreciada em cada questão especial — Bynkershæk *Obs VIII* N.12.

(2) Neste sentido refere Mendes (cit.na nt. anterior) um julgado na causa de Luiz da Cunha com Catharina de Attaide.

(3) No commercio pelo art. 38 do cit. Reg. 737 o devedor fica em *móra* logo pela conciliação, uma vez que a causa se intente dentro de um mez; disposição esta justa e conveniente.

lindo esses incidentes e deixando-os para serem conhecidos com a causa principal. As proprias excepções dilatorias que são de natureza de impedir a continuação da acção, devia se conhecer dellas por interlocutorias. Assim, por exemplo, se se pedisse o pagamento de uma divida nao vencida, a defesa sendo — não estar preenchido o tempo, nenhum inconveniente pois resultaria de o juiz decidir esta questão por uma interlocutoria, para não suspender-se o feito. Se se fizesse esta pratica evitar-se-hia o que muitas vezes succede de só dar-se a lide por contestada depois de se ter gasto muito em discutir incidentes sem importancia com prejuizo da parte interessada.

§ V

Neste § apresenta o Comp. os *effeitos da litis contestação*.

Diz o Comp. que — *resultando da contestação uma certa novação e induzindo má fé da parte do réo, se afinal é vencido, seguem-se certos effeitos*. Antes de entrarmos na enumeração dos effeitos da litis contestação, precisamos dizer o que é — *novação*. Diz-se que ha novação em geral quando ha mudança no estado da obrigação ou na situação das partes, quando uma obrigação se transforma em outra.

Na contestação ha na realidade uma mudança, como passamos a demonstrar. Supponha-se que alguém se tem obrigado para com outro por um contracto e é demandado em juizo e nelle nega a obrigação, e como a obrigação é um facto que não se presume, mas que prova-se, antes da contestação, a presumpção e que o réo não é obrigado; depois, porém, que a lide é contestada, fica duvidosa a obrigação, tanto que é a sentença que tem de declarar se ella existe ou não, ficção pois as partes em uma situação diversa. Destas mudanças na relação das partes, na sua posição, resulta um quasi contracto. Este quasi contracto obriga as partes a estar pelo julgado, o que anteriormente não existia, a se sujeitar á sentença e ficarem os seus bens sujeitos á execução della.

Isto era uma necessidade no Direito Romano, em que se respeitava muito mais a propriedade do cidadão do que entre nós que temos Constituição e que nos dizemos livres.

No Direito Romano a propriedade só sabia do poder do proprietario pela sua vontade, e como é a execução um meio violento de tirar-se a propriedade do poder do proprietario, dahi a necessidade de fazer-se resultar da litis contestação um quasi contracto, pelo qual se obrigão as partes a estar pela sentença e a dar seus bens para a execução della: era, pois, esta uma ficção de direito pela qual se salvava o respeito devido á propriedade.

Entre nós não é de necessidade esta ficção do Direito Romano, conservada como um vestigio d'elle, e que apenas apre-

sentamos para provar que a contestação da lide produz uma novação. (1)

Diz tambemo Comp. que induz má fé a contestação da lide; isto porque como o direito presume que cada um deve estar certo de suas obrigações e compromissos, aquella que os negou e foi ao depois condemnado, presume-se de má fé, embora não o seja de facto. A lei o considera como de má fé, por isso que, devendo cada um estar certo de seu direito, aquella que o nega, nega o contrario á verdade, fazendo-o, procedeu de má fé, deve por isso responder pelos rendimentos da cousa pedida. (2)

LICÇÃO XXXVI

§ V (continuação)

Continuando hoje com o estudo do § V, acompanharemos o Comp. na enumeração dos effeitos da litis-contestação. O Comp. enumera 8 effeitos que resultão da litis-contestação, os quaes passamos a analisar.

(1) Savigny — *Tr. Dr. Rom.* T. 6º, § 258. A litis contestação dá á acção o caracter de obrigação, e por ella mudão-se as relações entre o credor e o devedor, por isso dizião os Romanos haver — novação. Gaio III, 180 — *Frag. Vat.* § 262... “*nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit.* — *Dig. L. 46. T. 2º. frag. 29.* — *Aliam ousam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt*” — “*Si enim novatur iudicati actione prior contractus.*” — *Cod. L. 7º, T. 54, Const. 3 princ.* A idéa da novação, tomada no sentido rigorosamente tecnico encerra dous elementos essenciaes — a extincção de um direito originario, e a creação de um direito novo que substitue ao extinto — Mainz — *Elem. de Dr. Rom.* § 141. — Savigny cit. diz que a litis contestação produz uma modificação dupla sobre o direito litigioso, quanto ao passado e quanto ao futuro: quanto ao passado a novação da obrigação, quanto ao futuro a base do juizo.

(2) A má fé não é um effeito immediato da contestação da lide, só resulta da sentença que condemna o réo, e então é que se contão os fructos e interesses desde a contestação — *Vd. nt. 2* — *Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere* — *Dig. L. 50, T. 27, frag. 63.*

Sobre os effeitos da litis contestação, e quaes os que resultão da verdadeira ou da ficta, veja-se — Mendes L. 3º, C. 6º — Phæbo. T. 1º. *Dec. 14* e Ar. 84, Reinoso *Obs* 63 — e Altimar *de nullit* rub. 13 q. 2 n. 3.

1º— *Perpetuar a acção temporal.* Ha acções temporaes e perpetuas: *temporal* é aquella que dura pouco tempo, e *perpetua* a que dura de trinta annos para cima. Regula-se a perpetuidade ou temporariedade da acção, segundo o tempo dentro do qual tem-se direito de usar della : quando pôde-se usar da acção sómente dentro de um prazo limitado, ella é temporal; quando se pôde usar della em qualquer tempo, é perpetua. Assim, a acção que os escrivães tem para cobrança dos seus honorarios, é uma acção temporal, por isso que elles só tem o direito de usar della dentro de tres mezes (1). A acção contra as partilhas pôde-se usar della dentro de trinta annos, assim tambem outras, como as acções para a execução de sentenças, por esta razão são ellas chamadas acções perpetuas. Quando a acção temporal é proposta em juizo dentro do prazo concedido pela lei para ella ser proposta, torna-se perpetua desde que a lide é contestada, e por isso, embora se finde o prazo sem que ella seja decidida, não perde o autor o direito á ella, porque pela litis-contestação ficou ella perpetuada. E' isto o que quer dizer o Comp. quando apresenta como effeito da litis-contestação o perpetuar a acção temporal. Por esta razão, por praxe do fôro, quando o autor offerece o seu libello em alguma acção temporal, pede na conclusão que se haja a acção por proposta e perpetuada, isto para o fim de que tal effeito se declare depois que for a lide contestada (2).

2º— O segundo effeito da litis-contestação é *produzir um quasi contracto entre os litigantes.* Já na licção passada mostrámos em que consistia esse quasi-contracto, o qual produz o effeito de ficarem as partes sujeitas á sentença e á sua execução, situação esta em que anteriormente não se achavão, porquanto, tornando a litis-contestação duvidoso o direito que a sentença vem determinar, ha um quasi-contracto entre as partes, pelo qual ellas se sujeitão a estar pelo o julgado na sentença (3).

3º— *Impossibilitar ao autor mudar de acção, e ainda mesmo de descer da demanda sem que o réo consinta.* E' este um outro effeito resultante da litis-contestação, por isso que antes della o autor não é obrigado a demandar, (salvo os casos expressos na lei) desde, porém, que é contestada a lide, não pôde mais o autor descer da acção sem que a outra parte consinta, e a razão é que o quasi-contracto que a litis-contestação produz, dá a ambas as partes direito ao julgamento, e como a renuncia de uma importaria o prejuizo á outra, é preciso o consenso de

(1) Ord. L. 1 T. 79 § 18.

(2) Ords. L. 3 Ts. 4 pr., 9 pr. e 18 § 12 — Reinoso. Obs. 63 n. 8 — Dig. L. 15 T. 1 frg. 3 § 11 — Ramalho, *Prax. Bras.* § 142 nt. c.

(3) Donellus, XII, 14 §§ 6 e 9 sustenta que a litis-contestação não é um quasi-contracto, porém um verdadeiro contracto tacito, o que vai de encontro á theoria dos pactos, em que a vontade livre é elemento essencial. — Per. e Souz. nt. 383.

ambas. Por esta razão, quando o autor, depois de contestada lide, quer descer da acção e neste sentido requer ao juiz, elle manda dar vista ao réo, e se elle concorda com a desistencia, neste sentido julga; se elle, porém, oppõe-se á desistencia, o juiz não a concede e o processo continúa. Se o autor, não havendo desistencia, deixa de proseguir no feito, o réo tem o direito de requerer o andamento delle e fazer assignar ao autor os competentes prazos, fazendo-o lançar em todos os termos, por isso que, assim como o autor pôde fazer lançar o réo da causa, este depois da lide contestada, pôde fazer o mesmo ao autor (1).

4°— *Fazer a causa litigiosa* o que procede nas acções pessoais e particulares in rem scriptæ, em que a causa e a acção só se fazem litigiosas pela contestação; porque nas acções reaes ou mixtas universaes este effeito é commum com a citação. Chama-se — causa litigiosa — aquella sobre a qual se move demanda, e a causa se faz tal, ou pela citação para a acção, ou pela contestação della, umas vezes por um modo e outras por outro.

O Comp. aqui refere-se aos casos em que a causa fica litigiosa pela contestação da lide. A Ord. do L. 4, T. 10, apresenta os casos em que a causa fica litigiosa pela citação, e aquelles em que fica pela contestação da lide. Tem esta Ord. algumas difficuldades, que á primeira vista não se apresentam, por isso convém lê-la com cuidado e attenção, afim de que se comprehenda bem qual é a verdadeira doutrina que ella expende. Como seria longo fazermos um estudo desta Ord., reservamos isso para outra occasião (2).

5°— *Excluir todas as excepções salvo sendo supervenientes ou peremptorias de tal natureza que annullem todo o processo e o juizo*, A litis-contestação produz o effeito de excluir as excepções, por que devem ellas, como vimos, ser offerecidas ao tempo da contestação, não podendo depois ser ellas mais offerecidas, salvo os casos em que o direito o permite; por isso é verdadeiro o principio do Comp., que depois de contestada a lide, não se pôde mais apresentar excepções (3).

6°— *Dar direito aos fructos e interesses desde a contestação da lide*. Tambem vimos na licção anterior que algumas vezes não se pede no libello uma quantidade certa e determinada de fructos, e isto porque não são elles conhecidos. Quando a Ord. L. 3 T. 20 § 5, diz que se no libello se articular de quantidade certa e determinada de fructos, etc, apresenta esta difficulda-

(1) Este effeito resulta do quasi-contracto, não é pois immediato da litis-contestação, pelo que nem Per. e Souz. (§ 580) nem Mor. Carv. (§ 356) o enumerão distinctamente do quasi-contracto. Mendes P. 1 L. 3 c. 6 *in princ.* apresenta este effeito, mas elle não assignala o effeito do quasi-contracto.

(2) Dig. L. 44 T. 6 — Macedo. Der. 61 ns. 26 e 27.

(3) Ord. L. 3 T. 20 § 9 e 15.

de que é, parecer estabelecer a regra de que os fructos devem sempre ser pedidos por quantidade certa e determinada. Deve-se só entender deste modo, na hypothese de serem os fructos liquidos; desde que o não são e que dependem de uma liquidação, ou não são conhecidos, não é de necessidade que elles sejam articulados. Os commentadores analysando esta Ord., dizem que ella refere-se aquelles fructos certos, liquidos e conhecidos que não provêm da natureza da cousa, estes é que devem ser articulados, quando forem da natureza da cousa, não é de necessidade que sejam os fructos articulados. Assim, por exemplo, tratando-se uma reivindicação é desnecessario pedir-se no libello esses fructos. Outros tambem entendem, dando uma intelligencia muito razoavel a esta Ord. que ella se refere aos casos em que a acção tenha por fim pedir fructos ou rendimentos: quando, porém, elles são pedidos como accessorio da causa principal não precisa serem pedidos em quantia certa e determinada. Assim, ficão os Srs. entendendo a proposição do Comp. A não se dar esta intelligencia á Ord., seria desnecessaria esta regra, porque se o autor deve pedir fructos certos pelo libello, não é a contestação da lide que lhe dá este direito, por isso, este § da Ord. só tem applicação quando os fructos não são da natureza da cousa, ou quando não são pedidos como accessorios da acção principal; quando, porém, elles são da natureza da cousa e são pedidos como accessorios, só se considerão como devidos desde que a lide é contestada, porque só dessa data em diante é que a má fé se presume (1).

7º— *Interromper a prescripção.* Na nota, diz o Comp. que “a opinião commum é que, para interromper a prescripção de trinta annos ou mais, basta a citação; sendo, porém de menos annos, é necessario a litis-contestação. Almeida e Souza e alguns outros modernos sustentão e com boas razões, que a citação interrompe toda a prescripção.” Antigamente era opinião de muitos, que para interromper a prescripção de trinta annos, bastava a citação, e para as outras era preciso a contestação; modernamente, porém, a opinião seguida é que a prescripção é sempre interrompida pela citação, uma vez que seja ella ordenada por juiz competente, revestida das solemnidades legaes e accusada em audiencia, por isso que, não sendo accusada não produz ella os seus effeitos, e a razão é porque, embora tenha o juiz decretado a citação, é preciso que elle verifique se ella foi feita legalmente, e mesmo porque o citado pôde contradictar a citação, allegando a incompetencia do juiz ou preterição das fórmulas legaes; por isso, marca-se sempre um prazo, para dentro d'elle o citado deduzir as razões pelas quaes não deve a citação produzir os seus effeitos, e só findo este prazo é que se a julga boa, firme e valiosa, ou quando o citado, presente á accusação da citação não se oppõe a ella. Como um

(1) Vd. nt. 2 á lição anterior pg. 158. — Ord. L. 3 T. 66 § 1 — Per. e Souz. nt. 386.

acto só produz efeitos quando regularmente feito, e como compete ao juiz o conhecimento sobre o modo regular porque elle foi feito, e só existindo depois de concluída a citação um julgamento do juiz sobre o modo porque ella foi feita, só depois de accusada a citação é que ella pôde produzir os seus efeitos juridicos (1).

8º— *Ficarem os litigantes obrigados mutuamente á depor sobre os artigos da parte contraria* (2). Cada uma das partes é obrigada a depor aos artigos da outra parte, quando é perguntada acerca da verdade do que deduz a outra parte no seu articulado. Este depoimento é uma das melhores provas, por isso se uma parte tem razão de saber do facto allegado pelo seu adversario, pôde mandal-o citar para depôr, e a regra de direito é que a parte só fica obrigada a depôr aos artigos da outra depois da contestação da lide. Convém, porém, advertir que este juramento só vale se é favoravel ao adversario; se é favoravel ao depoente não vale, e isto porque o depoimento de uma parte a favor da outra não é suspeito, porque ninguem irá jurar falso contra si; se o depoimento, porém, é favoravel ao que depõe, não lhe aproveita, e isto porque é elle interessado e suspeito.

Não se confunda, porém, este juramento em depoimento aos artigos com o juramento decisorio nas acções chamadas de juramento d'alma. Quando a parte jura a requerimento da outra parte, para que se julgue pelo seu depoimento, este juramento tanto aproveita ao que depõe como á parte contraria.

Quando se dá este juramento decisorio, ha um compromisso das partes para que produza esse juramento o effeito de por elle se decidir a causa: ha ahí uma transacção. No juramen-

(1) Per. e Souz. nt. 387 fundado em Pereira e em Silva sustenta que este effeito é commum á citação na prescripção de longuissimo tempo. No antigo Dir. Rom. a litis-contestação interrompia a prescripção, porém, no novo basta a citação. Savigny, *Tr. Dr. Rom.* T. 5 §§ 242 e 243 e T. 6 § 262.

(2) Ord. L. 3T. 53 § 13. Esta Ord. foi tirada do Direito Canonico, e diz expressamente que esta especie de juramento só se pôde pedir depois de contestada a lide. Ha, porém, uma excepção, em que tal juramento vale mesmo antes da contestação, e é quando se o requer *ad perpetuam rei memorium*. Per. e Souz. nt. 443. Nem Mello Freire (L. 4 T. 11 § 8), nem Per. e Souz. (§ 580) nem Mor. Carv. (§ 356) apresentam este effeito, e parece-nos que effectivamente não resulta da litis-contestação a obrigação que tem as partes de depôr. A Ord. não faz mais do que designar o periodo do processo em que se pôde pedir tal depoimento: e como só depois da lide contestada se pôde dar prova, tendo este juramento a natureza probatoria, só depois da lide contestada pôde elle ter lugar. A não ser assim, poder-se-hia pela mesma razão dizer que a dilação probatoria, que se não assigna senão depois da contestação da lide, é um effeito della. Sobre a força e effeitos do juramento veja-se Savigny, *Tr. Dr. Rom.* Tom. 7 c. 4.

to, porém, por depoimento aos artigos, não se dá o mesmo, não tem a outra parte de se enjeitar a esse juramento, só lhe aproveita se fôr favorável, e ao que jura, se lhe fôr contrario. Tanto é isto assim, que o juramento decisorio não se dá hoje senão no principio da causa, antes da contestação e isto para se evitar os mais termos do processo, o que não se dá no juramento por depoimento aos artigos; quando esse juramento tem lugar já está formado o estado da questão pela contestação da lide, e se elle apparece é como prova, cujo merecimento é sujeito á apreciação do juiz na sentença final. Constitue esta apreciação do merito do juramento por depoimento, feito na sentença final, um dos effeitos caracteristicos desta especie de juramento, porquanto, quando o juramento é decisorio, o juiz não faz mais do que mandal-o executar, por isso se diz que a parte que jura é que julga. No caso, porém, do juramento por depoimento não é assim; como elle é apresentado como prova, o juiz que tem de aquilatar o merecimento das provas é que tem de dar a este juramento a força que por direito deve ter (1).

Passamos agora ao TITULO XI em que se trata da RECONVENÇÃO.

§ I

Neste § dá o Comp. uma idéa do que seja *reconvenção*. Quando alguém é demandado em juizo, tem o direito de tambem no mesmo processo propôr qualquer acção que lhe possa

(1) Per. e Souz. apresenta ainda como effeitos da litis-contestação — transmittir a favor e contra os herdeiros as acções que sem isso seriam transitorias — effeito que não foi aceito pelo Comp. e com razão, pois as acções passam contra os herdeiros das partes em qualquer tempo que ellas se finem e procede-se á habilitação delles, (Ord. L. 3 T. 27 § 2.) independente da contestação da lide. Referimo-nos ás acções civis exegiveis, a aquellas que entram no patrimonio (Mourlon T. 1 n. 1392), pois as criminaes são intransmissiveis (Const. art. 179 § 20). Seguiu Per. e Souz. ao Direito Romano, onde este effeito é em geral assignalado á litis-contestação. Savigny, cit. Tom. 5 c. 4 § 262 — Mackeldey. *Man. Dr. Rom.* § 22 — Dig. L. 44 T. 7 frg. 58. L. 46 T. 2 frg. 29 e L. 50 T. 17 frgs. 87 e 139 *pr.* Mello Freire cit. não menciona tal effeito. O Ass. de 20 de Julho de 1780 que Per. e Souz. cita em abono da sua proposição é uma disposição isolada e especial. Tendo a Ord. L. 4 T. 98 § 6 de harmonia com a do L. 1 T. 88 § 8 excluido o pai do direito de usufruir os bens adventicios dos filhos, quando dentro de dous mezes não fizer inventario dos bens da mãe delles, determinou o citado Assento que nao se incorria *ipso facto* nesta sentença; e que a acção não passava aos herdeiros, quando não tivesse sido contestada em vida do pai. E' pois, uma disposição especial em que o legislador procurou difficultar a applicação de uma pena dura, e não assignalar um effeito da litis-contestação.

competir contra aquelle que o demanda, porque, diz a Ord., que não é justo que o autor não seja demandado pelo réo no mesmo processo em que se o persegue.

Se, pois, Pedro demanda a Paulo pelo pagamento de uma divida e Paulo se julga credor de Pedro, pôde no mesmo processo em que é demandado propôr a sua acção.

Mostra tambem o Comp. neste § em que a reconvenção differe dos outros meios de defesa, e diz que differe da excepção por envolver petitorio. Parece á primeira vista não haver differença entre as excepções e a reconvenção, por isso que, tem as excepções por fim fazer com que o juiz reconheça ao réo a existencia de um facto que tende a neutralisar a pretensão do autor; assim, por exemplo, em um processo de reivindicacão, propondo o réo a excepção de prescripcão, esta, uma vez reconhecida, neutralisa o direito do autor: assim tambem se o autor pede o pagamento de uma divida e o réo allega transacção, é este um direito que o réo tem tambem e que pede lhe seja declarado. Parece, pois, não haver differença alguma entre a excepção e a reconvenção. A differença, porém, existe e, como diz o Comp., está em que na reconvenção ha petitorio. Nas excepções o réo pede que, reconhecido o seu direito, cesse a acção do autor; na reconvenção elle faz um pedido, o qual, embora cesse a acção do autor, subsiste ainda.

A sentença favoravel ao réo na excepção absolve-o da acção e a sentença favoravel a elle na reconvenção, pôde não absolver-o da acção, mas importará sempre uma condemnação do autor, condemnação que não tem lugar nas excepções.

Differe tambem a reconvenção da compensação, apezar de que é com ella a semelhança maior do que com as excepções. A compensação é o acto pelo qual o réo offerece para pagamento alguma quantia de que elle se julga credor daquelle que lhe pede o pagamento: a razão porque se admite a compensação é porque seria ocioso que o réo pagasse ao credor e este ao depois desse essa quantia ao réo, tambem em pagamento; por isso é mais simples a compensação, e por isso se diz que — compensar é pagar. Em fundo, até este ponto, não ha differença entre a reconvenção e a compensação; a differença apresenta a Comp. na continuação do §, quando diz que a compensação é sómente admissivel, quando a divida é liquida (1).

(1) Ord. L. 4 T. 78 § 4. A reconvenção differe ainda da compensação em que esta só opera até á concurrente quantia do pedido do autor e daquella pôde resultar condemnação em mais do que o pedido. A compensação é uma excepção e a reconvenção é acção. Lobbão, *Seg. Lins.* T. 1 nt. 316 § 3 apresenta as differenças entre uma e outra. Heineccio diz — “*Compensatio est mutui debiti et crediti contributio. Et hinc illa est instar solutionis, et obligationem ipso jure minuit, saltem ad summam concurrentem.* — *Recit.* L. 4 T. 6. — T. de Freitas (*Consolidação* art. 849 nt. 1, 1ª edição)

A única diferença, pois, entre a reconvenção e a compensação, está em que aquella não é necessaria que seja revestida de certas circumstancias especiaes; o reconvinente tem o direito de provar por qualquer meio de prova, assim como o reconvinido de defender-se por qualquer meio de defesa, ao passo que na compensação é de necessidade que a quantia seja certa e liquida que dispense alta indagação para ser reconhecida. Se o réo quizer que haja compensação, deve mostrar claramente existencia da divida e que ella não depende de liquidação; é preciso que não haja duvida alguma sobre ella, que para o juiz aceital-a não precise proferir um prévio julgamento (1).

invocando o art. 577 § 5 do Reg. n. 737 de 1850 (commercial) firma doutrina contraria á que apresentamos quando dissemos que a compensação é excepção; porém, tal opinião não é verdadeira no commercio, cuja legislação invocou e muito menos no civil. O art. 577 § 5 do Reg. permite allegar a compensação como embargos á execução, mas daqui se não segue que ella só então possa ser discutida, seria mesmo absurdo só permitir que o réo que tem esta razão a oppôr ao pedido do autor, espere de braços cruzados pela condemnação. Os arts. 439 e 440 do Cod. Com. que tratão da compensação, usão da expressão — *demandado* e não *executado*. Pelo art. 74 do cit. Reg. só se admite no fôro commercial, com o curso especial de excepção as excepções que esse artigo menciona, e sendo certo que elle não falla da compensação, entretanto diz no artigo seguinte “As mitras excepções ou dilatorias, ou peremptorias, constituem materia de defesa, e serão allegadas na contestação”: Consequentemente a compensação ficou equiparada ao juramento, á prescripção e a tantos outros meios de illidir indirectamente a intenção do autor, que o legislador commercial não permittio fossem allegados com suspensão da causa principal. Veja-se Rebouças (2ª edição) nt. ao cit. art. da *Consolidação*. No Direito Romano é liquido o caracter de excepção da compensação — *exceptio compensationis* — Mendes, *Prat. Lus.* L. 3 c. 8 ns. 20 e 27.

(1) Devem as dividas para compensação serem liquidas, certas e claras — Ord. L. 4 T. 78 § 4 — Mendes, *Prat. Luz.* L. 3 c. 8 n. 23. Corrêa Telles, *Interpretação* § 85. Evidentes — *jure aperto* — Inst. L. 4 T. 6 S 30. A Ord. permittia liquidar-se em nove dias peremptorios, esta Ord. está em desuso, como diz T. de Freitas na nt. 1 ao art. 849 da *Consol.* O Dec. de 2 de Julho de 1801 (achado entre os papeis de Mello Freire), manda que quando são illiquidas, se espere pela liquidação, mas isto é hoje impraticavel, pois não é possivel que o autor paralyse a sua acção até que o réo ultime a liquidação. *Consol.* nt. 3 ao art. 848 — 1ª edição.

LICÇÃO XXXVII

§ I (continuação)

Continuamos com o estudo do § em que o Comp., depois de dar uma noção geral da *reconvenção*, apresenta as diferenças que existem entre ella, as excepções e a compensação.

Mostrámos na ultima licção a sua differença da compensação, consistindo ella em que para que haja compensação, é necessario que a divida que se quer compensar seja liquida, produzindo effeito só até á concurrente quantia. Differe, pois, á compensação essencialmente da reconvenção, porque nesta a partes pôde provar o seu direito por todos os meios admissiveis em juizo, e o juiz tem de conhecer da reconvenção, qualquer que seja a quantia pedida e qualquer que seja o objecto da acção, por isso que a reconvenção é uma nova acção que o réo por sua vez propõe ao autor no mesmo processo em que é accionado e que o juiz tem de julgar, como o faria se ella não fosse proposta como reconvenção.

Na compensação não se dá o mesmo; o juiz não pôde admittir senão dividas liquidas e até á concurrente quantia, pedida no libello. E' preciso que a quantia seja liquida, porque como o réo não faz o seu pedido por uma acção, é claro que só não havendo duvida sobre a quantia offerecida em compensação é que o juiz a admite: desde que, para admittir-se a compensação fôr necessario um julgamento, o juiz não a pôde admittir.

Além de ser a divida liquida, o juiz só admite a compensação até á concurrente quantia, e o que a ella exceder deve o réo pedir ao autor pelos meios ordinarios.

Diz depois o Comp. que *para a proposição da reconvenção se exige conciliação e citação pessoal, excepto se a acção foi proposta por um procurador em causa propria, ou procurador geral, ainda que a procuração contenha a clausula de reserva de nova citação.*

E' preciso a conciliação na reconvenção, porque ella é uma nova acção, ha discussão de um direito novo, por isso que não é feita como incidente, mas como causa principal, razão porque regularmente se deve exigir a conciliação (1).

(1) No fôro commercial não é preciso conciliação — Reg. n. 737 de 1850 art. 23 § 4 combinado com o art. 103. No civil é geralmente seguida a opinião de que é necessario conciliação para a reconvenção — Moraes Carv. (nt. 59), aconselha a conciliação, posto que entenda que é ella dispensavel em vista do art. 151 da Const. que falla em processo e não em acção. Admira que este escriptor aconselhe uma pratica que não acha fundada. Dá-se nas reconvenções a mesma razão pela qual se exige a conciliação nas acções novas. A Rel. da côrte em Acc. de 22 de Dez. de 1867 (*Rev. Jur.* de 1868 pgs. 118 e 120) seguiu a doutrina de que a conciliação

Quando a reconvenção foi proposta em acção intentada por procurador em causa própria, como neste caso não se o considera como pessoa diferente, é desnecessario a citação pessoal (1). Diz o Comp. na nota, que no fôro commercial não é necessaria nem a citação, nem a conciliação para a reconvenção, e isto devemos admittir porque a lei assim estabeleceu.

Diz tambem o Comp. na nota *que se o réo não pôde excluir a acção, nem repellir a intenção do autor pela contrariedade, ou pelas excepções, e, todavia tem justos fundamentos para exigir delle o reconhecimento de algum direito, ou o cumprimento de alguma obrigação, dous são os remedios de que pôde usar: o primeiro é a compensação, sendo a divida liquida, ou ainda illiquida, comtanto que possa provar se até nove dias peremptorios.*

Vimos que para haver compensação é preciso que as dividas sejam illiquidas: algumas vezes, porem, não são ellas liquidas, mas de facil liquidação, e para o réo não ficar inhibido de allegar a compensação, liquida-se a divida. Isto é deduzido da Ord. L. 4 T. 78 § 4^o; comquanto ella ahí falle em um sentido especial, a praxe tem admittido essa disposição para outros casos semelhantes.

O meio pelo qual se liquida as dividas neste caso, é o de um processo summario e incidente, e passamos a apresentar a sua fórma. Sempre que se exige uma quantia liquida para a proposição de uma acção, como na da assignação de dez dias, pôde a parte fazer uma liquidação prévia da quantia para usar da acção que lhe compete, e procede do seguinte modo: faz citar a parte para assistir á liquidação, e durante os nove dias que a lei marca, deduz as provas que tem para mostrar que a quantia é liquida, defendendo-se tambem neste prazo o réo das allegações do autor; tudo isto, porem, summariamente, sem discussões nem delongas. Este prazo é peremptorio; se o liquidante nos nove dias mostrar no processo de justificação da liquidação da divida que ella é tal, o juiz assim a julga por sentença e fica o liquidante com direito de propôr a acção que dependia da liquidação da divida, se, porem, o liquidante não mostrou cabalmente que a divida era liquida, ou se o liquidado mostrou não ser ella liquida, ou o juiz entende que realmente ella não é liquida, julga improcedente a acção e manda o que a intentou usar dos meios ordinarios. Na questão que se trata, se um individuo offerecer por compensação uma divida qualquer e não se a reconhecer liquida pôde elle requerer que se o admitta a mostral-a tal no prazo da lei, e findo elle, o juiz ou a julga liquida e admite a compensação, ou illiquida e não a admite, ficando salvo ao liquidante o direito de usar dos meios ordinarios. E' este o primeiro meio a que se refere o Comp.

não é necessaria nas reconvenções, reformando assim a sentença de 1^a instancia (de 9 de Julho de 1866, proferida pelo juiz municipal Dr. Silva Costa) que a julgava necessaria.

(1) Se não houver citação especial para a reconvenção e o au-

na nota, e o segundo é a reconvenção, sendo livre ao réo oppôr este ou aquelle (1).

§ II

Neste § trata o Comp. dos *privilegios de reconvenção*. Já vimos em que consiste a reconvenção. que não é mais do que uma acção que o réo por sua vez propõe ao autor no mesmo processo em que é demandado. Diz o Comp. que dous são os privilegios da reconvenção: 1º, *é que tanto elle assim como a convenção andão igual passo, expedindo se os actos do juizo de tal modo, que primeiro actue o autor e depois o réo, e que ambas sejam terminadas pela mesma sentença.*

Desde que a reconvenção corre *pari passu* com a causa principal, offerecido o libello pelo autor, se offerece tambem o do réo; offerecida a replica da causa principal, se offerece a da reconvenção, e assim por diante seguem juntas os mesmos termos e sao por fim decididas pela mesma sentença (2). Este privilegio, porem, só tem a reconvenção quando ella é proposta antes de contestada a lide; desde que a causa é declarada em prova, não pôde mais a reconvenção gosar deste privilegio; se porem, entretanto, o réo quer reconvir, neste caso, comquanto ainda admissivel a reconvenção, não corre ella no mesmo feito, corre em auto separado, e isto para que não embarasse ella a causa do autor, que está já adiantada (3).

Nesta hypothese, o unico effeito da reconvenção é a prorrogação do juizo: se, porem, a questão é proposta no mesmo domicilio de ambas as partes, não ha privilegio algum, este só

tor responder a ella, fica supprida a falta — Lobão, *Seg. Lins.* n. 6. Quando a citação é feita na pessoa do procurador, se elle allegar que precisa de informação para responder, ser-lhe-ha dado tempo para responder, suspenso o feito. — Ord. L. 3 T. 2 *princ. in fine.*

(1) Quanto a esta Ord. veja-se a nt. ult. á licção anterior.

(2) Quando a reconvenção não andou *pari passu* com a acção principal, não é nulla a causa, mas pôde-se appellar — Barbosa á Ord. L. 3T. 33 *princ.* n. 1 — Silva cit. n. 19... “*si judex aliter processerit, juste ad superiorem provocatur.*”

(3) Pôde ser opposta mesmo depois de contestada a lide, uma vez que ainda se não tenha dado prova. “*Rursus sciendum est reconventionem proponendum esse in ipso litis exordio ad hoc ut habeat utrumque effectum — simul processus et prorogationis. Vel saltem proponi debere stulimpost litem contestatam, antquam litigatores ad altos acto judiciales progrediamtur. Nam ea, que incontinenti fiunt inesse creduntur. Dicitur autem incontinenti juramentum de calumnia quod præstatum ante præstitum post litem contestatam, tenet ex Baldo incontinenti dici fieri, quando reconventio; facta est ante dilationem assignatam partibus ad probandum quam opinionem secuta est Ord. nostra.*” Silva á Ord. L. 3T. 33 *princ.* ns. 16 a 18 — Mendes L. 3 c. 8 n. 5.

existe quando o autor e o réo são sujeitos a jurisdições diversas; Deste ciso ha privilegio e prorogação de jurisdição, por que sendo o réo demandado no fôro de seu domicilio teria, se quizesse tambem demandar o autor, de fazel-o no fôro do domicilio delle, que não é o mesmo seu; quando, porem, ha reconvenção, o privilegio que tem o réo é de poder demandar o autor no seu proprio domicilio, o que não poderia fazer ae ella não se desse, e isto porque a Ord. diz que aquelle que é perseguido é de justiça que demande o seu perseguidor no mesmo fôro em que por elle é demandado.

E' nesta hypothese que se dá a prorogação de jurisdição; quando ambas as partes estão sujeitas á jurisdição do mesmo juiz, desaparece esse privilegio de prorogação.

O 2º privilegio da reconvenção, diz o Comp., *é poder ser proposta perante o mesmo juiz da convenção, comtanto que esse juiz tenha jurisdição para conhecer da reconvenção sendo principalmente intentada; porque a prorogação estende se só ás pessoas e não ás causas.* Diz o Comp. que para que se dé essa prorogação, cumpre ser o juiz competente para conhecer da causa, faltando-lhe competencia para conhecer tão sómente emquanto ás pessoas. Assim, supponha-se que é civil a acção intentada pelo autor, e que a que o réo quer oppôr pela reconvenção é commercial; neste caso não póde o réo fazel-o porque o juiz não tem jurisdição; do mesmo modo, se a causa do autor é civil, e ao a reconvenção é do juizo de orphãos ou de residuos e capellas. (1).

Contudo, se a reconvenção é intentada em juizo diverso, callando-se o autor vale. Esta proposição do Comp. é verdadeira: não obstante ter o réo o direito de chamar o autor para, por meio da reconvenção responder no fôro de seu domicilio, se a propõe no fôro do autor ella vale, porque, como este direito que tem o réo é um privilegio, póde a parte renuncial-o, desde que a outra nisto consinta, por isso que, os privilegios são favores individuaes.

LICÇÃO XXXVIII

Continuamos com o estudo da RECONVENÇÃO.

§ III

Neste § mostra o Comp. *quaes as pessoas que podem reconvir,* e estabelece a regra que podem reconvir todos aquelles que

(1) Ord. L. 3 T. 33 § 5. Pelo antigo Direito Romano (Dig. L. 2 T. 1 frg. 11), ao se dava prorogação *ratione persona*; esta foi introduzida pelo Cod. L. 7 T. 45 Const. 14 — *“Hoc enim bono*

pedem propor acções em juízo, e isto porque sendo a reconvenção, como vimos, a acção que o réo por sua vez propõe ao autor no mesmo processo em que por elle é accionado, é preciso que o réo tenha o direito de accioná-lo em juízo; desde que não tem esse direito, claro é que não pôde reconvir. Apesar desta regra, porém, casos ha em que, pessoas habeis para propôr acções em juízo, não podem reconvir; constituem esses casos excepções á regra que firmamos e são os seguintes: 1º, o *réo que declina do fôro*, isto porque se elle não reconhece a jurisdição no juiz, não pôde gosar do direito de reconvir, porquanto cessa a razão que a lei dá á reconvenção que é, não ser de justiça que o réo não tenha a faculdade de accionar tambem o autor no mesmo juízo e processo em que é por elle accionado, ora se o réo declina do fôro, não pôde mais nesse fôro reconvir: 2º, o *autor reconvindo* desde que o autor propõe a sua acção e o réo a sua reconvenção, não pôde mais o autor reconvir contra o réo, porque então dar-se-hia um processo infinito e ficaria elle mal organizado por discutirem-se muitas causas em um mesmo processo ao mesmo tempo (1); 3º, o *autor que vem a juízo, não em seu nome mas em qualidade de tutor ou procurador, e o cessionario, sendo por causa necessaria*. Como estas diversas pessoas que o Comp. menciona não accionão em seu proprio nome não podem ser reconvidas, por isso que não são os verdadeiros autores; 4º, *nem pôde ser reconvindo o autor pelo réo chamado á autoria*, isto porque não é contra elle que se dirige a acção, não é o principal réo, e se não é, não tem o direito de reconvir: excepto, diz o Comp. *se este tomar a si a defesa da causa, consentindo o autor, ou ainda sem este consentimento prestando fiança*. Isto porque nesta hypothese fica o autor pelo réo chamado á autoria considerado como verdadeiro autor, e por consequencia pôde contra elle o réo reconvir. (2)

§ IV

Neste § trata o Com. das — *pessoas contra quem se pôde reconvir*, e a regra que estabelece é simples: contra todo e qualquer autor pôde o réo reconvir, uma vez que o juiz tenha competencia para conhecer da causa. Já vimos isto em uma das licções anteriores.

§ V

Neste § trata o Comp. *das causas em que tem lugar a reconvenção*. Em geral, admite-se a reconvenção em todas as cau-

publico respondet et æquum est, ut cujus in agendo actor observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.”

(1) Mendes — P. 2º, L. 3º, C. 8º, n. 9.

(2) Per. e Souz. nt. 316.

sas ordinarias ou summarias, reaes ou pessoas. Mas diz o Comp. que *senão, porém, a causa ordinaria e a reconvenção summaria, só pôde a reconvenção produzir o effeito da prorrogação do juizo, perdendo seu privilegio*, isto, porque, sendo a causa ordinaria e a reconvenção summaria, não pôde ella proseguir *pari passu*, o que é um privilegio da reconvenção, por isso que os termos das causas ordinarias são mais largos que os das summarias; nesta hypothese perde a reconvenção o seu primeiro privilegio e só produz o effeito da prorrogação de jurisdicção.

Continúa o Comp. que *na hypothese contraria não é possível a reconvenção, excepto se o réo renunciar o primeiro privilegio; e nesse caso a convenção seguirá summariamente o seu curso, e a reconvenção pelos meios ordinarios*. Isto que o Comp. diz é claro; se o réo renunciar o privilegio de seguir a reconvenção os mesmos termos da acção principal, pôde propôr como reconvenção a uma acção ordinaria uma acção summaria, e neste caso seguirá summariamente a convenção e a reconvenção pelos meios ordinarios. (1)

Depois, no final do §, mostra o Comp. as causas em que não tem lugar a reconvenção, que são as seguintes: — 1.º, *as causas de appellação*; nestas causas não se admite a reconvenção, porque o fundamento della é que no mesmo juizo em que se intenta a acção, se pôde reconvir; que o juiz que o autor approvou para perante elle demandar o réo, se considera tambem approved pelo autor para perante elle tambem ser demandado por aquellas acções que contra elle tenha o réo. Isto não se verifica na appellação porque nella, como dizem Barbosa e outros, o appellante não é livre, não tem plena liberdade, é impellido nesse processo de appellação pela necessidade de reparar a injustiça que julga lhe ter sido feita. Não se verificação, pois, nas causas de appellação as razões que legitimão a reconvenção nos juizos de primeira instancia. (2)

2.º *Nas causas criminaes*. Nestas não se verifica a reconvenção, e a razão principal que os Praxistas dão vem a ser que

(1) “*Sed ad hunc effectum debet reus, priusquam recipiatur reconventio, renuntiare privilegio causa, que alias impediatur conventio actoris prius facta.*” — Repertorio das Ords. T. 4.º (ed. 1795) pag. 402, nt. a.

(2) “... porque o appellante vae ao juiz da appellação por necessidade, entendendo que é aggravado da sentença contra elle dada, e espera ser relevado por appellação.” — Ord. L. 3.º, T. 33. § 7.º. — Mendes — P. 2.º, L. 3.º, C8.º, n.6. — “*Quod intelligendum et in appellatione sententia definitiva, non autem ao interlocutoria.*” Repert. cit. na nt. ant. nt. a, pag. 405. — Pegas a esta Ord. Tom. 15. § 1.º. — Barbosa — *Remissões* a esta Ord. n. 49. — Mendes cit. — Strikio explica a excepção em relação á interlocutoria, depois da qual se pôde ainda oppôr a reconvenção. — Almeida e Souza — *Seg. Lins.*

nellas se trata principalmente do interesse publico e não do individual, como se dá nas causas civeis. (1)

3.º *As de espolio, guarda e deposito, o que se entende acerca do dominio ou posse da mesma cousa, e não assim a respeito do espolio de cousa diversa, ou na causa de força velha.*

Nestas causas não se admite reconvenção, por isso que como são privilegiadas tem um andamento mais rapido e não podem por isso ser demoradas; porém, como diz o Comp., se entende tão sómente acerca do dominio ou posse da mesma cousa, isto porque a lei favorece estas causas, tanto que havendo espolio e sendo allegado, não póde o réo defender-se sem primeiro restituir a cousa; o que a lei prohibe é que se discuta como reconvenção acerca do dominio ou posse do mesmo objecto que está em litigio, mas não prohibe acerca do espolio de outras cousas; a prohibição é tão sómente de discussão da cousa que está em questão por meio da reconvenção. O Comp. limita a prohibição a respeito das causas de força velha, porque a respeito destas desaparece o favor da lei, são causas ordinarias e não summarias, como as de força nova. (2)

4.º *As causas executivas, salvo se a causa ficou ordinaria pelo recebimento dos embargos; mas isto não precede nos incidentes da execução.* A razão pela qual não se admite a reconvenção nas causas executivas é porque ellas gosão do privilegio de serem processadas com toda a brevidade; quando, porém, são recebidos oa embargos, tornando-se a causa ordinaria e cessando por consequencia os seus privilegios, póde oppôr-se tambem a reconvenção. (3)

nt. 319. — Silva á Ord. do L. 3º, T. 33 *princ.* n. 27 limita a regra do § 7º acima, no caso em que se appella de interlocutoria, se o juiz superior revogou a sentença e a causa fica ahí, como nos casos das Ords. L. 3º T. 68 *princ. in fine* e T. 69, § 5º. — Limita-se tambem nas appellações extrajudiciaes de que trata a Ord. L. 3º, T. 78.

(1) A Ord. L. 3º, T. 33, § 4º é expressa. Silva a esta Ord. n. 11 e seg. a commenta excellentemente. Exceptuão-se as causas criminaes civilmente intentadas, em que ha lugar a reconvenção para compensar — por exemplo — as perdas e damnos. — Per. e Souz. nt. 320. — Concorda o Direito Romano. — Hulot — *Chave das Leis Romanas pl. Reconvention.* — Ferriere *Inst. L. 4º, T. 6º.*

(2) Or. L. 3º, T. 33, § 4º. — Phæbo P. 1º, Dec. 89, n. 2. — Mendes P. 2º, L. 3º, C. 8º, n. 7. Gabriel Pereira — de *Man. Reg. C.* 24, n.18. — “*Quod tamen intelligit Oliva de reconventione super dominium vel possessione ejusdem rei; quia de spolio rei diversæ habet locum reconventio, ut ex aliis comprobatur*” Silva a esta Ord. §§ 2º e 3º. — Repertorio cit. nt. a, pag. 403 — Vallasco *Com.* 88. n. 2. Nas causas de força velha ha reconvenção: o senador J. A. da Costa o refere julgado a favor da Commendadeira da Encarnação contra os Padres da Companhia da Bahia.

(3) Arg. da Ord. L. 3º, T. 33, § 6º — “*Nec etiam in executiris admittitur reconventio.*” — Mendes cit. n.10. — Cardoso *in Prax. vb.*

5.º *Nas causas que se tratão perante arbitros compromissarios.* Isto porque tirando o arbitro compromissario a sua jurisdicção do compromisso, não pôde estendel-a além dos poderes conferidos; não se podem pois nas causas que se discutem perante estes juizes, propôr-se a reconvenção, por faltar jurisdicção nelles. (1)

§ VI

Neste § trata o Comp. do *processo das reconvenções*. Quando dellas tratamos dissemos que podião ser propostas, ou logo depois do libello ou depois de contestada a lide, comtanto que não se tivesse feito ainda a prova na causa, que ella ainda estivesse *re integra*: o modo de proceder differe em cada um destes casos.

Quando o autor quer reconvir logo depois de offerecido o libello, procede-se do seguinte modo: feitos os autos com vista ao réo para a contrariedade, elle depois de apresental-a, offerece os seus artigos de reconvenção do mesmo modo porque se spresentão os libellos apenas com a differença de em vez de dizer-se — *por libello civil etc.*, — diz-se — *reconvindo diz como autor contra F.* — concluindo-se do mesmo modo pelo qual se concluem os libellos. Offerecida assim pelo réo a contrariedade e os artigos de reconvenção, fazem se os autos com vista ao autor, o qual primeiro replica e depois contraria a reconvenção, usando da formula: — *por artigos de contrariedade de reconvenção etc.*, procedendo do mesmo modo que nas contrariedades. Offerecida a replica e a contrariedade a reconvenção, vão os autos com vista ao réo, e elle em primeiro lugar treplica á causa principal, ficando assim ella contestada, e depois replica á reconvenção; desta replica dá-se vista ao autor para a treplica, e elle então sómente treplica á reconvenção, sem nada mais dizer sobre a acção principal; ficão deste modo as causas em prova. Quando, porém, a reconvenção se apresenta depois da

Reconventio n. 21. — Excepto se pelo recebimento de embargos se tornou a causa ordinaria, como se diz acima do texto, o que não prevalece nos incidentes — Phæbo P. 2º, Ar. 1º — Barbosa a esta Ord. § 7º.

(1) A Ord L. 3º, T. 33, § 8º é expressa e dá a razão porque o arbitro é juiz por consentimento de ambos, e a reconvenção só se dá quando o juiz foi escolhido pelo autor. — “*Nec etiam coram arbitris quia extra compromissi limites nullum cognoscendijus habent.* — Mendes cit. n. 7. — Cod. L. 2º, T. 156. Const. I — “*Quod intellige coram arbitris voluntariis, quia si fuerint arbitri necessarii potest coram illis fieri reconvertio.*” — Rep. cit. nt. 6, pag. 405. — Mendes lug. cit. — Strikio — *Unum*. Dispt. 10 limita nas causas connexas e Pegas diz que nada obsta a que o juiz julgue tambem por compromisso da reconvenção.

lide contestada, mas sem estar ainda a causa em prova, fazem-se os autos com vista ao autor para contrariar, e segue a reconvenção os mesmos termos da causa principal, consistindo a diferença em que quando a reconvenção é apresentada depois do libello ficam os artigos della intercalados com os da causa principal; e quando é a reconvenção apresentada depois da lide contestada, ficam os termos della distinctos dos da causa principal.

Contestadas a causa principal e a reconvenção, assigna-se as mesmas dilações probatorias para ambas; e o autor offerece suas testemunhas, primeiro sobre o libello e replica da acção principal, depois sobre a contrariedade e treplica da reconvenção; offerecendo o réo tambem, primeiro as suas testemunhas da contrariedade e treplica da acção principal, e ao depois as da reconvenção e sua replica. O escrivão lavra em termos distinctos os depoimentos das testemunhas, declarando na — assentada — quaes as testemunhas que depõem aos artigos da causa principal, quaes as que depõem aos artigos da reconvenção, para que o juiz possa apreciar o merecimento das que depõem sobre a acção principal e das que depõem sobre a reconvenção. Feita a prova, seguem se as razões finaes pelo seguinte modo: primeiro arraso a autor, depois o réo, e nellas o autor sustenta primeiramente a acção principal, e depois combate a reconvenção, e o réo tambem combate primeiramente a acção principal e depois sustenta a reconvenção.

LICÇÃO XXXIX

Vamos estudar o *Titulo VII* que inscreve se — DA AUTORIA.

§ I

Dá o Comp. neste § a *definição da autoria*. Quando alguém houve alguma cousa de outrem e depois de adquirir o dominio ou a posse, apparece uma terceira pessoa dizendo que a cousa, é sua, o réo demandado tem o direito de chamar a juizo aquelle de quem houve a cousa demandada para vir ajudal-o a defendel-a. E' isto o que se denomina — chamamento á autoria.

Nos §§ seguintes mostra o Comp. qual o direito que regula o chamamento á autoria e a fôrma de proceder-se nelle; por isto basta que neste § se fixe o sentido da expressão, que é aquelle que assignamos. (1)

(1) Autor significa aqui não o que demanda em juizo um direito por meio de acção, mas aquelle de quem o réo houve a cousa demandada. — "*Auctores dicuntur a quibus jus in nos transit, et a quibus causam habemus.* — Vicat — *Vocab. Jur.*

§ II

Inscribe se este § — *chamamento á autoria*. Diz o Comp. que *o chamamento á autoria é admissivel sómente nas acções reaes ou nas criminaes civilmente intentadas*.

Tem lugar o chamamento á autoria nas *causas reaes*, porque é nestas que se trata do dominio. Tem isto lugar quando o dominio da cousa é disputado e o réo houve-o de uma outra pessoa, tendo elle neste caso direito a chamar essa pessoa, de quem houve o dominio para vir a juizo ajudal-o a defender-se.

Tem tambem lugar o chamamento á autoria nas *causas criminaes civilmente intentadas*: assim se chamão aquellas acções que provêm do delicto, mas em que o autor não pede a imposição da pena, mas apenas uma reparação ou indemnisação.

Já vimos que do mesmo facto podem provir duas acções diversas, — uma civil e outra criminal —: pela civil pede-se a restituição da cousa ou a indemnisação de um prejuizo; pela criminal pede-se a imposição de uma pena a um facto que a lei tem julgado criminoso.

Assim, supponha se o facto pelo qual alguém tira contra a vontade de outrem a sua propriedade; temos aqui duas acções: uma civil para a restituição do objecto, e outra criminal para a imposição da pena. Quando as acções tem por fim reparar um direito, restituir uma cousa ou indemnisar um prejuizo, e o facto é punido pela lei criminal, diz-se que é uma acção criminal civilmente intentada. (1)

Assim, se alguém adquiriu de outrem de boa fé e por um titulo legitimo um objecto qualquer e elle havia sido roubado, o seu proprietario tem o direito de propôr uma acção ao que o possui para haver o objecto que lhe foi roubado; mas como o que tem a cousa em seu poder, não praticou, adquirindo-a, um facto criminoso, a acção do proprietario é meramente civil.

Continúa o Comp. que o chamamento a juizo tem lugar nas causas que vimos — *sendo o réo demandado por cousa movel ou immovel, que possui em seu proprio nome, quer seja proprietario, usufructuario ou emphytheuta, ou por qualquer modo tenha o — jus in re*.

E' preciso que a cousa seja — movel ou immovel — que é para questionar se sobre a posse ou sobre o dominio, casos em que, como vimos, só se póde chamar outrem á autoria. E' preciso tambem que o individuo possua em seu proprio nome, — porque se não possui em seu nome, ainda que seja demandado, não póde chamar á autoria, este direito só tem o ver-

(1) Como se dá no caso de satisfação — Art. 68 da Lei de Dezembro de 1841 que revogou o art. 31 do Cod. Crim. e § 5º do art. 196 do Cod. do Proc.

dadeiro possuidor; assim, se a aquelle que mora em uma casa alugada vier uma terceira pessoa demandar sobre a cousa alugada, elle não pôde chamar á autoria aquelle que lhe alugou a casa, porque elle a não possui, tira della apenas o uso de habitação. Elle é neste caso pessoa illegitima e a acção deve ser dirigida contra o proprietario.

Pôde chamar á autoria o sujeito que possui a cousa demandada, quer seja — proprietario, usufructuario, emphytheuta ou por qualquer modo tenha *jus in re* sobre a cousa. As hypotheses são diferentes, pôde-se não possuir-se em seu proprio nome a cousa, e no emtanto ter-se um *jus in re*, que dê ao individuo direito a chamar á autoria quando demandado sobre ella: assim, um individuo que não possui em seu nome uma cousa, mas que tem sobre ella o direito de usufructo, concedido por um titulo legitimo, pôde chamar á autoria quando a questão fôr sobre o usufructo e não sobre a propriedade; se fôr sobre esta não pôde, porque não é este o direito que elle tem. Se a questão e sobre o dominio, salvo o usufructo que o autor reconhece no usufructuario, não pôde o réo a chamar este á autoria, porque a questão é completamente alheia a elle. O mesmo se dá em relação ao emphytheuta, elle só pôde ser chamado á autoria quando a questão poder affectar-se a emphyteuse.

Continúa o Comp. que — não pôde ter lugar a autoria: 1.º, nas acções pessoaes, salvo sendo *in rem scriptas*. Isto é um vestigio do Direito Rimano, porque, dizião os commentadores desse direito que as obrigações pessoaes ficavão de tal modo ligadas ao individuo, que, por assim dizer, adherião a seus ossos; o que tinha obrigação pessoal, obrigava a sua pessoa para satisfazel-a, não podia por isso chamar outrem á autoria, o que só pôde ter lugar quando ha outra pessoa obrigada a responder. (1)

2.º *No interdicto — unde vi — ou acção de força quando o réo obrou o facto que diz se espoliativo em nome proprio; porque, sendo feito em nome alheio, só tem lugar a nomeação.* (2) Ha differença entre — chamamento á autoria, e — nomeação á autoria: desta trata o Comp. no § seguinte. O chamamento á autoria dá-se quando o individuo demandado sobre uma cousa, chama aquelle de quem houve a cousa para ajudal-o a defender-se; porque esse de quem o demandado houve a cousa, tem um interesse na decisão da causa, pois se o réo principal decahir da acção, tem o direito de ir haver delle a indemnisação da cousa e o pagamento dos interesses, está sujeito á evicção; dá-se por isso o direito ao réo principal de chamar a juizo este de quem houve a cousa, afim de que intervenha no feito, visto o interesse que tem na decisão da causa.

(1) G. Pereira — *de Man. Reg. C.* 32, n.15. — Gama *Dec.* 101 e 289 n. 2.

(2) Reinoso *Obs.* 18. n. 5.— Pegas *For.C.* 11, n. 194.

Não ha, porém, chamamento á autoria quando aquelle que é chamado a juizo para defender a cousa, não a possui em seu nome, mas no de outrem, e neste caso elle não tem que se defender da acção, mas tão sómente declarar o nome da pessoa que possui. E' isto o que se chama nomeação á autoria: differe pois do chamamento em que, neste, o individuo demandado chama outro á autoria, e na nomeação apenas nomea o verdadeiro possuidor. E' o que dá-se no exemplo ha pouco dado do locatario, que não póde chamar á autoria, mas simplesmente nomear o proprietario.

3.º *Nas causas criminaes, menos na acção de furto, senão meramente recuperatoria.* Nas causas criminaes não ha chamamento á autoria, por isso que cada um é responsavel pelo facto criminoso, ninguem se desonera da responsabilidade criminal de um facto por dizer que outro influu ou cooperou para elle, sendo cada individuo responsavel e respondendo por si. Quando, porém, a acção criminal não diz respeito a imposição da pena, mas á restituição da cousa no caso de furto, tem lugar o chamamento a autoria; assim supponha-se que um individuo furtou uma cousa e por qualquer modo alienou a a outro; o senhor tem a acção directa sobre o possuidor, e é isto um dos effeitos da reivindicção, acompanha ella sempre o possuidor; póde, porém, o possuidor da cousa não ser o autor do furto, e neste caso elle póde chamar o ladrão a responder pela acção recuperatoria, e deve chamal-o que é para salvar o seu direito de haver o preço que deu pelo objecto e a indemnisação dos prejuizos.

(1)

§ II

Trata o Comp. neste § *-da nomeação á autoria.* Não tem a sua doutrina dificuldade alguma, mas é preciso distinguir-se bem as differentes hypoteses a que elle se refere, para bem comprehender-se as decisões de direito e desaparecer o absurdo que á primeira vista apparece. Para melhor comprehensao diremos em primeiro lugar o que se entende por nomeação á autoria e ao depois esclareceremos as diversas decisões que o Comp.dá. Quando alguém possui uma cousa em nome alheio, e é demandado por causa della, tem obrigação de comparecer em juizo e declarar que não possui em seu nome, mas no nome de tal pessoa, e que contra essa deve o autor dirigir a sua acção. Feito isto, que é o que se chama nomeação a autoria, cita-se ao verdadeiro possuidor para que em um certo praso venha ou mande defender-se da acção.

Se o possuidor verdadeiro comparece, é considerado como réo e contra elle corre a acção, ficando desonerado o possuidor

(1) Ord. L. 3º, T. 44 *princ.*, a qual no § 1º admite na acção de furto, mas só quando é a acção recuperatoria. — Per. e Souz. nt. 3º nt. 350.

citado, se não comparece, corre a causa á sua revelia, mas nem por isso fica desonerado o possuidor citado, porque como diz o Comp. — *o réo principal não é absolvido nem despedido da instancia sem que o possuidor nomeado compareça e tome a defesa da causa.* Continúa o Comp. que quando — *o réo principal não faz a nomeação no devido tempo, fica considerado possuidor da cousa para o effeito de poder ser o condemnado na estimação tem que o verdadeiro possuidor fique desonerado da obrigação de entregar a mesma cousa.* Se o possuidor sendo citado não nomea o verdadeiro possuidor, diz o Comp. com a Ord. que a acção corre contra elle. ficando considerado como possuidor da cousa.(1)

Parece isso um absurdo; como é que o individuo que não é possuidor ha de ser como tal considerado? Elle, porém, é apenas considerado como possuidor para responder pelos interesses, e não para restituir uma posse que elle não tem. A acção só aproveita ao autor quando é contra o verdadeiro possuidor, por isso que só este é que pôde restituir a cousa: quando é contra aquelle que possua em nome de outrem e que nomeou á autoria, apenas a acção produz o resultado de obrigar esse individuo a responder pelos interesses, não obstante a sentença contra o verdadeiro possuidor.

O autor quando a acção não segue contra o verdadeiro possuidor, tem o direito da haver do réo principal a estimação da cousa, sem por isso perder o direito de obrigar o verdadeiro possuidor a entregar a cousa.

LICÇÃO XL

Continuamos com o estudo do titulo do Comp. que se inscreve — DA AUTORIA.

§ IV

Neste § trata o Comp. de *quem pôde ser chamado á autoria.*

A regra é que podem ser chamados á autoria todos aquelles de quem o réo houve a cousa demandada, e ainda os seus herdeiros, isto porque sendo elles que sucedem nos direitos das pessoas de quem herdão, devem tambem succeder nas suas obrigações.

Se bem que entre nós não exista mais a superstição do Direito Romano, pela qual o herdeiro representava a pessoa do defunto de quem herdava, comtudo é certo que os herdeiros assim como succedem nos direitos das pessoas de quem herdão, respondem igualmente por todas as suas obrigações; podem por isso ser chamados á autoria quando a pessoa de quem her-

(1) Ord. L. 3º T. 45, § 3º.

darão tinha essa obrigação, e isto quer esteja no Imperio, quer fóra delle. Conhecido isto passemos ao § seguinte.

§ V

Tem este § por epigrapha a seguinte proposição: — *a denunciação da causa deve fazer-se gradualmente e no tempo legal.*

O chamamento á autoria faz-se pela citação do que é chamado, devendo-se na citação declarar o fim para que é feita, com especificação da causa, e faz-se gradualmente, isto é, quando o possuidor e demandado, chama á autoria aquelle de quem immediatamente houve a cousa, podendo este por sua vez tambem chamar á autoria aquelle de quem a houve e assim por diante, sendo sempre chamado aquelle de quem immediatamente se houve a cousa. A razão do chamamento á autoria é para o réo principal conservar a — evicção — a qual consiste em o réo vencido poder haver daquelle de quem houve a cousa, o preço que deu por ella e a indemnisação dos prejuizos (1).

Se, pois, o réo não chama á autoria a pessoa de quem houve a cousa demandada, perde este direito de evicção, e a razão é porque presume-se que elle, tomando sobre si só a defesa da causa, sujeita-se á decisão della, e não póde essa decisão prejudicar a pessoa de quem o réo houve a cousa demandada, por que não foi elle ouvido, e é corrente que ninguem é prejudicado por um julgamento no qual se não lhe proporcionou os meios de defesa.

Ha, porem, dous casos que constituem como que excepções a esta regra estabelecida, isto é, dous casos em que o réo não perde o direito de haver a cousa vencida com o seu interesse ou o preço della, embora omittida a denunciação, e o Comp. a apresenta, a saber: — 1º, *se lhe fôr remettida, a obrigação de fazer a denuncia* (2) 2º. *se aquelle mesmo de quem houve a cousa demandada foi causa de se lhe não fazer a denunciação* (3).

§ VI

Neste § examina o Comp. *qual a intervenção do chamado á autoria.* A doutrina deste § é facil.

Tendo lugar o chamamento á autoria e comparecendo o chamado, tem elle em regra o direito de intervir, e o póde fazer como simples defensor, ajudando o réo principal; é este o direito que tem o chamado á autoria, o qual em alguns casos se modifica. Se o chamado á autoria comparece, e não quer intervir como defensor, mas chamar a si toda a defesa da causa desonerando o réo principal, transmudando para si a demanda,

(1) Per. e Souz. nt. 361.

(2) *...si pacto ei remissa esset denuntiandi necessitas* — Dig. L. 21T. 2 frg. 63.

(3) Dig. cit. na not. ant. frg. 55 § 1.

Não o póde fazer contra a vontade do autor principal, devendo-se sujeitar á sua posição de defensor no caso de não consentir o autor que sobre si elle tome toda a defesa da causa. Se, porem, o chamado á autoria não comparece com este animo de innovar a acção, mas sim de receber a defesa do réo no mesmo juízo, como procurador em causa propria, affiançando a execução, póde ser admittido ainda contra a vontade do autor, salvo se este mostrar que desta mudança lhe resulta prejuizo por ser o réo principal mais fiel, mais verdadeiro, ou por outra razão igualmente justa.

Póde, pois, o chamado á autoria intervir no processo por qualquer destes dous modos. A razão pela qual não póde o chamado á autoria tomar sobre si só a defesa da causa, sem o consentimento do autor, é porque a acção de reivindicação compete ao autor contra o possuidor da cousa, ou aquelle que por dolo deixou de possuir, e desde que o autor quer demandar o possuidor, fica elle sujeito á defesa da causa, porque é esse um direito do autor. Se podesse contra a vontade do autor, aquelle de quem o possuidor houve a cousa, tomar a si a defesa da causa, frustrava-se o direito do autor, o que nlo se póde dar sem injustiça para com elle. Como, pois, tem o autor este direito, fica excluido qualquer outro, que não seja o possuidor da cousa demandada de defender as acções intentadas contra ella.

Sabem tambem os Srs. que a pessoa do réo não é indifferente aos interesses do autor, póde o réo principal ser não só mais fiel e mais abonado do que o chamado á autoria, para o effeito de melhor garantir a execução, mas tambem mais pacifico e razoavel, e por isso preferir o autor que com elle corra a acção, do que com um turbulento e que a cada passo suscite questões e rixas; por isto embora o chamado a autoria que quer por si só defender a causa, offereça sufficientes garantias a execução do julgado póde o autor não admittil-o porque elle é turbulento, isto comprehende-se na *outra razão igualmente justa*, a que se refere o Comp. (1).

§ VII

Neste § trata o Comp. do *fôro competente para ser alguém chamado á autoria*. O fôro é o do réo principal, e a razão é por que, como a questão é movida contra o possuidor pelo direito que contra elle tem o autor, o fôro competente é o do domicilio do possuidor porque é o do réo principal.

Nem póde prevalecer a razão de não ser o chamado á autoria sujeito ao mesmo fôro do réo principal, porquanto frequentes vezes succede propôr-se uma acção a pessoas sujeitas a diversas jurisdicções e nestes casos torna-se necessario determinar-se a competencia de um fôro. No caso do chamamento á

(1) Ord. L. 3 T. 45 § 8 — Silva. *Com.* a esta Ord. e Barbosa *Remis.* a ella. Mel. Fr. L. 4 T. 4 § 12.

autoria, o fôro competente é o do domicilio do possuidor da couaa demandada, que é o réo principal; o chamado á autoria não tem na decisão da causa um interesse tio immediato como o réo principal, apparece nella a ocidentalmente, por isso tem de sujeitar-se ao fôro do possuidor demandado pelo que — diz o Comp. *segue-se que o chamado á autoria não póde declinar o fôro. salvo 1^o — sendo a fazenda nacional, porque tem fôro privativo, e perante elle tratão-se todas as causas em que ella é interessada.* Funda-se esta primeira excepção na Lei de 29 de Novembro de 1841, a qual creou um juizo privativo para nelle serem processadas todas aquellas causas em que a fazenda nacional fôr interessada como autora, ré, assistente, oppoente ou chamada á autoria: por isso, por privilegio, as causas em que a fazenda nacional é chamada á autoria, apartão-se da regra estabelecida, isto é, o fôro competente deixa de ser o do réo principal para ser o da parte chamada á autoria.

Dá-se isto pela regra de direito que, quando alguém tem privilegio de fôro, suspende-se a respeito a jurisdicção de todas as outras justiças; esta suspensão das junsdicções ordinarias, quando apparece a jurisdicção do privilegio produz o effeito de sujeitar todas as pessoas que intervêm nessa causa privilegiada á jurisdicção do fôro que lhe compete. E' isto o que vulgarmente se dá no juizo dos orphãos; quando nelle apparece alguma que tão contenciosa é ahi mesmo decidida, e embora hajão maiores interessados na causa, desde que ha orphãos menores, corre a causa no juizo privativo dos orphãos, ficando os maiores sujeitos á sua jurisdicção,

2^o — A outra hypothese em que o chamado á autoria póde declinar do fôro, apezar da regra em contrario, é, diz o Comp. *quando é demandado o emphyteuta, quanto ao dominio directo, o uzufructuario, quanto ao direito de propriedade, e em geral qualquer pessoa que não tenha o jus in re, os quaes nomeião ao verdadeiro senhor; e este comparecendo, póde declinar para o juiz de seu fôro.*

Esta segunda excepção não é propriamente uma excepção á regra, é antes um complemento de doutrina. Se o réo principal não é o competente para responder pela questão, elle não chama á autoria, não faz mais do que nomear o verdadeiro réo; assim demandando-se o emphytheuta pelo dominio directo, elle não chama á autoria o proprietario, elle nomea-o para que contra elle corra a acção, porquanto, não tem o emphytheuta que responder por questões que digão respeito ao dominio directo. Do mesmo modo, se o uzufructuario é demandado quanto ao direito de propriedade, elle não chama á autoria porque não tem direito de propriedade, não póde defender se da acção, não faz mais do que nomear o proprietario. Em geral, qualquer pessoa que não tenha o *jus in re* não póde chamar á autoria, apenas nomêa o verdadeiro senhor, e este comparecendo, fica, o réo citado em primeiro lugar, excluido completamente da

acção, e póde o nomeado á autoria declinar para o juiz de seu fôro (1).

LICÇÃO XLI

Vamos estudar o TITULO XIII que se inscreve — DA OPPOSIÇÃO.

§ I

Neste § define o Comp. a opposição *a acção do terceiro que intervêm no processo para excluir o autor e o réo.*

Muitas vezes póde o autor demandar ao réo por uma cousa por este possuida e sobre a qual se julga com um direito que realmente não tem, e que tambem não tem o réo que defende-a, pertencendo ella a um terceiro; tem neste caso este terceiro o direito de intervir na causa para excluir o autor e o réo, mostrando que a cousa demandada não pertence nem a um, nem á outro, mas sim á elle. E' a esta terceira pessoa que assim intervêm no processo que se chama — oppoente (2).

Póde o oppoente exercitar o seu direito de dous modos: ou allegal o logo que a demanda é intentada, ou então depois de proferida a sentença, appellando della, por isso que tem direito

(1) No fôro commercial é a materia regulada pelos artigos 111 a 117 do Reg. n. 737 de 1850, e não tem o autor a escolha de litigar com o réo ou com o chamado á autoria — art. 115. Sobre toda a materia da autoria deve consultar-se Gab. Per. *de Man. Reg.* c. 32. A fôrma do processo deste incidente vem descripta por Per. e Souz. na nt. 357. Requerendo o réo que seja chamado á autoria aquelle de quem houve a cousa demandada, o juiz lhe deve assignar, com suspensão da causa, um termo razoavel e a seu arbitrio para fazer a citação, e feita ella e accusada em audiencia, se assigna ao citado termo para juntar procuração, se junta e aceita a autoria, toma a causa no estado em que se acha, se não comparece, é lançado e corre a causa á sua revelia. Concorda Vanguerve, *Pr. Jud.* P. 2 c. 8.

(2) Per. e Souz. (§ 154) diz que — “oposição é o libello que um terceiro fôrma em juizo contra o autor ou contra o réo, ou juntamente contra ambos.” Esta definição é contraria á Ord. L. 3 T. 20 § 31 que diz que a opposição é — *como libello* e tem por fim *excluir assim ao autor como ao réo.* E' por isso preferivel a definição acima — Mor. Carv. (nt. 179) tambem pelas mesmas razões critica Per. e Souz.

de appellar de uma sentença todos aquelles á quem ella prejudica, e que não forão ouvidos no processo á que ella poz termo.

§ II

Neste § nos diz o Comp. *quando e como tem lugar a opposição*.

Vimos que por dous modos pôde o oppoente exercitar o seu direito. Quando elle intervêm no processo durante a primeira instancia, pôde apresentar-se em dous tempos distinctos, antes ou depois de contestada a lide, o que não é indifferente.

Se o oppoente se apresenta antes de contestada a lide (1) tem o direito de deduzir no mesmo processo a sua opposição por artigos sobre os quaes o juiz admite provas na dilação probatoria da causa, e a afinal julga juntamente com ella; se porém, a opposição é deduzida depois de contestada a lide, não é o oppoente ouvido nos proprios autos, mas sim em auto apartado, e a mesma sentença que julga da causa, não julga da opposição, como no primeiro caso, mas é ella julgada por sentença diversa.

Apresenta o Comp. dous casos em que não tem lugar a opposição: — 1º, *acerca da propriedade na causa de força*; — 2º, *sobre cousa diversa da que faz objecto do litigio*.

Não é nas causas de força admittida a opposição porque é uma causa privilegiada (2): nem tão pouco admite-se opposição sobre cousa diversa daquella sobre que versa o litigio, por que nesta hypothese não tem o oppoente interesse na causa que se discute, unica hypothese em que elle é admittido como tal — *ainda que diz o Comp. seja por petição de herança, ou acção universal que comprehenda a cousa que se reivindica*; isto porque, embora seja a acção universal é de natureza diversa do litigio e a opposição só é admittida quando dirigida sobre o proprio objecto que se discute.

(1) A Ord. L. 3 T. 20 § 31 diz — *antes de se dar lugar a prova*.

(2) Deve se entender opposição da propriedade nas causas de força, como diz Per. e Souz. (nt. 347) fundado na Ord. L. 3 T. 48 e em Valasco *Cons.* 162 n. 1 e Cordeiro, *Dub. for.* 49 n. 12 e *Dub.* 50 n. 19. Silva, commentando a Ord. L. 3 T. 20 § 31 n. 5 refere os D. D. que discutirão a questão e segue a mesma opinião do Comp., não só por uma razão de direito, qual é a de ser a causa da propriedade diversa da da posse, como por uma de processo, que é processar-se a posse *summaria* e a propriedade ordinariamente. Lobão — *Interdictos* § 297 refere-se a opinião do Jct. estrangeiro Berlich (P. 1 *conclus.* 25 n. 11) que admite em causa de posse a opposição de propriedade, se ella provada *iocontioenti* com instrumento liquido.

§ III

Neste § mostra o Com. *o modo de proceder-se no processo de opposição*. Quando alguém quer se oppôr a uma causa, a fôrma de proceder é requerer ao juiz vista para apresentar artigos de opposição, mostrando logo na petição os fundamentos da sua pretensão. Regularmente, porém, o juiz não concede vista pelos simples fundamentos apresentados na petição, admitindo o oppoente como tal e tão sómente quando elle prova o interesse que tem na causa. Vindo, pois, regularmente instruida a petição em que um individuo pede vista para apresentar artigos de opposição em uma causa, o juiz, antes de conceder a vista, manda-o justificar os fundamentos que allega para ser admitido, sendo para esta justificação, citadas as partes interessadas. Pôde, porém, o juiz proceder summariamente nesta justificação, independente de serem ouvidas as partes interessadas, e isto porque ella tem por fim a sua propria instrucção sobre o direito que allega, o que quer ser admitido como oppoente, e a sua admissão como tal não prejudica as partes na causa, por isso que ellas podem ainda depois d'elle admitido, deduzir a sua illegitimidade, e o juiz tem afinal de conhecer della (1).

Passamos ao TITULO XVI que se inscreve — DO ASSISTENTE.

§ UNICO

Dá neste § o Comp. a *noção geral* do que se entende em direito por *assistente*. Algumas vezes ha pessoas que tem interesse na decisão de uma causa por affectar essa decisão seus direitos; assim, por exemplo, tratando-se de nullidade de um testamento, tem interesse na decisão dessa causa os individuos que forão contemplados como legatarios nesse testamento.

(1) Discutem os Praxistas se devem as partes ser citadas pelo oppoente que quer formar artigos de opposição e Per. e Souza. (nt. 346) fundado em Silva e Pegas, dispensa a citação, o Comp. por, na nt. a a este § exige a citação, opinião que tenho por mais segura, visto que a opposição é uma causa nova, que como a reconvênção se discute nos mesmos autos, e para aquella se exige a citação, e precisa o procurador das partes de nova citação dellas, para poder responder a causa diversa daquella para a qual lhe foi confiado o mandato. Lobão, *Seg. Lins.* nt. 346 n. 2 Mor. Carv. nt. 198. No fôro commercial dispensa-se a citação — art. 120 do Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850. A fôrma do processo da opposição que é a mencionada pelo Comp., vem tambem em Mor. Carv. §§ 326 a 330. Do despacho que recebe os artigos de opposição só cabe agravo no auto do processo — Silva á Ord. L. 3 T. 20 § 31 n. 19 — e do que não recebe os artigos, ou não admite o oppoente cabe agravo de petição ou instrumento — Pegas, *For.* T. 2 c. 19 n. 223 e Reg. de 5 de Março de 1842 art. 15 § 3.

Por isso admite-se todos aquelles que tem um interesse na decisão de uma causa a comparecer em juizo como assistentes para auxiliar alguma das partes, defendendo ao mesmo tempo o seu direito.

Passamos ao TITULO XV, que se inscreve — DAS DILAÇÕES E DAS FERIAS. No CAPITULO I trata o Comp. especialmente das DILAÇÕES.

§ I

Neste capitulo trata o Comp. das *dilações em geral*, mas note-se que nós tratamos de uma especie de dilação particularmente.

As dilações podem ter fins diversos, donde resultão as diversas divisões, que o Comp. apresenta neste § (lêa-se).

Como, porém, não nos occupamos agora de todas estas especies de dilações, mas tão sómente das dilações leaes, passamos ao § seguinte em que o Comp. dellas trata.

§ II

Dá o Comp. neste § a noção do que seja *dilação legal*. Convem ter uma noção desta especie de dilação, de que se faz uso todos os dias.

Para que as partes alleguem seus direitos, a lei marca um prazo peremptorio; por exemplo, marca-se um prazo ao autor para apresentar o libello, outro ao réo para a contrariedade, outro para a replica e assim por diante; estes prazos, porém, não são indefinidos, tem um termo, e convem mostrar o que ha em direito sobre a materia. E' pratica peculiar do fôro portuguez poderem os advogados arrazoar as causas e fallar aos feitos nos seus escriptorios, não precisando, como se dá em outros paizes, ir examinal-as e arrazoal-as no cartorio dos escrivães.

São os escrivães obrigados no nosso fôro a levar os autos aos escriptorios dos advogados, marcando a lei um prazo para dentro delle serem os autos restituídos pelos advogados aos escrivães. Vamos examinar sobre esta materia, primeiramente o que a lei dispoz a respeito e depois o que a praxe tem introduzido como modificação a esse direito.

Segundo o rigor do direito, como se póde ver pela Ord. que o Comp. cita, o escrivão, concedido algum prazo, faz os autos com vista ao advogado e os leva ao seu escriptorio: findo o prazo, é o escrivão obrigado a ir procurar os autos, e se lh'os negão, póde passar mandado de cobrança *ex-officio*; se não são assim entregues, póde a parte lançar do direito de fallar ao feito ou arrazoar aquelle que assim retém os autos: não sendo, porém, elles ainda entregues, póde passar-se mandado executivo pelo qual podem os officiaes de justiça entrar no escriptorio do advogado para dahi tirar os autos.

Eis o que tem o direito disposto, a que os Srs. podem vêr em Mendes, parte 1^a, tit. 3, cap. 10, n. 2, que foi quem conservou com mais precisão e clareza a theoria rigorosa do direito. A praxe tem modificado muito o rigor do direito; concedido o prazo fazem-se os autos com vista ao advogado, leva-os o escrivão ao escriptorio d'elle e não os procura sem que a parte interessada promova a sua cobrança; requerida esta, expede-se o mandado e emquanto não são cobrados, não pôde-se fazer o lançamento; é este o uso.

Parece-nos esta praxe muito prejudicial e nociva, por isso que, não perdendo o advogado o direito de faltar emquanto não entrega os autos, elle, para não perder este direito, não os entregará emquanto não tiver faltado, podendo assim demorar muito o andamento da causa por não haver uma providencia para este abuso.

No fôro commercial a praxe é melhor: pelo Regulamento de 25 de Novembro de 1850, findo o prazo, o escrivão pôde procurar os autos pelo assentamento feito no seu protocolo, e se lhe não são entregues, elle lavra certidão da não entrega e perde a parte, que assim retém os autos, o direito de fallar ao feito, e quando, apresentando os autos, so encontre nelles alguma cousa escripta, são essas folhas escriptas tiradas e o juiz não attende ao que porventura nellas se achar escripto (1).

Esta providencia do fôro commercial produz muito bom effeito, porque, sendo o advogado responsavel para com o seu constituinte pelos prejuizos que lhe causar provenientes de descuido de sua parte, pôde-se neste caso tornar perfeitamente effectiva a responsabilidade, porquanto fica patente o descuido do advogado. Além disto, tem esta providencia do fôro commercial a vantagem de evitar as delongas do processo.

§ III

Inscreve-se este § da — *dilação probatoria em geral*. — Contestada a acção pelo offercimento dos artigos, o juiz declara a causa em prova, e attendão bem os Srs. aos diversos actos por que passa o processo nesta occasião, afim de que não confundia cousas distinctas. Pela declaração da causa em prova se dá a lide por contestada e finda a contestação, não obstante, porém, não correm as dilacões probatorias, emquanto não são assignadas, e as partes citadas; por isso, pôde ser declarada a causa em prova e assim ficar por muito tempo sem que comecem a correr as dilacões. Nas causas ordinarias é a primeira dilacão de 20 dias, a segunda de 10, a terceira de 5 e a quarta de 2 dias e meio: estas dilacões só começam a correr desde que uma das partes, isso requer e é a outra citada.

(1) Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850 — arts. 713 a 715, cujas disposições regem hoje no civil por força do art. 74 do Reg. de 22 de Nov. de 1871. — Vd. nt. 1 á pg. 104.

Este requerimento para começar a correr a dilação póde ser feito em audiência, estando as partes presentes, e neste caso a parte que requer declara que se dá por citada e pede se cite a outra que se acha presente, afim de ver correr a dilação; o escrivão, então, obtida a venia do juiz, faz a citação, lavra-se della uma certidão e dessa data em diante começa a correr a dilação. Outras vezes a parte limita-se a assignar em audiência a dilação, e de fóra requer a citação da parte, afim de que ella comece a correr. E' preciso venia do juiz para o escrivão poder citar em sua presença, por isso que é elle inferior em relação ao juiz, e não podem os inferiores exercer quaesquer actos perante seus superiores, sem obter a competente venia. Não obstante porém esta citação quando alguma das partes quer trazer testemunhas para depôr, precisa mandar citar pessoalmente a outra parte ou os seus procuradores, nos casos em que a lei permite a citação na pessoa do procurador. São, pois cousas diversas — a declaração da causa em prova, a assignação da dilação probatoria, a citação para ella correr e a citação para o depoimento das testemunhas. Embora, porém, se tenha requerido que comece a correr a dilação, ella póde deixar de correr em dous casos que o Comp. menciona: — 1º, *enquanto pende contenda sobre a sua assignação*, isto porque, emquanto se não decide a questão movida sobre a assignação, não se considera como produzindo effeitos — 2º, *enquanto o citado para depôr não presta o seu depoimento*.

LICÇÃO XLII

Continuamos com o estudo das DILAÇÕES.

§ IV

Trata o Comp. neste § — *da dilação para a prova de terra*.

Nas causas ordinarias o juiz assigna em audiência uma dilação de vinte dias continuos, que é peremptoria; não obstante sel-o, comtudo póde conceder-se uma segunda dilação de dez dias, se alguma das partes pede refórma antes que se acabe a primeira, allegando e jurando justa causa. Depois de finda a primeira dilação, só se concede segunda em alguns dos tres casos mencionados pelo Comp., a saber: — 1º, *consentindo a parte*; 2º, *por via de restituição em beneficio de menores ou de outras pessoas declaradas na lei*; 3º, *provando-se tão justo impedimento que segundo o direito deva ser concedida*.

Quando as partes consentem não ha duvida nenhuma que se póde conceder uma segunda dilação, porque isso a nenhuma prejudica e a todas aproveita; no segundo caso, concede-se a dilação pelo privilegio de que gosão as causas dessas pessoas

que podem invocar o benefício de restituição; no terceiro caso, concede-se ainda a dilação porque ella não corre para o impedido, e desde que se prova o justo impedimento, é ella concedida, não como uma prorrogação da primeira, mas como uma reparação, porque a primeira não correu.

Por praxe, porém, como diz o Comp. concede-se ainda terceira dilação de cinco dias e quarta de dous dias e meio, sendo requerida antes de findar-se a antecedente. Nas causas summarias as dilações são: a primeira de dez dias, a segunda de cinco e a terceira de dous dias e meio, não porque haja lei que assim o determine, mas porque a praxe assim o tem entendido, em razão da brevidade com que são processadas essas causas. Nas causas, porém, de força nova, como é expresso na Ord. L. 3º, T. 48, § 2º, concede-se uma unica dilação de vinte dias, tanto para a terra como para fóra. (1)

§ V

Trata o Comp. neste § *da dilação para a prova de fóra.* Entende-se por esta dilação aquella que se pede para inquirir testemunhas fóra do lugar em que corre o feito. Podendo o lugar ser mais ou menos longinquo, resulta dahi o arbitrio do juiz poder marcar o termo dessa dilação em attenção á distancia do lugar. Podem estas dilações ser pedidas, tanto dentro da dilação para a terra, como depois della, comtanto que se tenha protestado no libello ou na contrariedade, por carta de inquirição para fóra da terra, o que é sempre conveniente.

Quando se não protesta por esta carta de inquirição no libello ou na contrariedade, pôde-se ainda pedir dentro da

(1) A. Ord. diz: — “Outro sim, abreviarão quanto poderem as dilações, que em as outras causas costumão ser dadas, dando somente uma dilação peremptoria a cada uma das partes...” *Et hæc unica dilatio intelligitur* para fóra e para terra *conjunctim* — Repert. das Ords. Tom. 2º, pag. 136 nt. *b.* — Per. e Souza nt. 394. — Th. Vall. *Alleg.* 58 n. 13 — *In causis violentiæ unicam tantum dilationem concedi praxi, et stylo receptum esse constat.* — Mendes — Liv. 3º. C. 12, n. 1. — A expressão *peremptoria* de que usa a Ord. indica claramente que não se concede mais do que uma dilação — Vd. Phœbo — P. 2, Ar. 13. Este mesmo escriptor na P. 1ª traz o Ar. 39. que diz que: — “nos casos de força nova não ha mais que petição e contestação e não se assigna mais que uma só dilação para a terra e para fóra, toda juntamente”, e cita muitos casos julgados. Não diz a Ord. senão que será só uma a dilação, mas não que seja ella de 20 dias, a praxe é que assim tem entendido.

Pondera, porém, Mor. Carv. nt. 222 que esta unica dilação terá o prazo que o juiz marcar, em attenção á natureza da prova, e á distancia em que houver de ser produzida, quando tratar-se da de fóra. Esta opinião, porém não tem sido seguida.

dilação para a prova de terra, afim da carta ser passada depois da prova de terra: a razão é muito clara, só se concede a carta para fóra depois de fiada a prova de terra, que é para a parte poder ir ao lugar, onde tem de ae proceder a esta prova, assistir a ella. Quando a parte não protestou pela carta de inquirição para fóra ou não a pediu ao tempo competente, isto é, durante a prova de terra, não pôde, depois do lançado, desta pedir mais a outra. Os mais requisitos que o Comp. exige para a dilação da prova de fóra, são claros. (1)

§ VI

Neste § apresenta o Comp. *os efeitos da dilação probatoria*. Declarada a causa em prova e concedida a dilação probatoria, são diversos os efeitos que della decorrem; o Comp. os enumera o são: — 1°. *que concedida a uma das partes, ainda por via. de restituição — in integrum —, aproveita á parte contraria*; a razão é porque ambas as partes gozão das dilações; desde que uma dilação é concedida a requerimento de uma parte, goza a outra do direito de dentro della poder apresentar as suas provas, tratar as suas testemunhas. Quando tem lugar a apresentação de testemunhas, costuma o juiz repartir o tempo igualmente entre as partes litigantes, ou inquirindo n'um dia as testemunhas de uma parte, e no outro as de outra, ou inquirindo successivamente primeiro a testemunha da uma parts e depois a de outra; 2°. *o segundo efeito é que uma das partes não pôde renunciar a dilação em prejuizo da outra*. Se por ventura uma das partes renuncia a dilação, esta sua renuncia só prejudica a si e não a outra que tem o direito de utilizar-se da dilação, *salvo* — nota o Comp. — *se a parte contestou por negação e desistiu por esta razão das provas*; 3°. *Pendente a dilação, nada se pôde innovar*. Emquanto corre a dilação, não se pôde alterar cousa alguma na causa, ficão suspensos todos os actos judiciais. (Ord. liv. 3°. tit. 54, § 15); 4°. *durante o curso da dilação, podem os partes offerecer qualquer prova reconhecida em direito*. Bate e o efeito geral de toda a dilação probatoria.

No *Cap. II* que segue-se, trata o Comp. DAS FÉRIAS, e nos dous §§ 1° e 3°, apresenta a *definição a divisão das férias e mostra qual o valor dos actos praticados durante ellas*. A doutrina destoe §§ e elara ; o Comp. cita a lei em que se funda, julgamos por isso desnecessario maiores desenvolvimentos. (2)

Passamos ao *Titulo XVI*, que se inscreve — DA PROVA EM GERAL.

(1) Per. e Souz. nt. 395.

(3) As férias regulavão-se no direito portuguez pela Ord. do Liv. 3°, T. 18, entre nós regula-as o Dec. n. 1,285 de 30 de Nov. de 1856 — Vd. Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850, arts. 728 a 730. quanto ao commercial.

§ § I e II

Nestes §§ o Comp. apresenta a *definição e divisão das provas*. A noção de prova, que nos parece ser mais exacta e verdadeira, quando se trata da prova em direito, é — *o acto judicial que certifica o juiz dos factos duvidosos ou obscuros, controvertidos em juizo pelas partes*. (1) Consta, pois, de um facto de que se não duvida e pelo qual o juiz se convence da verdade de um outro. Assim, quer-se provar em juizo que um individuo contrahiu uma obrigação, é este o facto controvertido; apresenta-se o instrumento da obrigação, é esse o facto pelo qual o juiz se convence da verdade da obrigação, raciocinando deste modo: este instrumento diz que o réo contractou e realmente elle não faria o instrumento se não tivesse contrahido a obrigação; o instrumento, pois, prova neste caso o facto. Quando a prova é por testemunhas, o juiz discorre deste modo: esta testemunha não juraria esta obrigação se ella realmente não tivesse existido, daqui conclue a verdade da existencia do facto. Já se vê pois, que é da prova que nasce a convicção do juiz: differe esta convicção muito daquella que pôde ter o mathematico ácerca de um facto ou o metaphysico acerca de um principio de sciencia abstracta.

Nas sciencias exactas, a convicção é em vista de uma prova que indica a impossibilidade de ser a cousa de um modo diverso do que é. A convicção do Jurisconsulto não é assim: o juiz é obrigado a convencer-se quando o facto se revestir de certas condições que a lei determina.

Na convicção do philosopho a razão é o unico juiz, o unico regulador da verdade; na do jurisconsulto é a lei, que determina que em taes casos julgue os factos provados, em taes outros, não. Nisto differe a convicção do jurisconsulto e do

(1) Esta definição é de Mello Freire (L. 4º, T. 16, § 1º) e Per. e Souza (§ 192). — Moraes Carv. (§ 375) chama prova: — “tudo aquillo que serve a justificar a existencia de uma convenção, de um facto, de uma proposição”; sendo esta definição extrahida do *Dictionaire General Raisonné de Droit Civil Moderne*, e quasi analoga a dada por Biret — *Vocab. des cinq codes*, como diz o mesmo Mor. Carv. que critica esta definição, porque pela inclusão da palavra *judicial*, exclue a prova extrajudicial — como a confissão que não é feita em juizo e os instrumentos particulares; critica que nos não parece procedente, visto como a confissão extrajudicial e o instrumento particular não constituem prova sem que seja este exhibido em juizo e reconhecido verdadeiro, e a confissão, sem que te faça em juizo certa a sua existencia, e desde então se torna judicial. Toda a prova que pôde ser apreciada pelo juiz é judicial, e a divisão que se faz em judicial e extrajudicial é em relação ao lugar em que primeiro manifestou-se. Vd. Bonnier — *Tr. des Preuves*, e Bentham — *Tr. des Preuves Judiciaires* — T. 1º; C. IV.

magistrado, da convicção do philosopho ou do mathematico. Era preciso que o legislador estabelecesse regras certas, de conformidade com as quaes podesse o juiz, confrontando os factos, determinar quando elles se devem considerar verdadeiros, e quando falsos, porque, do contrario, ou havia de prevenir todas as hypotheses que se podessem suscitar, determinando o modo porque o juiz as devia julgar, o que era impossivel, ou então estabelecer a duvida universal; a lei, pois, para obviar esse inconveniente, estabeleceu regras, principios com os quaes deve o juiz confrontar os factos para pronunciar-se sobre elles.

Assim, por exemplo, determinou que uma escriptura publica, lavrada por um tabellião, faz prova plena, no entanto que póde ella não gerar uma convicção no animo de um qualquer que não seja um magistrado, por isso que o tabellião póde se ter enganado ou póde ter procedido de má fé; a lei, porém, determinou que constando um facto, por escriptura publica, elle se julgue provado, tanto que dá um procedimento mais rapido ás causas, cujas provas são de escriptura publica, isto pela presumpção de que o escrivão é um homem probo e de inteira fé, que não attestaria um facto pue realmente se não tivesse dado. Quando, pois, um facto fôr provado, por escriptura publica, o juiz é obrigado a convencer-se como magistrado, comquanto possa elle, como philosopho, não se convencer; claro pois fica, que a convicção do philosopho não é a mesma do jurisconsulto ou do magistrado.

Tratamos, porém, de mostrar o que é a prova juridica, por isso que é della que nos occupamos. Entre os diversos factos que podem gerar a convicção, uns podem ter mais, outros menos força, uns fazem verdadeira prova, outros dão apenas indicios, presumpções da verdade; é preciso, pois, saber-se quando devemos considerar os factos como verdadeiras provas, quando como presumpções ou como indicios, e é isto o que vamos vêr.

Dissemos que, apresentado em juizo um facto para provar outro, nem sempre elle o provava de uma maneira absoluta e completa, e que era a lei que determinava quando o facto fazia verdadeira prova, ou quando apenas dava indicios ou presumpções. Nisto não procede a lei arbitrariamente, tem sempre uma razão para qualificar o que seja verdadeira prova e o que seja indicio. Quando o facto é tal, que delle se póde deduzir de um modo directo a verdade do facto que se quer provar, sem deixar duvida sobre a sua existencia, quando entre um e outro facto ha uma relação essencial, — ha uma verdadeira prova; quando porém, o facto póde trazer á idéa a existencia de um outro, mas não existe entre elles uma relação tão immediata que, dado um, deva-se necessariamente dar o outro, ha indicios ou presumpções. (1)

(1) Vd. nt. 1ª a Licção XLIII.

Quando o facto apresentado para a prova, é deduzido da substancia do acto, faz prova plena: quando é apenas deduzido de circumstancias que o acompanhão, produz presumpções ou indícios. Uma testemunha, depondo em juizo acerca de um facto, diz a lei, não faz uma prova plena, — faz presumpção; duas, porém, fazem — prova plena. Parece isto um absurdo: se uma não faz prova plena, duas não podem fazer, por isso que, não sendo a prova uma coisa divisivel, que uma testemunha deponha — uma parte, e uma segunda — outra parte, é evidente que se uma testemunha não faz prova plena, duas não podem fazer.

A lei, porém, dizendo que o depoimento de uma testemunha não faz prova plena, mas que o de duas faz, não procedeu sem razão. E' verdade que o depoimento da testemunha A isolado não prova o facto, nem tambem por si só o da testemunha B, mas os dous reunidos provão; por isso que, depondo uma testemunha ter presenciado um facto, sendo ella maior de toda a excepção, isto é, tendo as condições para que se deva acreditar no seu depoimento, e uma outra depondo do mesmo modo, com as mesmas circumstancias, da reunião desses dous depoimentos resulta a prova plena, por isso que sendo possivel que uma das testemunhas se enganasse sobre o facto ou sobre alguma de suas circumstancias, ou quizesse enganar, não seria possivel que uma outra tambem se enganasse sobre o mesmo facto, ou sobre a mesma circumstancia, ou tambem quizesse enganar; desde, pois, que duas testemunhas concordarem em seus depoimentos sobre o facto principal e seus accessorios, isto faz uma prova plena do facto, por isso que, ao menos que não houvesse conloio entre ellas, não era possivel uma tal coincidencia, méramente filha do acaso. Neste caso faz o juiz o seguinte raciocinio: se duas testemunhas, que offerecem garantias de insuspeitas, depõem do mesmo modo sobre a existencia de um facto e sobre as circumstancias que o acompanharão, é elle verdadeiro, por isso que não era possivel que ambas ellas se enganassem ou quizessem enganar.

Para evitar que haja conloio entre as testemunhas, a lei prohibe que ellas se comuniquem com as partes, ou umas com as outras, e até prohibe que a testemunha assista ao depoimento das outras, para que não se impressione por estes testemunhos e quando chegar a sua vez de depôr, em lugar de depôr o que a sua memoria conserve do lacto, guie-se pelo depoimento da testemunha que lhe precedeu. Com estas disposições tem a lei em vista evitar o concerto das testemunhas sobre o que hão de jurar, para poder o juiz apreciar os seus depoimentos, e vêr se elles coincidem. E' desta coincidencia dos depoimentos das testemunhas que resulta a prova, e tanto que um advogado habil, quando inquire testemunhas, costuma questional-as sobre minucias do facto, afim de vêr se

ellas assim contradizem os seus depoimentos e deixão de fazer prova.

LICÇÃO XLIII

Continuamos com o estudo das PROVAS que começamos na licção antecedente.

Depois de termos dado uma noção geral de prova de termos dito que não é mais do que o facto pelo qual o juiz adquire uma convicção da existencia de um outro facto que se quer provar, mostramos em que consistia essa convicção. Passamos agora a mostrar a differença que ha entre a verdadeira prova, os indicios e as presumpções.

A verdadeira prova mostra, como já vimos, directamente a verdade do facto que se quer provar, e o juiz julga o facto provado em virtude da disposição da lei, que tem estabelecido, que quando por tal fôrma se mostrar a existencia de um facto, elle se julgue provado para os effeitos juridicos. As presumpções e indicios não tem esta força, esta relação necessaria entre o facto que se quer provar a aquelle que se apresenta para a prova; por elles não pôde o juiz chegar a esta convicção juridica e affirmar que o facto que se quer provar exietio.

Ha entretanto, entre as presumpções e os indicios differença.

Indicio — é todo o facto concomitante ou posterior áquelle que se quer provar.

Presumpção — é o facto que antecede áquelle que se quer provar; assim, por exemplo, commettido um ferimento, é indicio, para o individuo ser considerado autor, o facto de ter sido visto junto ao offendido, ou com as armas na mão, ou ensanguentado, ou a fuga e ausencia de uma pessoa indigitada como autora de um delicto coincidindo com o tempo em que foi commettido o delicto; todos estes factos considerão se como indicios, porque succedem e acompanhão o facto que se quer provar, mas entretanto não tem com elle uma relação essencial, porquanto, o individuo que fugio na época em que se deu o crime, poderia se ter ausentado por uma razão estranha; do mesmo modo, o ser um individuo encontrado ensanguentado junto a um cadaver não prova que elle seja o homicida, porquanto, poderia se ter ensanguentado no acto de querer prestar soccorros á victima.

São presumpções — os factos que precedem o delicto, como a inimizade existente entre o offendido e o que se diz autor do delicto, a qual, comquanto não prove ser o individuo que se diz autor, o verdadeiro autor do delicto, por isso que não ha uma relação necessaria entre ser se inimigo de um individuo e

autor de um attentado contra elle commettido, no entretanto faz presumir a culpabilidade (1).

Os indícios e presumpções, são, pois, taes segundo acompanhão ou precedem o facto que se quer provar. Podem os indícios ter maior ou menor importancia, segundo forem mais ou menos proximos, provindo disto a distincção que fazem alguns jurisconsultos entre indícios vehementes e leves, e presumpções vehementes e leves.

Mostraremos agora o valor que tem em direito as presumpções e indícios para o julgamento.

Em materia criminal, os indícios e presumpções, por mais vehementes que sejam, não podem dar lugar á imposição de pena: é doutrina do Codigo Criminal, art. 36 (2).

Em materia civil, comquanto se exija para o julgamento a prova plena, muitas vezes os indícios e presumpções podem dar lugar ao julgamento; assim, por exemplo, se nenhuma das

(1) Esta noção está de harmonia com a que é apresentada pelos classicos: assim J. de Barros — *Decada 2*, L. 2. c. 5 diz “Contra quem traz armas defesas ha a *presumpção*, de que ia commetter algum delicto” e Duarte Nunes de Leão — *Descrição de Portugal* — c. 4 diz: “Conchas e pescados enxeridos na terra, e outros *indícios* claros de que ali foi mar.”

(2) O art. citado do Cod. Crim. não falia em *indícios*, diz simplesmente — “Nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena.” Presumpção não é prova, e indicio é posto que, algumas vezes fragil: Per. e Souza. a menciona como tal nas suas — *Primeiras linhas criminaes*. A prova circumstantial, tão preconizada pelo profundo criminalista Mittermeier, no seu excellent — *Tratado das provas em materia criminal* — não é mais do que a prova por *indícios claros*, como aquelles de que fallava Duarte de Leão. Convém consultar se esta importante obra, da qual se acha ha muito esgotada a edição franceza, porém, de que temos modernamente duas traducções na lingua nacional, uma anonyma, e outra devida á penna do Dr. Alberto Soares, tão prematuramente roubado ás letras. Bentham trata das provas circumstanciaes no L. 5 do Tom. 1º do seu *Traité des preuves judiciaires*, e define “aquella prova que se deduz da existencia de um facto ou de um grupo de factos, que applicando-se immediatamente ao facto principal, levão a concluir que este facto existe não lhe dando o mesmo valor que lhe assignala Mittermeier. A prova circumstantial resulta sempre de uma operação do espirito, a intelligencia é que descobre as relações dos factos entre si. — Bentham exprime se nos seguintes termos: “Pronunciar que um facto prova outro é um juizo fundado na analogia, analogia que basea se na experiencia. Porém, é forçoso confessar que este juizo póde ser considerado como uma especie de instincto, tanto pela promptidão da operação, como pela difficuldade de explical-o e impossibilidade de achar regras que o guiem.” — Taine *nos Estudos sobre Tito Livio* chama faculdade fundamental do espirito a que se propõe a *advinhar a verdade*.

partes litigantes provar plenamente o seu direito, o juiz tem de decidir por aquella que apresentou indícios ou presumpções mais fortes de ter á seu favor o direito. A razão disto é por que em materia civil é preciso que a sentença declare quem tem o direito, por isso que elle necessariamente deve pertencer a alguém; em materia criminal, porém, como não é de necessidade que alguém seja criminoso, em falta de prova plena se julga o accusado não criminoso.

No § II apresenta o Comp. a *divisão das provas*, materia que é clara e que os proprios termos descriptivos explicão.

§ III

Neste § o Comp. trata da *prova plena e semi plena*. Define prova plena, *aquella que leva o juiz ao estado de certeza ácerca do facto que se controverte*, e — semi-plena *aquella que faz alguma prova, mas não quanto é mister para que o juiz possa por ella decidir da causa sem nenhum outro adminiculo* (1). No Direito Romano era desconhecida esta distincção entre prova plena e semi-plena, a sua doutrina era mais philosophica; ou se provava o facto, ou não, e embora muitas vezes os factos fizessem apenas presumir a verdade, o juiz devia decidir, o direito não podia ficar incerto, e desde que elle decidia, desapparecião as duvidas (2).

Os commentadores, porém, admittirão esta divisão das provas em plenas e semi-plenas, fazendo della resultar effeitos juridicos. Os legisladores das nossas Ords., segundo a opinião dos commentadores, admittirão tambem esta divisão, expressamente exemplificando alguns casos, em que um facto faz prova semi-plena.

Sabem os Srs. que as Ords. fallão as vezes taxativa e outras exemplificativamente: quando taxativa, applica-se sua disposição ao caso de que trata; quando exemplificativamente, não só ao caso de que trata, como a outros semelhantes.

Quando trata das provas semi-plenas, não diz a Ord. que os casos que ella apresenta são os unicos que se devem admittir como provas semi-plenas, tendo por isso os interpretes admittido, além dos casos da Ord. ainda outros.

(1) Estas definições do Comp. são as mesmas de Mello Fr. L. 4T. 16 § 3, Per. e Souz. nt. 409 — e Vicat — *Vocab. Jur.* — pl. — *Probatio*.

(2) Isto quanto á tecnologia de prova plena e semi-plena, porquanto, a disposição do nosso direito que não aceita o depoimento de uma testemunha, ainda que qualificada, já era do Direito Romano — Cod. L. 4 T. 20 const. 8 § 1, bem como a regra de que duas testemunhas dignas de fé provão o facto. — *Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt pluralis enim elocutio, duorum numero contenta est.* — Dig. L. 22 T. 5 frg. 12.

E' da necessidade determinar-se quaes os casos que se devem no nosso direito admittir como provas semi-plenas. Os nossos escriptores não são uniformes a este respeito, considerão, além dos casos da Ord. outros que se devem admittir como prova semi-plena, sem estabelecer regra para isto. Neste estado encontramos difficuldade em apresentar uma doutrina a respeito, e tivemos em vista, em uma obra elementar, indicar os casos que se deuido admittir como provas semi-plenas, e adoptamos a que o Comp. expõe no final do §.

Como o legislador das Ords. seguiu os commentarios do Direito Romano, é de presumir que fosse intenção delle aceitar como factos que constituem provas semi-plenas no nosso direito os que erão admittidos pelo Romano. A questão para nós se reduz a ver quaes os factos admittidos pelos commentadores do Direito Romano como provas semi-plenas.

Entre todos os escriptores que encontramos sobre a materia, o que julgamos melhor é Strickio, Vol. 7, Disp. 1^a, Capitulos III e IV, o qual menciona os factos que constituem provas semi-plenas; como, porém escreveu para direito extranho, delle apenas extrahimos o que se applica ao nosso, e por isso estabelecemos as cinco especies de provas semi-plenas que mencionamos no §.

§ IV

Trata o Comp. neste § *dos factos que devem ser provados*. Estabelece a regra que *são sujeitos á prova sómente os factos duvidosos ou obscuros, controvertidos em juizo, de cuja verdade depende a decisão da causa, em todo ou em parte*. Exige-se, pois, dous requisitos para que o facto seja provado, a saber: que os factos sejam duvidosos ou obscuros e que sejam controvertidos em juizo. Sendo este o principio, deduz o Comp. como corollarios, que não silo sujeitos á prova: — 1^o, *O que é evidente e notorio, assim como os factos em que os partes concordão*; — 2^o, *o que é incerto e indeterminado*; — 3^o, *o direito commum, porque o direito é certo e deve ter conhecido do juiz*. Esta expressão — *notorio* — não tem sido sempre entendida do mesmo modo; muitas vezes a ella se não liga a verdadeira decepção juridica: assim, diz-se que é notorio o que está no dominio do publico, e que é geralmente dito. Em direito, porém, tem esta palavra uma significação especial, para mostrarmos a qual, fizemos a *nota* primeira que segue-se a este §, e na qual procuramos mostrar resumidamente a noção juridica da palavra. (Lêa-se a nota.)

Temos, portanto, duas especies da notoriedade: *a notoriedade de direito, e a notoriedade de facto*: a de direito dá-se quando é apresentada uma prova irrecusavel, por exemplo, uma sentença passada em julgado; desde que um juiz julga do facto, é verdade aquillo que foi julgado e não se póde mais pôr em duvida, isto bem entendido em juizo, comquanto se saiba ser a verdade em contrario. Assim, por exemplo, sendo um indivi-

duo demandado por uma dívida, desde que apresenta em juízo uma sentença passada em julgado, que julgou não dever elle responder por aquella obrigação, é o juiz obrigado a acceita-la, e não pôde admittir prova contra ella; por isto vimos que a excepção de cousa julgada é uma excepção peremptoria que inhiibe o ingresso do juízo.

Pôde succeder que o réo apresente a sentença que tem em favor de seu direito, não só como excepção no começo da causa, mas ainda mesmo no decurso della, como prova, e neste caso o juiz a recebe, não admittindo que se produza prova contra ella. E' isso o que se chama notoriedade de direito. O mais que o Comp. diz no § é claro e deduzido da Ord. que cita.

LICÇÃO XLIV

Continuamos com o estudo das PROVAS.

§ V

Trata o Comp. neste § de saber *á quem incumbe a prova*, e estabelece a regra que *a prova incumbe áquelle que affirma em juízo algum facto de que pretende deduzir um direito*.

Sabem os Srs. que ninguem se presume obrigado á prestar alguma cousa, e por isso aquelle que quer se lhe preste alguma cousa, ou se lhe declare algum direito, precisa provar o facto donde o deduz, é por isso que diz o Comp. que a este compete a prova.

No processo, porém, para se estabelecer a questão, é necessario que o autor mostre a sua intenção e o réo a sua defesa, para que haja contestação, e algumas vezes succede que o réo, em sua defesa, precisa provar certos factos para illidir a intenção do autor, neste caso, é elle considerado como autor e lhe incumbe a prova (1).

Se a defesa é feita por uma simples negativa, a prova compete ao autor, comquanto algumas vezes haja factos negativos que devem ser provados, como veremos no § seguinte.

Não obstante a regra, que a prova incumbe ao autor, não se verifica ella quando o autor tem a seu favor a presumpção de direito; quando o direito presume, basta ao autor esta presumpção, e ao réo incumbe mostrar que ella não deve existir.

Em lugar competente mostraremos as diversas especies de presumpções de direito, bastando por agora um exemplo apenas para esclarecer: supponha-se que alguém demanda por petição de herança, e o titulo em que se funda é ser nascido na constancia do matrimonio; nesta hypothese não precisa pro-

(1) Vd. nt. a pg. 44.

var este facto, incumbindo ao que o nega provar o facto em contrario á essa presumpção de direito.

§ VI

Trata-se neste § da *Prova negativa*, como um complemento á doutrina do § antecedente.

A regra é que *a negativa simples e indefinida não se prova*, entretanto não é esta regra geral e absoluta: ha certos casos em que pode-se provar a negativa e o Comp. os reduz aos tres seguintes: — 1º, *pela confissão do adversario*, isto se elle alguma vez reconheceu ter existido o facto que nega; — 2º, *se é coarctada a certo tempo e lugar*, como quando se diz que não foi o facto praticado em tal tempo e lugar, porquanto, póde a circunstancia de tempo e lugar influir sobre a obrigação; — 3º, *quando resolve se em affirmativa* se ha um facto que se nega, póde aquelle que o nega mostrar a existência de um outro que implica a impossibilidade da existencia daquelle que se nega, assim, supponha-se que um individuo contrahio uma obrigação em um lugar determinado, mas prova-se que no mesmo dia e hora em que se diz fôra por elle a obrigação contrahida, esteve em lugar diverso; neste caso está provada a negativa, por isso, a regra geral de que a negativa não se prova, entende-se com as limitações feitas.

§ VII

O Comp. neste § trata do *Conflicto de provas*. Entende-se haver conflicto de provas, quando apparecem provas iguaes de uma e de outra parte. As circumstancias que podem occorrer para em um processo apparecer conflicto de provas, são muito variaveis; não se póde por isso reduzi-las a regras, apenas se podem estabelecer a este respeito principios geraes, como diz Mello Freire.

Não podendo estabelecer regras sobre esta materia, adoptou o compendio os principios geraes apresentados por Mello Freire, a saber: — 1º, *quando cada uma das partes tem igualmente provado a sua intenção por testemunhas, deve o juiz dar maior força probante ás testemunhas mais moralizadas e honestas, fazendo abstracção do numero dellas, da riqueza, posição social, e de quaesquer outras circumstancias extrinsecas, ou de serem testemunhos que affirmão ou que negão o facto controverso*; isto por que é de presumir que seja mais verdadeiro o depoimento de uma testemunha de probidade, do que o de muitas que não tem esta condição; do mesmo modo, é de suppôr que seja mais verdadeiro o depoimento de uma testemunha mais intelligente e esclarecida, que melhor deve conhecer o facto, do que o de uma que o não fôr; assim tambem, a posição social, não andando sempre a par da probidade, não ha razão para seguir-se de preferencia, o de-

poimento de uma testemunha que tem posição social, ao de uma que a não tem mas é proba.

2º, *Quando o conflicto é de provas testemunhaes e instrumentaes, preferem os instrumentaes.*

3º, *Os instrumentos contrarios oferecidos pela mesma parte nada provão; e sendo produzidos pela parte contraria, attende se sómente áquelle que foi feito por notario de mais credito e que tem testemunhas mais fidedignas;* isto é claro: se a mesma parte apresenta instrumentos contrarios, como não se póde estar mais por um do que por outro, e destruindo um a prova produzida pelo outro, considera-se-a como nada tendo provado; sendo, porém os instrumentos contrarios offerecidos, um por uma parte, e outro por outra, sendo forçosa a decisão por uma, o juiz decide-se por aquelle que é feito por notario de mais credito, e sendo feito ambos os instrumentos pelo mesmo notario, ou por notarios de igual credito, o juiz decidir-se-ha por aquelle que tiver testemunhas mais fidedignas.

4º, *Havendo collisão de presumpções, deve se preferir aquellas que forem mais verosimeis e mais congruentes com a natureza da cousa.*

§ III

Inscribe-se este § — *Quando se produz a prova. A regra é que a prova deve ser produzida em juizo, depois da contestação da lide, e dentro do termo probatorio, aliás é nulla, e de nenhum effeito juridico.* Algumas vezes, porém, attende-se a provas produzidas fóra deste caso, o que tem lugar nos seis casos que o Comp. menciona, a saber: — 1º, *a que se faz — ad perpetuam rei memoriam;*— esta prova faz-se quando alguma testemunha está em avançada idade ou prestes a ausentar-se para lugar longinquo; nestes casos, a parte que tem interesse no seu depoimento, póde requerer que se o toma, e quando tiver de provar o facto apresenta este depoimento como prova. Para que este depoimento valha, é necessario que para elle sejam citadas todas aquellas pessoas que nelle tenham interesse ou a quem elle póde prejudicar, salvo se não estiverem os interessados presentes.

Verificando o juiz que sa dá alguma das circunstancias mencionadas, admite a depôr a testemunha requerida, toma-se por termo o seu depoimento, dá-se instrumento d'elle á parte que o requereu e no tempo conveniente é elle junto aos autos para servir de prova. Entretanto, para que este depoimento assim feito sirva ao depois de prova, é necessario que se tenha verificado alguma das circunstancias que motivarão esse depoimento, isto é, que a testemunha que depoz, tenha morrido ou se ausentado, do contrario, não vale esse depoimento, deven-



do a testemunha vir novamente depôr á causa na occasião competente (1).

2° O segundo caso em que falha a regra é na *simples justificação de que se requer instrumento*. Muitas vezes convém ao direito de uma parte dar-se authenticidade a um facto, neste caso requer-se ao juiz para se o justificar e ser julgado por sentença; para que valha esta justificação, é de necessidade sejam citadas as partes interessadas, as quaes podem se oppôr a ella, porém, por um modo summario; sendo afinal julgada por sentença a justificação, dá-se um instrumento della á parte que o requereu, para della fazer o uso que lhe convier (2). Frequentes vezes tem lugar estas justificações assim, tendo alguém perdido o titulo de uma divida, requer justificar a sua existencia, servindo neste caso a sentença que julgou provada a justificação em lugar do titulo perdido ou da escriptura que se quer renovar.

3° *A que faz-se por documentos, porque estes podem ser produzidos até á conclusão da causa, comtanto que se offereção verbalmente dentro da dilação, ou conforme a praxe, que se proteste no libello ou na contrariedade*. Convém reconhecer qual a razão por que a prova testemunhal só se admite nos termos probatorios e a por documentos, mesmo fóra destes termos: a razão é simples, é porque no documento não é tão facil a fraude nem o engano, como no depoimento das testemunhas (3).

4° *Consentindo a parte*, isto porque forão introduzidas as dilações probatorias para garantia das partes, e desde que ellas concordão, pôde-se apresentar provas fóra dellas, porquanto, a parte não pôde transigir, tão sómente sobre aquellas solemnidades que são de direito publico e necessarias para a ordem do processo.

5° *No caso das excepções peremptórias*, isto porque, como já vimos, apresentada alguma destas excepções, o juiz assigna dez dias para a sua prova, fóra das dilações probatorias.

6° *No caso de alguma informação extrajudicial*, o que tem lugar quando não ha lide pendente, mas o juiz exige alguma informação; por exemplo, tratando-se da manutenção de uma posse, o juiz, para conceder mandado de manutenção, não havendo ainda lide pendente, pôde inquirir testemunhas para certificar-se da verdade do que lhe é requerido, afim de poder expedir mandado. Nestes e em outros casos, admite-se provas fóra da dilação probatoria, uma vez que tenham ellas por fim instruir o juiz acerca de um facto.

(1) Per e Souz. nt. 425.

(2) Dão-se os proprios autos originaes da justificação, e só fica traslado delles no cartorio, isso mesmo se o justificante quizer. — L. de 20 de Set. de 1871, art. 27 § 2.

(3) Mesmo sem estas condições, se a parte não contradictou, como diz o Comp. na nota *d* fundado em Macedo — Dec. 48 res. 2 e 3.

§ IX

Trata o Comp. neste § do *Systema de provas admittido na legislação patria*. Ha dous systemas de provas: o das provas legaes e o da convicção livre do julgador. Consiste o primeiro em estabelecer a lei, quaes os factos que devem considerar-se provas em juizo, independente de qualquer apreciação. Assim diz a lei, que o depoimento de duas testemunhas faz prova; desde, pois, que duas testemunhas tiverem uniformemente deposto sobre um facto, o juiz, embora saiba ser a verdade em contrario, deve julgar o facto provado.

No systema da convicção livre, guia-se o juiz sómente pela sua razão e delibera segundo sua consciencia.

Diz, porém, o Comp. que parece que a nossa legislação permittio aos julgadores o apreciarem o merecimento da prova, donde parece deduzir-se que seguiu a nossa legislação um systema intermediario entre os dous extremos. Esta proposição do Comp. é deduzida da Ord. liv. 3 tit. 66 principio, e § 1^o, na qual dizendo o legislador que “ainda que lhe a consciencia dite outra cousa e elle saiba a verdade ser em contrario do que no feito fôr provado” diz tambem: “segundo o que achar allegado e provado de uma e de outra parte”: daqui conclue-se, pois, que nem o juiz tem o arbitrio de admittir como prova um facto que a lei não reconheceu como tal, nem fica tambem adstricto a julgar quando não lhe parecem sufficientes as provas produzidas. Isto, porém, é em materia civil (1).

LICÇÃO XLV

Vamos estudar o *Titulo XVII*, em que o Comp. trata — DAS ESPECIES DE PROVAS CONHECIDAS EM DIREITO. O *Capitulo I* deste titulo inscreve-se — INSTRUMENTOS.

§ § I e II

Nestes §§ o Comp. *define* o que seja *instrumento* e apresenta as suas diversas *divisões*.

A sua doutrina é clara e melhor se a entenderá pelos §§ seguintes, encontrando-se no texto o que é necessario para sua comprehensão.

(1) Em materia criminal é outro o systema, é a livre convicção do juiz. — Cod. do Proc. Crim. — arts. 144, 145 e 253 — Reg. de 31 de Jan. de 1842, arts. 285, 286, 393 e 404. — Dec. n. 707 de 9 de Out. de 1850 art. 12. Assim era já no Direito Portuguez. — Ords, do Liv. 5 Ts. 117 § 12, 118 § 1, 135 e 137 *princ.*

§ III

Este § inscreve-se — *Instrumentos publicos e judiciaes.*

Dá o Comp, neste § uma idéa do que seja instrumento publico judicial. Todo o instrumento publico ou é — judicial — ou — extrajudicial, e são instrumentos publicos judiciaes, segundo o Comp.:

1.º *Os actos judiciaes, quer sejam prejudiciaes ou relativos á ordem do processo.* Entende-se por prejudiciaes, aquelles actos que envolvem prejuizo da parte, não querendo com isto dizer que importem uma perda real, mas tão sómente que affecta seus interesses; por exemplo, uma transacção, uma renuncia, ou qualquer outro acto que affecte o direito de uma parte: não é, pois, prejudicial aquillo que realmente prejudica, mas que affecte o direito das partes. Entende-se por actos relativos á ordem do processo, aquelles que não trazem prejuizo ás partes, nem affectão os teus interesses; por exemplo, os termos de vista, conclusão, ou quaesquer outros que não prejudicão, nem affectão o direito das partes, mas que simplesmente tendem ao andamento do processo.

Os outros instrumentos publicos judiciaes são:

2.º *As certidões dos escrivães tiradas dos autos ou narrativas do que se passou em sua presença, a respeito dos negócios do seu officio.* Desde que os escrivães tenham escripto alguns termos, ou tenham presenciado alguns actos em razão de seu officio, podem as partes pedir certidões, tanto destes termos, como daquillo que elles assim presenciarem, tendo esses instrumentos força probante; mesmo nas certidões narrativas daquillo que elles presenciarem em razão de seu officio, que, sendo requerida por alguma parte, póde o juiz mandar que elle certifique.

Se, porém, os escrivães presenciarem alguma cousa, não em razão do seu officio, mas como simples particular, e houver necessidade de que elles digão o que assim presenciarem, não podem certificar, devem ser inquiridas como qualquer testemunha, com a differença de que são mais attendidos do que qualquer outra de igual probidade e intelligencia.

§ IV

Trata o Comp. neste § dos — *Instrumentos publicos extra-judiciaes.*

Vimos no § antecedente quaes os instrumentos publicos judiciaes, passamos neste a ver quaes os instrumentos publicos extra-judiciaes.

O Comp. os reduz a nove e os enumera.

1.º *As escripturas feitas pelos tabelliães de notas ou pelos escrivães do juizo de paz, fóra das cidades ou villas, em seus respectivos districtos.*

Os tabelliães de notas são aquelles officiaes, deputados



pelas autoridades publicas para lavrarem os contractos, consistindo nisso a differença que ha entre elles e os escrivães, os quaes são nomeados para escrever perante o juiz. Estas attribuições costumão quasi sempre achar-se reunidas, sendo por isso que se vê entre nós, muitas vezes os escrivães servirem de tabelliães de notas; nas grandes cidades porém, como na Côrte, não se accumulão essas attribuições.

Onde não ha tabelliães, podem os escrivães do juiz de paz passar procurações, lavrar instrumentos de contractos e approvar testamentos; (1) mas isto é sómente na hypothese de não haver tabellião no lugar, e então a lei dá aos instrumentos por elles lavrados a força de escriptura publica. Hoje ainda tem os escrivães de paz uma attribuição, que é a de poderem lavrar as escripturas de compra e venda de escravos que, como são muito frequentes, a lei permittiu poderem ser feitas por qualquer escrivão de paz. (2)

2.º *Os livros das alfandegas e mais repartições de fazenda.*

3.º *Os livros dos parochos a respeito dos assentos de baptismo, casamentos e obitos.*

Os livros dos parochos e as certidões extrahidas delles são instrumentos; a razão é porque os parochos são considerados como notarios para os assentos de baptismo, casamento e obito. O Comp. fundamenta a sua doutrina na Ord. L. 3º, tit. 25, § 5º, e no Concilio Tridentino, Ses. 24, Cap. I, — *de reformat. matrim.* — n. 165.

O Direito Canonico tinha já estabelecido a obrigação dos parochos terem livros para os assentos de baptismos, casamentos e obitos; o Concilio Tridentino, porém, especialmente ordenou esta obrigação aos parochos, e tendo sido este Concilio adoptado, salvo em algumas cousas sobre as quaes não foi reconhecido pelo poder temporal, ficando as suas disposições pelo beneplacito consideradas como lei, por isso a Ord. assim estabeleceu. Na Constituição do Arcebispado da Bahia vê-se tambem isto confirmado, portanto é disposição do Direito Canonico, a qual a legislação civil não fez mais do que confirmar, dando ás certidões passadas pelos parochos força probante, entendendo-se porém que desta força só gozão as certidões

(1) Os escrivães de paz approvão testamentos em seus districtos, independente de haver ou não nelles tabelliães; a lei de 15 de Out. de 1827 diz no art. 6º: — “Cada juiz de paz terá um escrivão de seu cargo. Este escrivão servirá igualmente de tabellião de notas em seu districto para poder fazer e approvar testamentos...” Nas freguezias ou capellas de fóra das cidades ou villas podem os escrivães de paz lavrar escripturas independente de distribuição. Esta é que é a doutrina do art. 1º da lei de 30 de Out. de 1830, citada pelo Comp. na nt. *a*.

(2) Lei de 21 de Set. de 1861, art. 1º, § 2º, n. 3.

passadas pelos parochos, quando forem de baptismo, casamento ou obito, por isso que foi só para estas certidões que a lei deu força probante: assim pois, não se poderá, por exemplo, provar a filiação natural pela certidão de idade em que se diz que o individuo baptisado é filho de F. Os outros instrumentos publicos extra-judiciaes que o Comp. apresenta dispensão desenvolvimento, e confirão-se as leis que elle cita.

§ V

Trata o Comp. neste § dos — *Requisitos dos instrumentos publicos extra-judiciaes.*

Os instrumentos publicos, lavrados extra judicialmente pelos tabelliães de notas, ou escrivães para isso autorisados, necessitão ser bem ordenados, e se dizem taes quando revestidos dos requisitos que o Comp. enumera neste §, a saber: — 1.º, *o nome e o signal publico e o particular do tabellião*, isto para constar por quem forão feitos.

O signal particular é a assignatura do tabellião, e o publico é aquelle que elle costuma usar, pondo o junto do seu nome e fazendo parte delle, do qual não pôde usar indifferentemente, porquanto, logo que é nomeado, escolhe um signal de que pretende usar, apresenta-o ao juiz e delle se faz menção no protocollo para constar, não podendo usar de outro. Quando o tabellião assigna com este signal, assigna em publico, quando não assigna com elle, assigna em raso.

2.º *O dia, mez e anno, e a cidade, villa ou lugar em que são feitos*, isto é para melhor se verificar a verdade, e conhecer-se o periodo em que os actos começarão a existir.

3.º *A fê do tabellião de ter lido o instrumento perante as partes e duas testemunhas que devem assistir ao acto e de serem todas conhecidas delle tabellião.* E' uma das condições para a validade do instrumento, que as testemunhas tenham ouvido lel-o, e é uma cautela; para que, no caso de duvida ou de falsidade, possam essas testemunhas depôr sobre o factio.

4.º *A assignatura das partes e das testemunhas; e se alguma dellas não souber assignar, a assignatura de outra pessoa ou testemunha.* Devem todos os que intervêm no contracto assignar por seu proprio punho, devendo, quando alguma pessoa não sabe escrever, assignar outra por ella, estando em desuso a assignatura de cruz que se fazia antigamente. (1)

(1) A obrigação da assignatura das partes procede sómente nos contratos bilateraes, porquanto nos unilateraes basta sómente a assignatura da parte que se obriga — Ord. liv. 4.º, tit. 63. *princ* — Moraes — *de Execut.* L. 4.º, C. 1, n. 41, e Per. e Souz. nt. 458. Faltando alguma das testemunhas o instrumento é nullo. — (Caldas — *de Empt.* C. 34, n. 6 — Moraes cit. n. 21), e deve ser elle lido perante as teste-

5.º *Que o notario seja legitimo e que pratique o acto dentro do districto marcado para exercer o officio, porque fóra delle considera se como pessoa particular, ainda que as partes consintão.*(1)

6.º *Que o notario seja rogado para fazer o instrumento. E' necessario que o notario seja rogado, porque elle não deve ser officioso, e para se conhecer que o acto foi feito por vontade das partes.*

7.º *Que o negocio seja honesto e licito e que o notario tenha delle noticia por si e não por outro; porque não póde escrever senão o que viu e ouviu.*

8.º *A exposição do negocio, com todas as suas circumstancias, condições e clausulas convencionadas, não sendo das reprovadas em direito. Exige-se a enumeração de todas as circumstancias, porque podem ellals influir sobre a natureza do contracto, não se deve, pois, por isso ommittil-as. O mais que diz o Comp. é claro e elle cita as leis em que se funda.*

§ VII

Neste § trata o Comp. dos — *Instrumentos particulares*, que são aquelles que não são feitos por notario ou em que não intervêm official publico, os quaes podem ser — liberatorios ou obligatorios, chamando-se a este — *chirographo* — e áquelle — *apocha* — ou recibo. Dos chirographos consta alguma obrigação, dos recibos consta a extincção de uma obrigação.

Enumera depois o Comp. as diversas classes de instrumentos particulares, a saber:

1.º *Os escriptos de obrigação, pactos ou deliberações feitas por pessoas particulares.*

2.º *As cartas missivas, estas, em materia commercial, fazem prova contra quem as escreveu. (2)*

3.º *Os livros de razão feitos, ou por causa de administração dos bens proprios, como os livros censuaes, de contas de sociedade e dos mercadores, ou por causa de administração de bens e negocios alheios, como Os livros dos tutores, curadores, feitores, caixeiras e outros administradores; ou para lembrança de successos e negocios domesticos e despesas de familia. Todos estes livros fazem pro-*

munhas (Ord. L. 1º, T. 78, §§ 4º e 5º, Caldas cit. C. 6. nt. ult. e C. 34, ns. 16 e 43) o que se prova pela declaração do tabellião ou escrivão no instrumento ou acto — Caldas cit. n. 43 e Moraes cit. C 1 n. 30.

(1) *Valesco Cons. 9 — Cardoso in Prax. vb — Tabellião— n. 21. A 1 mitação que faz o Comp.— ainda que as partes consintão — é de Moraes — de Execut. L. 4º; C. 3, n. 4.*

(2) *Cod. Com. art. 140, 2ª parte — Reg. Com. (n. 737) arts. 141 e 152. §§ 5º e 6º.*

va em juízo, mas sómente contra quem os escreveu, porque não é de presumir que alguém commettesse contra si uma falsidade.

4.º *Os livros chamados — censuaes — dos Bispos, Mosteiros e Igrejas em que se descrevem suas rendas, fôros, etc., porque não são feitos por autoridade publica*

5.º *Em geral toda a escriptura que não é escripta por pessoa que tenha autoridade publica, isto porque quando ellas são escriptas por pessoas que merecem fê publica, são instrumentos publicos, como nos casos em que a lei por um privilegio, concede a certas pessoas a faculdade de, independente de notario, passar, com a mesma fê que elle, certos instrumentos, como as procurações.*

§ VIII

Trata o Comp. neste § do — *original* — e do — *traslado* —, e a materia vem expendida claramente, dispensando desenvolvimento. (1)

LICÇÃO XLVI

Passamos ao estudo do *Capitulo II* que se inscreve — DA FÉ QUE MERECEM OS INSTRUMENTOS.

§ I

Trata o Comp. neste § — *da prova que faz o instrumento publico*, — e diz que — *faz prova plena sendo original e autentico; porque tem a seu favor a presumpção de ser verdadeiro, solemne e feito por vontade das partes; porém, como toda a presumpção deve ceder á verdade, admite prova em contrario.*

A razão deste principio do Comp. é porque não é impossivel que se faça um instrumento falso, ou sem a intervenção das partes: aquelle, pois, que apresenta como prova um instrumento publico, presume-se que tem por si a verdade, e póde obter uma sentença a seu favor independente do mais prova alguma, mas fica salvo á outra parte o direito de mostrar que essa presumpção não deve prevalecer, por isso que o instrumento não é verdadeiro. Desde, pois, que o autor fundamenta a sua pretensão em um instrumento publico não precisa provar, salvo se o réo contestar a authenticidade do instrumento, caso em que deve então provar que é elle verdadeiro.

As outras observações que o Comp. faz no § são claras, e para adiantarmos materia passamos aos §§ seguintes.

(1) Vd. Ramalho — *Praxe Brasileira* — § 167.

§§ II e III

No § II trata o Comp. — *da frota que fazem os traslados*, e no III diz que — *não prova o instrumento particular contra quem o escreveu*.

Estabelece, pois, o Comp. neste § III uma regra contraria á opinião geralmente seguida de que a escriptura particular faz prova contra quem a escreveu. Para sustentarmos que a escriptura particular não faz prova, fundamo-nos em Vallasco e Pêgas, autoridades que por si só bastariam para mostrar que é verdadeira a opinião do Comp.; não obstante, porém, essas autoridades, a verdade da opinião se mostra mesmo racionalmente, porque a regra é que todos os contractos se provão com escriptura publica, salvo os casos em que por sua pouca importancia a lei permite que por outro modo se provem, visto não ser de presumir falsidade em consequencia de sua pouca importancia. Além disto, por outra razão: se o escripto particular para fazer prova contra quem o escreveu precisa de algumas circunstancias que o Comp menciona, deduz se que não póde fazer prova se não tiver algum outro auxilio, como por exemplo — o reconhecimento feito em juizo do escripto ou o juramento de duas testemunhas, nestes casos, porém, tanto este reconhecimento, como o juramento de duas testemunhas faz prova plena, por consequencia para que um escripto particular possa fazer prova, precisa de algum adminiculo que o reforce, e sendo assim, a consequencia logica é que elle por si só não faz prova plena, nem mesmo contra quem o escreveu, (1)

§ IV

Este § é um complemento do antecedente; depois de ter o Comp. mostrado no § III que o escripto particular não faz prova contra quem o escreveu, mostra neste § que nem tambem faz *a favor* — fundamentando a sua doutrina com a legislação que cita.

§ V

Inscribe-se este § — *Quando a escriptura publica é da substancia do contracto*.

Diz o Comp. que umas vezes a escriptura publica é da substancia do contracto, e que outras vezes exige-se tão sómente para prova delle. A escriptura publica é essencial e da substancia do contracto quando a lei a exige como uma solem-

(1) Valasco Com. 177. n. 1 — Per. e Souza, nt. 470. *Et merito nam cum certum sit scripturam privatam ex se nihil probare, ut expresse dicunt*, etc. Pegas. *For. C. 1*, n. 84.

nidade delle, entendendo-se no caso de ella não existir que não houve o contracto, como succede com os contractos ante-nupciaes. (1)

Em todos os contractos em que a escriptura publica é de sua essencia e substancia, enquanto ella não é lavrada entende-se não existir o contracto, o que não succede nos mais casos em que o contracto existe desde que ha o accordo das vontades das partes, precisando-se da escriptura sómente para sua prova. Ha muita differença entre o que constitue o contracto e aquillo que é necessario para a sua prova.

Quando a escriptura é da substancia do contracto, emquanto se a não lavra, não está feito o contracto, por isso podem as partes arrepende-se, quando a escriptura ainda não foi lavrada, sem que resulte dahi obrigação alguma. Póde-se, porém, dizer que não ha differença alguma entre ser a escriptura da substancia do contracto, e ser exigida para prova delle, que é tudo a mesma cousa. Póde-se, porém, dizer que não ha differença alguma entre ser a escriptura de substancia do contracto, e ser exigida para prova delle, que é tudo a mesma cousa, porque sem a escriptura não póde se provar a existencia do contracto. Ha, porém, distincção: quando a escriptura é exigida sómente como para prova do contracto, ella não existindo, é verdade que o contracto não produz obrigações civis, mas produz uma obrigação natural que tem effeitos juridicos, (2) por exemplo, se chamado a juizo aquelle que contractou, elle ahi jurar que realmente contractou, esta declaração em juizo reduzida a termo, suppre a escriptura publica; quando, porém, a escriptura é da essencia do contracto, ainda que as pessoas que contractarão jurem em juizo que o fizerão, não produz este juramento effeito algum, nem ficão as partes por elle obrigadas, em razão da auzencia da escriptura publica.

§ VI

Depois de ter o Comp. mostrado no § antecedente quando a escriptura publica é da essencia do contracto, passa a mostrar neste — *quando é necessaria para a prova delle*. Menciona o Comp. no § fundando-se na legislação os casos em que por excepção á regra que firma não é exigida a escriptura publica

(1) Vd. a nt. á pg. 94, em que se mencionão os casos em que a escriptura publica é da substancia do contracto, e quando é sómente necessaria para a prova.

(2) A obrigação natural tem os mesmos effeitos juridicos da civil — menos a acção — *Naturalis obligatio a civili in eo solummodo differt. Quod actionem non parit in reliquis eandem habet vim et potestatem, quam et civiles obligationes habent.* — Warnkœning— *Inst. Jur. Rom. Priv.* § 758.

para prova do contracto, e diz no final que — *tudo quanto se diz ácerca dos contractos, procede tambem a respeito aos distractos; porém, quanto a estes a Ord. está em desuso.*

Assim, por exemplo, se aquelle que devia, sendo accionado apresenta em juizo uma quitação por escripto particular, basta ella para exonerar-o da obrigação de pagar, independente de escriptura publica; e nem se una mesmo para clareza da exoneração das obrigações dos contractos pelo seu cumprimento lavrar uma escriptura publica, salvo quando se converte a obrigação em uma outra de natureza diversa; para mostrar a extincção basta um simples escripto particular.

Póde-se, porém, dizer que sendo a lei expressa não póde prevalecer o uso; mas responde se que a Ord. está em desuso, não por que não tenha valor, mas por que compensasse a sua exigência, do modo que passamos a mostrar: quando alguém se obrigou por uma escriptura publica a dar no fim de um certo tempo, uma certa quantia, para mostrar que a pagou, basta simplesmente o recibo, e a razão é porque se elle fôr demandado para que uma segunda vez pague, ajuntando o recibo, este por si só não o exonera da obrigação de pagar; para este effeito é preciso que a pessoa que o passou o reconheça em juizo, e neste caso tem este reconhecimento, como vimos, força do escriptura publica, porque faz prova plena: se, entretanto, o individuo que passou o recibo não o reconhece, compete ao que o apresenta mostrar que elle é verdadeiro; não é, pois, o escripto particular por si só que faz a prova do distracto, mas elle revestido de alguma circumstancia que lhe dá força publica. Vê-se, pois, que prevalece a Ord. o que não está em uso é o meio.

Se o autor do escripto particular, recibo por exemplo, o reconhece em juizo, tem força de escriptura publica, não é pois de um escripto particular que consta o distracto; se não o reconhece, e o que apresenta prova que elle é verdadeiro, dá ainda esta prova ao escripto particular força publica; se, entretanto, o autor nega o escripto, e o que o apresentou não prova que elle é verdadeiro, não produz elle o effeito de distractar o contracto feito por escriptura publica. E' assim que se deve entender a proposição do Comp.

§ VII

Neste § o Comp. diz — *quando se illide a fé dos instrumentos cita a legislação, e os Srs. estudem-no para na proxima licção entrarmos no Capitulo III (1).*

(1) Os vicios dos instrumentos podem ser externos ou de fôrma e internos ou substanciaes. — Devem estes vicios ser provados pela parte que os allega: a falsidade do instrumento é no Direito Francez

LICÇÃO XLVII

Vamos entrar no estudo do CAPITULO III, que se inscreve — DA CONFISSÃO.

§ I

Tratamos neste capitulo da confissão; é materia muito importante e de grande uso, e como ella pôde ser feita por modos diversos e em circumstancias diferentes, é preciso conhecer bem os diversos casos e distinguil-os, por isso que delles resultão relações diferentes.

Portanto, deve-se examinar bem a materia especial de cada § e Ter a distincção que ha entre a de um e a de outro.

Neste § dá o Comp. uma *noção geral de confissão* e de suas especies.

A noção geral que dá o Comp. é que a — confissão — *é a confirmação daquillo em que a parte contraria se funda* (1)

Diz-se, pois, que se confessa alguma cousa, quando se confirma a verdade dos factos que o adversario deduz. Pôde esta confirmação ser em geral feita por dous modos: quando se confirma directamente os factos por palavras ou por escripto, ou quando, não tendo-se feito esta confirmação, entretanto se ha praticado algum acto donde a lei deduz que se ha feito a confissão. Daqui nasce a primeira divisão de confissão que o Comp. faz em *real ou verdadeira e ficta*.

E' verdadeira quando é feita por palavra ou por escripto com animo deliberado; é ficta — quando a lei a induz de algum facto.

Pôde tambem esta confissão ser feita em juizo ou fóra delle: quando a parte confirma em juizo, se chama — *confissão judicial* — e quando fóra delle, chama-se — *extra judicial*, não tendo estas confissões a mesma força probante, como veremos nos §§ que seguem-se.

A confissão pôde ser ainda *simples* ou *qualificada*: simples, a que se faz sem coarctada, e qualificada, *acrescentando-se-lhe alguma qualidade*.

A confissão judicial pôde fazer-se por modos diversos, a

processada incidentalmente com suspensão da acção principal do do Cod. de la Proc. Civ. Fr.) e toma o nome de — *falso incidente civil*. Entre nós a fórmula de proceder é a mesma, segundo a praxe attestada por Vanguerve, e que é deduzida da Ord. do L. 1. T. 20, § 33.

(1) O Direito Romano distinguia a — *confessio injure* da *interrogatio injure*: dando-se a *confessio* quando em presença do pretor reconhecia o réo a legitimidade de todas as pretensões do autor, e a *interrogatio* quando o réo confessava não o objecto principal do litigio, porém uma questão prejudicial — Savigny, *Tr. Dr. Rom.* T. 7, §§ 303 e 305.

saber: por termo nos autos, por depoimento, pelas respostas dadas ao juiz, por artigos, ou no acto da conciliação, tendo cada uma destas especies de confissão seu respectivo valor, como veremos em §§ distinctos.

§ II

Neste § mostra o Comp. — *quando a confissão é valida.*

Para que seja valida a confissão, são precisos em geral dous requisitos, a saber: — 1º, que verse sobre uma cousa que seja licito confessar; — 2º, que a pessoa que confessa seja apta para isso e o faça por modo que possa resultar obrigação da confissão (1).

São estas as condições necessarias e indispensaveis para que haja confissão.

Por estas razões diz o Comp. — *que a confissão só pôde ter por objecto os factos presentes e preteritos e não os futuros*, e isto por que sobre estes não é possível depôr-se, visto não se terem ainda realisado (2).

Diz o Comp. que *para que a confissão seja valida e prejudicial ao confitente, deve ser* — 1º, *livre e seria, e entende se tal aquella que é feita ao tempo da morte, ou por acto de ultima vontade.*

E' preciso que o individuo que confessa seja livre, ainda que se costume dizer em direito *voluntas coacta semper est voluntas*: quer este texto dizer que a vontade, mesmo coacta, considera-se como vontade para certos effeitos que convêm conhecer: assim, aquelle que praticou um acto coacto, presume-se que o praticou livremente, enquanto se não prova a existencia do vicio que affectou a liberdade.

O acto, pois, praticado coactamente vale, enquanto se não mostra que não pôde subsistir, e desde que se prova que a coacção foi tal que tirou a liberdade, se o julga não subsistente para o effeito de ficar escusado da obrigação aquelle que nella se constituiu coactamente.

E' preciso tambem que a confissão seja *séria*, por isso que, alguém pôde confessar uma cousa não seriamente, mas zombando, presumindo-se neste caso, que aquelle que confessa não tem intenção de dizer a verdade, e diz o Comp. que *se entende séria a que é feita ao tempo da morte, ou por acto de ultima vontade* (3). E' isto um exemplo, que não exclue outros de igual

(1) Em geral que seja feita a confissão por quem esteja na livre administração de seus bens. O Comp. no § III deste mesmo titulo enumera quais as pessoas cuja confissão não vale. — Vd. nt. pg. 214.

(2) Per. e Souz. nt. 432 Grotius — de jur. *bell. et pac.* L. 2. c. 1 n. 11.

(3) Donde se deduz que se o defunto tiver confessado que uma divida lhe foi paga, não podem seus herdeiros cobral-a — Per. e Souz. nt. 434.

força, o Comp. não falla taxativamente; e a razão de sua disposição é porque não é de presumir que um individuo esteja zombando á hora da morte.

2°. Deve em segundo lugar a confissão ser *verdadeira, ou com animo de obrigar-se, porque sendo feita com erro de facto ou por ignorancia, não prejudica ao confitente; mas não assim sendo o erro de direito.*

Póde o erro ser do facto ou de direito: o erro de facto não prejudica, mas prejudica o de direito; a razão é porque póde alguém por engano suppôr que um facto é verdadeiro, ou deu-se de um certo modo diverso daquelle que realmente se deu (1).

Não de dá, porém, o mesmo quanto ao erro de direito, por que o direito é geral, e a parte é obrigada a conhecê-lo.

3°. — E' preciso que seja a confissão — *certa e clara e com expressa causa, aliás é como se não existisse.* E' pois preciso que a confissão recaia sobre um objecto certo e determinado, que seja clara, isto é, que não haja confusão nem equivoco, e que se declare qual a causa que move o individuo a confessar (2).

4°. — E' necessario, finalmente, que seja *verosimil.* Isto é muito claro, porque se ella não é verosimil, não é de presumir que seja a expressão da verdade. (3).

§ III

Trata o Comp. neste § da *confissão judicial*, e diz que é *a melhor das provas*, isto por que tira ella Qualquer duvida, visto que ninguém póde conhecer melhor do facto do que a propriaparte, portanto, diz o Comp. que *sendo legalmente feita, prova plenamente o facto, sana e revalida o erro da acção e do processo.*

Se o meio porque a parte pede o seu direito não é o competente, não se lhe póde fazer justiça, por isso que, não usou do

(1) *Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit* — Dig. L. 42 T. 2 frg. 2. — Sayigny, *Tr. Dr. Rom.* Tom. 7 § 306 fundado no frg. 11 § 12 do Dig. L. 11 T. 1 apresenta tambem a condição de não provir o erro de uma extrema negligencia — *nisi culpa dolo proxima sit.* A confissão funda-se no consentimento e o erro vicia-o. Dig L. 50 T. 17 frg. 116. — Vd. Per. e Souz. nt. 435... *si per errarem facta fuerit erit nulla.* — Mendes, P. 1 L. 3 c. 12 n. 12. Mascardo L. 1 *quest.* 7 n. 19 e *conclus.* 178.

(2) *Certum confessus pro iudicato erit: incertum non erit* — Dig. L. 42 T. 2 frg. 6 *pr.* — A confissão que não é clara e certa, mas duvidosa e escura, é como se não existisse. — *Surd. Dec* 291 n. 25. Entretanto, póde o juiz constringer o depoente a que esclareça o seu depoimento — *urgeri debet ut certum confiteatur* (Dig. Cit. frg. § 2) e recusando-se a parte a dar a explicação contra ella se o interpreta — Voet. *ad Pand.* tit. *de confessis* n. 4.

(3) Dig. L. 42 T. 2 frg. 8 — *Surd. Dec.* 291 n. 28 — Per. e Souz. nt. 438.

mato conveniente, fica portanto ella inhibida de provar o seu direito: tirando, porém a confissão toda a duvida, sana ella o erro da acção e do processo (1).

Continúa, porém, o Comp. que *não suppre a escriptura. ovando ella é da essencia e substancia do contracto*: está isto em harmonia com o que dissemos na ultima licção; se a escriptura é da substancia do contracto, emquanto ella não está lavrada, não existe obrigação entra as partes, e portanto não pôde a confissão sanar a falta della, por isso que não existe acto algum; quando, porém, a escriptura é exigida para a prova do contracto, sana a confissão sua falta porque a obrigação existia, e a prova della, que devia ser feita pela escriptura, pode ser feita pela confissão que é tambem uma prova plena.

Diz, porém, o Comp *que prejudica a confissão sómente ao confitente e a seus herdeiros, e não a terceiro, ainda que seja co-herdeiro ou co-obrigado ou socio* (2).

A razão disto é, porque, como vimos, o herdeiro succede em todos os direitos da pessoa de quem herda, a confiaste pois feita por essa pessoa a elle prejudica.

Não prejudica, porém, aos co-herdeiros, co-obrigados e socios, porque estes não estão na mesma posição dos herdeiros, porque é justoque não succedendo estes como os herdeiros aos direitos de alguém, não sejam prejudicados pela confissão desse a quem não succedem.

Diz o Comp. que *para ser legal a confissão judicial é mister que seja feita*: — 1º, *perante o juiz competente*, isto é claro — 2º, *na presença da parte contraria e que esta aceite*, isto porque é a confissão uma especie de transacção e por isso é preciso o consentimento da outra parte: — 3º, *por quem esteja na livre administração de seus bens*, isto porque envolvendo a confissão uma cessão, só pode fazel-a quem pôde transigir; segue-se dicto que não podem validamente confessar e por consequencia é nulla a confissão daquelles que não estão na livre administração de seus bens,

(1) Excepto se a nullidade provém da incompetencia do juiz e não foi prorogada a sua jurisdicção. — Per. e Souz. nt. 445. No fôro commercial, diz o art. 158 do Reg. n. 737 de 1850 “sana e revalida o erro do processo, salvo o prejuizo de terceiro.”

(2) E’ doutrina do Dir. Rom. Como se vê das leis que cita Per. e Souz. na nt. 447. Prejudica aos herdeiros porque elles representão o defunto. — Struv. *ad Pand.* Th. 26 — Ao successor singular só prejudica a confissão anterior á successão, não a posterior — Muller a Struv. Th. cit. nt. 448. A razão desta doutrina dá o Dig. L. 50 T. 17 frg. 74. — *Non debet alteri per alteram iniqua conditio in ferri* e o frg. 3 § 3 do L. 12 T. 2 — *jusjurandum alteri neque prodest, neque nocet* — Vd. no mesmo Titulo do Dig. frgs. 9 § 7, 10, 11 § 3 e 12.

materia de que o Comp. se occupa no restante do §, que é clara e expressa nas leis citadas pelo Comp.(1).

§ IV

Inscreve se este § — *confissão por termo nos autos*. E' preciso que bem se distingua a materia dos §§.

O § III trata da confissão judicial, abstracção feita dos diferentes modos de fazel a, trata da confissão judicial em geral e aos §§ seguintes dos modos especiaes de fazer-se a confissão judicial: é por isso a doutrina do § III geral e commum a dos outros que lhe seguem.

Um dos modos de fazer-se a confissão judicial é por termo nos autos, a qual tem lugar quando, pela primeira vez comparecendo as partes em juizo, o juiz lhes pergunta a seu arbitrio, sobre certos factos concernentes á questão, independente do artigos; se por esta occasião a parte confessa, são as suas respostas reduzidas a termo e é o que se chama confissão por termo nos autos. Independente desta occasião, póde ainda a parte fazer em juizo alguma confissão, a qual interessando a outra parte, póde ella pedir que se tome por termo.

Tambem póde-se fazer a confissão perante o escrivão, quando por mandado do juiz as partes declaram em seu cartorio alguns factos. O Comp. prevê duas hypotheses: quando o juiz faz perguntas ás partes, independente de artigos, no começo ou em algum incidente da causa, ou quando o juiz ordena ao escrivão que tome algumas declarações em seu cartorio e nesse acto alguma das partes confessa alguma cousa.

Quando reduzida a termo a declaração feita pela parte perante o escrivão, não quizer ella ao depois assignal-o, pode o juiz inquerir duas ou tres testemunhas, e, concordando os seus depoimentos com o que a parte declara no termo que não quiz assignar, reduz os depoimentos a termo, e vale a confissão, independente da assignatura da parte (2).

No fim do § diz o Comp. que *sendo a confissão feita em uma causa, prova em qualquer outra, entre as mesmas partes, salvo quando é feita incidentalmente para fim diverso, presumida ou ficta.*

A razão vem a ser porque a confissão, uma vez feita, dá direito á parte contraria e por isso a ella aproveita em qualquer juizo ou instancia; não tem, porém isto lugar, quando ella é feita em um incidente da causa e para fim diverso (3)._

(1) O Comp. enumera neste § quaes as pessoas a quem o direito não reconhece capacidade para confessar validamente, concordando com a doutrina exposta por Per. e Souz. nt. 430 que a consolida e fundamenta.

(2) Ord. L. 1 T. 24 §§ 19 e 20 — Per. e Souz. nt. 441.

(3) Mendes P. 1 L. 3 c. 12 n. 14 e outros citados por Per. e Souz. na nt. 441.

§ V

Trata-se neste § da *confissão em artigos*.

Mostramos em que consiste a confissão por termo nos autos, agora vamos ver em que consiste a confissão por artigos. Na discussão da causa, muitas vezes as partes deduzem artigos para serem provados, como libello, contrariedade, replica, treplica, excepções, embargos, artigos de habilitação, e outros incidentes.

Estes artigos, quando offerecidos pelo autor, presume-se ser por sua vontade, para o que devem os advogados, como manda a Ord., premunir-se de notas em que os seus clientes os informem sobre os factos afim de que em caso de duvida, possam mostrar que os factos forão allegados com conhecimento e consentimento da parte. Os factos assim deduzidos nesses artigos, supõe-se ser verdadeiros e fazem prova contra aquelle que os confessa.

Sendo erronea a confissão, pôde ser revogada, provado o erro (1), e sendo feita pelo advogado nas allegações de direito, não tem a mesma força (2).

LICÇÃO XLVIII

Continuamos com o estudo da CONFISSÃO.

§ VI

Trata o Comp. neste § da — *confissão em depoimento* — a qual constitue uma espécie differente daquella de que nos occupamos no § antecedente.

Dá-se a confissão em artigos quando a parte em seu libello ou em quaesquer outros artigos confessa um facto que o adversario offerece para delle deduzir um direito: e a confissão em depoimento dá se quando a parte requer que venha a juizo jurar aquella com quem litiga sobre o objecto da questão.

Assim, pôde o autor requerer — que o réo venha a juizo como uma qualquer testemuha jurar sobre o facto que elle allega, e vice-versa, pôde o réo quando allega um facto requerer que o autor venha depôr sobre elle. Eis, portanto, em que consiste a differença entre a confissão em artigos e a confissão em depoimento a artigos.

(1) *Nec enim erronea confessio prejudicat, imo revocari potest, nisi sil confessio super facto proprio, in quo non cadit probabilis error* — Mendes P. 1 L. 3 c. 12 n. 13 — *Nam erronea confessio ante sententiam potest revocari.* — O mesmo P. 2 L. 3 c. 12 n. 22.

(2) Silva á Ord. L. 3 T. 50 n. 11 — Per. e Souz. nt. 442.

Mostra o Comp. a razão porque foi admittida a confissão em depoimento, dizendo que é — *para que a parte seja relevada de dar provas a elles, quando o depoente os confessa.*

Assim, pois, se o réo, citado para jurar, confessar o facto que o autor allega, está este dispensado de provar e é a causa julgada por esta confissão, independente de produzir-se qualquer outra prova; o mesmo se dá quanto ao autor, que pôde também ser chamado pelo réo a jurar sobre algum facto. Como essa confissão em depoimento dispensa qualquer outra prova, resulta que quando a parte pretende provar o facto pelo depoimento do seu adversario, desde que a causa é declarada em prova, e são assignadas as dilações para ella, é esse depoimento a primeira prova que produz-se, por isso que elle dispensa, como vimos, qualquer outra prova, devendo aquella parte, que quizer fazer jurar seu adversario, protestar em tempo por esse direito. (1)

Na continuação do § diz o Comp. que pôde a confissão *ser revogada quando erronea, salvo sendo sobre facto proprio, em que provavelmente não se pôde errar; ou quando é feita, depois de um termo concedido para deliberar e de aceita pela parte.*

Não obstante ser a confissão em depoimento a melhor prova, comtudo pôde ser ella revogada quando erronea, salvo as limitações feitas pelo Comp., a saber: — em primeiro lugar, se o facto é proprio — : como já dissemos, só se inquirem testemunhas sobre os factos e não sobre o direito porque este é geral e certo e deve ter conhecido do juiz.

Versando, pois, a confissão sempre sobre factos, pôde a parte sobre elles enganar-se e, neste caso, provando-se o erro, não produz ella effeitos; isto, porém, não prevalece em relação aos factos proprios, isto é, em relação áquelles que affactão ao proprio depoente, porque estes devem ser por elle conhecidos, prevalece sómente quanto aos factos alheios ao depoente.

A outra limitação em que não prevalece a regra é quando a confissão é feita depois de um termo concedido para deliberar e de aceita pela parte; quando a confissão não é feita immediatamente depois da citação, mas dá-se á testemunha um prazo para ella se informar.

Diz, porém, o Comp. que — *a confissão por contumácia pôde ser revogada em qualquer tempo*, a razão é porque esta confissão sómente tem a seu favor a presumpção da verdade, não tendo a parte revel comparecido para depôr quando se a cita, é julgada confirmar o facto que é contra si, porque suppõe-se que

(1) A obrigação de protestar nos artigos pelo depoimento da parte é de praxe; mas não conhecemos lei que isto determine. A Ord. liv. 3º, tit. 53, § 13 não exige tal condição, nem Per. e Souza, que na nt. 443 substanciou o que os juriconsultos tem dito a respeito, especifica este requisito.

ella não comparece para não prejudicar-se e assim se estabeleceu para que a parte não tivesse arbitrio de jurar ou deixar de jurar, prejudicando assim á outra.

Vê-se, pois, que a confissão por contumácia não é senão uma presumpção; como, porém, toda a presumpção cede á verdade, sendo a confissão por contumácia uma presumpção, ella pôde ser revogada pela prova da verdade

Depois apresenta o Comp. os requisitos necessarios aos artigos para que a parte seja obrigada a depôr, reduzindo-os a nove, os quaes são todos deduzidos da natureza da confissão e claros. (1)

§ VII

Trata o Comp. neste § de — *quem pôde depôr a artigos.*

A materia não tem difficuldade; não obstante é controvertida pelos Praxistas que della tratão largamente; como, porém, as conclusões do Comp. são deduzidas de principios de direito, por isso basta ver a legislação em que elle se funda. (2)

Diz, porém, o Comp. que — *quando a demanda versa sobre bens proprios de um Conselho, depoem o syndico ou procurador; e sendo de corporações ecclesiasticas, assim como Confrarias, Cabidos, depõem sòmente alguns eleitos para esse fim.* E' porém duvidoso a quem compete a eleição, se á corporação, se á parte litigante. A opinião mais segura é que compete a esta, comtanto que eleja dos mais pios e de melhor conhecimento do negocio.

Aquellas corporações que tem uma pessoalidade juridica tem um procurador ou um syndico que as representa em juizo, assim, por exemplo, tem as camaras municipaes os seus procuradores, os quaes segundo o seu regimento as representa em juizo (3); do mesmo modo tem as ordens religiosas seus procuradores ou syndicos; quando alguma destas corporações

(1) Per. e Souza. nt. 443.

(2) Discute-se se o cedente pôde ser constringido a depor na causa do cessionario. Pela negativa está Per e Souza (nt. 443) que não fundamenta a sua opinião, e pela affirmativa Moraes Carvalho § 432 fundado em Olea — *de Cess. Jur.* citado por Lobão — *Segs. Lins.* nt. 443, n. 9. O Comp. cala-se a respeito, no que procedeu bem, pois se a acção é intentada em nome do cedente é elle o verdadeiro autor, e não ha razão para que se escuse de depôr, e se a acção é em nome do cessionario é o cedente extranho, e pôde depôr como testemunha, sem que o seu depoimento tenha a força de confissão, pois esta só se recebe da propria parte ... *solum, recipit confessionem ipsius partis*, como diz Mendes — P. I, L. 3º, C. 12, n. 23.

(3) Lei de 1º de Outubro de 1828, art 81.

tem de depôr em juízo, não são todos os seus membros chamados a depôr, depõem por ellas os seus syndicos ou procuradores, e não se deve negar ás corporações este direito, quando os particulares podem depôr por procuradores, uma vez que sejam procurações especiaes para o fim, e nellas se declare qual o juramento que se autorisa o procurador a fazer (1): podem, pois, os procuradores ou syndicos das corporações jurar por ellas, uma vez que sejam autorisados pela corporação a fazel-o.

Ha, porém, algumas corporações que não tem estas pessoas que as representem em juízo, como os cabidos; neste caso, como não ha de vir a juízo depôr a corporação inteira, deve vir alguém por mandado della, que saiba do facto e que tenha recebido as competentes instrucções para fazel-o.

A questão, porém, duvidosa é — a quem compete a eleição dos individuos que devem representar as corporações, se a ellas ou ás partes litigantes. Sustentão uns uma opinião, outros outra.

O Comp. adoptou a opinião mais seguida, e é que a escolha compete ás corporações — *comtanto que ellas eleição dos mais pios e de melhor conhecimento nos negocios.*

A razão é porque, devendo o juramento ser dado segundo a intenção da parte que depõe, sómente devem depôr pelas corporações aquellas pessoas em quem ellas confião por isso que pôde haver em uma corporação individuos em quem ellas confiem mais do que em outros; e mesmo porque se a um particular permite-se que jure em sua alma aquella pessoa em que elle deposita confiança, porque tambem ás corporações não se ha de permittir nomear, para depôr por ellas, aquelles de seus membros em que mais confião? (2)

Diz O Comp. no final do § que — *se a demanda versa sobre direitos universaes como um povo, v. g., sobre pastos publicos ou outras servidões, elegem-se três ou quatro dos mais velhos para deporem por todos.*

As hypotheses de que temos tratado referem-se ao caso em

(1) Vanguerve — *Prat. Jud.* Parte 6^a. C. 3, n. 125.

(2) A opinião do Comp. não é a que se encontra acima. A palavra *esta* de que usa concorda com — *parte litigante* e não com — *corporação*, e assim opina Guerreiro — *Quest. For.* 99, n. 18 que o Comp. cita e em que fundamenta a sua doutrina, diz Guerreiro: — *Est quæstio hujus processus utrum in causa vertente inter privatum, et communitatem, seu inter unam et aliam communitatem debeant deponere nominati a parte depositionem petenti, vel a communitate à qua depositio postulatur, quam diciderunt gravissimi duo patres, ac peritissimi collegæ mei admodum venerandi in processu appenso ad favorem petentis depositionem, nempè quod iste et non communitas eligere debet eos, qui in causa deponant.* As razões porém acima expendidas convencem de melhor a opinião contraria á do Comp.

que tenha de jurar ou depôr uma corporação de numero certo determinado de membros, mas não áquellas entidades juridicas que não tem numero certo de membros, como por exemplo os habitantes de um municipio.

Neste caso, tratando-se de alguma questão sobre servidões publicas, por exemplo, em que os municipes sejam interessados, como não se pôde fazel-os todos depôr, elege-se tres ou quatro dos mais antigos do lugar e que tenham razão, para melhor conhecer do factó, afim de que deponhão por todos. Isto é o que a praxe tem admittido.

§ VIII

Inscribe-se este § *quando é admissivel o depoimento*. A materia é clara e vem confirmada nas notas.

§ IX

Trata-se neste § — *dos effeitos da confissão judicial* e versa todo elle sobre a disposição da Ord. liv. 3º, tit. 66, § 9º, que consultada em sua letra é difficil, mas que estabelecidos os principios de direito e entendida segundo elles, não apresenta maior difficuldade; por isso faremos breves considerações geraes sobre a materia, afim de que ella fique bem clara.

Tratamos da confissão judicial, a qual já dissemos ser aquella que se faz em juizo e perante juiz competente; pôde-se fazel-a por diversos modos: por perguntas do juiz no começo da causa, por declaração em artigos escriptos por advogado ou por depoimento aos artigos da parte.

Dissemos que o valor dessas especies de confissão não era o mesmo e que diversificava, isto porque algumas vezes esta confissão por si só basta para por ella se julgar o feito, outras vezes não basta, precisa ser a causa discutida, tornando se a confissão uma prova em concorrência com as outras e sujeita á apreciação do juiz.

Convém mostrar quando a confissão por si só basta para por ella se julgar a causa, independente de produzir-se mais provas, e quando não obstante a confissão, ainda se necessita de mais provas, considerando-se apenas ella como uma prova em concorrência com as outras.

A regra geral é, que quando a parte é citada em juizo e comparece e confessa antes de contestada a lide, a acção é julgada de plano e por este factó é o réo condemnado de preceito: quando, porém, a confissão tem lugar depois de contestada, corre a causa os seus termos e julga se afinal por sentença. Conhecidos estes principios, entende-se perfeitamente a doutrina do Comp., quando diz que a confissão judicial *faz as vezes de sentença e cousa julgada, com declaração que, sendo feita antes da contestação da lide, produz acção — in factum — exercitavel pe-*

rante juiz competente pela via executiva, mediante o preceito — de solvendo, sem outra sentença condemnatoria, e depois da contestação exige se a sentença condemnatoria.

Temos portanto que, tendo a confissão lugar antes da contestação da lide, tem ella por si só força de sentença, não se precisa de julgamento, a confissão dá lugar ao que se chama — sentença de preceito —, que é quando o juiz declara que, em vista da confissão, não pôde prosseguir a acção, devendo o réo ser condemnado independente de mais prova ou julgamento, e é isto o que se chama — produzir a acção — *in factum*. Feita a confissão, o juiz manda passar um mandado que se chama — *de solvendo*, no qual se declara que em vista da confissão deve o réo ser condemnado a pagar ou dar no autor aquillo que elle lhe pede. Por isso mesmo que a questão, nesta hypothese, se decide por um facto, não tem uma execução aparelhada, como quando ella se decide por uma sentença proferida em juizo contencioso e passada em julgado, portanto, sendo as partes citadas para a execução, podem vir com embargos contra o facto da confissão, allegando aquillo que contra ella se pôde allegar, como, por exemplo, o erro.

Continuaremos.

LICÇÃO XLIX

§ IX (Continuação.)

Continuamos com o estudo do § IX, em que o Comp. trata dos — *effeitos da confissão judicial*.

Dissemos que da confissão judicial resultão varios effeitos, sendo o primeiro delles fazer as vezes de sentença e cousa julgada.

Se a confissão é feita antes da contestação da lide, produz uma condemnação de facto, que deve ser executada pelo juiz competente, independentemente de sentença; se é feita depois de contestada a lide, requer-se para decisão da causa, sentença condemnatoria.

Propunhamo-nos na ultima licção, quando fomos interrompidos pela hora, a mostrar a differença que ha entre uma condemnação de preceito, e uma sentença proferida em juizo contencioso, a differença é a seguinte: a condemnação de preceito produz uma acção — *in factum* — exercitada pela via executiva, isto porque, peja confissão fica a questão livre de duvida, entendendo-se que aquelle que confessa um facto contra si, por elle se condemna.

Ha, porém, differença entre o facto que tem comsigo a presumpção da verdade e aquelle que foi julgado ser o direito, aquillo que foi julgado por sentença em juizo contraditorio;

neste caso, o processo da execução é o chamado — execução de sentença, e não o — meio executivo, cuja diferença consiste em que o meio executivo dá-se quando se trata de um facto que a lei presume verdadeiro e que ao adversario é que compete provar o contrario; assim, por exemplo, nas acções que a fazenda publica tem contra seus devedores ha a presumpção da verdade; a fazenda publica entra em juizo para cobrar, e á parte contraria compete mostrar que não tem ella direito para essa cobrança; como ha essa presumpção da verdade, começa-se o processo executivamente, isto é, pela penhora ou sequestro, dando-se ao réo sómente o direito de embargar, para apresentar-nos seus embargos qualquer defesa que o releve do pagamento, do mesmo modo que se dá na execução das sentenças.

Naquelles casos, porém, em que o autor não entra, em juizo em a sua presumpção fundada, que é preciso que se a discuta para que o juiz aprecie do merito das razões de uma e outra parte, para afinal julgar, se diz que ha uma sentença proferida em juizo contradictorio, e só se executando depois da sentença, é só depois dessa sentença proferida que tem lugar a execução. A diferença, pois, entre esta execução de sentença passada em julgado e o meio executivo esta em que neste se começa logo pela penhora ou sequestro, podendo o réo nos seus embargos deduzir todas e quaesquer razões tendentes a illidir a intenção do autor; nas execuções de sentenças, porém, não se dá o mesmo: o réo póde embargar a execução dentro dos seis dias, mas a diferença está em que não se recebem todos e quaesquer embargos, mas tão sómente todos os que forem consistentes em materia nova, ainda não discutida nem julgada, por isso que, não são admissiveis os que forem consistentes em materia velha, isto é, que já fosse discutida e julgada.

Portanto, no caso da confissão judicial de que tratamos, em que não ha uma sentença que faça certo o direito, em que ha apenas uma presumpção da verdade, a condemnação é uma condemnação de preceito, e esta decisão ou condemnação de preceito executa-se por meio do mandado chamado — *de solvendo* (1), pelo qual se manda a parte satisfazer a obrigação que reconheceu em juizo, podendo ella vir com embargos a esse mandado, e diziamos na ultima licção que se póde embargar esse mandado, por todas aquellas causas que podem tirar o valor do facto que lhe deu origem, isto é, que podem revogar a confissão, causas de que já tratamos em § anterior.

(1) *Et causa, in qua quis confitetur debitum summaria est, et eo ipso quod debitur confitetur, non riquiritur alius ordo juris, sed tantum sit illi præceptam quod solvat de quo datur mandatum nomine judic s. quod non transit per cancellarium* — Cabedo, *Dec.* 16 n. 6. Hoje nenhuma sentença transita mais pela chancellaria. — Lei n. 1730 de 5 de Out. de 1869. art. 1º — Vd. nt. 2 pg. 112 — Ord. L. 3 T. 66 § 9 — Mendes P. 1 L. 5 c. 21 n. 63.

Tudo aquillo que a parte póde allegar contra a confissão, póde allegar como embargos á execução do mandado *de solvendo*, e os embargos suspendem neste caso a penhora, a execução, o que não succede na execução das sentenças em que os embargos são meios correctivos das sentenças, e torna-se preciso uma nova sentença para que a primeira deixe de ser executada; no caso contrario, corre por um lado a execução e por outro discute-se os embargos, salvos os casos em que os embargos forem de natureza a suspender a execução (1).

Neste caso, porém, de que tratamos, suspende-se sempre a execução pela apresentação dos embargos, é preciso que haja uma sentença sobre elles, para que a execução possa correr seus termos.

Diz, porém, o Comp. que *quando a confissão tem lugar depois de contestada a lide, é preciso sentença condemnatoria.*

Quando a confissão é feita depois da contestação, exige-se sentença condemnatoria e a razão é que pela contestação da lide ha uma certa novação da questão (2); ella, segundo o direito commum, produz uma especie de quasi-contracto entre as partes, pelo qual ellas se obrigão a estar pelo julgado, embora, pois, haja a confissão do réo, é de necessidade que corra a causa os seus termos para ter uma decisão final (3).

Como a confissão neste caso apenas tem por fim fazer o juiz certo da verdade, por isso o juiz sómente tem de attender a esta prova, para decidir como for de justiça: com a contestação da lide houve uma mudança na causa, a questão tornou-se sujeita ao dominio do juizo e tem de ser decidida segundo as formalidades legais e as leis do processo, precisa por isso de uma sentença. E' preciso, porém, que os Srs. conheção que esta doutrina é applicavel sómentequando a parte em juizo simplesmente confessa o facto, e não ha accordo entre ellas para que se termine a questão pela confissão, ou quando a questão é dependente de outras relações de direito, de modo que a confissão de um facto prejudica as outras relações.

(1) Todos os embargos oppostos á execução devem em rigor de direito ser recebidos em auto apartado, com suspensão da execução (Ord. L. 3 T. 86 *princip.* Gab. Per. — de *Man. Reg. P.* 1 c. 9 D. 24 — *Caldas For. L.* 2 quest. 36 n. 8, salvo, sendo de retenção por bemeitorias (Lobão, *Execuções* § 229). restituição de menores e outros que lhes são equiparados. Ramalho — *Praxe Braz.* § 400 nt. c) nullidade patente, pagamento ou compensação provada *in continenti*, não ser a sentença certa e liquida (Ord. L. 3 T. 86 § 1). No fôro commercial regula a materia os arts. 577 a 579 do Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850. — Sobre esta materia veja se Lobão — *Execuções por sentença* — §§ 240 e seg.

(2) Vd. Licção XXXV pg. 157 e 158nt. le XXXVI pg. 159 e nt. 2.

(3) Vd. Licção XXXIV pg. 151.

Não se verifica, pois, esta doutrina quando as partes, depois da contestação da lide, por um accordo entre si resolvem decidir a questão pela confissão da parte ; portanto, ainda mesmo depois da contestação podem as partes convencionar e transigir sobre seus direito, uma vez que se reduza a termo a confissão e que a parte a aceite (1).

Parecia, pois, que não se poderia mais decidir a causa pela confissão da parte depois da contestação da lide, o que nesta hypothese pôde ter lugar. Esta doutrina que expendemos tambem não prejudica esta outra relação de direito que vamos mostrar: quando o autor quer que se decida a questão pelo Juramento decisorio, neste caso tambem pôde-se, depois da lide contestada, decidir a questão pelo juramento; a razão é porque este juramento tem uma condição diversa do juramento que já tratamos.

E' preciso distinguir se as diversas especies de juramentos para poder-se estabelecer principios verdadeiros; por isso dissemos, quando começamos a tratar desta questão, que ella tinha difficuldades.

A doutrina, pois, que expendemos sobre a confissão judicial, não comprehende estes dous casos.

Diz o Comp. que o segundo effeito da confissão judicial é *supprir os defeitos do processo, não sendo a nullidade resultante da incompetencia do juiz, por ser improrogavel a sua jurisdicção; ou se a nullidade affecta a mesma confissão* (2).

Como o processo tem por fim descobrir a verdade, se ella é conhecida, não pôde mais o erro do processo prejudicar esta verdade, por isso que, o processo se torna desnecessario, porquanto, o fim a que elle se propõe, o descobrimento da verdade, está já attingido.

Daqui deduz-se no nosso fôro uma relação de direito, a que infelizmente não se tem dado importancia, e vem a ser que sómente se attende á nullidade do processo, quando da parte de quem a allega ha um direito claro e provado que não foi reconhecido e não quando a parte allega nullidade sem mostrar que se lhe fez injustiça.

Quando a nullidade é por *falta de jurisdicção no juiz*, não ha duvida nenhuma que a confissão não pôde sanar a nullidade do processo, por isso que o juiz que não é competente, não pôde tomar conhecimento de uma causa, considera-se em relação a ella como simples particular.

Trata-se da hypothese em que elle é competente, e, neste caso, havendo confissão, elle tem o direito de julgar, não obstante o erro do processo. Não é esta disposição especial ao caso da confissão, mas a toda hypothese em que a prova do autor é clara e manifesta e da parte do réo não ha justiça.

(1) Vd. Licção L.

(2) Silva á Ord. L. 3 T. 66 §9 n. 20 — Per. e Souz. nt. 445.

Quando alguém allega uma nullidade, não deve limitar-se a declarar-a sem sustentar a injustiça, que se lhe fez, por isso que, a nullidade nua, como dizem os juriconsultos, não é bastante, não deve o juiz conhecer da nullidade sem que haja injustiça e a razão que dão os praxistas é muito valiosa: dizem elles que, conhecer-se da nullidade do processo quando a parte não prova que se lhe fez injustiça, é desnecessario e ocioso por isso que a parte não provou que se lhe tinha feito injustiça.

Na verdade, se a parte não póde provar que se lhe fez injustiça, é evidente que a nullidade seria ociosa e sem um fim.

A doutrina do Comp. não é especial a este caso e não apresentamos a regra geral neste § para não introduzir nelle materia estranha, e se na explicação a estabelecemos, é para não ficar o conhecimento imperfeito.

O terceiro effeito da confissão judicial é — *infringir todas as mais provas e até fazer cessar a sentença passada em julgado e a presumpção — juris et de jure.*

A prova é um meio de descobrir a verdade, e comquanto o direito tenha estabelecido em certos factos provas para o que se quer provar em juizo, não tem essa prova juridica o character de infallibilidade, porquanto, si se exigisse esta qualidade nas provas, nenhum feito poderia ser decidido.

Todavia, a lei estabelece quaes as provas que em conflicto com outras devem prevalecer, materia que já vimos. Assim, duas testemunhas tendo ellas na condições legaes, fazem prova plena; uma escriptura publica tambem o faz: mas póde succeder que seja um facto provado por duas testemunhas e que o contrario e prove por escriptura publica, neste caso, prevalece a escriptura publica, como já vimos.

Como, porém, entre todas as provas a confissão é a melhor, ella prevalece á todas as outras, quando em conflicto com ellas, e até, diz o Comp., faz cessar a *sentença passada em julgado.*

Entende-se por — *sentença passada em julgado* — aquella que tem sido afinal decidida depois de esgotados todos os meios, depois de obtida a ultima decisão que impõe o silencio: se é isto a sentença passada em julgado, parece que a confissão não póde fazer cessal-a; vamos, porém, mostrar como isto se verifica.

Passada a sentença em julgado, resta a sua execução, por que sem execução as sentenças não poderião produzir os seus effeitos; o autor, pois, embora tenha uma sentença que declare o seu direito, todavia, não satisfaz-se só com a decisão, torna-se necessario um meio cercitivo que obrigue o réo a cumprir aquillo a que foi condemnado, para a execução tambem ha um processo chamado executivo, de que já temos fallado.

Podem ainda na execução as partes allegar alguma cousa contra o julgamento, porque esta deve ser feita segundo o julgado; logo, quando na execução se não observa o julgado, tem o executado o direito de embargar qualquer excesso, sendo estes os embargos que se chamão — modificativos —; ainda pode-

se, mesmo na execução, mostrar nullidades da sentença, por isso que, como diz a Ord., a sentença, nulla nunca passa em julgado, e neste caso não se offende a cousa julgada (1).

Continuaremos.

LICÇÃO L

Passamos ao *Capitulo IV* do *Titulo XVII* que se inscreve — DO JURAMENTO.

§ UNICO

Neste § o Comp. dá — *uma definição de juramento* e apresenta a sua *classificação*, classificação esta que não se encontra nos escriptores, por isso que achamos inconvenientes nas que elles fazem, e esta que apresentamos, por nos parecer melhor, é deduzida da natureza das diversas especies de juramentos.

A' proporção que o Comp. fôr tratando dessas especies de juramentos, examinaremos a sua natureza; por isso vamos entrar no estudo da — SECCÃO I, que se inscreve — DO JURAMENTO JUDICIAL OU DECISORIO.

§ I

Neste § o Comp. pergunta — *quem pôde jurar decisoriamente*, e diz que esta especie de juramento é de muito uso no fôro.

Na verdade, muitas vezes suppre acções que sem elle não poderião decidir-se ou julgar se com acerto; convem por isso ver a natureza deste juramento e os casos em que pôde ser admittido. Neste § se resume a theoria do juramento decisorio em theses que os Srs. hão de encontrar desenvolvidas em longos tratados, e que vamos examinar.

Primeiramente daremos uma idéa do juramento decisorio ou judicial.

Nos §§ antecedentes tratamos da confissão e dissemos que era de varias especies, segundo o modo ou fôrma porque era feita, quando em juizo — judicial, quando fôra d'elle — extra-judicial.

Note-se que quando tratamos da confissão, dissemos que era ella o acto pelo qual a parte em juizo reconhecia a verdade do que era affirmado pelo seu adversario; mas não dissemos que consistia em ser affirmada debaixo de juramento; basta um simples reconhecimento da verdade do que a parte contraria affirma para que se dê confissão judicial.

(1) Sobre os effeitos da confissão judicial no Direito Romano via-se Savigny *Tr. Dr. Rom.* Tom. 7 §§ 311 a 314.

Para que se dê, porém, o juramento judicial, é necessario que esta confissão seja feita, tomando ae a Deus por testemunha da verdade, e differe da confissão judicial em que o *jure-nvnt-i* judicial é esta mesma confissão feita debaixo de juramento.

Note-se, porém, que este juramento judicial, ainda pôde ser feito por modos diversos, ou quaes constituem naturezas diversas de juramentos, e tambem produzem effeitos diversos.

Neste §, porém, tratamos do juramento judicial que tambem toma a natureza de decisorio, e por cnssequencia dos effeitos que elle produz, e para se conhecer a sua natureza estabeleceremos em geral as condições para sua existencia.

Neste mesmo § dizemos que é ao autor que incumbe a prova, e este tem dous meios para provar o seu direito: o primeiro é mostrar por testemunhas, ou por outro qualquer meio de prova que é verdade o facto que se quer provar, offerecendo em juizo um facto de que se não pôde duvidar, para delle se concluir a existencia daquelle que se quer provar: assim, por exemplo, quando se apresenta ao juiz uma escriptura publica para prova de um facto, pretende se convencer o juiz da verdade desse facto, por isso que o facto que se pretenda provar não existiria se não fosse verdadeiro a facto da escriptura publica apresentada, de modo que, provado um, prova-se o outro.

Algumas vezes, porém, o autor ou não tem um facto desta ordem para provar o seu direito, ou tem e não quer usar, e então pôde requerer o juramento da parte contraria para por elle se decidir a questão.

Por isso, quando o autor requer ao juiz, dizendo que não quer usar das provas, e que seja citado o réo para depôr ácerca da verdade, e este, comparecendo, jura, chama-se a este juramento — decisorio — porque por elle se decide a causa.

Vejamos o que ha de particular neste juramento. Na confissão judicial, não ha como no juramento em juizo a particularidade de que a parte que requer o juramento comprometa-se a estar pelo que jurar o seu contendor, o que tambem não se dá com as outras especies de juramento. Nem se pôde confundri com a confissão qu ese faz antes de contestada a lide, porque esta é feita por espontaneidade da parte, o que não acontece nesta especie. Quando o réo, antes ou depois de contestada a lide, reconhece o facto affirmado pelo adversario e por elle se decide a causa, não ha juramento decisorio, porqu eneste caso o juramento só aproveita ao autor se lhe é favoravel, o que acontece no juramento decisorio porque neste, como o autor se obriga a estar por elle, por elle se decide a causa quer seja favoravel, quer não.

Eis o que ha de particular sobre este juramento, por isso diz o Comp. que se dá este juramento — *ou deferindo juramento ao réo, que fica obrigado a prestal-o, ou a referil-o, ou a pagar, ou a ceder da demanda.*

— Deferir ao réo juramento —, quer dizer, vir elle jurar, e referir diz-se quando elle recusa jurar — entendendo-se neste caso que o réo por sua parte refere-se ao juramento do autor.

Por isso, o réo citado para jurar, póde jurar ou então não jurar, referindo-se ao juramento do autor, e quando nem quer jurar, nem referir o juramento do autor, póde pagar ou ceder da demanda.

Daqui tira o Comp. a consequencia que — o *juramento decisorio é uma especie de transacção* (1), e ha uma transacção, por isso que o autor cede um direito incerto por um certo; a decisão das demandas são sempre duvidosas, não póde nenhuma das partes prevel-a e o autor pelo juramento decisorio se abstem de usar dos meios que tem para provar o seu direito, sujeitando-se ao juramento de seu adversario, renuncia pois ao direito de apresentar as suas provas para que a sentença seja proferida conforme o juramento do seu adversario; ha, pois, uma renuncia de direito para collocar-se a questão n'outra relação; não é mais o resultado das provas que faz o juiz decidir-se mas é um facto apresentado pelas partes.

Sendo, pois, o juramento decisorio uma especie de transacção, segue-se, diz o Comp., em primeiro lugar — *que só póde ter deferido ou referido a aquelles que tem a livre administração de seus bens*. E' isso uma consequencia legitima dos principios, por isso que, só os que tem a livre administração de seus bens é que podem renunciar direitos: aqui ha uma transacção porque ha uma renuncia dos meios de defesa, e se estes meios constituem o direito da parte, a sua renuncia é uma renuncia de direitos, logo é legitima a conclusão do Comp. — só póde jurar decisoriamente o que tem a livre administração de seus bens. (2)

A segunda conclusão que tira o Comp. é que o juramento decisorio só póde ser deferido — *à parte principal que tem razão de saber da verdade, e não a seus herdeiros ou cessionarios, pois que estes, jurando que nada sabem são absolvidos cumprindo ao autor recorrer ás outras provas, sem que lhe possa ser referido o juramento, salvo se o réo quizer*.

Para que a decisão seja conforme a verdade, é necessario

(1) Mel Fr. L. 4º, T. 19, § 2º — Dig. — L. 12. T. 2º, frg. 2 — *Jus jurandum speciem transactionis continet: majoremque habet auctoritatem, quam res judicata*.

(2) Vd. Per. e Souza, nt 430, sobre os que não podem confessar, o que tem aqui applicação. — Dig. L. 12, T. 2. frg. 17 — § 1º — *Pupillus tutore auctore jusjurandum deferre debet: quod si sine tutore auctore detulerit, exceptio quidem obstabit, sed replicabitur; quia rerum administrandarum jus ei non competit*. — Mesmo frg. § 2º — Confira-se o mesmo titulo frgs. 33, § 4º e 35, § 1º.

que o que jura tenha razão para saber a verdade, quando não, não se póde estar pelo seu juramento. (1)

Supponha-se que um individuo tem de jurar sobre um acto de que não tem sciencia, por exemplo, o herdeiro, o que embora succeda nos direitos da pessoa de quem herda e conseguinte meu te nos seus contractos; não póde sobre estes jurar porque ignora o facto (2). Do mesmo modo o cessionario não póde jurar sobre o facto porque não tem sciencia d'elle, não póde pois jurar com conhecimento de causa, aliás era estar-se por um juramento de quem não tem razão para saber do facto (3). Não obstante, porém, aquelles que ignorão um facto não estarem sujeitos ao juramento decisorio, toriavia, note-se que diz o Comp. que elles podem ser chamados a jurar e neste caso ou jurão que sabem ou que ignorão; se jurão que sabem, aceita-se o seu juramento, se jurão que não sabem, cessa a acção e o autor póde usar dos meios ordinarios, não podendo usar mais do meio de acção d'alma.

Póde, porém, o réo ignorando o facto, referir o juramento ao autor, por isso que elle tem razão de saber, podendo neste caso descansar no seu juramento. O autor só póde referir o seu juramento, se o réo quizer.

A terceira consequencia que tira o Comp., é que — *o citado deve comparecer em propria pessoa ou por procurador com poderes especiais.*

Como este juramento suppõe conhecimento real do facto, deve o citado comparecer em propria pessoa: póde, porém, constituir procurador uma vez que o seja com poderes especiaes, os quães consistem em determinar-se na procuração o que é que se deve jurar, e neste caso o procurador não faz senão dizer aquillo que o seu constituinte o autorisa a dizer.

O mais que diz o Comp. é facil e dispensa explicação. (4)

(1) “E isto haverá lugar quando a parte que é demandada, e não quiz jurar, é a parte principal, que tem razão de saber a verdade no que lhe demandão...” Cor. Tel. Ord. L. 3º, T. 59, § 6º. Dig. Port. Tom. 1º. n. 942.

(2) *Qui in alterius locum succedunt, justum habent causam ignorantiae an id quod peteretur deberetur.* — Dig. L. 5º, T. 17, frg. 42.

(3) Vd. nt. 2 á pag. 217, sobre a deposição a artigos. O cedente não póde depôr a artigos em causa intentada em nome do cessionario porque não é parte, e o cessionario não póde jurar decisoriamente na causa que intenta em seu nome, se não sabe do facto. Não póde porém o cedente vir jurar por não ser parte.

(4) Chama-se especialmente — *Acção de juramento d'alma*, aquella em que o autor pretende provar o seu direito pelo juramento do réo, renunciando outra qualquer prova que por ventura tenha. O Comp. trata desta acção na Parte II, capitulo 2. Lobão escrevem uma dissertação vasta sobre esta acção; é a 9ª no Supple-

LICÇÃO LI

Continuamos com o estudo do JURAMENTO DECISORIO.

§ II

Neste § o Comp. indaga — *á quem póde prejudicar este juramento.*

Diz o Comp. em primeiro lugar que *a força e a autoridade deste juramento nasce da contenção pela qual as partes obrigão se a estar por elle.*

O que particularisa o juramento decisorio é a convenção das partes de estarem ambas pelo juramento para por elle se decidir a questão.

Diz o Comp. que disto resulta: — 1º, *que só póde produzir effeito acerca do objecto da questão, que deu lugar ao juramento, contra as proprias partes ou seus herdeiros e successores e não contra terceiras pessoas, ainda que o objecto seja identico ou emane da mesma obrigação.*

Como a decisão da causa não provém da força da coisa julgada, mas da convenção das partes, só aproveita e prejudica áquelles que se obrigarão, e que ficarão pela convenção sujeitos á decisão pelo juramento; e tambem prejudica ou aproveita aos successores ou herdeiros das partes que convencionarão, porque estes succedem em seus direitos e por consequencia nas suas obrigações: não póde, porém, o juramento decisorio prejudicar á pessoa que nelle não interveio uma vez que não

mento ás *Seg. Lins.* Tem esta acção algumas especialidades, como sejam: 1º, poder a parte citada para jurar, eximir-se, remettendo ao seu contendor o juramento — Dig. L. 12. T. 2º, frg. 24 *in fine*; 2º, a parte que recusa prestar o juramento deferido ou referido dá-se por vencida: se é réo, reputa-se confessar o deduzido pelo autor; se autor, o deduzido pelo réo — Ord. L. 3º. T. 59. §§ 5º e 6º; 3º, tornar tão certo o facto jurado, que o adversario não é admittido a provar o contrario, nem a intentar a acção de perjurio — Ord. L. 3º, T. 52, § 3º — Dig. L. 12. T. 2º, frg. 5, § 2º. — Urceol. — *de transact.* quest. 4 n. 68; 4º, poder o autor variar de acção, emquanto o citado para jurar não presta o juramento — Silva á Ord. L. 3º T. 52, § 3º, n. 23. — Ord. L. 3º T. 1º, § 7º. — Mendes — P. 1, L. 3º, C. 1, § 1 n. 9; 5º, não ser o réo considerado revel senão depois de esperado até á audiencia seguinte áquella para que foi citado — Decretos de 15 de Junho de 1758 e 10 de Maio de 1790; 6º, não poder fazer-se por editos a citação para juramento n'alma — Ord. L. 1º T. 49, § 1º. — Mendes L. 3º C. 1, § 1, n. 8. Phœbo P. 1 Ar. 32. — Vanguerve — *Pr. Jur.* P. L, C. 11, p. 24; 7º, dever a citação ser feita pelo escrivão — Ord. L. 1º, T. 19, § 1º —, o que se não observa na pratica.

sejam herdeiros ou sucessores das pessoas que nelle tomáram parte (1).

Continúa o Comp. —2º, *que não pôde ser retractada a sentença proferida por virtude deste juramento, nem por documentos achados de novo, nem ainda por causa de perjurio* (2).

Não pôde ser retractado o juramento, porque, como a convenção feita obriga ambas as partes, ambas adquirem direito a ser a causa decidida pelo juramento, impedindo este direito adquirido pelas partes que seja retractada a sentença proferida.

Nem mesmo pôde isto ter lugar em virtude de documentos achados de novo.

Quando uma sentença é proferida, se apparece depois della documentos em contrario á ella, cessa a presumpção da verdade da prova; não é, porém, assim quando o direito resulta da convenção das partes, porque então vale a decisão, não pelo valor della, mas pelo facto da convenção.

Nem ainda o prejuizo pôde ainda invalidar a sentença proferida em virtude deste juramento, isto porque, uma vez que as partes não resalvâram o perjurio, comprometterão-se a estar pelo juramento qualquer que elle fosse.

A questão que aqui se pôde suscitar vem á ser, se pelo nosso Codigo Criminal pôde ter lugar a acção de perjurio.

Pela Ord. não se toma conhecimento neste caso pelos meios ordinarios (Ord. L. 3 T. 52 § 4): pela nossa legislação criminal, porém, comquanto puna o Codigo aquelles que perjuram, tem-se entendido que elle refere-se aos que juram falso em juizo, depondo sobre facto alheio, tanto que, examinando-se as hypotheses do Codigo, ver-se ha que as suas disposições só se realisão no caso de se jurar falso em causa alheia.

Faz-se distincção entre o perjurio nas causas civeis e nas criminaes.

Não referindo-se o Codigo Criminal, quando trata do perjurio, sendo á essa hypothese que assignalmnos, entendemos que outro qualquer juramento falso que não seja esse, não pôde ser punido, embora seja uma immoralidade, que pôde estar sujeita á penas civis, não pode estar ás criminaes, porque não foi esta hypothese prevista, e nenhuma pena pôde ser imposta sem que o facto criminoso tenha sido previsto pela lei.

Ha alguns escriptores que pensão em contrario; julgamos, porém, ser esta a melhor opinião, e já temos visto julgados neste sentido (3).

(1) Vd. nt. 2 á licção anterior pg. 228.

(2) Vd. nt. 4 n. 3 á licção anterior pgs: 228 e 229.

(3) Cod. Crim. art. 169. O Cod. Pen. Francez pune no art. 366 os que juram falso mesmo em causa propria, e em geral os Codigos de todas as outras nações: Portugal art. 238, Baviera art. 269, Hespanhol art. 244. Parece-nos que pelo nosso Cod. Crim. não

Vamos estudar a SECCÃO II que trata do JURAMENTO SUPPLETORIO.

§ UNICO

Trata o Comp. neste § do *juramento suppletorio*.

Primeiramente mostraremos em que consiste esta especie de juramento e qual a sua natureza.

E' este o juramento que se dá em falta de provas. Quando as partes tem provado plenamente o seu direito, ou nada tem provado, não se admite este juramento, porque, se provarão plenamente, decide-se pela prova, e se nada provarão, assim se decide.

O juramento suppletorio, pois, serve para completar a prova dos autos, quando ha nelle alguma prova, mas que não é sufficiente.

Participa da natureza da confissão porque a parte é perguntada sobre o facto da questão, mas como as suas respostas são dadas, precedendo o juramento, por isso se chama — juramento.

Tem lugar sómente nas causas civeis e não nas criminaes: a razão é porque nas causas civeis não ha perigo de recorrer-se ao juramento, porque a parte deve estar bem certa do seu direito e por isso pôde responder pelo facto da questão, e desde que está certa não é possível que jure falso, visto que trata-se de cousas de pouca monta em relação ao juramento falso; nas causas criminaes, porem, não é assim, porque se trata de imposição de penas, e seria muito facil que o réo, para escapar a pena, jurasse falso. Ha ainda outras razões: ninguém é obrigado a revelar o proprio crime para soffrer uma pena, porque, isso é um mal e no entanto, todos são obrigados a restituir aquillo que não lhes pertence; ninguém, pois, é obrigado a concorrer para impôr-se a si uma pena, e no entanto que todos são

estão isentos de criminalidade os que jurão falso em juizo, embora em causa propria: além do Codigo usar da expressão — *pejurio*, que é generica e abrange tanto o juramento falso, como o falso testemunho, accresce que define tambem latamente — *jurar falso em juizo*, e tanto jura falso o que o faz sobre facto alheio, como sobre facto proprio. O direito portuguez fazia esta distincção (Rep. das Ords. Tom. 4 pg. 386 nt. c) que o nosso legislador criminal não aceitou. Sobreleva notar que a Ord. do L. 3 T. 52 § 3 exclua a acção de perjurio, podia entretanto não ficar o crime impune, pois o § 4 dá uma providencia, impraticavel hoje, em face da nossa fórma de governo. No direito francez é questão líquida, mesmo no caso do juramento decisorio, de que tratamos; apenas não se permite que o adversario da causa civil possa ser autor na criminal. — Ar. de Cass. de 7 de Julho de 1843 (Villargues, *Les Codes Criminels* 2ª ed. pg. 687.)

obrigados a concorrer para que se faça justiça e se dê a cada um o que é seu.

Diz o Comp. que *para deferir se este juramento é indispensavel que concorrão os seguintes requisitos: — 1º. que se tenha feito meia prova pelo juramento de uma testemunha maior de toda a excepção, ou por qualquer outro meio que, segundo o direito, faz meia prova* (1).

Isto é claro e já mostramos que só tem lugar este juramento quando se produzir nos autos alguma prova, mas que não é sufficiente para julgar-se.

Continúa o Comp. — 2º, *que o depoente tenha sciencia do facto ou ao menos razão de saber*, isto porque se elle não sabe nem tem razão para saber, não pôde ser obrigado a depôr.

3º, *que seja pessoa honesta e de boa fama*, isto porque as considerações que fizemos só se applicão ás pessoas honestas, por isso que, as de má fama podem não declarar a verdade.

4º, *que a causa não seja grave, nem ardua, nem criminal, mas civil e modica; e tal diz se em rasão da qualidade e fortuna das pessoas litigantes* (2).

E' preciso que a causa seja modica, por isso que, como uma das razões que demos, foi que, ninguem quererá dar um juramento falso por uma cousa de pouca valia, isto só pôde ser admissivel nas causas de pouca importancia, por isso que, nas grandes ha receio de que a parte não declare a verdade.

Diz mais o Comp. que *este juramento pôde ser defer do tanto ex officio, assim como a requerimento da parte, podendo o juiz deixar de deferir por justa causa*.

(1) Diz-se feita meia prova, quando uma testemunha sem suspeita alguma depoz completamente sobre o facto da lide, quando se prova confissão extra-judicial da parte, ou quando ha escripto particular justificado por comparacão de letras ou outro modo legal — Cor. Tel. Dig. Port. T. 1 n. 953 Ord. L. 3 T. 52 *pr.* Barbosa — *Remissões a esta Ord. pr. n. 10* compendia 24 casos em que não tem lugar o juramento suppletorio, que são; nas causas matrimoniaes, nas dos mosteiros, nas de beneficios, nas de usura, nas fiscaes, na excepção de excommunhão, na prova de usos, na da ingratição, na do interesse, na da prescrição, quando se inquirem testemunhas *ad perpetuam rei memoriam*, quando alguém se obrigou á provar, na suspeição do juiz, na prova do dominio, na das disposições de ultima vontade, quando se trata da prova do impedimento pela qual não proseguio-se na appellação, nas revistas, na acção recisoria, quando se trata da maior parte dos bens, na prova do notorio, na de pagamento quando o credor provou a sua intenção com confissão do devedor ou instrumento publico, contra o juiz na syndicancia, nas causas em que se articula dolo, e na prova de ameaças. Limitamo nos á simples enumeração, pois a critica nos levaria muito longe.

(2) Ord. L. 3 T. 52 § 1 — Mello Fr. L. 4 T. 19 § 3.

Vendo-se a Ord. em que se funda esta proposição, parece que o Comp. se afasta da letra della, mas já mostramos como se a deve entender, a praxe a tem interpretado.

Póde-se requerer ao juiz a pratica daquellas cousas que são de seu officio, como para lembral-o, com a differença, porém, de que, quando se requer ao juiz uma cousa que se tem o direito de pedir, elle deve deferir, e que quando a cousa é do seu officio, elle não tem obrigação de deferir; a parte póde, pois, requerer o juramento suppletorio, embora seja da obrigação do juiz deferil-o, assim como tambem póde elle negar, sendo-lhe o requerido. Conciliamos assim a disposição da Ord. (1).

Passamos á SECÇÃO III que trata do JURAMENTO IN LITEM.

§ I

Neste § o Comp. define e divide o *juramento in litem*.

Este juramento tem a sua natureza especial e objecto determinado, e diz o Comp. que é *aquelle que defere-se ao autor para estimar o valor de alguma cousa sua, ou que se lhe deve por causa do dolo ou culpa do réo que não quer restituir, exhibir ou pagar.*

Quando alguém é obrigado a restituir alguma cousa, cujo valor se ignora e que foi tirada do poder de seu dono por dolo ou culpa, póde se admitir o juramento deste.

Para que se dê, porém, este juramento, precisão-se estas duas condições: — 1º, que seja certo o debito, isto é, que tenha sido julgada por sentença a obrigação de restituir; —2º, que a obrigação provenha de um facto injusto — dolo ou culpa do réo.

Quando a obrigação de restituir a cousa não emana de culpa ou dolo, deve o autor provar o valor da cousa que lhe deve ser restituída pelos meios geraes de prova.

Diz o Comp. que o fundamento deste juramento é *em parte a equidade que não soffre que tire-se a alguém o que é seu por violencia, ainda mesmo satisfazendo se o justo preço, e em parte a necessidade por não poder se provar por outro modo.*

Como aquelle que tira a propriedade alheia por violencia, além de ficar obrigado a indemnisar, pratica um acto criminoso, por isso a lei pune o agente e obriga-o á restituição da cousa; quando, porém, ha impossibilidade de se poder provar o valor da cousa, a lei, favorecendo ao individuo que soffreu a violen-

(1) Cor. Tel. Dig. Port. Tom. 1 n. 952 e 954. No fôro commercial tambem existe o juramento suppletorio, que defere-se nos casos especiaes dos arts. 20 e 412 do Cod. do Com., e em geral, quando o valor da causa não excede a 400\$000, que só póde ser deferido pelo juiz, e a pessoa que tenha razão de saber do facto, desde que não ha prova plena ou completa ausencia de prova, podendo ser impugnado e rejeitado pelo juiz, e importando a recusa de prestal-o perempção da acção ou excepção — Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850 — arts. 166 a 171.

cia, lhe faculta um meio de verificar o valor della, que não concede nos casos ordinarios, quando não ha dolo nem culpa.

Mas o valor das cousas se póde considerar por dous modos: ou real ou de affeição, porque algumas vezes a parte lezada não fica inteiramente satisfeita da lezão, quando se restitue sómente o valor da cousa, porque com este valor não póde obter as mesmas vantagens e commodos que obtinha com a cousa que lhe foi tirada; não só, pois se deve indemnizar o valor da estimação commum, mas o valor da estimação relativo á pessoa do proprietario.

Dahi nasce a distincção entre o juramento de verdade e o juramento de affeição. O Comp. diz que o juramento de verdade *se dá para, a estimação da cousa, segundo seu preço ordinario ou commum; e o juramento de affeição se dá quando o autor estima a cousa em alguma quantia além do preço ordinario.*

Esta avaliação se faz por modos diversos, segundo os casos: assim, diz o Comp. que *a mora, a culpa, ainda leve, o intento da causa, dão lugar ao juramento de verdade, mas para deferir se o juramento de affeição é necessario que concorra dolo e contumacia. A estimação, quanto ao preço ordinario, não póde exceder a quantia em que o juiz previamente o taxar com o conselho de pessoas que tenham disso conhecimento, e quanto ao de affeição, é taxado pelo juiz, depois de determinado por juramento do autor. Póde o autor jurar o valor de affeição na quantidade que quizer; porém, o juiz póde não taxar em mais do que a somma do valor ordinario.*

São, pois, por isso dous os meios: no primeiro caso, o juiz com os avaliadores avalião o que vale o objecto; no segundo caso, a parte interessada previamente determina em quanto estima o objecto, e com o concurso dos peritos é taxado o valor conforme a ordenação. E' isto estabelecido para este fim: se por um lado a lei quiz facilitar ao autor a indemnisação da cousa que lhe foi tirada, é tambem por outro lado preciso impedir a avareza ou capricho, exigindo-se uma indemnisação excessiva, além do valor; por isso não se deixou completo arbitrio, determinou-se um correctivo, não só se favorece ao autor para ser indemnizado, como ao réo para não se lhe pedir uma indemnisação exagerada, por isso a Ord. estabeleceu estes dous meios (1).

Diz no final o Comp. que *o juramento de affeição não cahe, nem sobre cousas immoveis, nem sobre cousas fungiveis por ter a sua estimação completa* (2). Depois de estabelecer a regra, mostra os

(1) Quando se trata da satisfação do delicto por acção criminal, civilmente intentada, determina o Cod. Crim. art. 25 que — “para restituir o equivalente, quando não existir a propria cousa, será esta avaliada pelo seu preço ordinario e pelo de affeição. comtanto que este não exceda á somma daquelle.”

(2) Lobão — *Supl. ás Seg. Lins.* Diss. 11 § 21 e seg.

objectos que estão fóra della e os menciona, e como é isto facil e a legislação vem citada, dispensa explicação (1).

LICÇÃO LII

§ II

Continuando com o estudo do juramento *in litem*, indaga o Comp. neste § *á quem pôde deferir-se este juramento* — e as observações feitas acerca das outras especies tem applicação a esta, e dispensão mais desenvolvimentos.

Na nota cita as autoridades e a legislação em que funda as suas proposições, que os Srs. poderão verificar.

Passemos a SECÇÃO IV que se inscreve — DO JURAMENTO ZENONIANO.

§ UNICO

Trata o Comp. neste § do *juramento zenoniano*.

Alguns dos nossos escriptores confundem o juramento *zenoniano* com o juramento *in litem*.

Na verdade ha muita semelhança, sendo este de que trata uma especie de juramento *in litem*; no Direito Romano, porém, era este juramento conhecido por — zenoniano quando dava-se a particularidade que o Comp. nota, e a Ord. L. 3 Tit. 52 § 5 dá a entender que admite o juramento zenoniano, por que faz menção desta especie, comquanto não lhe dê a denominação com que era conhecido no direito commum.

Assim entendemos, porque a Ord., tratando no L. 3 T. 86 § 6 do juramento *in litem*, especialmente faz, no T. 52 do mesmo livro, menção de uma nova especie, parecendo, pois, que adopta o systema do Direito Romano.

Por esta razão julgamos que, fazendo a distincção entre estas duas especies de juramento, melhor nos conformamos com a Ord., que os Srs. devem lêr para se compenetrarem da doutrina do Comp. (2).

Passamos a estudar a SECÇÃO V, que trata DO JURAMENTO DE CALUMNIA.

§ UNICO

Neste § trata o Comp. do — *juramento de calumnia*, que é aquelle que se dá ao autor, em virtude do qual elle promette

(1) Sobre este juramento veja-se o Dig. L. 12 T. 3. No fôro commercial — arts. 172 a 174 do Reg. n. 737 de 1850.

(2) Per. e Souz. nt. 518.

litigar de boa fé e sem tergiversação ou fraude, e que tem lugar no começo ou do decurso da causa.

Diz-se — no começo ou no decurso da causa — porque este juramento tinha lugar á requerimento da parte, e portanto, se ella o requeria logo no começo, a ella devia nessa occasião ser deferido; se não se o exigia no começo e se o requeria no decurso da causa, então é que elle tinha lugar.

Neste sentido é que se deve entender as expressões do Comp. e não que se dá este juramento tanto no começo da causa, como no seu decurso; elle só tem lugar no decurso do processo, quando não o tem em seu começo (1).

A Disposição Provisoria aboliu o juramento de calúnia, mas isto só se deve entender no sentido em que interpretamos no Comp. (2).

Ultimamente se tem perdido muitas das tradições do fôro antigo, desconhecendo-se o valor de muitas das fôrmas antigas, por isso tem-se entendido que a Disposição Provisoria aboliu qualquer juramento do autor, relativo á boa fé de litigar, proferido tanto no começo como no decurso da causa. Esta interpretação, porém, é errônea e inadmissível.

Pela Ord. e pela praxe do fôro não só se exigia que o autor jurasse sobre a boa fé de litigar no começo da causa, como no decurso della, quando no seu começo não tinha tido lugar, como ainda em certos incidentes, para poder-se conceder á parte nestes casos alguns favores, que a ella se dão quando não pôde usar da defesa dentro dos prazos e nas condições da lei, e isto é muito differente do juramento de calúnia proferido pelo autor, no começo ou no decurso da causa, de litigar de boa fé; neste caso ultimamente figurado, o juramento é uma especie de prova pela qual se procura convencer o juiz da verdade de um facto para que elle conceda alguns favores, que sendo verdadeiros os factos, devem ter lugar: assim, por exemplo, quando uma parte requer um mandado de manutenção de posse, de desforço ou outro semelhante, o juiz não deve concedel-o sem ser informado por meio de uma justificação, da verdade dos factos; por praxe, porém, muitas vezes se dispensão essas justificações e o juiz se contenta com o juramento da parte que requer, servindo neste caso o juramento para prova do facto, afim de se conceder a diligencia requerida: consequentemente differe muito do juramento de sua fé, porque, neste de que tratamos, tem-se por fim convencer o juiz da verdade de um facto, para dispensar maiores investigações.

(1) O juramento de calúnia prestava se depois da contestação da lide *...ante præstitum juramentum de calumnia quod præstatum post litem contestatem...* Silva á Ord. L. 3 T. 33 pr. n. 18.

(2) Art. 10 que dispõe “Ficão abolidos os juramentos de calúnia, que se dão no principio das causas ordinarias e nas summarias ou no curso dellas, a requerimento das partes.”

Quando tem expirado um termo e a parte pede reforma delle, deve ella em regra provar o impedimento que a inhibe de mostrar o seu direito dentro desse termo; o juiz, porém, contenta-se com o juramento da parte, e isto differe muito do juramento de calúnia que se dá á parte de que ella litiga de boa fé, juramento este que não se dá nos incidentes. Fica assim entendida como deve ser, a Disposição Provisoria.

Passamos ao CAPITULO V, em que o Comp. trata das TESTEMUNHAS.

§§ I e II

Nestes §§ o Comp. *define* o que sejam *testemunhas* e diz *quem póde ser testemunha e quem tem proibição absoluta de sel o.*

A regra geral é que todos podem ser testemunhas; ha, porém, excepções que provêm, ou da natureza ou da lei, e o Comp. mostra no § II quaes são as pessoas que são prohibidas pela natureza e quaes o são pela lei.

Quanto ás que são prohibidas pela natureza, o Comp. as enumera, as razões são obvias e dellas já nos temos occupado por isso nada mais diremos.

Quanto ás pessoas que não podem ser testemunhas por prohibição da lei, enumera o Comp. *o escravo, salvo nos casos exceptuados por direito.* Estes não podem ser testemunhas, por isso que, não tem uma personalidade civil, são equiparados ás cousas, não merecem fé os seus depoimentos; não é, porém, tanto esta razão que prevalece no nosso direito para prohibir aos escravos de servirem de testemunhas, os principios do Direito Romano soffrem a este respeito muitas modificações no nosso; a razão que prevalece no nosso direito, é a sujeição que se achão os escravos, que torna facil a sua corrupção e que faz com que se não possa dar fé aos seus depoimentos.

Além disto, como uma das condições que faz com que se dê fé ao depoimento de uma testemunha é a sua moralidade e educação, não tendo os escravos nem educação, nem moralidade pelo estado em que vivem, não se póde dar fé aos seus depoimentos.

Ha, porém alguns casos em que são os escravos admittidos a depôr, quando não se póde por outro meio descobrir a verdade, especialmente nas questões relativas á vida domestica (1).

E' muito discutido entre os Praxistas, quando se deve dar credito ao depoimento dos escravos contra seus senhores, quando se não deve dar. Como seria muito longo examinar-se esta questão, os Srs. podem vê-la nos Praxistas, porquanto não

(1) Per. e Souz. nt. 477 — *Servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.* — Dig. L. 22 T. 5 frg. 7. — Mod.

tem dificuldades, e Silva com especialidade se occupa della, citando os outros escriptores que tambem igualmente della se occupão. (1)

§ III

Neate § o Comp. trata da — *proibição relativa das testemunhas*, e como as proposições do Comp. vem todas fundadas, e são claras, passamos adiante.

§ IV

Inscribe-se este § — *testemunhas inhabeis ou suspeitas*.

Diz o Comp. — *as testemunhas inhabeis devem ser inhibidas de jurar ou pelo juiz, ex officio, estando bem infórmodo ou a requerimento de parte, provando se in continenti as causas. No caso de duvida são admittidas a depôr, salvo á parte o direito de contradictar.*

As suspeitas e as defeituosas, ainda recusando a parte, devem ser inquiridas, podendo ser contestadas.

Entendem-se, pois, por inhabeis aquellas testemunhas que não são inhibidas de jurar pela natureza ou pela lei, mas que o juiz *ex officio*, estando bem informado deve inhibir de depôr.

Não tendo o juiz perfeito conhecimento da inibição que tem a testemunha de depôr, compete á parte convencil-o.

Vamos mostrar apenas qual é a praxe que se costuma seguir neste caso, porquanto o mais que se contém no § é claro.

Quando tem de jurar no processo uma testemunha inhabil, a parte contraria deve comparecer, e antes que o juiz tome o juramento á testemunha, deve apresentar a excepção pela qual não deve a testemunha ser admittida a depôr, declarando qual a inhabilidade que tem para impossibilital-a de jurar, podendo neste caso a testemunha negar que tem tal inhabilidade, assim como a outra parte que quer fazel-a depôr.

Se a testemunha e a outra parte concordão na inhabilidade allegada, não ha questão, o juiz despede a testemunha; se, porém, sustentar que a testemunha não tem inhabilidade para jurar, compete áquella parte que sustenta a inhabilidade provar *in continenti*, como diz a Ord , a existencia de tal inhabilidade.

E' preciso, porém, saber-se o que se deve entender por este — *provar in continenti*,

(1) Concorde o art. 89 do Cod. do Proc. Crim. e 177 do Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850. — No crime podem servir de informantes, mas não se lhes defere juramento. A Ord. L. 3º, T 56, § 3º expressamente prohibe o escravo de servir de testemunha — *salvo nos casos por direito especialmente determinados* — Vd. Barbosa Remissões a esta Ord. e Silva Coment. n. 8 e seg. — *Rep. das Ords. pal.* — *Testemunha não póde ser o escravo, etc. nt. a.*

Os Praxistas dividem-se, sustentando uns que a prova *in continenti* é aquella que se faz no mesmo acto e outros que é aquella que se faz dentro de tres dias.

Pensamos, porém, que neste caso a prova que se deve offerer é por documentos no mesmo acto, ou informações de pessoas fidedignas pelas quaes o juiz no mesmo acto se convença da existencia, ou não da inhabilidade. Se a prova offerecida basta, ficando o juiz convencido por ella da inhabilidade, decide que a testemunha não póde jurar; se, porém, a prova produzida não é sufficiente, e o juiz fica em estado de duvida, admite a testemunha a depôr, ficando salvo á parte que a julgava inhabil, o direito de contradictar e mostrar que não se devia aceitar o seu depoimento.

LICÇÃO LIII

Coutinuamos com o estudo das — *testemunhas*.

§§ V e VI

Trata o Comp. nestes §§ da — *obrigação de depôr e da força da prova testemunhal*; a sua doutrina não tem difficuldade e vem confirmada nas leis que elle cita, e quanto á força da prova testemunhal, já delle tratamos quando nos occupamos da prova e dos seus diversos meios. (1)

§ VII

Trata o Comp. do — *processo do inquerito*.

A materia deste § não tem difficuldade, mas como é muito frequente no fôro, convém tratar-se particularmente das suas diversas proposições.

Tratando o Comp. do que deve o juiz observar nas inquirições, reduz a oito as exigencias.

Quanto á 1^a, diremos que uma das condições para a validade do depoimento da testemunha é que ella seja jurada aos Santos Evangelhos, em um livro delles, onde ponha a sua mão direita e jure dizer a verdade do que souber e lhe fôr perguntado. E' esta a fôrma do juramento.

A testemunha deve jurar dizer *a verdade do que souber* que é para jurar sem reserva, e *que lhe fôr perguntado*, porque não póde depôr officiosamente; aquella testemunha que depõe além do que lhe é perguntado, considera-se suspeita.

(1) Sobre a força da prova testemunhal, veja se Mor. Carv.Prax. For. §§ 537 a 547.

Deve também o juramento ser perante a parte, sendo a razão disto que não sendo a testemunha obrigada a depôr e não sendo também acreditada emquanto não jura, torna-se necessario que, no acto em que ella presta o juramento com que pôde prejudicar a outra, esteja esta outra presente, para apresentar as excepções que por ventura tenha, afim de que não seja admittida essa testemunha a depôr, por ser ella inhabil, suspeita ou por outra qualquer razão pela qual não possa depôr. (1)

E' preciso que o juramento seja aos *Santos Evangelhos*, porque como é elle a base da religião do paiz, que todos seguimos como unica verdadeira, é só invocando a testemunha esta religião, que pôde-se dar inteiro credito ao que ella depõe.

Quando, porém, a testemunha não segue a Religião Catholica, a lei não podia forçal-a, como realmente não força, a jurar aos Santos Evangelhos, por isso que a Constituição do Estado, tolerando todas as religiões, não se podia obrigar quem a não seguisse, a jurar aos Santos Evangelhos. (2)

Quanto á 2ª condição, que o *adversario seja citado com declaração do lugar, dia e hora da inquirição* é claro, a citação geral aproveita para todos os incidentes da causa, mas já vimos que para se inquirir testemunhas é preciso uma citação especial. (3)

Quanto á 3ª condição, mencionada pelo Comp., diremos que antigamente as inquirições fazião-se por inquiridores especiaes na ausência das partes; depois da Constituição, tornarão-se publicas as inquirições, porém, em materia civil, a inquirição é feita pelas partes, inquirindo em primeiro lugar aquella que apresenta a testemunha, podendo a outra perguntar, mas não fazer perguntas novas, perguntar sobre as mesmas que já lhe forão feitas, reperguntar em fim, como o proprio termo indica. (4)

(1) Por isso deve a parte ser citada para as ver jurar, sob pena de revelia — Ord. L. 3º, T. 1º § 13 e T. 55, §§ 9º e 10. — A ommissão desta citação annulla as inquirições — cit. Ord. do L. 3º, T. 1º, § 13 — T. 62, § 1º — Moraes — *de Execut.* L. 6º, C 1, n. 6 — Cabedo P. 2, Ar. 35. — Vd. nt. seguinte.

(2) O novo Dec. n. 1, 950 de 12 de Julho de 1871, que trata de naturalisações, permite no art. 5º que o juramento de fidelidade dos naturalisados, possa ser por meio de promessa. O juramento já era exigido no Direito Romano — *Juris furandi religione testes prius quam perhibeant testimonium, jamdudum arctari precipimus.* Cod. L. 4º, T. 20, Const. 9. — Pothier — *Traité de la Procedure Civile.* P.1, C. 3 2º — concorda o Cod. do Processo Civil Francez art. 262.

(3) Vd. nt. 2 á Licção XVIII pag. 78 e Licção XLI *in fine*.

(4) A Const. no art. 159 tornou desde logo publicas as inquirições nos processos crimes depois da pronuncia, pelo que, por maioria de razão, tornarão-se também publicas as inquirições no civil, o que foi pouco depois confirmado pela Disp. Prov. (Lei de 29 de Nov. de

Desde que a parte quizesse fazer á testemunha que foi apresentada pelo seu adversario, perguntas que por elle lhe não forão feitas, devia apresental-a como sua testemunha.

Quanto ás 4^a, 5^a, 6^a e 7^a condições, o que diz o Comp. é claro, e dispensa desenvolvimento. (1)

1832) no art. 11 que determinou o seguinte: — “As testemunhas serão publicamente inquiridas pelas proprias partes que as produzirem, ou por seus advogados ou procuradores, e pelas partes contrarias, seus advogados ou procuradores, na fôrma dos arts. 262 e 264 do Código do Proc. Crim.” — Antigamente havião *enqueredores* a quem especialmente incumbia a missão de inquirir as testemunhas. Delles trata a Ord. do L. 1^o. T. 86. Entre nós forão abolidos pelo art. 25 da Disp. Prov.

(1) A condição 7^a de que trata o Comp, é que — *o juiz attenda bem e observe o aspecto e constancia com que falla a testemunha, se varia ou vacilla ou muda de côr, ou se perturba de modo que mostre-se falsa ou suspeita* — Ord. L. 1^o, T. 86, § 1^o. — Esta Ord. determinava que quando o inquiridor visse ou sentisse que a testemunha estivesse compreendida em alguma das hypotheses acima que a cit. Ord. refere o notificasse ao julgador do feito, se fôr no lugar onde se tirar a inquirição, e se fôr auzente mandarão aos escrivães ou tabelliães que escrevão as ditas torvações e desvarios das testemunhas, a que acontecer, fará o juiz que houver de julgar o feito, prover nisto como lhe parecer de justiça. Esta disposição não era praticada no fôro, porque devendo a inquirição ser feita em juizo (art. 11 da Disp. Prov.— Mor. Carv § 558) o juiz pessoalmente se instrua do *aspecto e constancia* do testemunho, hoje porém deve ser observada com todo o rigor em vista do disposto no § 1^o do art. 23 da Lei de 20 de Setembro de 1871, que incumbiu aos juizes municipaes o preparo das causas de valor excedente a 500\$000, que devem ser julgadas pelos juizes de direito. Em materia de processo a separação de juiz preparador e julgador não é uma idéa feliz: o juiz mais habilitado a proferir a sentença, com mais brevidade e melhor conhecimento da causa, é exactamente aquelle que acompanhou-a em seu movimento, que assistiu ás provas e que apreciou o modo pelo qual se conduzião as partes. Já Mor. Carv. nt. 331 preconisava esta opinião sustentando até que o juiz devia ser o proprio inquiridor, ponto até ao qual o não acompanhamos. Bentham no seu *Traité des preuves judiciaires* — Tom. 1^o, L. 3^o, C. 5^o exprime-se a respeito nos seguintes termos: — “separação das duas funcções (a de colher as provas e a de julgar), não apresenta vantagem e abunda em resultados máus.”

Em virtude da disposição da citada Ord. não se permite ás testemunhas que ditem seus depoimentos, devendo responder ás perguntas que se lhe fizerem, como observa o Comp. na nt. *i*.

Bentham na obra já citada, tratando das garantias do testemunho, exige em primeiro lugar que elle seja *responsivo*. isto é, obtido por perguntas feitas ao depoente. — Tom. 1^o, L. 2^o, C. 2.

Quanto á 8ª, diremos que desde que uma testemunha depõe, não pode mais ser citada para depôr na mesma causa; isto tem por fim evitar a corrupção, isto é, que a testemunha, rectificando mais tarde o seu depoimento faça delle alterações por insinuações da parte.

Isto, porém, não se estende com o juiz, o qual pôde, se julgar conveniente, fazer depôr novamente a testemunha, por isso que da parte delle não se pôde suppôr a corrupção ou conloio.

Continuaremos.

LICÇÃO LIV

Continuaremos com o estudo das *testemunhas*.

§ VIII

Neste § trata o Comp. de dar uma noção de — *contradictas* — assim pelo processo antigo como pelo moderno.

No processo antigo erão as testemunhas inquiridas em segredo, por um inquiridor que tinha esta incumbencia especial (1), e a parte não assistia á ella, tinha porém, o direito de provar em juizo quaesquer circumstancias que podessem invalidar o depoimento da testemunha, uma vez que essas circumstancias fossem daquellas mencionadas no Comp. a saber: que as testemunhas são *falsas, infames, inimigas, insinuadas pelo adversario, pedidas ou subordinadas para depôr*, e só nesses casos se admittião *contradictas*, porque, depondo as testemunhas em segredo, não se podia deduzir *contradictas* dos ditos dellas.

O Comp. mostra em que tempo se devia usar desse direito. Não se podia usar delle indefinidamente, tão sómente ao no caso em que o Comp. mostra, isto é, *devem ser oppositas no mesmo dia, ou até o seguinte em que a testemunha dava o seu depoimento, quando o contradictor estava presente no lugar; e dentro do tempo da dilação, estando ausente.*

No processo moderno precede se de um modo differente.

Como as inquirições civeis são publicas e só se admittem secretas nas causas criminaes, e nessas mesmas em casos especiaes (2), a parte que comparece pôde offerecer as suas *contradictas*, a vamos mostrar em que circumstancias são ellas admissiveis.

(1) Vd. nt. 4 á licção anterior pg. 240

(3) Cod. do Proc. Crim. art. 147 — Av. de 3 de Julho de 1863

Sabem os Srs. que a testemunha inhabil não póde depôr, portanto, se ella tem alguma razão que a inhabilite de jurar, póde a parte antes della prestar juramento, deduzir em juizo essas razões pelas quaes não deve jurar.

Algumas vezes, porém, ou a parte não póde provar desde logo que a testemunha tem tal inhabilidade, ou a inhabilidade que ella tem não é das previstas pela lei; nestes dous casos, pois, não está inhibida a testemunha de jurar e póde a parte, depois de proferido o juramento e de ter a testemunha deposto, vir com as suas contradictas, isto é, deduzir verbalmente em juizo as razões que tem para mostrar que se afio deve dar credito ao depoimento da testemunha, isto em consequencia do direito do processo novo, porque não estão abolidas as contradictas, não ha razão para sustentar se isto (1).

Póde, pois, a parte apparecer em juizo e usar do direito que lhe concedia a legislação anterior; e como póde se dar dous meios diversos para o mesmo fim, O Comp. admite que se possa contradictar as testemunhas por artigos em dous casos, a saber: *quando a parte não assiste ao depoimento da testemunha, ou quando assistindo a elle não a contradictou por palavra*, presumindo-se neste caso que quiz usar da seu direito mais tarde: nestas duas hypotheses póde a parte requerer ao juiz para offerecer os seus artigos de contradictas, afim de provar por testemunhas quaesquer circumstancias que invalidem o depoimento das testemunhas.

§ IX

Trata o Comp. neste § *do processo das contradictas*.

As contradictas se offerecem, nos casos em que são admis-

(1) Discutem os nossos jurisconsultos, se ainda hoje se póde admitir contradictas ás testemunhas e isto porque pela Ord. do L. 3 T. 58 § 3 se permitião artigos se contradictas, *comtanto que as ponha antes que as inquirições sejam abertas e publicadas*, como se exprime a Ord. e sendo hoje publicas as inquirições (Const. art. 159 Disp. Prov. art. 11) parece que a doutrina da Ord. não póde ter applicação possivel. Paula Baptista começa o § 140 do seu Comp. com a seguinte pergunta — *Ainda terão lugar as contradictas?* e, posto que solva a questão pela affirmativa, propõe um processo simples, que não tem sido aceito pela pratica. Mor. Carv. (nt. 314) não vendo meio de conciliar a Ord. cit. com a publicidade das inquirições adoptada pela nossa legislação, e não tendo, ao que parece, conhecimento do Dec. de 20 de Abril de 1824 § 5 (citado pelo Comp.) lembra o expediente de opporem-se os meios de contradictas “depois de posto no cartorio o rol das testemunhas, e antes do inquerito; ou que se as deduza por palavra no acto do juramento, podendo depois reduzil-as a artigos, se as testemunhas negarem os topicos delles, embora taes artigos se venhão a processar depois de

siveis, perante o Juiz do feito, por meio de artigos, onde a parte deduz as razões pelas quaes não se deve dar fé ao depoimento das testemunhas, e o juiz os recebe se são relevantes, isto é, se provados, podem invalidar o depoimento, e os recebe diretamente, como diz o Comp.

Receber diretamente — como já em outros lugares temos dito, quer dizer quando o juiz recebe os artigos logo que lhe são apresentados, independente de discussão, por differença dos casos em que o juiz recebe os artigos, precedendo discussão sobre a materia, por meio da qual o juiz se instrue.

Quando, porém, o juiz não procede assim, quando logo que são apresentados os artigos, os recebe ou rejeita independentemente de discussão, se diz que os recebe ou rejeita — diretamente.

Offerecidos e recebidos os artigos de contradicta pelo juiz, assigna este cinco dias para a sua prova; dentro deste prazo, deve a parte mostrar as razões pelas quaes não merece fé o depoimento das testemunhas.

Se a parte prova as contradictas, deve o juiz no julgamento da causa dar ás testemunhas contradictadas a fé que merecerem (1).

“finda a dilação.” — Uma tal fôrma de proceder não assenta em lei e teve o mesmo êxito que a lembrada por P. Baptista, não foi aceita pela pratica. A doutrina do Comp. está de accordo com o referido Dec. de 1824 o qual dispõe: § 3º — “No auto de inquirição e com a mesma publicidade, poderá cada uma das partes, por si ou por seus procuradores, reprovar de palavras as testemunhas do seu adversario ou contradictando-as, assim a respeito de seus defeitos ou qualidades pessoaes, como de seus ditos, guardada a fôrma da lei; ou allegando razões e fazendo reflexões que pareçam demonstrar inverosimilhança dos factos que a testemunha lhe contar, e a falsidade do seu juramento, escrevendo-se em um e outro caso o resultado deste debate — § 5. Não se achando presentes as partes ou seus procuradores, ou não querendo contradictar por palavra as testemunhas do seu contendor, *o poderão fazer por artigos* pela fôrma estabelecida na Ord. do L. 3 T. 58. com a differença somente de que as inquirições lhes devem ser publicas não obstante a disposição do § 2 do dito tit. que fica nesta parte revogado pelo mesmo art. 159 da Const.”

(1) O assento da materia é a Ord. do L. 3 T. 58, cit. na nt. Anterior, e o Comp. resumio as suas disposições relativas ao processo de contradictas.— Vd. Barbosa e Silva nos respectivos Commentarios, Mendes — *Prat. Lus.* L. 3 c. 13. *Refutationes articulatæ in causis tantum ordinaria fiunt... in summariis articuli non formantur* — Mel. Fr. L. 4 T. 17 § 9 — Menoch. *de Arbitr.* q. 32 n. 1. Barbosa, *Remis.* a esta Ord. *pr.* n. 3. — Tambem não se admite incidentes para se não demorarem os processos. — Arouche — *Elementos de Proc. Civ.* § 14. O uso regular de contradictar testemunhas

Passamos ao CAPITULO VI, em que o Comp. trata das PRESUMPÇÕES.

§ UNICO

Quando tratamos das provas mostramos a differença que havia entre a verdadeira prova e a presumpção (1). Diz-se que ha — verdadeira prova — quando dos factos deduzidos se concilie directamente a verdade do facto que se quer provar, e que ha presumpção — quando a verdade do facto se induz indirectamente. Assim, a escriptura publica prova directamente por que ha uma relação immediata entre ella e o facto que se quer provar, porquanto, se este não existisse, ella não poderia existir. Presumpção dá-se — quando, dado um facto, delle, embora não se siga directamente o facto que se quer provar, comtudo pôde-se induzir a sua existencia; nisto consiste a differença: por exemplo, a ausencia de um individuo ao tempo em que se commetteu um delicto, é uma presumpção de ser elle o criminoso, podendo ter sido a sua ausencia por uma causa inteiramente diversa, vê se que não ha uma relação immediata entre a presumpção e o facto que se quer provar.

Ha presumpções que não são prevenidas na lei, que se deduzem de um facto para a prova de outro, como vemos no exem-

não autorisa a faculdade de dar queixa por crime de injuria, decidio o juiz criminal da 1ª vara da cõrte em 26 de Dez. de 1867, confirmando a sentença do juiz municipal (Dr. Silva Costa) de 22 de Nov. do mesmo anno *Rev. Jur.* de 1868 n. 1. — Ensina Mendes cit n. 4 *Et advertat advocatus parti objicienti ut si in articulis infamaverit actorem vel accusatorem, si infamatoriam exceptionem non probaverit posse injuriarum actione teneri.* Talvez não haja contradicção entre a opinião de Mendes e o caso julgado, pois aquelle trata da injuria feita ao autor, que está sob a sancção do art. 241 do Cod. Crim., e este da injuria feita á propria testemunha, que é o direito que assiste ao contradictante. Entretanto, para evitar abusos melhor seria que se adoptasse a opinião de Mendes, que parece pela rubrica sob que collocou a sua proposição (*De repulsis avdersus personas testium*) seguir opinião ampla.

Do despacho que não recebe os artigos de contradictas só compete aggravno no auto do processo — Ord. L. 3 T. 20 § 33. — Barbosa nt. n. 6.

(1) Vd. licção XLII. Pothier define a presumpção — “o juizo que a lei ou o homem fõrma sobre a verdade de uma cousa, por uma consequencia tirada de outra.” — *Tr. des Obligations* P. 4 c. 3 n. 840. — Cor. Tel. *Dig. Port.* Tom. 1 n. 1031. — Segundo Alciato *præsumptio* deriva de *sumere* e de *præ* porque *sumit pro vero*, faz ter alguma cousa por verdadeira *præ*, — *id est antequam aliunde grobetur.*

plo apresentado, não ha nenhuma lei que diga que aquelle que ausentar-se na época em que se commetteu um delicto seja punido como autor d'elle, isto é absurdo; como, porém, são deducções que o juiz o juiz pôde fazer, se chamão a estas — presumpções de homem — (*hominis*) (1). Outras vezes, porém, a lei presume um facto de outro, por exemplo: é presumpção, diz a lei, que o nascido de justas nupcias, na constancia do matrimonio, se presume filho legítimo: como a lei, deste facto presume a legitimidade, se diz que é uma presumpção de direito (*juris*).

Estas presumpções de direito tomão diversas denominações: umas vezes simplesmente *juris*, outras vezes *juris et de jure*. Chumão se — presumpções *juris*, aquellas que a lei simplesmente presume, mas que não deve ter sempre por verdadeiras, isto é: aquellas que podem desaparecer si se provar o contrario; a presumpção *juris et de jure*, dá se quando a lei estabelece um facto donde faz nascer uma regra de direito; diversifica, pois muito: n'um caso presume-se um facto, n'outro presume-se um facto e crêa-se uma regra de direito.

A questão movida entre os jurisconsultos vem a ser: que nesta presumpção *juris et de jure*, sustentão uns, que não se pôde provar em contrario a ella, e outros que não obstante, ella se admite provas em contrario. Seguimos a segunda opinião que é a de Mello Freire, por isso que toda presumpção pelo facto de ser presumpção, deve desaparecer e ceder á verdade, embora a lei deduza do facto uma regra; a razão é que a lei, assim dispondo, o fez na presumpção de que o facto era verdadeiro, se o legislador não o suppozesse tal não estabeleceria a regra. Sómente faremos uma limitação a estes principios, isto é, a presumpção *juris et de jure* não admite prova em contrario quando della tem resultado uma pena (2).

(1) A presumpção simples ou de homem é aquella que não faz por si prova alguma, e só ajuda e confirma outra, d'onde resulta que não exime do onus da prova aquelle a cujo favor milita, nem o transfere para a parte contraria. — Per. e Souz. nt. 524.— São abandonados ao prudente arbitrio do juiz, que lhes ligará a força que merecem. — Cor. Tel. *Dig Port.* Tom. 1 n. 1042 — Mel. Fr. L. 4 T. 16 § 8. — Farinacius, in *Prax. Crim.* q. 36 n. 97.

(2) Mel. Pr. nt. § 9 — Alciato define — *Est dispositio legis aliquid præsumentis, et super præsumpto tanquam sibi conperto statuentis*, e Menocleio diz que se chama — *juris*, porque *a lege introducta est*, — *et de jure* porque *super tali præsumptione lex inducit firmum jus, et habet eam pro veritate* — Pothier, cit. n. 841 — E' da essencia da presumpção *juris et de jure* que ella não admite prova em contrario — Menoch, *de præsumpt.* L. 2. q. 2 n. 18 — Struv. *Exerc.* 28 th. 19. — Pothier cit. n. 842 — Per. e Souz. n. 523.— Menciona Pothier como exemplos de presumpção *juris et de jure* a que resulta da cousa julgada — *Res. judicata pro veritate accipitur* (Dig. L. 50 T. 17 frg. 207), e do juramento decisorio — *Jus-*

Assim, por exemplo, a sentença passada em julgado, sabem os Srs., não é mais do que uma decisão acerca de um facto controvertido em juízo, a qual é fundada nas provas, e estas, quaesquer que sejam, salvo um ou outro caso excepcional, não dão certeza absoluta, dão apenas uma certeza jurídica, visto que si se exigisse uma prova que isto deixasse duvida, que produzisse uma certeza como a do metaphysico ou do mathematico, nada se poderia decidir. Ora, como a lei presume que o juiz julga pela verdade sabida, segundo os dictames de sua consciencia e as luzes de sua razão, e com o animo de fazer justiça, d'ahi resulta que a sentença proferida em vista de provas, depois de esgotados todos os recursos, tem a presumpção legal de ser conforme com a justiça e não pôde mais ser revogada.

A lei, não só presume que é a sentença a expressão da verdade, como tambem que della se deduz a obrigação de ser o condemnado obrigado a restituir alguma cousa; desde, pois, que a lei assim estabelece, crêa um direito para a parte a favor de quem é dada a sentença; neste caso, como a lei estabelece uma pena, não se pôde mais provar o contrario daquillo que a sentença julgou verdade; não é mais possivel que a parte, que tem contra si uma sentença, prove ser verdade o contrario do julgado por ella, quando esta sentença deu á alguém um direito; é por isto que se diz que a sentença passada em julgado faz — do preto branco, do — circulo quadrado (1). Esta regra, porém, não confundão os Srs. com a theoria que apresenta casos em que ha sentenças que nunca passam em julgado (2). assim, admite-se contra as sentenças a acção rescisoria e a acção de nullidade, portanto, nestes casos falha a regra que estabelecemos: por isso mostraremos quando prevalece a regra

jurandum speciem transactionis continet: majoremque habet auctoritatem, quam res judicata — Dig. L. 12 T. 2 frg. 2.

O Comp. na nt. e, cita leis patrias em que se estabelecem presumpções, mas a opinião de Mello que elle seguio, não é antinômica da de Pothier e Per. e Souza.: a questão está em considerar-se como regra o que é excepção ou vice-versa. — Aquellas presumpções pois, de direito que admittão prova em contrario, deverão ser qualificadas como simplesmente *juris, et juris et de jure* aquellas que absolutamente excluem a prova, como no caso do juramento decisorio (Ord. L. 3 T. 52 § 3), ou estabelecer-se uma terceira especie, afim de não sacrificar-se a theoria, por uma questão de simples classificação. Em relação mesmo ao caso julgado se encontra no final desta licção uma distincção de casos em que se pôde provar o contrario do caso julgado, e de casos em que não ha tal facultade.— Sobre a noção e divisão das presumpções — vd. *Repert. das Ords.* nas palavras — *Presumpção de serem verdadeiros os delictos, etc.* nt. a.

(1) Surdo-*Dec.* 160 n. 27.

(2) Vd. o Comp. P. 1 T. 21 § 2 — *Praxe Brasileira* § 228 — e Licção LIX.

que ha pouco demos em frente da theoria apresentada. A regra é, que a sentença passada em julgado se considera a expressão da verdade, e não se póde julgar contra ella; por excepção, porém, quando a sentença tem uma nullidade por ter sido dada em vista de provas falsas, ou por ter sido proferida por juiz corrupto ou por falta de citação inicial, diz a lei — em tempo algum é considerada como cousa julgada. Notem, pois os Srs., que em primeiro lugar temos — sentenças passadas em julgado que não tem affectadas dessas nullidades — e em segundo lugar — sentenças que estão affectadas de algumas dessas nullidades.

Quando as sentenças estão affectadas de algumas destas nullidades, póde-se annullal-as por embargos á execução ou por acção nova; quando, porém, não tem estas nullidades, embora tenham outras, não se póde provar contra ella. Esta confusão, que parece haver entre a regra que estabelecemos e o principio de que a sentença nulla nunca passa em julgado, desaparece feita esta distincção: por isso, supponha-se uma sentença que foi proferida com más apreciações de provas, sem dar o juiz as provas a força que devia, embora seja injusta, tem contra si a presumpção de verdade e não se póde provar contra ella: se, porém, a prova em que se baseou o julgamento é falsa, póde-se apresentar razões contra a sentença.

Faz-se, pois, distincção entre — prova, que foi discutida, e — prova, que não foi discutida. Quando a prova foi discutida, o julgamento não póde admitir prova em contrario; quando, porém, fôr a sentença proferida em vista de prova que não foi discutida, póde-se admitir prova em contrario (1).

(1) Per. e Souz. § 282 menciona os casos em que a sentença não produz cousa julgada. Contra a sentença que passou em julgado póde-se ainda oppôr o recurso de revista, no interesse da lei (Art. 18 da L. de 18 de Set. de 1828), oppôr embargos na execução ou pedir por nova acção a sua revogação, verificando-se as condições legais, com excepção destas limitações a cousa julgada, bem ou mal, desde que não é nulla a sentença, gera uma presumpção de verdade, que exclue toda a prova em contrario. — Per. e Souz. nt. 573. A parte vencida não é admittida a provar que o juiz cahisse em algum erro, mesmo de simples calculo — *Res judicata si sub pretextu computationis instaurentur, nullus erit litium finis* (Cod. L. 7 T. 52 Const. 2) nem póde oppôr instrumentos irrecusaveis, obtidos depois da sentença. — *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari exemplo grave est.* (Cod. cit. Const. 4.) No Direito Romano este ultimo principio soffra uma excepção, quando a sentença fôra dada em causa duvidosa, com juramento suppletorio da parte vencedora — Dig. L. 12 T. 2 frg. 31.

LICÇÃO LV

Vamos no CAPITULO VII estudar— O ARBITRAMENTO.

§§ I e II

Dá o Comp. nestes §§ uma *noção geral* do que seja *arbitramento* e trata dos *louvados*.⁽¹⁾

O arbitramento diz se que é — a *estimação, exame ou parecer dado por louvados ou peritos, sobre o facto de que depende a decisão da causa*.

Como os factos precisam ser provados, se os prova directamente sempre que isso pôde ter lugar; quando, porém, é impossivel esta prova directa recorre-sé á inspecção occular, ao exame por meio de peritos.

Assim, nas causas em que se tem de estimar o valor de uma cousa sobre que se move questão, podendo-se observar o objecto, é este exame indispensavel; outras vezes, trata-se na questão de se determinar uma qualidade de que o objecto se acha revestido, e para este fim se torna indispensavel o exame do objecto, para se verificar se elle tem a qualidade que se lhe attribue; outras vezes, o arbitramento torna se necessario para se terminar alguma, causa que só o pôde ser pela opinião de pessoas habilitadas: assim, por exemplo, se se trata de uma questão relativa a uma servidão de que se fica privado pela construcção de um edificio, o exame occular e de necessidade, porque só por elle se pôde verificar se com a construcção do tal edificio se priva ou não a alguém de uma servidão.

Outras vezes, pôde ainda a questão versar sobre a qualidade de uma cousa: assim, por exemplo, em uma obra ha duvida entre o empresario e aquelle que a contractou, sobre ter ou não a obra as condições do contracto, e neste caso, só por peritos se pôde avaliar se a obra tem ou não as condições.

Assim tambem, quando se trata de estimar uma quantidade que não se pôde conhecer pelos meios directos, por exemplo, em quanto importão os bens sonogados em um inventario, neste caso só o arbitramento é que pôde der a conhecer mais ou menos emquanto importão os sonogados.

São estas em geral as questões que estão sujeitas ao arbitramento.

(1) Per. a Souza. nt. 534 — Ord. L. 3°. Differem os arbitadores dos juizes arbitros — “porque estes não sómente conhecem das cousas e razões, que consistem em feito, mas ainda das que estão em rigor de direito, e guardão os actos judiciaes, romo são obrigados a guardar os juizes ordinarios; e os arbitadores conhecem sómente das cousas que consistem em feito...” — Cit. Ord. *pr.* — Dos juizes arbitros trata a Ord. do mesmo Liv. T. 16 — Mello Fr. L. 1º, T. 2. §§ 21 e 22.

Vêm, pois, os Srs. as razões porque se preferem estes meios de prova aos directos; isto é, porque nestes casos os meios directos de prova não darião um resultado proficuo e só o exame de pessoas habilitadas especialmente deputadas para esse fim pôde fornecer uma prova para se decidir a causa,

Antigamente as camaras municipaes fazião a nomeação de avaliadores para servirem nos casos em que delles houvesse necessidade, e desde que havia esses avaliadores nomeados, à elles competião as avaliações.(1)

Hoje, em que esses empregados não existem em nosso fôro, quando se tem de fazer um exame, escolhem-se pessoas habilitadas para o exame, assim, por exemplo, querendo-se verificar

(1) Era costume de algumas cidades e villas de Portugal serem os arbitradores nomeados pelo senado da camara (camara municipal) — Ord. L. 3º, T. 17. § 1º. A Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 8º, 11 e 12 determinou que os ditos senados fizessem taes nomeações. — A mesma attribuição lhes foi conferida pela Lei de 25 de Agosto de 1774, § 29, que generalisou a todos esse uso de alguns lugares. — Para as nossas camaras municipaes não passou tal attribuição, como se vê da L. de 1º de Out de 1828 e declarou o Av. n. 185 de 19 de Out. de 1854. Não temos, pois, lei patria que determine o modo de proceder-se no cível á nomeação de avaliadores, e nem o Dir. Rom. moderno foi aceito entre nós, como na Hespanha (Vellasco *Part. C. 9. n. 8* — Vd. nt. seg.), pelo que a praxe adoptou o meio que o Comp. expõe no § III. —Antigamente, quando erão os avaliadores nomeados pelas camaras e tinhão serventia privativa, erão seus cargos considerados como — officios de justiça.— (Alvs. 15 de Junho de 1671, 23 de Dez. de 1773, § 9º, 11 de Abril de 1793 e L. de 20 de Junho de 1774. § 12) — Entre nós, porém, não se considera tal cargo como officio de justiça, como declarou o Av. n. 115 de 21 de Abril de 1852, expedido sobre Resolução de Consulta do Conselho de Estado, e os de 19 de Out. de 1854 e 31 de Out. de 1857.

Ha pouco ainda no Av. de 13 de Jan. de 1864 (não impresso) declarou o Governo que em vista do Av. n. 198 de 8 de Maio de 1862 era nulla a criação de officios de avaliadores, creados na provincia de S. Paulo, para o termo da capital, pela Lei Provincial n. 16 de 11 de Abril de 1855, art. 2º, e isto pela razão de não se acharem taes officios creados por lei geral. — Effectivamente os Decs. que regulão a nomeação e substituição dos officios de justiça não se occupão deste — Decs. 817 de 30 de Agosto de 1851, l. 294 de 16 de Fev. de 1853 de 5 e 27 de Jan. de 1871. Entretanto o Reg. das correições Dec. de 2 de Out. de 1851, arts. 25 e 26) sujeita os avaliadores á correição, procedendo sómente esta lei nos que tem provimento privativo, como se dá no commercio (Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850, art. 533, revogado pelo Dec 1.056 de 23 de Out. de 1852 — Vd. Av. 168 de 11 de Junho de 1855), pois não ha lei patria que creasse taes officios no cível — Vd. — *Consolidações das Leis*, art. 1.152 nota, sobre a qual não fez observações o Conselheiro Rebouças.

se um escripto qualquer é ou não verdadeiro, chama-se para isto os tabelliães ou escrivães e só quando estes forem suspeitos é que se podem chamar outras pessoas.

Quando não ha pessoas especialmente deputadas para servirem de arbitadores em certos casos, são elles escolhidos pela parte, quando a questão que elles tem de decidir é de interesse particular, e são escolhidos pelo juiz quando é de interesse publico; assim, os corpos do delictos como são feitos por interesse publico, compete ao juiz nomear quem deva proceder a elles, ainda que haja na causa parte interessada que promova a accusação.

Quando, porém, trata-se de evitar a construcção de um predio que priva uma servidão, a escolha dos arbitadores, para verificar se este predio priva ou não a servidão, pertence ás partes interessadas, porque é isto de interesse particular.

No resto do § II mostra o Comp. — *quaes aquellas pessoas que não podem ser nomeadas louvados*: é materia clara.

§ III

Neste § o Comp. trata — da *nomeação de louvados ou peritos*, apresentando-nos elle a historia resumida destas nomeações, tanto pelo Direito Romano antigo, como pelo moderno, como pela praxe.

No Direito Romano antigo, competia ao juiz a nomeação dos louvados; no Direito Romano moderno, á escolha das partes, escolhendo cada uma dellas um perito: é isto o que entre nós se observa no fôro commercial. (1)

No fôro civil, porém, não se dá o mesmo: a praxe tem admittido que cada uma das partes proponhna á outras tres pessoas para peritos, e que a outra parte escolha um desses tres e por sua vez proponha outros tres para dentre elles ser um escolhido pelo seu adversario. (2)

Convém, porém, mostrar como se deve proceder praticamente, sem inconvenientes que muitas vezes tem lugar quando se não conhece bem a praxe.

Feita a proposta dos tres peritos por uma parte, deve a outra escolher um dos propostos, apresentando tambem a sua proposta; sendo errada a praxe que admitte que possa a parte recusar os tres peritos propostos para fazer com que tenha lugar a proposta de outros tres; se isto fosse admissivel, podia a parte recusar sempre a proposta apresentada pelo seu adversario, e assim nunca teria lugar a avaliação.

(1) *Mobilium veró rerum justis pretiis æstimatione habita per eos quis utraque pars elegerit arbitros judicatuos, interposito sacramento...* Cod. L. 5º, T. 9º, Const 6, § 1º.— Reg. Com. art. 192.

(2) Guerreiro — Tr. 4º, L. 5, C. 9, n. 32 — *Dig. Port.* Tom. 1º, n. 495.

Já vimos uma causa em que, pelo facto do juiz admittir que a parte recusasse as propostas do seu adversario, ella recusou-os sempre e nunca foi possível fazer-se a louvação; isto, como dissemos, é um erro, porque se pelo Direito Romano moderno pôde cada uma das partes escolher um, e se a outra parte é obrigada a estar por esta escolha, não pôde o adversario ter o direito discricionario de recusar todos os tres peritos propostos pelo seu contendor, excepto o caso em que os louvados apresentados na proposta tenham contra si uma razão de legitima suspeição e isto porque, assim como os proprios juizes, que são nomeações pela autoridade publica, podem se considerar suspeitos, por uma mais forte razão o louvado proposto por uma parte, se contra elle houver razão legitima de suspeição.

Sendo infundada a suspeição allegada, o juiz a não aceita, competindo a apreciação das razões de suspeição ao juiz.

Só, pois, no caso em que haja uma escusa de suspeição contra os louvados propostos é que pôde a parte recusal-os. Fica-se assim comprehendendo bem qual a praxe adoptada para se fazer uma louvação.

§ IV

Trata o Comp. neste § das — *recusas e suspeições dos louvados*.

Segundo a theoria do § antecedente mostra-se neste que pôde-se averbar de suspeitos os louvados e peritos, e qual o tempo em que se deve fazer esta recusa; a qual só se pôde oppôr antes da aceitação, e depois della sómente no caso em que a causa de suspeição tivesse apparecido depois da sua aceitação. (1)

E' o mesmo que se dá com os juizes e que já vimos.

§ V

Trata o Comp. neste § — *do processo da louvação*. E' elle muito simples e facil e está todo contido nas poucas linhas do §, mas para melhor intelligencia, mostraremos mais particularmente o modo de proceder-se.

Quando um facto, sobre o qual as questiona em juizo, depende de um laudo, a parte o requer ao juiz, ou este o delibera *ex officio*.

Se o juiz o delibera, qualquer das partes a quem interessa a louvação pôde requerel-a, bem como os demais termos do seu processo; se é requerida a louvação pela parte e o juiz a defere, pede ella ao juiz que mande citar o seu contendor para

(1) Valasco *de Partit.* C. 9, n. 5 — Mendes — *Prat. Lus.* P. 2, L. 3. C. 21, § 2. n. 25. No fôro commercial vd. arts. 195 e 196 do Reg. n. 737 de 1850.

vir em hora certa, que ordinariamente é a audiência proxima, nomear louvados: citada a parte; a que requereu a citação, accusal-a, isto é, declara que o seu contendor foi citado para vir, naquella audiência, nomear louvados e pede que pondo elle apregoado se proceda a esta louvação; apregoada a parte, se ella se apresenta offerece a parte que requereu a louvação os seus tres louvados, para que o contendor escolha um e faça tambem a sua proposta; feito isto, ou a parte aceita um, ou póde recusar todos, quando forem suspeitos, como acima dissemos, ou então pede um prazo para deliberar, o qual ordinariamente se concede e costuma ser o de uma audiência. (1)

Chegando as partes a um accordo, isto é, feitas as propostas por ambas as partes e escolhido por cada uma dellas um louvado, o juiz julga a louvação por bem feita se está conforme ao direito, e designa o dia em que deve ter lugar o laudo; e quando o juiz não o marca, a parte tem o direito de requerer a sua designação, sendo citado os louvados para prestarem juramento e a parte contraria para assistir ao exame.

Designado o dia, citados os louvados, as partes e testemunhas, se forem estas precisas, prepara-se o juizo, isto é, a parte interessada deposita a quantia necessaria para as despesas da diligencia. (2)

Feito isto, no dia aprazado o juiz transporta se com o escrivão para o lugar do exame e ahi, á hora designada, declara-se aberta a audiência para a vistoria, juramentando-se os louvados, se ainda o não estão.

Neste acto, a parte que requereu a louvação declara ao juiz os pontos principaes sobre os quaes quer que verse o exame, por isso que os louvados só podem dar um juizo sobre aquillo que lhes fôr perguntado.

Designados por quesitos os pontos que devem ver verificados pelo exame, a parte contraria póde por sua vez apresentar tambem os quesitos para serem verificados pelo exame.

Estes quesitos só podem versar sobre a questão que se discute e só podem ser concernentes á materia de facto e não de direito, porque esta não póde ser objecto de observação.

São estas as condições dos quesitos a que devem responder os louvados, e não tendo estas condições não deve o juiz

(1) Por praxe espera-se o citado para a louvação se elle não comparece na audiência para que foi citado — Mor. Carv. § 621 — Quando a outra parte é revel ou recusa nomear ou approvar louvados o juiz escolhe e nomêa — Guerreiro Tr. 1, L. 1, C. 11, n. 13 — Lobão *Tr. das Avaliações*, § 123.

(2) Sendo o exame ou arbitramento ordenado pelo juiz devem ambas as partes repartidamente segurar o juizo, depositando a quantia necessaria para as despesas da diligencia — Pegas *ad Ord.* Tom. 4, pg. 24. n. 71.

admittir os quesitos. Lavra-se de tudo isto um auto que começa no principio da audiência da vistoria e do qual se declarão os quesitos.

Feito tudo isto, o juiz encarrega aos louvados que procedão ao exame em sua presença, na do escrivão, e na das testemunhas quando as houverem, podendo-se neste acto interrogar testemunhas para esclarecimento dos louvados ou do juiz, e podem tambem as partes dar informações, de modo porém que não influão no animo dos louvados.

Dando se os louvados por satisfeitos do exame, o juiz manda recolhel-os em um lugar a sós para conferenciarem, dando-se-lhes uma cópia dos quesitos sobre que tem de responder; se ambos estão concordes, lanção a sua nota nos quesitos; se não estão, cada um dá a sua opinião, transcreve-se-as no auto da vistoria e com isto se termina a diligencia. (1)

LICÇÃO LVI

Vamos terminar o CAPITULO VII, que trata do —
ARBITRAMENTO.

§ VI

Neste § trata o Comp. dos *recursos contra laudo injusto*.

Comquanto seja a decisão dos louvados sobre um tanto, com tudo póde ella ser contraria á verdade, e a lei providenciou, dando meios para se corrigir o laudo injusto; esses recursos são os tres seguintes: 1º, recorrer se ao mesmo juiz que determinou o arbitramento, pedindo um novo, e mostrando os erros

(1) Na nt. 1 á pag. 250 citamos a legislação relativa á nomeação de avaliadores, não só por ser uma questão interessante a de saber-se se exercem elles ou não officio da justiça, e porque os presentes apontamentos não tratão da avaliação em execução, da qual se occupa o Comp. na P. 3, T. 5, como porque a Ord. L. 3. T. 17 occupa-se tanto de arbitradores como de avaliadores, e mesmo muitos Praxistas tratão delles conjunctamente — Mor. Carv. § 619. Ha, porém, differença entre arbitradores e avaliadores: estes declarão o valor de alguma cousa em moeda, e aquelles examinão uma questão de facto de que dependa a de decisão da causa e informão o juiz sobre a verdade della. Arbitrador, pois, que segundo a Ord. L. 3, T.17 *pr. quer tanto dizer como avaliador ou estimador*, é um genero que abrange duas especies: arbitrador em sentido restricto que dá seu parecer sobre a questão de facto, e avaliador, que estima em moeda a cousa que se discute ou escute. — Chamão-se tambem em geral louvados, por serem escolhidos por louvação das partes.

do primeiro; — 2º, appellar para o juiz superior; —3º, recorrer ao arbitrio de bom varão.

Fundamenta-se o primeiro destes recursos nas seguintes considerações: como a decisão dos louvados é de facto, e o juiz não é obrigado a se conformar com ella, por isso que não é essa decisão mais do que uma prova, sujeita a sua apreciação, por isso desde que ella é injusta, pôde-se mostrar ao juiz essa injustiça.

Se, porém, o juiz não attende, ou se não se confia nelle, pôde-se recorrer, appellando para um juiz superior, porque este, tendo afinal de conhecer da causa pela appellação, pôde conhecer tambem dos seus incidentes, e neste caso está o arbitramento; por esta razão se fundamenta o segundo recurso.

Quanto ao terceiro — o recurso ao arbitrio de bom varão — foi o lembrado por Moraes Carvalho, esquecendo-se elle que a lei tinha já providenciado a respeito.

Quando os dous arbitros nomeados discordão, nomêa-se um terceiro, que tem de conformar-se com um dos laudos proferidos, por isso que, a sua missão consiste em declarar qual os dous laudos é mais conforme com a verdade, pôde, porém, dar-se a hypothese de ser exagerado o arbitramento feito por ambas as partes, quando ellas discordão, e nesse caso a decisão do terceiro arbitro, chamado para preferir um dos dous, será tambem exagerada; a Ord. previo esta hypothese, determinando, nesse caso, o arbitrio de um bom varão (1).

São estes os recursos que a parte tem para corrigir o laudo injusto.

§ VII

Diz o Comp. neste § que *o juiz não fica adstricto ao arbitramento.*

Esta doutrina é a que acabamos de expôr.

Se o arbitramento é para esclarecimento do juiz, que não pôde julgar senão pelo allegado e provado o não pela sua Consciencia propria; se é preciso o juizo de pessoas profissionaes que manifestem uma apreciação sobre o facto, é preciso que esse juizo, que essa apreciação se revele, porque do contrario o juiz

(1) Ord. L. 3 T. 78 § 2 — *Alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat et si nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitrato fiat.* — Dig. L. 17 T. 2 frg. 76 *in fine.* — Vd. mesmo T. frg. 78 e 80. Sobre a conciliação da citada Ord. com as do mesmo Liv. Tit. 17 §§ 3, 5 e 6 T. 78 § 2 e L. 4 T. 1 § 1 e T. 96 § 19 de que trata Mello Fr. (L. 1 T. 2 § 22 nt.) veja-se Silva — nos respectivos Comment. e no do L. 3 T. 74§ 4 e Pegas á Ord. do L. T. 17 e Solano *Cog.* 72 n. 13. Quanto ao Direito Romano veja-se Coccei Vol. 2 *Disp.* 55.

decidiria segundo seu conhecimento particular, segundo sua consciencia, o que é contrario ao systema adotado pela nossa legislação.

O juiz não pôde fazer arbitramentos, pôde, porém, corrigil-os, isto é, pôde apreciar os arbitramentos feitos (1).

Passamos ao CAPITULO VIII, em que o Comp. trata da — VISTORIA.

§ I

Neste § dá o Comp, uma *noção de vistoria*.

Ha differença entre arbitramento e vistoria: o — arbitramento — é feito por pessoas profissionaes e dependo de conhecimentos especiaes, não consistindo em uma simples inspecção ocular, envolve em si um JUIZO, uma apreciação; — a vistoria — é a apreciação de um facto que pôde ser apreciado pelo exame ocular, por isso só tem ella lugar em factos dessa ordem; assim, por exemplo, quando se trata de determinar a extensão de um terreno ou se existem em certos lugares signaes ou divisas de diversas propriedades, nestes casos, é indispensavel a vistoria.

Vê se a differença que ha entre ella e o arbitramento: neste, ha simplesmente uma apreciação, por exemplo, sobre o valor de uma cousa, sobre o merecimento de uma obra, para saber-se se ella tem a perfeição do contracto ou se pôde preencher o seu fim: são apreciações estas que só podem ser feitas por pessoas profissionaes.

Dito isto, mostra o Comp. no § seguinte os *casos em que tem lugar a vistoria*.

§ II e III

Inscrevem-se estes §§ *casos em que tem lugar a vistoria e quando é ella admissivel*.

A materia destes dous §§ é facil e apenas nos occuparemos com o final do § III, onde diz que *na nunciação de obra nova pôde pedir-se para dous fins: ou para constar o estado da obra ao*

(1) O juiz não é obrigado a seguir, mas deve abandonar o arbitramento que vê erroneo ou irracional — Ferreira — *de Nov. Oper.* L. 2 *Disp.* 13 e Sabell — citado por Lobão — *Notas a Mello* L. 1 T. 2. § 22 Schol — Coelho da Rocha *Dir. Civ.* § 196 — “O juiz não é adstricto ao arbitramento e pôde mandar proceder a segundo no caso de divergencia dos tres arbitradores.” Reg. Com. n. 737 de 1850 *art.* 200. — No civil procede-se diversamente no caso de divergencia, pois ao terceiro arbitro, nos termos da Ord. L.3 T.17 § 4, não é licito fazer novo arbitramento, devendo determinar qual dos dous é mais razoavel. — Vd. o Comp. §5 deste Cap.

tempo da nunciação, afim de demolir se quanto depois se fizer por via de attentado, ou para fazer constar a injustiça da nunciação.

Para se convencerem melhor da doutrina enunciada pelo Comp., convém dizer mais alguma cousa.

Desde que alguém pratica um facto, por exemplo, construe uma obra que priva alguém do uso de uma servidão, tem lugar a acção chamada — *nunciação de obra nova*. Requer a parte prejudicada ao juiz para mandar embargar a obra, deferido o requerimento, passe o mandado, os officiaes de justiça intimão aos trabalhadores para não mais proseguirem na obra, sob as penas da lei, e cita-se ao dono da obra para vir á primeira audiencia ouvir tallar aos artigos da nunciação.

Se depois de embargada a obra se continúa nella, se chama a isso — *attentado*, e tudo quanto nella se construe, depois de assim embargada, deve ser demolido.

Devem os officiaes de justiça, em seguida ao auto de embargo, declarar positiva e determinadamente o estado em que a obra se acha, para que depois se possa verificar se alguma cousa a ella se accrescentou; podendo, porém, succeder que os officiaes de justiça não especifiquem bem o estado da obra, torna-se necessario neste caso uma vistoria para verificá-lo, a qual póde ser requerida, tanto pelo embargante como pelo embargado.

Eis a primeira hypothese em que na nunciação de obra nova se admite a vistoria.

A segunda hypothese é — quando ella tem por fim mostrar a injustiça, e neste caso póde ella ter lugar em dous tempos diversos: — 1º, logo no começo da demanda e antes de contestada a lide; — 2º, depois de contestada a causa e depois de discutida ella, para esclarecer o juiz na sua decisão. Mostraremos as hypotheses: quando uma obra é embargada e este embargo é injusto, e foi requerido só por emulação ou por alguma outra causa semelhante, e a simples inspecção basta para o juiz se convencer da injustiça do embargo, póde o embargado, para evitar as delongas do processo, requerer desde logo uma vistoria; se procedida a ella, se reconhece que o embargo foi concedido injustamente, o juiz manda suspendel-o e isto tem frequentes vezes lugar para se evitar os processos. Se, porém, o juiz reconhece que ha fundamento para o embargo, manda por seu despacho interlocutorio continuar o feito.

Quando, porem, é duvidoso o direito, quando a vistoria não é sufficiente para mostrar se o embargo foi ou não justamente concedido, neste caso o juiz reserva-se para ouvir as provas apresentadas pelas partes e afinal julgar, então póde a parte requerer vistoria durante a dilação probatoria ou depois della terminada, como um meio de prova para convencer o juiz (1).

(1) O processo desta acção se póde vêr em Ferreira — *de Nov. oper.* e em Lobão — *Aguas e Casas*.

Eis os casos em que na nunciação de obra nova se pôde pedir a vistoria.

§ IV

Neste § trata o Comp. do *auto da vistoria*, e como é elle muito semelhante ao de arbitramento, de que tratamos na licção precedente, nada diremos sobre elle.

Passamos ao CAPITULO IX, em que o Comp. trata — DA PROVA DOS USOS E COSTUMES.

§ I

Trata o Comp. neste § da *prova dos usos e costumes*. Os usos e costumes fazem direito pela nossa legislação (1). Já fizemos observações geraes sobre esta materia, por isso sómente trataremos da fôrma do processo da prova dos usos e costumes.

Quando ha direito escripto, não ha necessidade de prova, nem precisa ser allegaço, por isso que, elle deva ser conhecido do juiz.

Quando, porém, o direito não é geral, mas especial — muni-

(1) A Ord. L. 3 T. 64 pr. manda julgar de conformidade com o costume *longamente usado* no Reino, a dá-lhe preferencia sobre o Direito Romano Canonico, opinião commum dos doutores, glossas de Acursio e doutrina de Bartholo. A lei de 18 de Agosto de 1769 § 9 marca os reququesitos para que se possa invocar a autoridade do uso ou costume, a saber: não ser contrario a lei escripta, ser conforme a boa razão e ter mais de cem annos. A Res. de 1º de Agosto de 1825 (coll. Nabuco) considera direito não escripto o costume revestido destes requisitos — *...qui quidem stylus et longa consuetudo senatus pro lege debebat servari.* — Cabedo P. 1 Dec. 3 n. 5 e Gama Dec. 16 n. 7.

No Dir. Rom. era maior a força do costume. Elle podia: completar os textos vagos ou ambiguos das leis (Dig. L. 1 T. 3 frg. 38), preencher as suas lacunas (Dig. L. 1 T. 3 frgs. 32 pr e 33) e abrigal-as (Inst. L. 1 T. 2 § 11. L. 4 T. 4 § 7. Cod. L. 1 T. 17 const. 1 § 10, L. 6 T. 51 const. 1ª pr. e Nov. 89 cap. 15). A autoridade do costume entre os Romanos nos é dada por Justiniano nos seguintes termos — *Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diu turni mores consensu utentium comprobati, legem im tantur* — Inst. L. 1 T. 2 § 9. Quanto ao nosso Direito Commercial dispõe o art. 2 do Reg. n. 737 de 1850 — “Constituem legislação commercial o codigo do commercio e subsidiariamente os usos commerciaes (art. 291 do Coil.) e as leis civis. Os usos commerciaes preferem ás leis civis sómente nas questões sociaes e nos casos expressos no codigo.” Sobre a prova dos usos commerciaes e do costume em geral no fôro commercial veção-se os arts. 216 a 222 do citado Reg.

cial, por exemplo, deve ser allegado e provado, por isso que, este, o juiz não é obrigado a conhecer.

Quanto ao direito fundado nos usos e costumes, como elle depende, para se constituir tal, da existencia de factos repetidos por mais de cem annos, que é o que constitue o tempo immemorial, precisa ser provado que esses factos são realmente repetidos por mais de cem annos.

Não tendo o juiz, pois, obrigado senão a saber o direito escripto geral, segue-se que aquelle que allega o costume, deve provar os factos d'onde os deduz e se elles são revestidos dos requisitos que a lei exige para que o costume tenha força obri-gatoria.

LICÇÃO LVII

Vamos terminar o estudo da — PROVA DOS USOS E COSTUMES.

§ II

Trata o Comp. neste § da *prova dos usos commerciaes*. A legislação em que o Comp. se funda é mui clara e vem citada nas notas, por isso dispensa desenvolvimentos.

§ III

Inscreve-se este § *lançamento de prova*.

O lançamento é o acto pelo qual a parte em audiencia declara findas as dilações e pede que sejam ambas as partes lançadas do direito de apresentar provas, para que a causa possa continuar seus termos.

Este lançamento deve ter lugar logo que se findão as dilações para a prova de terra.

Tem porém lugar a prova de fóra, ainda depois de feito o lançamento da de terra, começando a dilação para ella a correr depois de terminada a da prova de terra, uma vez que a parte tenha em tempo protestado por prova de fóra. O lançamento abrange tanto uma prova como outra; quando, porém tem ainda lugar a prova de fóra, o lançamento se entende sómente da prova de terra, e então se pede, quando se o requer, que comecem a correr as dilações para a prova de fóra.

Quando se diz que pelo lançamento ficão as partes inibidas do direito de apresentar provas, entende-se testemunhaes e não instrumentaes, ou exames e vistorias; para que, porém, possam ser estas admissiveis depois da dilação, é preciso que se tenha em tempo protestado por ellas, do contrario, não são ellas admittidas, salvo quando constarem de documentos novos, ou de que só então se teve conhecimento.

Passamos ao TÍTULO XVIII, em que se trata das — ALLEGAÇÕES.

§§ I e II

No § I dá o Comp. uma *noção geral das allegações*; é materia clara.

No § II diz o Comp. *quem primeiro arrazôa*.

Neste § encontra-se resumidamente as hypotheses que occorrem do fóro ácerca da ordem dos arrazoados.

Temos a regra que, concluida a causa, arrazôa primeiramente o autor e depois o réo.

Estabelecida assim a regra, apresenta o Comp. as modificações que ella soffre, dizendo que *nas excepções ou embargos, e nas causas que principião por embargos, como nos preceitos comminatorios, sequestros, posses, etc., recebidos e disputados, arrazôa em primeiro lugar o exceptiente ou embargante, e em segundo o excepto ou embargado*.

A regra é, como vimos, que primeiro arrazôa o autor e depois o réo; algumas vezes, porém, o autor principal toma a posição de réo e este a de autor, e então, não obstante a regra estabelecida, nestes incidentes quem primeiro arrazôa é o réo, como embargante ou exceptiente.

O mesmo se dá nas causas que começam por uma fôrma especial, como por exemplo, um preceito comminatorio, que não é mais do que um mandado para se praticar ou não certos actos debaixo de certas penas.

Estabelecido o preceito, o réo pôde embargar, isto é, apresentar razões pelas quaes não deve ter execução o mandado.

Diz o Comp. que *quando o juiz manda que as partes arrazôem sobre os embargos, antes de receber (não sendo daquelles que são oppostos por contestação), primeiro impugna o embargado, e depois sustenta o embargante os seus embargos*.

No dominio da regra que estabelecemos nos embargos, arrazoaaria primeiro o embargante e depois o embargado, porém, diz o Comp. que quando o juiz manda que as partes arrazoem sobre os embargos, arrazoa primeiro o embargado e depois o embargante, porque neste caso são os embargos materia de duvida que tem de ser julgada e o juiz não os deve receber sem discussão, e então o embargado oppõe-se em primeiro lugar ao embargo e depois o embargante sustenta.

Esta regra, porém, não prevalece *quando trata se de embargos remetidos a outro juizo, porque então o embargante arrazôa em primeiro lugar*. A hypothesis é a seguinte: quando alguém é citado por precatoria, pôde oppôr embargos á citação, mas como o juiz depreende não é regularmente quem conhece dos embargos, como já notamos, e os remette ao deprecante para delles conhecer, não prevalece a regra dos embargos, porque primeiro arrazôa o embargante e depois o embargado.

Parece não haver razão para se alterar a ordem que demos, mas sabem os Srs. que em direito uma circumstancia modifica muitas vezes o facto portanto o direito. No caso dos embargos serem devolvidos, arrazôa primeiro o embargante por uma razão especial, e vem a ser que, como pôde ainda o embargante accrescentar razões aos seus embargos perante o juiz deprecante, não se julga o embargo completo, deve, pois o embargante fallar em primeiro lugar porque ainda pôde addir ou accrescentar alguma cousa aos seus embargos, o que não succede quando os embargos são discutidos no mesmo juizo em que são apresentados, por isso que, neste caso nada mais se pôde a elles accrescentar.

Continúa o Comp.: *se ambas as partes embargão a primeira sentença, quem primeiro embarga sustenta os seus artigos, e logo impugna os do seu adversario, e depois este faz o mesmo.*

Isto que diz aqui o Comp. em poucas palavras, necessita de alguma explicação para ser bem entendido.

Proferida uma sentença, podem ambas as partes embargal-a, porque pôde envolver a causa muitas questões e o juiz julgar umas á favor do autor, e outras á favor do réo: por exemplo, si se pede no libello varias dividas, pôde o juiz absolver o réo de umas e condemnal-o em outras, e como as sentenças julgão-se tantas quantas são as decisões diversas, tantos quantos são os artigos do libello, pôde cada uma das partes appellar ou embargar a mesma sentença, por isso que, appella ou embarga a sentença a parte que se julga lezada, e se ambas se julgão lezadas podem ambas embargar ou appellar.

Se ambas embargarem, devem os embargos ser apresentados no prazo da lei ou ao menos pedir-se vista dentro d'elle para apresental os. Pedidos os embargos por ambas as partes, dá-se preferencia áquelle que primeiro embargou ou pedio vista para embargos, e este sustenta os seus artigos, e logo impugna os do adversario; depois dá se vista ao que em segundo lugar embargou, o qual tambem sustenta no mesmo acto os seus artigos e impugna os do seu adversario (1).

A razão desta pratica é a brevidade, seria muito longo, que primeiro arrazoasse um, depois, que outro impugnasse esses embargos, apresentando os seus, para depois a outra par-

(1) Estas duas limitações feitas pelo Comp. á regra de que primeiro arrazôa o embargado e por ultimo o embargante, são apresentadas por Per. e Souz. nt. 552, parece, porém, que não se harmonisãm com a Ord. L. 3 T. 20 § 39 nas palavras “Porém, parecendo ao julgador, depois de vistos os ditos embargos, que é necessario as artes razoarem, poderá mandar que razoem, primeiro aquelle, contra quem se os ditos embargas offerecerem, e a parte, que com elles veio, lhe responderá por derradeiro.” — Mor. Carv. (nt. 371) opina assim, fundado na L. de 18 de Agosto de 1769, a qual, porém, em nada utiliza á questão.

ta impugnal-os. Procede se, pois, assim, por brevidade, de sorte que as partes só arrazão uma vez.

O mais que diz o Comp. no § é claro, e basta a simples leitura (1).

Passamos ao TÍTULO XIX, em que o Comp. trata da CONCLUSÃO.

§ I

Dá o Comp. neste § uma *noção geral de conclusão*. A materia é clara e nada ha a acrescentar ao que diz o Comp.

(1) Sobre o modo pelo qual se devem fazer as allegações veja-se Mendes — *Prat. Lus.* P. 1 L. 3 c. 15 — *De allegationibus in causa faciendis*. O prazo para arrazoar não é marcado por lei alguma, deve por isso o juiz assignar um razoavel, conforme a difficuldade da causa (Ord. L. 3 T. 20 § 44). Por praxe assigna se o prazo de duas audiencias nas causas ordinarias e de uma nas summarias. — *Mor. Carv. Prax. For.* § 655 — P. Baptista § 159 nt. 1. No fôro commercial o prazo é de 10 dias para arrazoar afinal nas causas ordinarias (art. 223 do Reg. n. 737 de 1850; e nas summarias não ha prazo, devem as razões ser produzidas verbalmente ou por escripto na audiencia, depois de findas as inquirições (art. 241 do cit. Reg.) O art. 74 do Reg. de 22 de Nov. de 1871 (vd. nt. 1 a pg. 104) determinou que os prazos para as partes allegarem o seu direito no civil é o mesmo que se acha marcado no Reg. Com. cit. pelo que hoje as razões fínaes nas causas ordinarias deverão ser produzidas no prazo de 10 dias. Já na nt. 1 a pag. 101 dissemos o que pensávamos sobre esta innovação. Acreditamos que o pensamento do Governo, quando expedio o cit. Reg. de 1871, foi abreviar as demandas, restringindo os prazos aos limites circumscripitos pela legislação commercial, pois as expressões — *os prazos para as partes allegarem o que lhes convier*, de que usa o Reg. no cit. art. 74, abrange todos os prazos, mesmo aquelles que se assignão para offercimento de artigos, pois o réo que contraria ou contesta, allega o que lhe convém em defesa de seu direito; entretanto, pelas razões que já expendemos na cit. nt., será melhor interpretar a disposição do art. 74 do Reg. de 1871 litteralmente, e admitir que só sejam regulados pelo Reg. Com. os prazos para *allegações* e não para *artigos*. Desta interpretação resulta a vantagem de não se violar a Ord. do L. 3 T. 20 §§ 9 e 21 que não podia ser revogada por um regulamento, e a de serem determinados os prazos que ficavão a arbitrio do juiz.

Os Avs. de 16 de Dez. de 1829 e 9 de Julho de 1831 recommendão que os juizes sejam escrupulosos nas prorogações de prazos.

O assistente allega dentro do mesmo prazo com a parte a quem assiste, o oppoente tem, porém, termo distincto para allegar. — Arts. 228 e 229 do Reg. n. 737 de 1850.

§ II

Inscribe-se este § *a conclusão encerra a discussão*. A conclusão encerra o processo impõe silencio ás partes para ouvir sentença, por isso, feita ella, não podem mais as partes fallar ao feito. Não obstante, porém, o Comp. apresenta certos casos — o que se póde ainda accrescentar alguma cousa á causa, depois da conclusão, não só a requerimento da parte, como mesmo pelo juiz *ex officio*.

Justificação-se estas excepções que o Comp. apresenta á regra estabelecida no principio do § pelas leis e autoridades que elle cita, e que os Srs. podem consultar, porquanto são principios claros (1).

Passamos ao TITULO XX, em que o Comp. trata da SENTENÇA.

§ I

Dá o Comp. neste § uma *noção geral de sentença* e apresenta as diversas especies della.

Trata-se neste titulo da sentença, e dá o Comp. uma noção della, dizendo que *a decisão da causa, proferida por juiz competente, segundo o direito e a prova dos autos*. Formulada a questão, tem o juiz de pronunciar o seu juizo, isto é o que se diz — sentença — e póde ser ella *definitiva*, quando se decide a questão principal, e *interlocutoria*, quando decide qualquer incidente. Mas, as questões incidentes em um processo podem ser de diversa natureza: ou incidentes, que nada tem com a questão

(1) O Comp., apresentando os casos em que se póde abrir a conclusão, menciona em 7º lugar *a morte de alguma das partes para ter lugar a habilitação de herdeiros*. Entendem, porém, Cabedo (P. 1 dec. 197 n. 11) e Barbosa (*Remis*, a Ord. L. 3 T. 82 pr.) que — *Mortuo autem reo non requiritur, quod actor faciat articulos habilitationis, sed tantum sufficit quod hæredes citentur*. Moraes (*de Execut. L. 6 c. 1 n. 16 e c. 7 n. 33*) julga necessaria a habilitação. *Repert. das Ords. pal. Habilitar se devem*, etc. nt. c. As Ords. L. 3 T. 27 § 2 e T. 82 pr. não excluem nenhuma das opiniões, pois aquella manda simplesmente *que os herdeiros da parte que se finou, sejam novamente citados*, e esta que sejam *chamadas os herdeiros do defunto*. A oppinião de Cabedo nos parece preferivel, por ser mais expedita: se algum dos citados, não é realmente herdeiro do réo, mostra a sua illegitimidade e com os legitimos segue o feito, sem as delongas de um incidente que tem discussão ordinaria, como se vê do cit. Moraes L. 6 e 7 n. 34 e de Phœbo P. 2 Ar. 9. — No direito francez, morrendo uma das partes quando o feito está discutido e affecto ao juiz para sentença, não se abre a conclusão para habilitação de herdeiros, e o juiz sentencêa validamente, como se ambas as partes estivessem vivas, — Pothier — *Tr. des Obligations* n. 881.

principal, que uma decisão sobre elles não a affecta, ou então incidentes, que decididos affectão a questão principal, importão a não continuação da causa; assim, por exemplo, alguém pede o cumprimento de alguma obrigação, pôde o réo apresentar diversos incidentes, como prescripção, illegitimidade de procurador, suspeição do juiz, etc. A decisão sobre a illegitimidade do procurador ou suspeição do juiz, não importa uma decisão sobre a causa principal, porque ella continúa; a decisão, porém, sobre o incidente da prescripção importa a decisão da causa principal, porquanto, se o juiz julga a obrigação prescripta, a causa não continua. Vê-se, pois, que podem os incidentes da causa importar ou não uma decisão sobre ella; por isso se chamão interlocutorias com força de definitivas ou mixtas as sentenças que julgão de incidentes que prejudicão a causa principal, e meras as que apenas julgão do incidente, sem prejudicar a causa principal (1).

LICÇÃO LVIII

Continuamos com o estudo das — sentenças.

§ I (continuação)

Mostramos na licção precedente a differença entre a sentença definitiva e interlocutoria, e dissemos que — sentença definitiva — era aquella que punha fim a questão, e — interlocutoria — a que decidia apenas de um incidente della (2).

Mostramos a differença que existe entre o que se chama — causa principal — e os — incidentes —, e agora mostraremos que esses incidentes podem ser do natureza diversa: uns que prejudicão a causa principal, e outros que a não prejudicão.

As excepções são verdadeiros incidentes: ha algumas que, decididas, podem prejudicar a causa principal, como, por exemplo, a prescripção.

Assim tambem a citação quando se a tem de julgar é um incidente que pôde prejudicar a causa principal, como quando se nega ao autor o direito de citar; neste caso, se elle não tem este direito não pôde accionar, a acção não continúa, e por

(1) Leitão (*De Graminibus* — quest. 1ª n. 7) impugna por incompleta esta noção de interlocutoria e no n. 10 dá a seguinte noção — *Dicendum igitur est, quod interlocutoria est illa quæ determinat aliquam quæstionem. sive articulum excitatum incidenter, vel emergentur ratione et occasione causæ principalis.*

(2) Vd. Leitão — *De Gravaminibus* — quest. 1ª, ns. 6 e seg. — Licção precedente nt. anterior.

consequente uma decisão sobre o incidente da citação pois prejudicar a causa principal.

Desta diferença resulta a distincção entre — sentença interlocutoria simples e — com força do definitiva; e não é esta uma distincção inútil, porque della resulta a theoria dos recursos, por isso que, conforme a natureza da decisão assim é o recurso.

Da sentença interlocutoria com força de definitiva pôde-se appellar, salvo o caso especial em que tenha a lei determinado um recurso especial.

Da sentença simplesmente interlocutoria não se pôde appellar della ha outros recursos, como o agravo, nos casos em que a lei o admite; a isto porque só se da appellação daquellas sentenças que decidem as causas principaes e não os incidentes della. (1)

Diz o Comp. no final do § *diz se interlocutoria a sentença que decide a questão incidente, ou emergente do processo. Se a decisão é sómente relativa a ordem do processo, a sentença denomina-se — interlocutoria simples; e se de algum modo prejudica a questão principal ou põe fim ao juiz e instancia, ou contém damno irreparavel, denomina-se — mixta.*

Sentença interlocutoria com força de definitiva e mista é a mesma cousa.

Comprehende o Comp. nestas sentenças mixtas aquellas que contém damno irreparavel: convém que os Srs. conheção o que se entende por — *damno irreparavel*, porque ligando muitos a estas palavras a sua significação litteral resulta disso o absurdo de que considerão como damno irreparavel aquelle de grande importancia e que não pôde ser reparado; não é, porém, neste sentido que se deve entender a expressão e sim no forense, e é aquelle damno que resulta de um despacho que não pôde ser corrigido pela sentença definitiva; e isto porque algumas vezes, ha despachos interlocutorios que não tem força de definitivos e que podem ser corrigidos na sentença final; outras vezes o despacho é tal que não pôde ser corrigido. (2)

(1) O Reg. de 15 de Março de 1842 arts. 14 a 18 menciona os diversos casos de agravo — e no art. 30 diz: — “As appellações das sentenças definitivas ou interlocutorias com força de definitivas... etc.”

(2) São os dous casos em que se pôde appellar da interlocutoria: — quando tem força de definitiva ou contém damno irreparavel — Ord. L. 3, T. 69, § 1^o. — Esta Ord. termina com as seguintes palayras: — “Portanto mandamos que, em todo o caso, em que depois da sentença interlocutoria o juiz não pôde mais proceder a sentença definitiva ou o damno não pôde ser emendado, seja recebida a appellação da sentença interlocutoria... etc.” — Leitão cit. quest. 2^a, n. 1. — Este mesmo escriptor na quest. 3^a discute a seguinte questão: — *Quenam interlocutoria gravamen irreperabile, quenam vero reparabile producere dicatur?*

Entre os casos de agravo de despachos que menciona o Reg. Com., se encontra este de — damno irreparavel.

Dando-se a estas expressões — damno irreparavel — a interpretação litteral podia-se agravar de todo e qualquer despacho desde que nelle houvesse um grande damno, que não podesse ser reparado; não é, porém, desta especie de damno que falla o Reg. Com., mas sim daquelle que não pôde ser corrigido na sentença final, e deste se dá o agravo para o juiz de direito ou o Tribunal do Commercio, conforme o lugar em que se tratar da questão, para que estes juizes superiores reparem o damno. (1)

Os Srs. podem vêr esta questão em Leitão — *de Jure Lusit.* Tr. 1º. Quest. 1 e 3.

Neste mesmo escriptor encontrarão a differença entre sentenças definitivas e interlocutorias.

Dêmos apenas uma noção geral, na pratica apparecem difficuldades que não podem ser resolvidas sómente com o auxilio destes principios, ás quaes não descemos, porque levaria muito tempo, e na obra citada encontra-se um commentario á Ord. L. 3, tit. 20, § 16, em que se mostra o modo de entender esta Ord., que a primeira vista parece clara, mas que entendida litteralmente não solve todas as difficuldades.

§ II

Trata o Comp. neste § dos — *requisitos da sentença*. Diz o Comp. que — *a sentença deve ser proferida com pleno conhecimento da causa, tendo e examinando attentamente o juiz todo o processo para applicar o direito á questão proposta.*

Isto porque o juiz deve julgar segundo o estudo que fizer das provas, porque não pôde conhecer da causa senão pelo que estiver provado nos autos e não pelo que lhe constar extrajudicialmente. (2)

— *Vendo e examinando*, isto não é arbitrario, a lei diz que o juiz para julgar deve vêr e examinar os autos, por isso é que os Srs. vêem que as sentenças começam sempre pelas palavras — *vistos e examinados estes autos*; não é isto uma fôrma vã e arbitraria, é deduzida da lei, e tem por fim inhibir que o juiz dê uma decisão que não seja deduzida do processo.

Passa o Comp. a enumerar os requisitos essenciaes ás sentenças, e são os seguintes:

(1) No juizo commercial só se appella da sentença definitiva ou que tem força de definitiva — art. 646 do Reg. n. 737 de 1850.— Dos despachos interlocutorios que contém damno irreparavel dá-se o recurso de agravo — art. 669 § 15 do cit. Reg. Os arts. 73 e 74 do Dec. n.1, 597 de 1º de Maio de 1855 marcão os casos em que os agravos são para o Tribunal do Commercio ou para o juiz de direito.

(2) Vd. Licção XLIV § IX, pg. 201.



1º,— *Ser proferida por juiz competente.* A competência do juiz é uma condição essencial para a validade das sentenças, e quando elle não é competente se diz que não tem jurisdição para conhecer do feito.

Já tratamos da theoria da competência e por isso não a apresentamos de novo (1).

2º, *Conforme com o allegado e provado nos autos, ainda que a consciencia lhe dite outra cousa.* Isto pelas razões que vimos (2).

3º, *Restricta ao pedido no libello, quanto ao principal, salvo nas acções univesaes ou geraes.*

O juiz não pôde julgar senão sobre a questão proposta, não pôde por isso julgar senão sobre aquillo que foi pedido no libello (3).

Casos ha, porém, em que esta regra soffre modificações, em que o juiz pôde julgar sem se cingir ao pedido, e enumera o Comp. os casos em que tem lugar estas modificações, a saber: — 1º, *Nos processos summarios*, porque nestes o juiz pôde-se affastar do pedido e julgar além ou aquém d'elle, comtanto que se ache provado nos autos; a razão é porque nestas causas se decide pela verdade sabida e sem as fôrmas do juizo, o que não succede no processo ordinario (4). 2º *Quando se trata de acces-*

(1) Vd. Licção XII. pg. 56 — A competência é de ordem publica, tanto que por este principio soffre excepção a regra de que não ha aggravado nas causas que cabem na alçada, para o fim de permittir-se tal recurso das decisões dos juizes de paz sobre competência — Av. n. 97 de 14 de Março de 1855.

(2) Ords. L. 3, Ts. 63 *pr.* e 66 *pr.*

(3) Ord. L. 3, T. 66, § 1º — Esta conformidade se entende a respeito da cousa pedida no libello e não da sua conclusão, porque de outro modo sempre o réo seria condemnado — *Hun. Encyclop. Jur.* cit. por Per. e Souz. nt. 565. — Quando a Ord. diz que o juiz profira a sentença, segundo o que achar provado nos autos, é o mesmo que dizer que a prova ha de ser conforme ao que se articulou, porque sem articulação não se attende a prova para a sentença — Peniz — *Prat. Form.* § 245. nts. *h* e *i* — Isto se entende nas acções ordinarias. — Julgar *ultra vel præter petita* no libello. admite um estylo da relação do Porto se a materia vem plenamente discutida nos autos e nenhuma das partes protestou — Costa — *Estylos da casa do Porto* pg. 229. n.86, porém Peniz cit. diz que este estylo é contrario á lei. Effectivamente elle vai de encontro ás palavras da Ord.— “nem julgará mais do que é pedido pelo autor.” Só nas causas summarias em que se julga pela verdade sabida se poderia justificar tal estylo. — Vd. P. Bueno — *Proc. Civ.* ns. 205 a 208.

(4) Per. e Souz. § 479 e nt. 941.

sorios que resultão da acção ou da causa principal pedida, por exemplo, os fructos, interesses ou rendimentos (1). 3º, *Em relação ás acções universaes*, como por exemplo, na de petição de herança: a razão é porque nesta se declara o direito sobre a universalidade dos bens, não se podendo nella determinar os bens que tocão á cada herdeiro: a questão versa sómente sobre o direito hereditario, não é preciso pedir certos e determinados bens, por isso que, não é sobre estes que se discute; póde, pois, a sentença julgar neste caso mais do que o pedido no libello, por isso que, a questão principal que constitue a acção é a declaração de herdeiro (2).

4º *Certa e clara, bastando, porém, que seja tal em relação aos aulos, ou que a condemnação possa liquidar-se na execução.*

Clara, isto é, sem confusão. — *Certa*, isto é, sobre objecto determinado.

Algumas vezes, porém, a sentença não póde recahir sobre objecto certo e determinado; si se exigisse que as acções fossem sempre sobre objectos determinados, muitos direitos não poderião ser discutidos em juizo.

Assim, por exemplo, em uma acção em que se pede os sonegados em um inventario, nem sempre se póde conhecer ao certo em quanto montão os objectos sonegados, e por isso não se póde offerecer um libello em que se peça um objecto certo e determinado.

Nestes e n'outros casos semelhantes, não é necessario que se declare determinadamente o objecto que se pede, basta que se prove o facto principal, reservando-se a liquidação para a execução.

(1) “E quanto ás custas, fructos e interesses, póde julgar aquillo, que se mostrar pelo feito que accresceu depois da lide contestada em diante, inda que pela parte não seja pedido; porque todas as cousas, que acontecem em juizo depois da lide contestada, pertencem ao officio do juiz, inda que não sejam pedidas.” — Ord. L.3, T.66, § 1º. — Silva *Coment.* a esta Ord. — Macedo Dec. 58.— Cor. Tel. — *Doutr. das Acç* § 68, nt.4. — Lobão *Seg. Lins.* Tom. 1, pags. 244 e 671.— Silva Pereira no *Repert. das Ords. Tom. I*, pg. 570. não faz a seguinte limitação — *Limita tamen, si possessor justam habeat litigandi causam, quia tunc excusatur a fructuum restitutione, etiam post litem contestatam* — fundado em Berlich, Olea e Cardeal de Luc. Tal limitação defende Lobão (Not. a Mel. Tom. 3, pg. 153) como racionavel e assim se tem julgado. — Pegas Tom. 2 á Ord. L. 2, T. 35, § 11, C.149, n.71 *in fine*.

(2) Assim nas acções universaes, como petição de herança ou partilha (Ord. L.3, T.66. § 3º) ou nas geraes como de dote ou tutela — Per. e Souz. nt. 564. — Em relação á petição de herança veja-se o frg.7 do Dig. L.5, T.4 que manda o juiz restituir o quinhão hereditario — *pro indiviso*. — *Cum ad officium judicis nihil amplius pertineat quam ut partem hereditis pro indiviso restitui mihi jubebat*.

Do mesmo modo nas acções de damno, porque, como o *quantum* delle deve ser determinado pelo juizo de peritos e não do autor, nem sempre é de necessidade que elle determine o damno, porquanto não é o que elle pede que se julga, e sim o que os peritos decidem.

Nestas acções podem se dar duas hypothese: 1.º, quando o importe do damno pôde ser provado pelos meios ordinarios; 2.º, quando não se pôde provar pelos meios ordinarios a importancia do damno, nesta hypothese o juiz na sentença condemna a pagar ou não pagar, reservando naquella hypothese o *quantum* para a liquidação. (1)

5.º *Pura e não condicional, salvo podendo-se logo preencher a condição: nem alternativa, excepto se a qualidade da acção assim o exigir, ou se ao réo competir o direito de escolha.*

— *Pura e não condicional* —: isto porque o juiz deve decidir independente de condições, salvo quando ellas se podem resolver immediatamente como diz a Ord. L.3, tit.66, § 9.º.

Algumas vezes, porém, a lei deixa á parte a escolha, isto é, deixa-lhe o arbitrio de pedir o objecto ou o seu valor.

Assim, por exemplo, nas acções de partilhas verifica-se isto: o cabeça de casal que faz inventario é responsavel pela entrega dos bens que a cada herdeiro compete pelo formal das partilhas, e na falta do objecto a entregar o seu valor, segundo a avaliação, e é por causa deste direito que se procede á avaliação, porquanto, para a partilha não era ella necessaria, podia o juiz repartir irmãmente os bens pelos herdeiros, independente da avaliação. Procede-se, porém, a ella para que quando o cabeça do casal não tenha em seu poder os bens que lhe compete entregar ao herdeiro, entregue o preço porque

(1) Paulo no Dig. L. 42, T. 1, frg. 42 diz que o pretor não podia retractar uma sentença que tinha dado, porém podia supprir o que faltasse na condemnção ou absolvição, porque não era mais do que uma consequencia dos que já tinha sido julgado. — Isto, porém, entende-se antes da publicação, porquanto depois della só por via de embargos, na fôrma da Ord. L. 3, T. 66, § 6.º.—Mendes *Prat. Lus.* P. 1, L.3, c.18, n.3.

Quanto á certeza da condemnção, não é preciso que o juiz especifique a quantidade na sentença, se dos autos ella consta...*et judex ait: solve quod petitum est, rei quantum petitum est* — Dig. L.42 T.1, frg.59, § IV — Confira-se as Ords. do L.3. T.59. § 1.º e § 2.º.— Tambem quando o objecto da condemnção depende de liquidação vale a sentença, porque a liquidação se faz na execução, como preliminar della. — Ord. L.3, T.66, § 2.º — Vd. *Repert das Ords.* nas pals.— *Sentença geral ou incerta, como julgar alguém por herdeiro ou mandar lhe dar partilha, é válida* — Silva á Ord. L.3, T.66, § 3. ns. 1 e 2. — Nesta hypothese é essencial a liquidação, porque não pôde haver execução sem certeza do que se deve executar. — Ass. de 25 de Abril de 1770.

ellea forão avaliados; nestas acções, pois, pôde o autor pedir ou a entrega do objecto ou o seu valor.

No caso de lesão, ou quando se pede a restituição de alguma cousa, como na acção redhibitoria, pôde o autor pedir que se lhe entregue a cousa ou o seu valor. São estes os casos em que o direito permite as sentenças alternativas, e fôra destes casos não são ellas permittidas. (1)

6.º *Conforme com as leis ou estylos, não havendo lei expressa.* Isto é claro. (2)

7.º *Fundamentada; mas faltando este requisito, nem por isto é nulla.*

No cível, o não vir a sentença fundamentada, não importa a sua nullidade, no entretanto, é de estylo que o juiz a fundamente, não só para conhecimento da parte, como para servir de guia ao tribunal superior no caso de appellação. (3)

(1) Na Ord. L.4, T.13, § 1º se especifica a hypothese figurada pelo Comp. de poder o vendedor ou comprador, no caso de acção de lesão, conforme fôr o que allega a razão, escolher entre a cousa e o seu valor. — Ha tambem acções em que ao réo compete o direito de escolher, como ao senhor do animal ou escravo que praticou damno escolher entre pagar o damno ou abandonar o escravo ou animal (Dig. L.42, T.1, frg.6, § 1º), e o marido que recebeu dote estimado, que pôde eleger, no caso de restituição, entregar a cousa ou dar o valor de sua estimação — Dig. L.23, T.3, frg. 10, § 6. — Nas Ords. L. 2, T. 11, § 5, T.27, § *ult.*, L.3, T.45, § 3, L.4, T.96, §§ 5, 8 e 11 e T.97, § 13 e 15 se mencionão casos em que a sentença deve ser alternativa. Tambem pôde ser alternativa a sentença em acção hypothecaria, pois pôde o credor pedir que o devedor pague a divida ou dê a hypothaca á execução — Cor. Tel. *Doutr.das Acç.* §168.

Quanto á sentença condicional observa Silva (á Ord. L.3, T.66, § 4) que seria nulla se a condição fosse falsa, impossivel ou reprovada — Cor. Tel. no *Dig. Port.* ns. 58 a 131 trata das obrigações condicionaes e das especies de condições.

(2) Ord. L. 3, T.64 *pr.* Vd. Licção LVI nt.2 á pg. 253. A sentença pôde ser contra o direito em these, em geral, ou contra o direito em hypothese, contra o direito da parte: no primeiro caso é nulla absolutamente — (Ord. L.3, T. 75 *pr.*), no segundo é injusta, porém não nulla — Ord. cit. § 2º e L. de 3 de Nov. de 1768.

(3) O Direito Romano não exigia que a sentença fosse fundamentada, como se vê de Mendes *Prat. Lus.* P.I, L.3, c.17 — A Ord. porém do L.3, T.66 §7º determina que — “os juizes declarem especificadamente em suas sentenças definitivas... as causas em que se fundarem a condemnar ou absolver...” A Port. de 31 de Março de 1824 reforçou esta Ord. A disposição desta Ord. soffre uma excepção nas sentenças em que se concede ou nega supprimento do consenso paterno para os casamentos dos filhos — L. de 6 de Out. de

8.º *Escrepta, datada e assignada pelo juiz.* Antigamente tollerava-se que os juizes assignassem sómente as sentenças, o que especialmente tinha lugar quando erão feitas as sentenças com o auxilio de assessor.

Hoje, que estão abolidos os assessores, temos visto sentenças annulladas pelos tribunaes superiores por terem sido dadas com o auxilio de assessores, vindo tão sómente assignadas pelo juiz. (1)

9.º *Publicada e lida em audiencia pelo juiz.* As sentenças devem ser publicadas em audiencia.

Antigamente o juiz, antes de ir para a audiencia, mandava o alcaide ou meirinho levar os processos e lia na audiencia as sentenças proferidas; o costume, porém, como se diz na nota *n*, tem admittido haver-se a sentença por publicada em mão do escrivão, independente de sua leitura em audiencia. Veja-se as Ords. L. 1, tit. 5, § 15, L.3, tit.19, § 1, L 3, tit.66, § 6, nas quaes se trata da materia.

A Ord. em que se funda esta praxe falla de um caso especial; o costume, porém, tem estendido a todos os casos.

Como nos cumpre porém tambem apresentar os estylos, diremos que independente de publicação em audiencia, se considera a sentença como publicada em mão do escrivão.

Não é destituida de importancia a publicação da sentença, e isto porque depois della publicada não pôde mais ser emendada, e por isso é preciso que haja um facto donde se deduza a publicação da sentença, para que o juiz não a possa mais emendar, e hoje entre nós se considera publicada a sentença desde que é entregue ao escrivão. (2)

1784. § 5º, n.2.—*Nec decreta exeant cum silentio, sed judices sententiae suae rationes adducant, palam adstante coronâ* — Bacon — *Aphor.* 38.

(1) Per. e Souz. nt. 569 — Quando o juiz profere a sentença verbalmente em audiencia, como nas condemnações de preceito, elle limita-se a assignar o protocollo em que o escrivão toma a nota. — Vd. nt. 1 á pg. 40 sobre o uso de assessores, e sobre este requisito da sentença — P. Bueno — *Proc. Civ.* n. 218.

(2) Vd. nt.3 á pg. 263, e Reg. Com. n.737 de 1850 arts. 233 a 235. — Per. e Souz. nt. 570. — *Consuetudine autem introductum eu, ut pro recitata et publicata quid scribam judicialem qui eam partibus denunciare debet, haberi possit.* — Mel. Fr. L.4, T.21, § 10. — Este estylo, porém, é apoiado em lei: na Ord. L.3. T.66, § 6, diz — “ou der ao escrivão para lhe pôr o termo de publicação.”

LICÇÃO LIX

Continuamos no estudo das SENTENÇAS.

§ III

Inscreve-se este § — *a definitiva não pôde ser revogada pelo mesmo juiz, senão por embargos.*

Finda a discussão da causa, segue-se o seu julgamento; e deve o juiz considerar a materia dos autos para julgar, emquanto, porém, não é a sua sentença publicada, pôde elle mudar de juízo, mesmo depois de escripta ella nos autos, uma vez que ainda não esteja publicada, porquanto é só depois da publicação que se considera a sentença proferida. (1)

Publicada, porém, a sentença em audiência, ou em mão do escrivão, não se pôde mais reformat-a: e a razão de direito disto dá o Comp.: — é porque finda-se pela sentença a jurisdição, e acaba-se a instancia; e desde que se finda a jurisdição do juz, não é elle mais considerado como tal, e não pôde mais por conseguinte conhecer da causa. (2)

Pôde, porém, como diz o Comp. — *refórmr o juiz a sentença por meio de embargos.*

Desta materia trata o Comp. em lugar proprio, apresentando ahi os casos em que são os embargos admissiveis, qual a materia de que devem constar e qual a fôrma de seu processo; por isso deixamos este estudo para o seu competente lugar. (3)

Diz o Comp. — *Pôde, porém, o julgador, ou seu successor declarar e interpretar a sentença obscura ou duvidosa, contendo palavras escuras e intrincadas, contanto que não altere a substancia.*

A razão disto e qua por esta interpretação ou explicação não se altera o julgado, apenas o julgador ou seu successor limita-se a explicar o seu julgamento, não ha uma nova sentença.

Por esta razão é que se concede esta faculdade.

(1) Vd. nts. 2 á pg. 263 e á pg. 269.

(2) Ords. L.3, T.66, § 1, T.65, § 2 e T.87, § 4 — Ass. de 1º de Março de 1783 — Gomes — *Diss. Jur.* 3ª.

(3) Comp. P.4, T.1. — No fôro commercial não se admittem embargos ás sentenças de primeira instancia, salvo se forem de simples declaração ou restituição de menores — Reg. n. 737 de 1850, art. 639. — O que é hoje applicavel no civil nas causas que não excederem a 500\$, não versando sobre bens de raiz, visto ter a nova Refórma Judiciaria ordenado que taes causas fossem processadas na fôrma do cit. Reg. Art. 27 *pr.* da L. de 20 de Set. de 1871 e art. 65 do Reg. de 22 de Nov. do mesmo anno.

Continúa o Comp. no final do § — *E como a interlocutoria mixta é equiparada á definitiva, a seu respeito observa-se a mesma regra: contudo a sentença que denega appellação pôde ser reformada, porque é havida por interlocutoria para este fim, em favor do remedio da appellação, e por causa da reverencia devida ao juiz superior.*

E' esta a unica excepção do direito; e a razão principal que os Praxistas dão para ter o juiz este direito, é a reverencia que o juiz inferior deve ter para com o superior, porquanto denegando o juiz o recurso para seu superior, impedia assim que este tomasse conhecimento delle, o que não é licito.

Póde, porém, dar-se a hypothese de o juiz denegar a appellação e não reformar a sentença de que se aggravou.

Antigamente obstava-se a isto pelas cartas testemunháveis; hoje, porém, pelo nosso direito tem-se entendido que para esse effeito são ellas equiparadas aos agravos.

— Aggravo é — *a provocação interposta do juizo inferior para o superior legitimo para a reforma da interlocutoria proferida pelo primeiro.*

A carta testemunhavel é o mesmo, por isso que é a provocação que se fazia ao escrivão para dar instrumento da interlocutoria do juiz inferior para ir ao superior, quando se tinha o inferior negado a reformar e a conceder o recurso.

O que se conseguia, pois, antigamente pela carta testemunhavel se consegue hoje pelo aggravo.

Póde-se consultar esta materia no final da ultima parte do Comp. em que elle especialmente se occupa della. (1)

§ IV

Inscreve-se este § — *a interlocutoria simples pôde ser revogada pelo mesmo juiz.*

(1) Pelo direito portuguez a differença entre aggravo e carta testemunhavel consistia em que aquelle se interpunha perante os tabelliães e esta perante os escrivães — Ords L.1, T.71, § 5 e T.80, § 9 e 11, L.2, T.45 § 30, L.3, T.69, §7, T.74 *pr.e* L.5. T. 129 *pr.* — *Pedir instrumento de aggravo ao tabellião ou carta testemunhavel ao escrivão*, diz a cit. Ord. L.3, T.74 *pr.* — Leitão (*De Gravaminibus* 9. 6. n. 122) exprime-se nos seguintes termos — *A iudicibus ordinariis, vel forensibus petenda instrumenta quia eum coram eis inserviunt tabelliones, et hi instrumenta conficiant, illa petenda sunt. Ab aliis veró cartas conficiunt, non instrumenta, quæ propria sunt tabellionem.* Modernamente, porém, é a carta testemunhavel um meio de tornar effectivo o recurso de aggravo, quando o juiz o denega (P. Baptista — *Comp.* § 218) e já no direito portuguez era esta a praxe — Leitão cit. n. 125 — Vd. Acord. da Rel. da Côrte de 8 de Outubro de 1858 — Reg. Com. n.737 de 1850, art. 671. — Dec. de 1º de Maio de 1855 art. 77 — Phoebo P.2. *Ar.* 90 e *Pegas á Ord.* Tom. I. pg. 325, n.26. — Estendemo-nos sobre esta materia, posto que estranha áquella de que se trata no texto, por ser interessante e della não se occupar estes apontamentos.

Os despachos interlocutorios podem ser reparados, uma vez que se tenha interposto o recurso dentro de dez dias.

Neste prazo podem no partes oppôr-se ao despacho para ser elle reformado, ou não sendo por ellas reclamado, pôde mesmo o juiz *ex-officio* reformal-o: salvo tendo elle feito direito á parte contraria.

Assim, por exemplo, tendo o juiz por despacho reformado indevidamente uma dilação, pôde-se reclamar emquanto o despacho não produz effeito, e pôde mesmo o juiz reformal-o sem que haja reclamação da parte; se, porém, a parte já tiver usado do direito que lhe foi conferido por despacho, não pôde mais elle ser revogado nem *ex-officio*, nem a requerimento da parte. (1)

Passamos ao TITULO XXI em que o Comp. trata da — COUSA.

§ I

Dá o Comp. neste § uma *noção geral de cousa julgada*.

Cousa julgada — toma-se em dous sentidos, lato e restricto: *lato* — a decisão do juiz que põe fim á demanda e ao juizo, condemnando ou absolvendo (2); *restricto* — quando a sentença faz-se irrevogavel pelo consentimento expresso ou tacito das partes, o qual presume se, deixando ellas de interpôr os recursos nos prazos legais, ou depois de esgotados os recursos ordinarios.

Depois da sentença proferida, podem as partes embargar ou appellar, sendo-lhes livre interpôr ou não esses recursos; se ellas não interpuzerão os recursos e se findar o prazo para elles, ou se, interpostos, forem desprezados, se diz que a causa passou em julgado.

Não obstante, porém, a sentença ter passado em julgado, por se não poder mais usar contra ella dos recursos ordinarios, ha ainda três meios extraordinarios de reformal a, que são: — 1º, *revista*, nos casos em que a lei a permite; — 2º, *embargos á execução*; 3º, *acção nova de nullidade* (3).

(1) Ord. L.3, T.65. § 2 — *Repert. das Ords.* T.3, pg. 228, nt. a — *Mel. Fr.* L.4, T.21, § 12.

(2) *Res judicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit.* — *Dig. L.* 12 T. 2 frg. 1 — Vd. licção LIV a pg. 247. Distinguem-se tambem a cousa julgada da *soberanamente* julgada: aquella, existe quando da sentença definitiva não pende recurso de appellação, e esta, quando tal sentença não pôde mais ser reformada, nem pela revista, nem por acção rescisoria ou de nullidade por não serem admittidas. — P. Bueno — *Proc. Civ.* n. 185.

(3) Vd. licção LIV nt. 1 a pg. 248. P. Bueno distingue nulidades que podem ser attendidas pelo recurso de appellação e não

Estes meios de reformar se as sentenças, que são extraordinarios, não são admittidos contra todas as sentenças, mas só em casos especiaes. Assim, a revista só se admitte, quando dos autos consta nullidade manifesta ou injustiça notoria. Não é, pois, toda e qualquer nullidade, nem toda e qualquer injustiça que autorisa a revista (1).

Os embargos á execução fazem-se para dous fins: ou para impedir que a sentença se execute de modo diverso do que foi julgado, ou podem elles ter por fim atacar o julgado ou modificá-lo quanto ao modo de execução, dizendo-se neste caso que elles são infringentes ou modificativos. Quanto aos embargos que tem por fim fazer com que a sentença se execute do modo porque foi julgado, não ha duvida, por isso, que as sentenças devem ser executadas como forão proferidas. Quanto aos outros porém, é preciso notar se que elles podem ser infringentes ou modificativos: se são infringentes, não se póde conhecer delles nos proprios autos da execução, devem correr em auto separado, porque affectão o proprio julgado, e não sómente a fôrma da execução.

Quando são os embargos modificativos, correm nos proprios autos, por isso que, é tão sómente a fôrma de execução que se ataca. O Comp. trata desta materia em outro lugar.

Agora sómente examinamos quando os embargos podem reformar a sentença, e quando não podem.

A regra é que os embargos produzem o effeito de suspender a execução da sentença quando ella não se fizer de conformidade com o julgado, e a razão é porque a execução só se deve fazer de conformidade com o julgado e conforme o direito (2).

Pela lei, pois, os embargos infringentes á execução tem o mesmo effeito da revista.

Tem, pois, a parte dous meios diversos para o mesmo fim: ou revista, ou embargos á execução.

§ II

Intitula-se este § — *sentenças que não passão em julgado*.

Dissemos no § antecedente que os embargos podem corrigir a sentença sómente nos casos em que a lei o permite, e neste § tratamos das sentenças que não passão em julgado.

pelo de revista ou acção rescisoria; nullidades que podem ser attendidas tanto pelo recurso de appellação como pelo de revista, porém, não pelo de acção rescisoria, e finalmente nullidades que podem ser attendidas e julgadas por ambos estes meios e ainda por acção rescisoria. — *Proc. Civ.* ns. 175, 178 e 228.

(1) L. 18 Set. de 1828 arts. 6 e 18. Dec. de 20 de Dez. de 1830 art. 8. Reg. Com. n. 737 art. 667.

(2) A sentença se executa strictamente como foi julgado. — *Pegas* — For. Tom. 1 c. 5 ns. 3 a 6 — *Themudo* P. 2 Dec. 154.

Diz o Comp. em 1º lugar que a *sentença nulla não passa em julgado* (1). A nullidade pôde ser de duas especies: *ipso jure* ou *ope exceptionum*. São nullidades — *ipso jure* — as que são determinadas pela lei, de modo que se considera não existente o acto que se achar affectado dellas, e qualquer juiz pôde conhecer dellas, assim como qualquer pessoa pôde allegal-as, uma vez que nellas tenha interesse. Assim, por exemplo, nos contractos, a falta do pagamento de siza, é uma nullidade *ipso jure*, qualquer juiz pôde apreciar della, recusando os contractos dos quaes se não tiver pago a siza, assim como pôde tambem qualquer pessoa que tiver interesse no acto, allegal-a, sem precisar que seja parte (2).

Por esta razão se chama a estas nullidades — *ipso jure*. As nullidades — *ope exceptionum*, não tem esta mesma natureza, só podem ser allegadas pelas partes interessadas, e não sendo, subsistem, e então só pôde ser reconhecida por meio de uma sentença declaratoria de tal nullidade (3).

LICÇÃO LX

§ II

(Continuação)

Trata o Comp. neste § de mostrar *quaes as sentenças que não passam em julgado*, e diz, em 1º lugar que a *sentença nulla não passa em julgado*.

Já mostramos que as nullidades são de duas especies: — absolutas ou de pleno direito e relativas; — é sómente a respeito das nullidades de pleno direito que milita a regra de que a sentença nulla nunca passa em julgado (4).

Em 2º lugar não passa em julgado a *sentença condemnatoria em materia criminal*.

Esta doutrina do Comp. não pôde ser conhecida sem que se conheça a historia do direito sobre a materia.

(1) *Nam sententia nulla non est sententia, et quæ nulla sunt non producunt aliquem juris effectum* — Mendes Prat. Lus. P. 1 L. 3 c. 29 n. 43. — A Ord. L 3 T. 75 pr. diz “A sentença que é por direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada...” Vd. Per. e Souza, nt. 880 e as notas a esta Ord. no *Codigo Philippino* de C. Mendes.

(2) Ord. L. 1 T. 78 § 14 e Alv. de 3 de Junho do 1809 § 8.

(3) Vd. licção XXIX pg. 127.

(4) Vd. nt. 1 á licção antecedente acima. Silva á Ord. L. 3 T. 75 pr. n. 41 — P. Bueno — *Proc. Civ.* § 186 n. 9.

Pela, legislação antiga, podia se interpor o recurso de revista de qualquer sentença criminal condemnatoria, por isso que affectando ella quasi sempre a liberdade, honra e vida dos cidadãos, bens estes que são inestimaveis, era de necessidade que se facilitasse a reparação de qualquer injustiça.

Não passavão, pois, estas sentenças em julgado para o effeito de obstar o recurso de revista, podendo o tribunal superior sempre conhecer da injustiça e determinar que fosse a sentença de novo considerada pelo juiz que a deu.

Era este o direito antigo, por isso Mello Freire no L. 4 T. 21, § 15 estabelece a regra de que a sentença condemnatoria em materia criminal nunca passa em julgado.

Posteriormente, a lei de 22 de Setembro de 1828, que creou o Supremo Tribunal de Justiça e que marcou as suas attribuições, declarou que cumpria-lhe conceder revista dos processos assim criminaes como civeis, e determinou que podia-se dar o recurso de revista de toda e qualquer sentença condemnatoria. Esta lei, pois, não reformou a legislação antiga, pelo contrario, não fez mais do que dar a este Tribunal, que creava, attribuições que na antiga legislação pertencido a tribunaes extinctos.

A Lei de 3 de Dezembro de 1841, arts. 89 e 90 e Reg. de 31 de Janeiro de 1842, art. 464, declarrarão que a revista só se concede em casos expressos, e determinarão quaes são esses casos.

Esta legislação, pois, alterou a lei de 1828 que era a reprodução da legislação antiga.

Hoje não se concede a revista senão nos casos á que se referem a Lei de 3 de Dezembro e Reg. de 31 de Janeiro citados (1).

A regra do Comp., pois, só é verdadeira nos casos em que a lei admite a revista.

Quanto á apreciação destas legislações, parecia-nos melhor a antiga; talvez houvesse entretanto razões muito ponderosas para autorisar a innovação destas ultimas leis.

A these, pois, do Comp. é verdadeira de conformidade com a legislação vigente.

Em 3º lugar não passa em julgado a sentença *que é proferida nas causas matrimoniaes contra o matrimonio, ou a favor contra os Canones.*

As causas matrimoniaes são aquellas em que se pede o divorcio, ou a nullidade do matrimonio.

As sentenças proferidas nestas causas não passam nunca em julgado, póde-se a todo o tempo oppor-se a ellas.

A razão disto é porque se facilita a estabilidade e permanencia do matrimonio.

Em attenção a estas consilerações, o direito, quando as sentenças são sobre matrimonio, emquanto á sua validade ou á separação — *quoad thorum et cohabitationem*, tem determinado que

(1) Vd. Pimenta Bueno — *Dir. Pub. Bras* ns. 488 a 491.

ellas não passam em cousa julgada: por isso, quando é proferida a sentença de divorcio, ou de nullidade de matrimonio, embora estejam esgotados os prazos ordinarios do recurso, a parte pôde oppôr-se á ella sem que se a considere como cousa julgada (1).

Tambem quando as sentenças, embora proferidas a favor do matrimonio, são contrarias aos Canones, não passam em julgado, pelo principio de que a sentença proferida contra direito expresso nunca passa em julgado.

Em 4º lugar, não passa em julgado a sentença *que tem por fundamento provas privilegiadas, ou que por sua natureza, ou accidentalmente, não admite toda a certeza ou prova legal.*

Em regra, a sentença só é proferida em vista da discussão e das provas: algumas vezes, porém, a lei concede favores, isto é, permite que outras provas, que não as ordinarias, possam servir ao juiz para julgar, e isto tem lugar ou pela natureza da causa ou pela difficuldade da prova pelos meios ordinarios. A lei funda-se em uma especie de presumpção, de que certas provas são sufficientes para demonstrar a verdade em certos e determinados casos, fundando-se pois isto em uma presumpção, e devendo sempre esta ceder á verdade, desde que a causa foi julgada por provas que não são as geralmente admittidas, fica salvo á parte mostrara todo o tempo a verdade (2).

Em 5º lugar, diz o Comp. que não passam em julgado as sentenças, *que são proferidas em juizo summarissimo possessoria, e a mera interlocutoria.*

E' preciso que se conheça o que se entende por — juizo summarissimo possessorio.

Entende-se por — causas possessorias — aquellas em que se discute a posse abstrahida do dominio: estas causas são por sua natureza summarias, guardando-se entretanto nellas as solemnidades substanciaes do direito, julgando-se em vista de provas.

São processadas summariamente estas causas porque estas questões por sua natureza não dependem de alta indagação e porque convém evitar as discordias que podem resultar de uma posse vaga; enquanto se litiga sobre a posse, podem as partes estar resolvidas a empregar meios violentos, e convém que a autoridade previna estas violencias quando as partes não tem a prudencia necessaria para esperar pelo julgamento.

Neste caso então tem lugar o que se chama processo — summarissimo da posse — o qual consiste em o juiz verificar qual

(1) Riegger — *Inst. Jur. Eccles.* § 207 — Bulla—*Dei Miseratione*. Papa Benedicto XIV. Lobão. *Segs. Lins.* §§ 298 e 572.

(2) Mel. Fr. L. 4 T. 21 § 15. — Assim, não ha cousa julgada quando a sentença foi proferida em causa duvidosa, com juramento suppletorio da parto vencedora. — Pothier *Tr. des Obligations* n. 887 Vd. nt. 1 a pg. 248.

daquelles que questionão sobre a posse, tem mais a seu favor o direito, e então determinar a posse interina, ficando aquelle que o juiz delibera que fique com a posse, considerado como possuidor até que se decida a questão.

E' isto o que se chama — processo intersticio da posse. — Assim procede-se no fôro de varias nações estrangeiras.

Este processo summarissimo da posse, se bem que tenha os seus fundamentos nas razões que vimos, comtudo duvidamos se elle existe no diretio patrio, e isto porque não encontramos lei alguma que estabeleça este processo, e porque temos na nossa legislação o sequestro, que é o meio regular de determinar-se quem deve possuir a cousa questionada emquanto se discute a posse, o qual consiste em entregar-se a cousa em mão de depositario fiel; era isto o que se observava no antigo fôro portuguez.

Este processo summarissimo da posse, que se encontra no fôro de alguns paizes e especialmente no da Hespanha, não tem fundamento nenhum para que deva ser admittido no nosso processo.

Entre nós observa se o sequestro da posse.

Quando o Comp. usa destas expressões — *processo summarissimo da posse* — deve entender-se em relação ao sequestro da posse, não a esse processo summarissimo dos fôros estrangeiros que alguns escriptores tem julgado existir no nosso, como, por exemplo, Almeida e Souza, que muito se occupou delle. (1).

§ III

Neste § diz o Comp., que a *cousa julgada não prejudica a terceiros que não intervierão na causa.*

A razão de direito que justifica esta proposição é que a cousa julgada prejudica sómente aos que intervierão na causa, por isso que nao se pôde julgar do direito de alguém sem que seja elle ouvido e convencido: — convencido — entende-se sem que fosse provado e julgado contra elle em processo em que foi ouvido, e não quer dizer que a parte tenha a convicção de que o que foi julgado é a justiça.

Em direito, o juiz supre a vontade das partes: assim é que vê-se que, quando se impõe um preceito a uma parte para praticar um acto, sob pena de, não fazendo-o, se haver por confessa, a falta de cumprimento importa a confissão, e embora o que obtem contra si uma sentença a cumpra pela obrigação, comtudo, se diz que a cumpre voluntariamente porque, como dizem os jurisconsultos — *voluntas coacta semper est voluntas.*

E' por isso que ha presumpção juridica de que pela contestação da lide, como que se estabelece um contracto entre as partes, pelo qual ellas se obrigão a estar pelo julgado e dar seus

(1) *Tr. dos Interdictos* P. 3 §§ 162 e seg.

bens para execução: não se exige, pois, senão a convicção jurídica, aquella que a lei presume, e para que se dê isto é preciso que se conheça as razões que motivão a sentença, isto é, é preciso que as provas sejam discutidas : logo, desde que não ha discussão, nem prova, não se pôde presumir a convicção. So, por isso que ninguém se convence daquillo que ignora.

Eis as razões porque a cousa julgada não prejudica a terceiros que não intervierão na causa.

Este principio modifica-se por algumas circumstancias, e o Comp. as considera, a saber: *quando a sentença é proferida contra aquelle de quem o terceiro houve causa, assim como a sentença proferida sobre nullidade de testamento que prejudica o legatario* (1).

Esta expressão — *houve causa* — é jurídica, significa que aquelle que litiga, recebeu o direito sobre o qual se move o litigio de alguém, e por isso como elle se identifica com a pessoa de quem houve a causa, a sentença o prejudica.

Com o direito do legatario dá-se o mesmo, é um direito accidental, depende da validade do testamento, e por isso a sentença sobre este, em regra, o prejudica, salvo os casos especiaes; isto porque a validade do legado é um accidente que está ligado á validade do testamento.

Quanto a isto cumpre observar que assim é quando o legado é singular e não universal. Para que possa a sentença de nullidade do testamento prejudicar aos legatarios por titulo universal, é preciso que elles sejam ouvidos.

Quando o legado é singular, quando recae sobre cousa certa e determinada, então prevalece a regra de que a sentença que nullifica o testamento, prejudica aos legatarios, embora não sejam elles ouvidos (2).

LICÇÃO LXI

Vamos começar a estudar hoje a PARTE II do Comp. em que elle trata do PROCESSO SUMMARIO CIVIL E COMMERCIAL.

(1) *Cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret* — Dig. L. 20 T. 1 frg. 3 pr. Vd. tambem L. 5 T. 2 frg. 8 § 16.

(2) Justiniano (*Inst. L. 2T. 20 § 1*) define legado — *Donatio quaedam a defuncto relicta ab herede prestanda*. Diz-se *singular*, quando se deixa uma cousa ou quantidade certa (*Inst. L. 2 T. 24 pr.*) e universal quando se deixa uma certa parte da herança, por exemplo, a terça, os moveis, etc.

§ I

Neste § trata o Comp. *das causas summarias*.

A fôrma legal de proceder-se em juízo é a ordinaria, na qual se observão todas as solemnidades estabelecidas em direito.

Algumas vezes, porém, as causas são taes que não dependem de alta indagação e por isso seguem um processo mais abreviado, que é o processo summario.

Destas causas que não são processadas ordinariamente, ainda ha algumas em que se dispensa parte das solemnidades exigidas para o proprio processo summario, e que por isso se chamão — *summarissimas* — outras que se chamão — *executivas*, por isso que começão logo pela execução.

Estes processos seguem a fôrma dos processos summarios.

Convém fazer menção das causas que se costumão processar summariamente, e que são mais usadas, por isso que não se pôde estabelecer o processo sem se conhecer a natureza da causa.

Neste § faz o Comp. a enumeração das causas que se processão summariamente; as quaes, seguem umas vezes a fôrma geral e outras vezes tem certas solemnidades especiaes derivadas de sua natureza, por isso o Comp. dá em primeiro lugar a fôrma geral das causas que se processão summariamente, e particularmente trata das causas que tem um processo especial, não tratando de todas ellas, porque a natureza de Comp. não o comportava.

Na explicação deste § sahiremos um pouco do texto do Comp., dizendo entretanto tão sómente quanto baste para bem se poder entender suas proposições.

Enumerando as causas que se processão summariamente, aponta o Comp. em 1º lugar: as *causas de alimentos*.

Estas, de ordinario, são intentadas pelos filhos contra os paes ou contra parentes a quem assiste esta obrigação da prestar alimento.

Em regra, todos devem viver á custa de seus bens ou de seu trabalho, alguns individuos ha porém, que tem o direito de haver alimentos de certas pessoas, que se achão para com elles em relação determinada pelo direito civil: esta obrigação compete em primeiro lugar aos paes, na falta destes ás mães e aos parentes mais proximos; sendo obrigados a prestar alimentos, áquelles parentes que tem o direito de succeder *ab intestato* quando por ventura venhão a necessitar parentes a quem elles assim possão succeder.

(1)

Mostraremos como se procede nestas causas.

(1) Ass. de 9 de Abril de 1772 confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776.

Os alimentos são de duas espécies — *provisionaes e definitivos* — provisionaes — são aquelles que se pedem durante a lide em que se discutem os definitivos; — definitivos são os determinados por sentença.

Quando algum parente demanda a outro por acção de alimentos póde, logo que a acção é intentada, pedir alimentos provisionaes, isto é, o necessario para se sustentar durante a demanda.

Estes alimentos provisionaes não se processão do mesmo modo que os definitivos, basta uma prova ligeira para autorisar o juiz a mandar prestar estes alimentos, o que não succede quando se trata dos alimentos definitivos em que se exige uma prova completa.

Por esta razão, no processo em que se pede alimentos provisionaes, como é urgente, procede-se summariamente, bastando apenas uma justificação do direito que assiste ao que requer, ainda que a prova não seja completa, para que o juiz mande prestar taes alimentos. (1)

O pedido destes alimentos não prejudica a discussão da causa principal, em que se pedem alimentos definitivos.

Estes alimentos definitivos ainda podem ser de duas espécies — *preteritos ou futuros*.

Os pretéritos devem ser demandados por processo ordinario, e os futuros por processo summario.

E' preciso, pois, distinguir-se as diversas hypotheses; os alimentos provisionaes durante a lide processão se summariamente, e os alimentos preteritos ordinariamente.

O Comp. refere-se neste § ás causas de alimentos definitivos futuros. (2)

Em segundo lugar processão-se summariamente — *as causas de attentado durante a lide*.

— *Attentado* — em direito é toda a mudança do estado da questão. (3)

Desde que se move demanda em juizo, ambas as partes devem esperar a decisão, não podendo praticar acto algum que innove a questão, devendo respeitar o estado da cousa ao tempo em que a demanda foi proposta.

Um exemplo mostrará melhor.

Supponha-se uma questão de posse intentada pelo possuidor que foi esbulhado de sua posse; o autor por esse facto reconheceu que a posse estava em poder do réo e deve respeitá-la

(1) Os requisitos são o bom direito do autor e as posses do réo — (Per.e Souza. nt. 952), sendo sufficiente a prova semi-plena — Mol. — *de Primog.* L.2, c.16, n.39. — Solano — *Cog.* 9, ns. 242 a 244.

(2) Sobre o processo das diversas acções de alimentos veja-se Per.e Souza. nt. 952 — e extensamente Lobão — *Acç. Sum.* Tom. 1, c. 5.

(3) Vallasco define — *Attentatum est quoddam factum, seu innovatum lite pendente contra statum litis, reprobatum a jure* — Cons. 156, n. 5.

até que a sentença julgue; se elle quizer, depois de intentada a acção, praticar um desforço, commetterá um attentado.

Do mesmo modo, aquelle que intenta uma acção de embargo de obra nova deve esperar pelo julgamento e se commetter um desforço fará um attentado, o qual não se daria se não se tivesse intentado a acção.

E' o mesmo que se dá com a posse: se o esbulhado não querendo usar do meio do desforço que a Ord. lhe concede, prefere recorrer á justiça, não póde, depois de intentar a sua acção, recorrer ao desforço.

O attentado póde se processar por tres modos: como incidente da causa principal, por acção distincta da principal, e ainda pela acção restitutoria, pedindo-se ao juiz para restituir a cousa ao seu primeiro estado.

São, pois, tres os meios: um é quando o juiz *ex-officio*, (por isso que aquelle que commette um attentado faz uma injuria ao juiz), restitue a cousa ao seu primitivo estado em desaggravo da offensa recebida; podem mesmo as partes requerer ao juiz essa restituição da cousa ao seu primitivo estado, e isto porque, não obstante ser de obrigação do juiz por seu officio nobre, podem as partes pedir que elle assim proceda; é o mesmo que succede em um processo qualquer em que compete ao juiz proceder *ex-officio*, e que no entretanto a parte que não póde requerer uma diligencia, póde pedir ao juiz que *ex-officio* proceda a ella.

O segundo meio é processar-se o attentado como incidente do processo, e neste caso requer-se ao juiz para mandar citar as partes que commetterão o attentado, afim de que venhão a juizo fallar a estes artigos, e o requerente offerece seus artigos mostrando o estado da questão ao tempo em que se começou a demanda, qual a innovação que foi feita pelo seu contendor, pedindo finalmente que sejam as cousas restituidas ao seu primitivo estado.

O juiz recebe directamente estes artigos, da vista delles á parte contraria, e segue o processo a fôrma *summaria*, como incidente da causa principal com suspensão della, que só prosegue depois que o incidente é julgado. Este meio tem o inconveniente de demorar o feito.

O terceiro meio traz bem usado é processar-se o attentado por uma acção especial quando não se quer suspender a causa principal.

E' neste sentido que o Comp. falla do processo de attentado, e tambem quando elle é processado como incidente da causa principal, porque ainda nesta hypothese segue a fôrma *summaria*, entretanto mais particularmente se refere a proposição do Comp., aos attentados que são processados independentemente da causa principal. (1)

(1) Lobão cit. na nt. anterior, c.6, § 288 — e Interdictos § 125. — Ramalho *Prax. Bras.* § 283.

Estas noções bastão para que os Srs. compreendam a proposição do Comp., podendo ver em Ferreira, maiores desenvolvimentos sobre a materia. (1)

Em terceiro lugar processão-se summariamente — *as causas de curadoria de bens auzentes, dos prodigos e dementes.*

Esta materia é bastante vasta e complicada e não é possível descer a todas as particularidades, limitando-nos apenas a dar noções geraes para que os Srs. possam ter com proveito os escriptores que tratão da materia.

Os antigos fazião distincção entre — bens de defuntos e auzentes, e de auzentes.

Entendia-se por bens de — *defuntos e auzentes* aquelles de pessoas que tinham morrido testadas ou intestadas, e que não se sabia onde estavam os herdeiros; chamavão-se de *auzentes* em relação ás pessoas a quem pertencem e que não se sabem onde existem, e de *defuntos* em relação ás pessoas a quem tinham pertencido.

Chamavão-se bens de auzentes simplesmente os bens de pessoas que se tinham auzentado sem deixar procurador e que não se sabia onde existião.

Os Regs sobre a materia de 1842 e de 1859 confundirão estas classificações que erão muito boas. (2)

Vamos examinar o que o direito antigo estabelecia a respeito. Quando se tratava de bens propriamente de auzentes, e que se ignorava se estavam vivos ou mortos, distinguão-se duas hypotheses: ou a auzencia trazia presumpção de morte ou não.

Se não trazia a presumpção de morte e não excedia a auzencia a dez annos, procedia-se a uma especie de arrecadação provisoria dos bens por aquelles que devião succeder ao auzente *ab intestato*, ficando elles em posse legitima desses bens.

Quando, porém, a auzencia excedia a dez annos, justificada ella o juiz mandava entregar os bens aquelles que devião succeder *ab intestato* ao auzente, prestando fiança de entregar os bens no caso de apparecer o auzente.

Havia nesta hypothese uma verdadeira arrecadação, acompanhada do encargo da fiança.

Quando a auzencia era de mais de vinte annos, como trazia a presumpção da morte, justificada ella, bem como a qualidade de herdeiro, havia entrega dos bens do defunto independente de fiança.

(1) Ferreira — *de Nov. Oper.* — Lobão cit. c.6 que trata *ex professo* da materia.

(2) Era a arrecadação de bens de defuntos e auzentes regulada pela Ord. L. 1. T.62. § 38, e depois foi publicado o Dec. n. 160 de 9 de Maio de 1842 — que foi alterado pelos Decs. de 27 de Junho de 1845 e 8 de Nov. de 1851, sendo substituido pelo, hoje em vigor, n. 2,433 de 15 de Junho de 1859.

O processo tanto para a curadoria de bens de ausentes por mais de dez annos, como por mais de vinte é summario, procedendo-se a uma simples justificação dos pontos que indicamos, admittendo-se as provas que forem possiveis e julgando o juiz afinal, intervindo na causa um curador especial nomeado ao auzente. (1)

LICÇÃO LXII

§ I

(Continuação)

Na licção antecedente, enumeravamos as causas que se processão summariamente e occupavamo-nos das causas de curadoria dos bens de defuntos e auzentes.

Mostramos a differença que o direito antigo fazia entre bens de defuntos e auzentes e — simplesmente de auzentes, que são materias diversas e que diversamente se processão.

Quanto ao processo de bens simplesmente de auzentes já vimos. Agora trataremos dos bens chamados — de defuntos e auzentes de que trata a legislação moderna nos Regs. de 1842 e 1859 que alterarão a Ord.

Veja-se este ultimo Reg. em que se trata de providenciar sobre as heranças de quem se não conhecem herdeiros, que se chamão jacentes, e ahí encontra-se a distincção dos casos em que se exige simples justificação, daquelles em que se exige habilitação de herdeiro. (2)

(1) Per. e Souz. nts. 1,017 e 1,018 — Per. de Carv. — *Proc. Orphan.* §§ 173 a 183 — Vd. tambem o *Acautelador dos bens de auzentes* do dr. Freire.

(2) Vd. nt. Antecedente da licção anterior. — Per. e Souz. nt. 1,018 e Per. de Carv. nt. 289. — No sentido estricto da palavra chama-se — herança jacente aquella que não tem senhor (Ribas — *Dir. Civ.* Tom. 2, C.5, §2 *in fine*) o que não se dá mais hoje, visto que pela morte passão os bens dos defuntos logo para os herdeiros testamentarios ou legitimos, ainda que auzentes e independente de addicção — Alv. de 9 de Nov. de 1754 explicado pelo Ass. de 16 de Fev. de 1786 — e na falta delles devolve-se ao Estado — L. de 25 de Junho de 1766, § 1 — e Art. 11, § 2 do Dec. de 15 de Junho de 1859. Deve-se, porém, entender por herança jacente, aquelles bens de defuntos de quem se não conhece os herdeiros, e que tem de ser arrecadados. Se tem herdeiros auzentes, chamão-se bens de defuntos e auzentes; na hypothese por ultimo figurada — herança jacente, e quando verificada a

O meio pratico de proceder-se á arrecadação das heranças jacentes é o juiz de orphãos tomar conta, por meio de um inventario desses bens, entregando-os a um curador especialmente nomeado.

Em alguns lugares ha curadores especiaes nomeados pelo governo; nos lugares, porém, em que os não ha privativos, o juiz de orphãos os nomêa, presidindo elles a arrecadação.

Se arrecadada a herança, apparece a reclamal-a algum herdeiro que pelo Reg. não precisa habilitar-se, o juiz faz-lhe entrega dos bens.

Se o juiz não tem conhecimento desse herdeiro ou duvida da sua idoneidade, pôde proceder a uma justificação.

Se, porém, o herdeiro não está nas circunstancias referidas no Reg., para que lhe sejam entregues os bens pelo juiz, é preciso que se habilite perante o juiz dos auzentes.

Esta habilitação tem um processo ordinario que corre com o curador das heranças jacentes e com o procurador fiscal geral e provincial, porque a fazenda geral e provincial tem interesse nas heranças jacentes. (1)

O meio pratico desta habilitação é o seguinte: o individuo que se quer habilitar, requer ao juiz dos auzentes para que, citados o curador das heranças jacentes e os procuradores fiscaes geral e provincial, se o admitta a justificar a sua qualidade de herdeiro; accusada a citação, offerece o habilitando os artigos em que mostra o seu direito, e pede lhe seja restituída a herança com seus rendimentos.

E' um verdadeiro libello: offerecidos os artigos, dizem os citados por parte da herança e da fazenda publica, e a causa corre ordinariamente como qualquer outra, consistindo a sua especialidade tão sômente nas pessoas que nella intervem.

Julgada que seja a habilitação, se ella exceder a taxa da lei, o juiz appella *ex-officio* para a Relação, que julga em segunda instancia, mandando fazer a entrega da herança, no caso do herdeiro se ter habilitado; se, porém, o herdeiro não se habilitou, continúa a herança como jacente, e se, passado o prazo marcado pela lei, ninguem se apresentar a recla-

não existencia de herdeiros — bens vagos — Art. cit. do Dec. de 1859 — “Antes de ser vaga a herança é jacente: (diz T. de Freitas na nt. do §2 do art. 1,231 da *Consolidação*) a Fazenda nacional faz a arrecadação pela possibilidade da vacancia, e para segurança do seu direito de successão no ultimo gráo da escala legal.”

(1) A Fazenda geral pela possibilidade de herdeira e pelo direito de arrecadação, e a provincial pelo imposto da decima: isto, porém, nas provincias, visto que este imposto no municipio da Côrte pertence á renda geral do Estado, e só se considera provincial, quando é arrecadado nas provincias — Art. 39 da Lei de 3 de Out. de 1834 combinado com a L. de 8 de Out. de 1833.

mal-a com direito, torna ella ao Fisco, por isso que o Estado é o herdeiro de todos aquelles de quem se não conhecem os successores. (1)

Vê-se, pois, quaes são as especies de curadoria, neste caso de bens de defuntos e auzentes: em relação a certos parentes, ha apenas uma justificação que é processo summario, em relação a outros ha uma habilitação que segue o processo ordinario.

Falla tambem o Comp. na — *curadoria dos prodigos*.

O direito protege a propriedade, assim quando ella não é administrada pelo seu dono, como quando este não a póde reger.

O prodigo é equiparado ao demente e ao furioso; por isso, a lei protege os seus direitos, tolhendo-o da administração de seus bens para que não sejam desbaratados.

Faremos sobre isso algumas observações, porquanto mal tem sido entendida na pratica a Ord. que trata desta materia.

Quando a Ord. manda que o juiz de orphãos dê curador aos prodigos, diz *in fine*, que isto se entende aquelles que desbaratão os seus bens; reconhece, pois, que não é qualquer prodigalidade que autorisa a curadoria, mas sim tão sómente a daquelle que gasta com falta de juizo.

Se o individuo gasta desordenadamente seus bens, mas tem um fim, não se póde dizer que é prodigo no sentido do direito, porque se assim fosse dar-se-hia autoridade ao juiz de orphãos para conhecer como cada um fazia emprego de seus bens o que seria um ataque á liberdade.

E' só no caso em que não se encontra uma razão da prodigalidade que se considera um individuo como prodigo, segundo o direito.

Assim, supponha-se um individuo que quer passar um periodo de sua vida em divertimentos, compromettendo assim a sua fortuna: se o juiz de orphãos tivesse autoridade nesses casos de examinar o modo porque o individuo dispõe de seus bens para saber se elle gasta aquillo que deve gastar, teria de intervir em toda a administração domestica, o que seria offensivo á liberdade individual.

(1) Art. 46 do Dec. de 15 de Junho de 1859 — A taxa da lei é a alçada, que era de 200\$000 para os juizes municipaes e de orphãos, na fórma do art. 7 do Dec. n. 1,285 de 30 de Nov. de 1853; hoje, porém, pelos arts. 23, § 1 da L. de 20 de Set. de 1871 e 64 §2 do Reg. de 22 de Nov. do mesmo anno os juizes municipaes julgão nas causas de 100\$ a 500\$000 com appellação para o juiz de direito, e estes nas que excedem aquella taxa com appellação para a relação.— Embora a herança seja de menos de 100\$, que é hoje a alçada dos juizes de paz (art. 22 e 63 da Lei e Reg. cit.) esta habilitação é sempre perante o juiz de orphãos, porque a lei da refórma não alterou as jurisdicções privilegiadas, como declarou o Av. de 27 de Fev. de 1872.

Entende-se que a disposição da Ord. procede quando o individuo gasta aem razia nem fim, e então o juiz de orphãos, *ex-officio* ou por denuncia procede á averiguação desses factos, sendo preciso que se prove que o individuo gasta o que não pôde gastar, o que o faça sem fim como um louco. (1)

Desde que o individuo tem uma razão que o leva a fazer gastos extraordinarios, embora caminhe para a pobreza, como, por exemplo, aquelle que na construcção de uma casa consome toda a sua fortuna, isto embora prove que este individuo faz uma má administração de sua fortuna, não pôde comtudo autorisar ao juiz de orphãos a nomear-lhe um curador, porquanto se assim fosse ter-se-hia de dar curador a meio mundo.

A prova da prodigalidade resente-se da prova da demencia.

Produzida a prova com audiencia daquelle a quem se pretende dar curador e do curador geral, sendo a prova completa, julga-se o prodigo por sentença, tolhendo-se-lh'o da administração de seus bens e publicando-se por editaes e pela imprensa a interdicção para que ninguem contracte com esse que assim foi julgado prodigo, tendo os bens entregues a um curador e marcando-se uma mesada para a sustentação do prodigo.

Este processo é summario porque o juiz procede sem fôrma de juizo. (2)

Quanto á curadoria dos dementes, de que tambem se occupa o Comp., o processo é analogo, com a diferença que ordinariamente começa por um exame medico, mandando-se notificar a dous medicos para que procedão a um exame sobre o estado de demencia do individuo, e em vista do seu juizo in-

(1) A prodigalidade segundo a Ord. L.4, T.103, §6 consiste *em gastar desordenadamente e destruir a sua fazenda*. Mello Fr. (L.2, T.12, § 9) restringe a noção de prodigalidade aos que gastão seus bens sem fim algum, e realmente só neste caso se pôde legitimar a intervenção judiciaria, sem offensa do sagrado direito de propriedade, garantido pela Constituição (art.179, §22) com a unica excepção da desapropriação por utilidade publica. — São por isso modernamente raras as curadorias de prodigos, como nota B Carneiro (Tom. 3, §264, nt. a), o que procede como diz Strikio (T.10, § 1), não de que não haja prodigos, mas da negligencia dos juizes. — Portugal define assim a prodigalidade — *Dicitur autem prodigus is qui neque finem, neque tempus expensarum, sed bona sua dilacerando, et dissipando profundit; vel qui præter modum, ac sine nullo delectu pecuniis utitur; parumque omnino aut capit, aut quærit*. Quanto á noção em Dir. Rom. veja se o Cod. L.5, T.70, Const.1 — que tem disposição semelhante á nossa, e que datava já da lei das XII Taboas, segundo affirma Ulpiano — Dig. L.27, T.10, frg. 1.

(2) Particularidades sobre este processo se pôde ver em Borges Carneiro Tom.3. § 264, ns. 6 a 10, Pcr.e Souz. nt. 1,016 — e Per. de Carv. nt. 287.

quirirem-se testemunhas para melhor se provar, com audiência do curador geral, e o juiz profere a sua sentença, procedendo-se quanto aos bens do mesmo modo porque se procede com os prodigos.

O exame dos medicos é muito simples: procurão elles entreter conversação com o demente, fazendo-lhe perguntas, para em vista das respostas, formularem o seu juizo, por isso que os actos internos não se podem conhecer senão pelos externos. (1)

Em quarto lugar diz o Comp. que processão e summariamente — as *causas de despejo de casas*.

Mais adiante trata o Comp. especialmente da materia, por isso pouco nos alongaremos. (2)

A Ord. diz que ninguem tem o direito de morar em uma casa alheia contra a vontade de seu dono, uma vez que não tenha cumprido alguma das condições do arrendamento ou aluguel, ou tenha o proprietario precisão da casa para algum dos fins que vem especificados na Ord. (3)

Nestes casos pôde o proprietario exigir a entrega da casa, pedindo mandado de despejo.

Antigamente mandava-se um official de justiça lançar á rua os trastes do individuo que não se queria mudar, isto, porém, está em desuso, procedendo-se hoje em primeiro lugar á conciliação, e só não produzindo este effeito é que se requer ao juiz o despejo da casa, allegando-se a propriedade della, estar o individuo nella contra a vontade do proprietario e alguns dos casos que podem autorisar o despejo da casa. (4)

E como sobre os trastes que se achão na casa ha hypo-

(1) Sobre a prova da demencia veja-se — Pegas *For.* C. 103, n.8. — Reinoso *Obs.* 32, ns.4 e seg. — Gama — *Dec.* 102 — Valasco *Cons.* 145, n.19. — Menochio *L.1 præs.* 45, n.22 e Mascardo *conclus.* 503, n.1 — e sobre o processo outras particularidades destas causas — Per. e Souz. nts. 1,014 e 1,015 — Borges Carneiro Tom.3, §§ 259 a 262 — e Per. de Carv. nt. 288.

(2) P.2, T.3, c.3 — “Se o caso fôr sobre despejos de casas, de qualquer quantia e qualidade que seja, se procederá summariamente” — Ord. L.3, T.30, § 3 *in fine*.

(3) “Ninguem poderá reter a casa alheia ou morar nella sem consentimento da pessoa cuja fôr.” — Ord. L. 4, T. 23 *pr.* Os casos em que o alugador pôde ser lançado fóra da casa, durante o tempo do aluguel são especificados na Ord. L.4, T.24 *pr.*, e são: — não pagamento do aluguel, se o alugador usa mal da casa, se o proprietario quer concertal-a, ou se della precisa para morar ou para filho ou irmão.

(4) T. de Freilas nt.2 ao art. 671 da *Cons. das Leis Civis*.

theca legal para pagamento dos alugueis, costuma-se tambem pedir a penhora nos trastes.

Deixemos, porém, isto de parte, porque nós só nos occupamos do despejo de canas.

A lei não estabelece o prazo dentro do qual o inquilino deve deixar a casa, por isso entende-se que é incontinenti, mas sempre se concede um prazo, que costuma ser o de 24 horas.

Passado o mandado, intima-se ao inquilino para dentro de 24 horas deixar a casa, podendo elle vir dentro desse prazo com embargos. (1)

Se, porém, elles são desprezados, ou se recebidos não se toma afinal conhecimento delles, não se mostrando razão que escuse o cumprimento do mandado, findo o prazo, intima-se o mandado para sua execução se o individuo não se muda logo, lanção-se os trastes na rua, fechão-se as portas e entregão-se as chaves ao proprietario.

Este processo é summario porque, passado o mandado, segue-se a sua execução, o quando se offerecem embargos, como veremos, elles são tambem discutidos summariamente. (2)

Em quinto lugar diz o Comp. que se processão summariamente — as *causas de embargos á primeira, ou de preceitos comminatorios*.

Quando alguém julga-se com um direito que lhe não reconhecem ou de que é esbulhado, pôde requerer ao juiz para que expeça mandado afim de que lhe seja reconhecido o seu direito.

(1) O Ass. de 23 de Julho de 1811 declarou que nas causas de despejo tem lugar a vista suspensiva, *sómente nos casos de bemfeitorias*, feitas por expresso consentimento dos senhorios, provadas *in continenti*, e de aposentadoria legitimamente concedida. — Este caso de aposentadoria cessou pela L. de 23 de Maio de 1821, que aboliu tal privilegio, e que foi recebida pel L. de 20 de Out. de 1823. Não se provando as bemfeitorias não se suspende o despejo — *Dec.* de 8 de Nov. de 1718. — Vd a *Consolidação* cit. nt. 1 ao art. 665. O Comp. no § 2 do c.3, T.3, P.2 admite ainda a aposentadoria.

(2) Sobre o processo veja-se Lobão *Acc. Sum.* §§ 432 a 458 e Per. e Souz. nt. 951. — Discutem os jurisconsultos se o procedimento summario, com que se processa o despejo de casas, tambem é applicavel ao despejo de herdade e predios e rusticos: pela negativa está Per. e Souz. nts. 954 e 1,005, e pela affirmativa Lobão (cit. § 458) que apesar do contrario ter visto julgado em 8 de Jan. de 1802 na Relação do Porto seguiu a Silva á Ord. L.3, T.30, §3, n.11. — O despejo de herdades, segundo Per. e Souz. cit., requeria-se ao Desembargo do Paço por onde se expedia provisão para informar o corregedor da comarca, ouvido o rendeiro. Esta attribuição não passou para os juizes a quem a lei de 22 de Set. de 1828 transferiu as attribuições do Desembargo do Paço, pelo que não é hoje isto praticavel.

Isto se faz por meio da uma petição em que se expõe a razão de pedir, e o juiz expede o mandado com a clausula de que tendo o réo de oppôr alguma cousa venha com os embargos á primeira audiencia, vindo dahi a denominação de — causas de embargo á primeira.

Sobre estas causas summarias cumpre fazer algumas observações, por isso que a praxe seguida é erronea, e mostraremos em que consiste o erro para que se não caia nelle.

Como ao autor é que cumpre provar, por isso para que o réo seja absolvido é preciso uma de duas: ou que o autor prove o que allega ou que o réo prove o contrario do allegado pelo autor; por isso quando nas causas summarias o autor allega um direito e pede a intimação do réo para reconhecer ou respeitar esse direito, ou então vir com embargos á primeira, segundo a praxe observa-se que se o intimado embarga, a causa torna-se ordinaria, se a parte não embarga, julga-se o réo confesso, passa-se o mandado e se o executa.

E' nisto que esta o erro, porque se o juiz mandou praticar um acto comminando uma pena, é na persuasão de que o intimado ha de vir com sua defesa, por isso que se considera este mandado como uma simples intimação, e nenhum prejuizo póde disso resultar. No caso de se embargar converte-se este mandado em citação.

Se não se embarga o mandado, o juiz não póde julgar a condemnação de preceito sem se provar, e se o réo nada allega em sua defesa, o autor deve provar o seu direito, não se podendo julgar por sentença o mandado, sem que o autor prove os factos allegados, que justificárão a expedição do mesmo mandado. (1)

LICÇÃO LXIII

§ I

(Continuação)

Continuamos com a enumeração das *causas summarias*.

Em 6º lugar enumera o Comp. *as causas de embargo ou nunciação de obra nova*.

Esta acção tem lugar contra aquelle que faz em propriedade sua obra nova, que prejudica alguma servidão alheia, e pro-

(1) Sobre os preceitos comminatorios veja-se *Lobão — Acç. Sum. c.8*, onde trata extensamente da materia e com profusão de citações e distincções, e *Ramallo — Prax. Bras. §§ 284 e 285*.

duz o effeito de ficar o nunciado inhibido de continuar na obra até que o juiz conheça se ella prejudica ou não a sua servidão.

Tem estas acções um processo especial: feita a conciliação ou sem ella no caso de urgencia (1), requer-se a nunciação, expondo-se em um requerimento o estado da obra, o prejuizo que della resulta ao nunciante, e conclue-se pedindo mandado de embargo, e que o mandado seja intimado ao nunciado, á sua mulher (se elle fôr casado), e tambem aos trabalhadores: pedindo-se mais a citação do nunciado para na primeira audiencia vir fallar á artigos de nunciação.

O juiz manda pastar o mandado e em virtude delle vão os officiaes de justiça intimar ao nunciado, para que não mais continue na obra, e aos trabalhadores, para que, sob pena de desobediencia, não prosigão nella. Na primeira audiencia o nunciante accusa a citação e offerece os artigos de nunciação, os quaes tem por objecto os pontos allegados na petição, que devem ser deduzidos por *itens*, pedindo-se na conclusão, que afinal se julgue que o nunciado não deve continuar na obra, deve demolir a já construida, e se continuar pague uma multa para os cofres da camara.

Póde a parte contraria pedir vista para contrariar e então segue a causa os mais termos das causas summarias.

E' o que ha de especial sobre este processo, havendo ainda a notar a particularidade de poder-se pedir uma vistoria logo depois do mandado de nunciação, para verificar-se o fim com que elle foi requerido, para se vêr desde logo se não é a emulação que origina a demanda (2).

Tambem é especial desta acção o poder-se deduzir nella o direito de propriedade, e o juiz conhecer delle, o que não succede nas outras questões possessorias, em que não se admittit questões de alta indagação, que digão respeito ao dominio (3).

A praxe tambem tem admittido quando nestas causas se discute o dominio, e a outra parte não o combate, o juiz conhecer tambem delle, sendo o processo tambem summario (4).

Em 7º lugar diz o Comp. que tambem são summarias *as causas de embargo ou arresto*.

O embargo ou arresto — é um meio preventivo concedido pela lei para o credor evitar o extravío dos bens do seu devedor,

(1) Art. 5 da Disposição Provisoria.

(2) Vd. Licção LVI á pg. 257 — Silva á Ord. L. 3 T. 78 § 4 n. 46.

(3) Ord. L. 1 T. 68 § 23 e Lobão *Interdictos* § 125 nt.

(4) Sobre as especialidades desta acção veja-se Per. e Souz. nt. 1019, onde se achão compendiadas. Vd. Ferreira — *de Nov. Oper.* e Lobão — *Aguas e Casas e Interdictos* §§ 124 a 139. Vd. tambem o excellente resumo do Conselheiro Ramalho na — *Prax. Bras.* §§ 278 a 283.



quando receia-se que ao tempo do pagamento elle esteja insolvel.

Muitos são os casos em que a praxe admite a concessão de embargo ou arresto, além dos mencionados na Ord.: não é nosso assumpto o tratar de todos estes casos, e sim mostrar o modo porque estas causas se processão, podendo os Srs. consultar, quanto aos casos em que elle tem lugar, os autores que disso se occupão (1).

Dado o caso de embargo, pôde-se proceder de dous modos: quando o devedor está em estado de solvabilidade, e receia-se que na época do pagamento não o esteja, a praxe admite que para a concessão do embargo deve-se justificar, que a divida é certa e que ha perigo de fuga ou mudança de estado (2).

Sendo justificados estes requisitos, o juiz manda passar o mandado para que sejam apreendidos bens do devedor, quantos bastem para a segurança da divida, ficando em deposito, e então o autor é obrigado á propôr a sua acção, afim de se julgar sobre o direito creditorio, permanecendo os embargos até se julgar sobre o direito.

E' esta a regra, tem ella, porém, especialidades que, a modificão.

Algumas vezes o caso é urgente e não pôde haver a prévia justificação: então requer-se, que se proceda primeiro ao embargo, devendo-se provar *in continenti*, prova esta que por praxe entende-se dever ser feita dentro do triduo, isto é, nos tres dias

(1) Em geral os Praxistas tratão conjunctamente do embargo e do sequestro: assim. Per. e Souz. define: "a apprehensão judicial da cousa sobre que se litiga, ou de bens sufficientes para segurança da divida até á decisão da questão, ou já pendente ou que vai a propôr-se." Quando, porém, a apprehensão é da propria cousa sobre que se litiga, ha sequestro; quando de bens para garantia de divida — embargo. O Conselheiro Ramalho, na *Praxe Brasileira* distingue os dous casos por outra fôrma — §§ 81 e 101.

(2) Per. e Souz. § 537 exige estes tres requisitos, fundado na Ord. L. 3 T. 31 §§ 2, 3 e 5. Lobão (*Acc. Sum.* §§ 111 a 115) apresenta limitações á exigencia dos tres requisitos. Vd. Barbosa — *Remis.* e Silva *Coment.* a estas Ords. e Ramalho — *Prax. Bras.* § 95. Decidio, porém, o Supremo Tribunal de Justiça, na Rev. de 3 de Junho de 1851, que é nullo o embargo, faltando a prova de algum destes requisitos — Vd. Mafra — 30. A doutrina desta revista está de conformidade com a de Per. e Souz. § 540. A prova de mudança de estado basta que seja presumptiva, segundo Muller e Berlich citados por Per. e Souz. nt. 1092. A prova do perigo de fuga tambem pôde ser presumptiva, como se deduz das palavras da Ord. L. 3 T. 31 § 2 — *por que razoadamente se tolha a suspeita de sua ausencia ou fuga.* Vd. Ramalho — *Prax. Bras.* § 90.

seguintes depois da concessão do mandado (1); mas ainda neste caso de urgencia, o juiz não concede o mandado sem que o autor jure primeiro a verdade do que affirma, não ficando entretanto isento da obrigação de provar (2).

Tanto na hypothese em que ha justificação antes do mandado, como naquella em que ha expedição do mandado por juramento, o embargado pôde vir com os seus embargos ao embargo, mostrando a falsidade ou o não fundamento da pretensão do autor, e é neste caso que se verifica o processo summario, servindo de contestação estes embargos oferecidos, declarando o juiz em prova a causa, seguindo ella os mais termos summarios e sendo afinal julgada por sentença, julgando se valido ou insubsistente o embargo.

Se o embargo é julgado insubsistente, manda-se passar immediatamente mandado de levantamento (3).

Eis a razão porque o processo é summario, porque, como é de presumir, queira o embargado defender-se, por isso corre o processo regularmente até se julgar.

Isto é no processo civil.

No processo commercial ha particularidades, que o Regulamento Commercial menciona, e que se pôde vêr nelle, porquanto aqui apenas damos noções geraes (4).

Em 8º lugar menciona o Comp. *as causas de força nova*. Estas causas são aquellas que versão sobre questões de esbulho.

(1) Devem os tres dias contar-se da concessão do mandado, como acima se diz, e não da diligencia effectuada, como se costuma praticar, pois a dispensa da prova é tão sómente para que pela demora della não fique frustrada a diligencia. Lobão (*Acç. Sum.* § 110) diz que a justificação se deve fazer em dous dias, porém, o termo geralmente admittido pela praxe é o de tres dias. — Per. e Souza, nt. 1095. Não se effectuando a prova levanta-se o embargo, e se ella não se effectua no triduo, depois de expedido o mandado e antes de effectuada a diligencia, expede-se contra-mandado aos officiaes de justiça.

(2) Este juramento não é de calunnia, pelo que não foi revogado pelo art. 10 da Disp. Prov., é um começo de prova. Vd. a Licção LII pg. 236. Lobão cit. na nt. anterior, Per. e Souza, nt. 1095 e Phœbo P. 2 Ar. 83. Decidio a Relação da Côrte por Ac. de 10 de Set. de 1850, que o juramento do arrestante é geralmente admittido pelos jurisconsultos e considerado como substancial. — *Nov. Gaz. dos Trib.* 135 — Maфра — 29.

(3) Isto porque, posto caiba appellação da decisão final do embargo, esta é n'um só effeito, como decidio a Rel. da Côrte no Ac. de 1º de Agosto de 1865. — *Rev. Jur.* de 1865 pg. 356, e de 1866 pg. 132.

(4) Reg. Com. n. 737 de 25 de Nov. de 1850 arts. 321 a 342.

Quando alguém, que está na posse mansa e pacífica de sua propriedade é della esbulhado, e não excede esse esbulho a anno e dia, o processo é summario.

Narra-se em uma petição o facto, mostrando-se o esbulho, e pede-se que seja a cousa restituída.

Contestada pela parte corre a causa as dilações summarias para a prova, arrazôa se afinal e julga-se tudo summariamente (1).

Em 9º lugar menciona o Comp. *as causas de guarda e deposito extra judicial*.

O deposito ou é judicial ou extra-judicial.

Judicial — quando alguém toma debaixo de sua guarda alguma cousa por ordem do juiz, e — extra-judicial quando alguém, por um contracto, toma debaixo de sua guarda algum objecto de outrem, para restituir depois de um certo tempo, ou quando lhe fôr exigido.

Quem recebe um deposito deve restituil-o desde que elle lhe fôr exigido, do contrario soffre prisão.

Estas causas de deposito são summarias, começam pelo pedido de entrega da cousa, assignando-se ao depositario um prazo, caso queira.

Alguns, porém, entendem que a pena de prisão deve se applicar in continenti, desde que o depositario recusa-se a entregar o deposito, isto, porém, é um erro de praxe e vamos mostrar como se deve proceder. Deixemos de parte o deposito judicial.

Quando alguém contracta com outro ficar depositario de alguma cousa sua, deve entregal-a quando lhe fôr exigida, sujeitando-se ás penas da lei, no caso de o não fazer; estas penas, porém, não se podem verificar senão pela sentença, e sem que o depositario seja ouvido.

Alguns entendem que o depositario deve entregar o deposito dentro dos nove dias, do contrario será preso: isto, porém, é arbitrario e não pôde ser admissivel em juizo, por isso que, supponha-se que um individuo de má fê pede a entrega de um deposito que nunca existio, o depositario por certo não fará entrega, e não poderá elle neste caso, em que não foi ouvido nem convencido, ser condemnado a soffrer uma pena violenta como é a de prisão, não podia o direito proteger a fraude, por isso é esta praxe erronea.

Neste caso entendemos que se deve pedir summariamente a entrega do deposito, citando-se o depositario e seguindo a causa os seus termos.

Julgada a causa, então como execução da sentença, no caso della condemnar o depositario a entregar o deposito, se elle se

(1) Ord. L.3 T.30 §2. — *Silva — Coment. a esta Ord. — Repert. das Ords. — T. 3 pg. 3 T.3 nt. b Costa — Estylos da casa da Supl. pg. 138 pal. — Acção de força. Ramalho—Prax. Bras. § 276.*

recusa, segue-se o que manda a Ord., expedindo-se mandado de prisão contra elle.

Deste modo não ha injustiça, e o meio summario que se concede neste caso, é uma garantia ao autor, porque em regra toda a causa deve ser processada ordinariamente, e não se pôde favorecer ao autor tanto que possa dar lugar a fraude.

No deposito judicial então é o depositario obrigado a entregar o deposito dentro de nove dias, porque ahi ha o mandado do juiz que é a prova de que existe deposito, entretanto o depositario pôde neste prazo legal allegar quaesquer razões, pelas quaes julga não dever entregar o deposito (1).

Em 10º lugar menciona o Comp. *os interdictos possessorios intentados dentro de anno e dia*.

Todas as questões relativas á posse que não tem ainda passado de anno e dia, processão-se summariamente porque deve-se favorecer o direito daquelle que é possuidor (2)

Em 11º lugar menciona o Comp. *as causas de inventario e partilhas*.

Estas causas são tambem summarias, porque convém que a descripção dos bens e a divisão dos mesmos pelos herdeiros se faça com brevidade, afim de que não se dê algum extravio, e possuão os herdeiros entrar logo na administração daquillo que lhes pertence (3).

Procedem-se aos inventarios do seguinte modo: a pessoa interessada requer ao juiz, este defere-lhe o juramento de bem e fielmente descrever todos os bens, sem dolo nem má fé (4).

(1) Pegas — *For. c. 3 ns. 95 e segts.* A Ord. do L. 3 T. 30 §2 quando marca a fôrma summaria para as causas de deposito, refere-se ao deposito extra judicial, de que falla a Ord. do L. 4 T. 76 § 5, pois que quanto ao deposito judicial providencia a Ord. do L. 4 T. 49 § 1º. Phœbo *Dec. 89* julgou antinomicas estas Ords., porém, Lobão as concilia (*Acc. Sum. § 448.*) Vd. Moraes — *Exec. L. 1 c. 4 § 1 n. 78.* — Com a doutrina acima exposta concorda o citado Lobão no § citado e seguintes.

(2) Sobre o processo dos interdictos possessorios veja se o Tratado especial de Lobão, em que largamente e com tanta erudição quanta confusão se discute a materia, e Ramalho — *Prax. Bras. § 277.* A Ord. L. 3 T. 48 *pr.* manda proceder nestas causas *sem ordem nem figura de juizo*.

(3) Por esta razão devem os inventarios começar-se dentro de 30 dias e terminar-se em 60. Vd. Licção XXXII nt. 3 pg. 142.

(4) Este juramento não se pôde prestar por procurador, segundo Guerreiro *Tr. 1 L. 1 c. 8 n. 15.* Pegas á Ord. do L. 1 T. 87, *Strickio de cautel. juram. P. 2 Secç. 1 c. 4 n.313.* Lobão — *Fasciculo Diss. 1ª, Per. de Carv. nt. 61.* Olegario — *Prat. das correições pg. 383 e Rev. dos Trib. n. 3.* A opinião contraria sustenta o Senador Oliveira no *Repert. das Ords. T. 3 pg. 113 nt. a* e parece seguir Menezes — *Juizos Divisorios C. 2 § 4.*

O inventariante descreve todos os bens e ao mesmo tempo apresenta a relação dos herdeiros, legatários e fidei-commissários. Na praxe se denomina este acto — as primeiras declarações.

Depois destas declarações citão-se os herdeiros para louvarem-se e os avaliadores, no caso de os não haver especiaes no juizo, afim de que se proceda á avaliação, marcando o juiz o dia em que ella deve ter lugar.

As avaliações devem ser feitas segundo a geral e commum estimação, ou por menos alguma cousa do que esta estimação commum.

Todos os Praxistas recommendão que estas avaliações devem ser feitas modicamente e proporcionalmente, de modo que não sejam uns bens avaliados por um preço muito alto, e outros por um preço baixo, vindo dahi a resultar desigualdade nos quinhões hereditarios.

Feito isto o inventariante ou o cabeça de casal faz as suas — ultimas declarações (1).

LICÇÃO LXIV

§ I

(Continuação)

Tratávamos na licção precedente do processo dos *inventarios* e mostramos como elles começavão.

Dissemos que aquelle que estava na posse dos bens podia requerer o inventario e partilha delles, ou qualquer interessado, pedindo que o cabeça de casal o faça. Deferido o requerimento, comparece o cabeça de casal, presta o juramento, faz a descripção dos bens, e dá o titulo dos herdeiros: feito isto citão-se os interessados para a nomeação de louvados, no caso de os não haver especiaes no juizo, e marca-se o dia para a louvação, a qual deve ser feita, segundo as regras que já vimos. Conforme a lei, o juiz deve proceder immediatamente á partilha, mas para que a partilha se faça o mais exacto que for possível, a praxe tem introduzido, que antes de se proceder á avaliação, se traga á collação os bens que cada um dos herdeiros tenha por doação do inventariado. O direito que regula estas collações é o da Ord. L. 4 tit. 96.

Deixamos de parte as questões que se prendem ás collações,

(1) Vd. nt. 1 á Licção seguinte pgs. 300 e 301.

porque não nos podemos demorar sobre estas questões, e apenas tratamos de mostrar a fôrma dos processos. Feita a collação e a avaliação, os interessados dizem acerca das avaliações, si se conformão com ellas, ou se querem recorrer; si se conformão faz o inventariante as suas ultimas declarações, onde descreve todas as dividas activas e passivas da herança, por isso que, pôde a herança ser credora ou devedora; feito isto, cumpre aos herdeiros dizer a respeito das dividas, se com ellas se conformão, julga-se a divida confessada em juizo e se procede á partilha; se algum dos herdeiros não se confôrma com as dividas, basta isto para que não se attenda á ella; nem mesmo pôde-se attender á confissão do herdeiro na parte que lhe diz respeito. Feito isto, ainda a praxe tem admittido um acto chamado — a alimpação da partilha, o qual era desconhecido no fôro portuguez, e que foi primeiro lembrado por Guerreiro no seu Tratado — *De inventario* — e diz elle que isto é para que as partilhas se fação mais a aprazimento das partes. Hoje passa a alimpação de partilha como uma necessidade dos inventarios, mas não tem ella um fundamento legal; não negamos que seja conveniente quando o juiz a julgar necessaria; quando, porém ella se não fizer, não será por isso nullo o inventario. Consiste a alimpação da partilha em reunirem-se os herdeiros para dizer acerca de seus interesses hereditarios, e para declarar quaes os bens que pretendem: se o juiz pôde chegar a um accordo, procede a partilha segundo os pedidos, mandando-os tomar por termo.

Na determinação dos bens que devem tocar á cada herdeiro, o juiz tem arbitrio, porque como o herdeiro não tem direito a uma cousa certa e determinada, mas sim a uma quantidade, por isso tem o juiz a liberdade de attender ao pedido dos herdeiros, na designação do que a cada um delles deve tocar. Depois da alimpação da partilha, dá o juiz o seu despacho, que se denomina — deliberação de partilha. — Fizemos esta digressão para chegarmos a este ponto que é o mais importante, porque nem sempre se procede como se deve. O despacho de deliberação de partilha, que é aquelle que o juiz profere depois da alimpação, designa como a partilha deve ser feita, se os herdeiros tem iguaes direitos, em partes iguaes. Pôde, porém, acontecer que a herança não deva ser distribuida igualmente entre os herdeiros, como quando ha um viuvo cabeça do casal, em que metade da herança fica para elle, e a outra metade divide-se pelos herdeiros. Pôde tambem dar-se o caso do inventariado ter deixado legados, e neste caso deve se mandar separar a sua terça para pagamento dos legados. Pôde tambem um dos herdeiros succeder *in capita*, outro *in stirpes* (1); podem tambem

(1) Sobre a successão *in capita* ou *in stirpes* veja-se Per. de Carv. nts. 75 e 76, e Lobão — *Diss. Supl. ao Tr. dos morgados*, onde discute largamente a questão.

haver bens que não sejam allodiaes, que estejam sujeitos a certos onus, a que cumpre attender: podem tambem haver bens dotaes: emita, estes exemplos mostram que uma partilha nem sempre se pôde fazer com igualdade entre os herdeiros.

Deste despacho pôde-se interpôr os recursos legaes (1), e por isso deve ser intimado aos herdeiros, e só depois de findo o prazo, dentro do qual pôde-se delle appellar é que se o executa. Isto é que é legal: a praxe, porém, tem introduzido um uso que deve ser banido, e que recommendamos aos Srs. que se destinarem á magistratura A fôrma pela qual vulgarmente se costuma dar esses despachos é a seguinte: — *proceda se á partilha*

(1) Entendem alguns autores que sendo o despacho de deliberação de partilha tendente a ordenar o processo, delle só se pôde interpôr agravo no auto do processo, na fôrma da Ord. L. 3 T. 20 § 46, Per. de Carv., porém, Ints. 7, 33 e 185) sustenta, que deste despacho não só cabe agravo no auto do processo, como de petição ou instrumento. Não tendo, porém, o Reg. de 15 de Março de 1842 art. 15 mencionado entre os casos de agravo este, de que se trata, e não havendo lei expressa que o admitta, é fôra de duvida que elle não tem lugar, e muito menos o agravo no auto do processo, em vista do que dispõe o art. 18 do cit. Reg. Postoque, sigamos a opinião dos que sustentão que este artigo não tinha força legislativa para revogar a Ord., entretanto, combatemos a opinião que defende Per. de Carv., porque não ha lei que autorise agravo no auto do processo neste caso, e a Ord. L. 3 T. 20 § 46 quando concede tal recurso dos despachos que tendem a ordenar o processo, falla em geral, e refere-se aos termos ordinarios do processo. Accresce que a Ord. L. 1. T. 88 § 4 depois de ordenar que no inventario se descrevão todos os bens diz *e logo então se farão as partilhas*, expressão que bem indica que do despacho de deliberação não se deve intimar as partes, e muito me-nos admittir recursos. — C. Mendes na nt. 2 no *Cod. Phil.* pg. 311 menciona sete casos em que por lei expressa se pôde agravar no auto do processo, e outras sete em que tambem se pôde agravar por pratica antiquissima, e em nenhum desses casos menciona o despacho de deliberação de partilha. Por estas razões, sentimos divergir da douta e autorisada opinião do Conselheiro Ramalho e seguimos ao Desembargador Menezes, que na sua importante obra *Juizos Divisorios* diz “Nunca o juiz profira nos autos despacho decisivo antes da partilha determinada, julgada sentenciada, para evitar recursos de embargos e agravos (nt. 3 ao § XXX c. 2), e mais adiante (nt. 5 ao § 2 c. 3) — “Advirta o juiz que o grande abuso em appelar e agravar da determinação das partilhas, é causa do seu enredo, e do grave damno com a demora de annos dilatados, estando os herdeiros de fôra e o cabeça de casal desfructando tudo.” Não ha, pois recurso algum da deliberação da partilha, e é indifferente que o juiz na deliberação dê ou não a fôrma della, uma vez que neste caso dê aos partidores um apontamento, como recommenda Menezes cit. c. 3 § 2 nt. 3.

com a igualdade de direito, no acto darei a fôrma: — isto deixa a questão no mesmo estado. Este despacho tem um fim muito especial, que é poderem as partes embargal-o, para que seja corrigido o modo porque se deve fazer a partilha, por isso que, depois desta ser feita não se a rescinde mais, podendo sómente ser annullada no caso de haver grave injustiça. E' pois, por isso preciso que as partes conheção o modo porque se vai proceder ás partilhas, afim de que possam reclamar em tempo. Ainda não está nisso todo o abuso: depois de deliberada a partilha o juiz deve á margem declarar os bens que designa a cada um dos herdeiros, não fazendo os partidores mais do que assignar a cada um dos herdeiros os bens que fôrão designados pelo juiz, e fazer o calculo de modo que os quinhões sejam iguaes: não fica a arbitrio dos partidores designar os bens que devem tocar a cada um dos herdeiros, isto é de attribuição do juiz. A partilha deve ser feita perante o juiz, afim de que se observem as suas notas. E' isto o que deve ser praticado. O grande abuso está em os partidores distribuirem os bens como lhes parece, em o escrivão lançar nos autos a partilha, e o juiz assignal-a sem a maior parte das vezes o juiz conhecer como ella foi feita. Não pára aqui o abuso: feita a partilha, tem ella de ser julgada por sentença: mas, ensina Vallasco, que não é autoridade que se deva desprezar, que antes de se julgar a partilha por sentença, deve-se dar vista della ás partes para, no caso de haver lezão, poderem reclamar em tempo, porquanto, depois de julgada por sentença a partilha, ella não pôde mais ser destruida, salvo emendada por via de embargo, ou então no caso de haver grande injustiça annullada por acção ordinaria.

A fôrma legal de proceder é dar-se vista aos interessados do modo porque a partilha foi feita, antes de ser ella julgada (1).

(1) Esta pratica de dar vista antes do julgamento é aconselhada por Paiva e Pona c. 7 n. 6. Guerreiro *Tr.* 2 L. 8 — c. 5 n. 33 e Vallasco *Part.* c. 40 ns. 1 e 2 e pelo proprio Menezes cit. na nt. anterior c. 4 § 3 nt. 1 e 2 — “porque, diz elle, tal vista não é para embargar, mas para evitar que se julgue uma partilha imperfeita, lesiva, nulla ou errada de lacto e de direito e pela razão que dá o cit. Vallasco — *quia nec in magno, nec in modico, debet pars lædi, si error potest ante definitivam corrigi.* Com esta providencia se convence ainda de desnecessarios os recursos do despacho de deliberação, de que nos occupamos na nt. antecedente, pois com esta vista se podem evitar, e com melhor conhecimento, os perigos de uma má partilha, e sem os inconvenientes de delongas, pois que não importando, como fica dito, um recurso, fica a questão ao prudente arbitrio do juiz e se este caprichosamente falta á justiça, resino os recursos da sentença de julgamento. Hoje, pela nova Refôrma Judiciaria, competindo aos juizes de direito o julgamento das partilhas excedentes a 500\$000 (Lei de 20 de Setembro de 1871 art. 24 e Reg. de

Enumera o Comp. em 12º lugar *as causas de pacto de venda do penhor*. Como, porém trata o Comp. separadamente destas causas na pag. 114, os Srs. ahi podem ver como ellas se processão (1).

Em 13º lugar enumera o Comp. *as causas de posse em nome do ventre*. O processo desta causa é muito simples. Quando fallece o marido e a viuva sente se de esperanças, pôde pedir a posse dos bens, que de vão tocar ao filho que tem no ventre, e para este fim procede-se a um exame especial para verificar-se a gravidez, e depois nomêa-se um curador, o qual tem de tratar dos interesses daquelles que tem de nascer, por isso que para o effeito da successão se considera o posthumo vivo antes de nascer (2). Na hypothese de haver curador nomeado ao ventre, pôde elle requerer, depôs de feita a partilha, a posse dos bens que devem pertencer ao herdeiro que está por nascer. E' este processo summario, porque, verificada a gravidez e ser o filho do marido fallecido, nomêa-se o curador (3).

Em 14º lugar, diz o Comp. que são summarias *as causas de protesto*. Algumas vezes a parte usa do meio do protesto para garantir direitos futuros; assim, por exemplo, quando alguém pratica actos que ferem os direitos de outrem, pôde o prejudicado protestar, a fim de que a todo o tempo não se diga que elle, com o seu silencio, consentia no acto, e isto se faz por meio de um requerimento ao juiz, declarando-se qual o acto que prejudica ao requerente com a exposição de todas as suas circumstancias, e ultimando-se pedindo que o juiz mande tomar por termo o protesto. A parte contraria pode contraprotestar, que é protestar contra o protesto, e o contraprotesto se faz do mesmo

22 de Nov. do mesmo anno art. 71) tem neste caso de subir os autos para julgamento ao juiz de direito, e como devem as partes ser intimadas sempre que os autos vão de um para outro juizo, podem ellas ter conhecimento da partilha que se vai julgar, quando o juiz lhe não mandar dar vista da partilha. Seria bom que todos os juizes dos inventarios adoptassem o parecer de Vallasco e Menezes.

Sobre o processo de partilhas veja-se Per. e Souz. nt. 1021, Per. de Carv. — *Proc. Orphanol.* Vallasco — *Part.*, Menezes — *Juizos Divisorios* c. 1 a 8 e Guerreiro *Tr. de Inventario*.

(1) Vd. Per. e Souz. nt. 1020.

(2) *Nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur*. Vd. Dig. L. 1 T. 5 frg 7. *Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse*. — Dig. L. 1 T. 5 frg. 26. — Vd. tambem Dig. L. 50 T. 16 frg. 231.

(3) Vd. Lobão *Acç. Sum.* §§ 400 a 404. — Per. e Souz. nt. 1023 e Per. de Carv. nts. 83 e 291.

modo que o protesto. Tanto os protestos, como os contraprotestos devem ser intimados á parte Contraria, e póde ella offerecer embargos, os quaes são recebidos directamente, dando-se vista á parte, admittindo-se provas, e afinal julgando o juiz se elles são ou não procedentes (1)

Em 15º lugar enumera o Comp. *as causas de reclamações*. Estas dão se quando alguém contrahe uma obrigação e ao depois reclama contra ella, por ter sido illudido. As obrigações podem resultar, ou de escripturas publicas, ou de escriptos privados, e conforme varia a fonte d'onde ellas em a não, assim tambem varia o processo (2).

LICÇÃO LXV

§1

(Continuação)

Na ultima lição tratamos do modo porque se processão as *reclamações* e vimos o que havia a respeito. Passamos agora a occuparmo-nos — *das causas de redução de testamento nuncupativo ou particular*, das quaes se occupa o Comp. em 16º lugar.

Sabem os Srs. que o testamento nuncupativo é aquelle que faz o enfermo, quando receia-se que elle não tenha tempo sufficiente para fazer testamento escripto, ou quando elle não o póde fazer por este modo. Este testamento nuncupativo tira a sua força da redução que se faz em juizo, a qual faz-se in-

(1) A parte intimada do protesto póde contraprotestar ou embargar. — V.l. Per. e Souza. nt. 1026. O Reg. Com. n. 737 de 1850. trata no C. 5 do T. 7 dos protestos commerciaes, e distingue tres especies — protestos formados a bordo, protestos de letras e protestos em geral. Destes ultimos occupa se nos arts. 390 a 392, porém não tem processo especial: interpostos por petição fundamentada, e tomados por termo, intimo-se as partes e interessados, não são julgados nem admittem contraprotestos nem recursos, e podem ser impugnados quando delles se prevalecer o protestante.

(2) Do processo das *reclamações* trata Per. e Souza. nt. 1028. O reclamante deve exhibir o documento da obrigação, e requerer que tomada ella por termo, se intime ao reclamado, para que declare o que oppõe á dita reclamação, assignando-se-lhe o prazo de uma audiencia para fazel-o, e procedendo-se a provas, quando necessarias. Se o reclamado oppõe embargos relevantes corre a causa ordinariamente.

quirindo-se as testemunhas que ouvirão as palavras do testador. A Ord. reconhece além deste testamento, o testamento nuncupativo escripto que differe daquelle de que tratamos, em que neste o testamento é escripto por uma pessoa privada que serve de tabellião, e naquelle é o testamento pronunciado de viva voz e conservado na memoria das testemunhas.

Por praxe costumão as testemunhas tomar notas para que melhor conservem na memoria as palavras do testador, as quaes se costumão receber em juizo, para por ellas se fazer a inquirição. Daqui resulta a distincção que alguns escriptores fazem do testamento nuncupativo — escripto e — manuscripto. A Ord. faz menção de ambas estas especies, mas não com esta mesma denominação. (1)

O que é certo, porém, é que este testamento tira a sua força da redução, isto é, da inquirição feita em juizo das testemunhas que a elle assistirão. Suscit-se aqui uma questão, que é discutida pelos escriptores, e vem a ser se — a inquirição das testemunhas nestes testamentos é exigida *pro fôrma* ou *para prova* do acto: Mello Freire julga que a inquirição das testemunhas é necessaria sómente para prova, e dahi deduz a consequencia de que achando-se presente maior numero de testemunhas, ou todas as que assistirão ao acto, mesmo que não sejam todas contestes, mas a maior parte, ou que faltando alguma por ter fallecido ou se ausentado, podem, as que ficarem, serem inquiridas, e em qualquer destas circumstancias ser o testamento reduzido a publica fôrma. Outros estabelecem que a inquirição é *pro fôrma* do acto, e por isso sustentão que se não podem ser todas as testemunhas inquiridas ou se não são contestes, não póde o testamento ser reduzido.

E' desta opinião Portugal e todos os mais escriptores portuguezes. Comquanto a opinião de Mello Freire seja muito respeitavel, por isso que basta ser delle para ter muito valor, comtudo não é a que foi aceita, não porque elle tivesse errado, (escriptores de sua ordem nunca errão), mas porque a praxe seguiu de preferencia a opinião de Portugal e dos outros es-

(1) L.4, T. 80, §4 — Póde-se testar nuncupativamente, diz Coelho da Rocha § 682, se o testador por não ter tempo de approvar o testamento que, tinha feito por escripto, o manda ler á hora da morte perante as testemunhas, declarando ser esta a sua vontade — Doutrina que é de Voet — *ad. Pand.* L. 28, T.1, n.10 e com a qual concordão Cor. Tel.— *Dig. Port.* Tom. 3, n. 1,802 e 1,803 e T. de Freitas *Consol.* art. 1.053, nt. a. — E' este o chamado testamento nuncupativo *escripto*, delle trata Menezes — *Juizes Div. c.2, § 40.* — Diz se, porém, que é *manuscripto*, quando as testemunhas tomão por escripto um apontamento das disposições do testador, para auxiliar-lhes a memoria por occasião da redução o que não altera a natureza de testamento nuncupativo, como diz Mel. Fr. L. 3, T.5, § 10.

criptores. E' pois, de necessidade que sejam inquiridas todas e as mesmas testemunhas que presenciaram o testamento e sem que ellas discrepem em seus depoimentos. (1)

Agora estabeleceremos qual a fórma pela qual se faz a redução dos testamentos, que é a seguinte: o herdeiro instituido, no testamento que se quer reduzir, requer ao juiz pedindo que reduza o testamento nuncupativo conforme as notas tomadas pelas testemunhas, ou conforme o testamento escripto por pessoa privada, afim de servir de base á inquirição; e quando não ha estas notas, nem esse testamento escripto, deve-se no requerimento fazer menção das disposições do testador.

O juiz despacha o requerimento, mandando proceder á inquirição com citação dos herdeiros que devião succeder *ab intestato*. E' esta a fórma pela qual os nossos escriptores ensinão que se deve proceder á redução dos testamentos.

Alguns, porém, pretendem que deve ser ouvido o promotor de residuos e capellas, como agente do ministerio publico não será inconveniente que seja citado, por isso que sendo uma das obrigações do juiz a redução dos testamentos, pôde a audiencia desse promotor servir de luz ao juiz: mas não encontramos nem disposição legal, nem praxe autorisada que isto declare.

Citados os interessados que são, como já vimos, os que devião succeder *ab intestato*, e marcado o dia para a inquirição, procede-se a ella, e a pratica é que é o proprio juiz quem inquire, porquanto trata-se ahi de interesse publico, podendo as partes entretanto requerer ao juiz para fazer taes ou taes perguntas necessarias para melhor esclarecimento do fac-

(1) Mel. Fr. L.3, T.5, § 10. nt. fundado em Bhæmero e Strikio sustenta que — *uno quogue, vel alio teste mortuo, testamentum per duos, qui supersunt, probari et recognosci potest*, sendo acompanhado por Struv. e Furgol e outros citados por Lobão — *Diss.* 3º em supplemento ás *Nottas a Mello* § 52, á vista de cuja opinião exclama Lobão — “o grande Mello aqui *magnum erravit errorem.*” — Effectivamente contra tal opinião se pronuncia os nossos Reinicolas — Portugal de *Donat.* L.3, c 16, n. 12 — Phæbo — *Dec.* 75. ns. 6 e 7 — Vallasco *Cons.* 183 — Macedo *Dec.* 2. n. 11 — Pinheiro de *Testam.* P. I. *disp.* 2, Sec 5, § 5, e Netto de *Testam.* L. 1 T.8, n. 8 — A Ord. do Liv. 4, T.80, § 4 e o rigor com que as leis patrias cercão os testamentos convencem de erronea a opinião de Mello, a qual só poder-se-ha sustentar, como diz Per. de Carv. (nt 154) na hypothese da Ord. do L.3, T.60. § 6, quando se trata de provar o theor e existencia do testamento que reduziu-se, e que depois de reduzido desencaminhou-se. — Se, porém, forem vivas algumas outras testemunhas além das numerarias, que ouvirão a disposição nuncupativa, se pôde com ellas supprir o numero das que morrerão — Cordeiro — *Dub.* 10, n.14 e 4 n. 30.

to (1). Feita a inquirição dá-se vista aos interessados, e estes confissão ou contestão os depoimentos: se confissão, julga-se por sentença e o juiz ha o testamento como reduzido e o manda cumprir como valido; se os interessados contestão, podem offerecer por *itens* os seus artigos, afim de provar o que lhes convier em ordem a impedir o julgamento da reducção do testamento. Feita a contestação pelos interessados, déclara-se a causa em prova e segue os mais termos das causas summarias. Até aqui ha particularidade neste processo; daqui em diante, porém, segue o mesmo processo das causas summarias, por isso o Comp. o menciona. (2)

— Em 17º lugar enumera o Comp. — *as causas de reforma de autos*. Quando acontece perderem-se autos, podem elles ser reformados para continuarem do ponto em que se achavão, ainda mesmo estando julgados, podendo requerer a reforma não só a pessoa em cujo poder elles se perderão, como qualquer interessado na causa. O primeiro acto que se pratica nestas causas é o juiz deferir juramento ao individuo, em cujo poder se perderão os autos, de que elles forão realmente perdidos.

A praxe antiga, que era muito boa, mandava que quando se perdessem alguns autos, se denunciasse isto ao parochio, para que na missa conventual declarasse ao povo o extravio aos autos, e exhortasse, sob pena de excommunhão, áquelles que sabião da existencia dos mesmos autos a declaral-o. Feitas as denuncias, não apparecendo alguém que desse noticias dos autos, pedia-se ao parochio uma especie de certidão em que isto se declarava e que se ajuntava aos autos.

Esta diligencia tinha por fim mostrar que realmente tinhão-se perdido os autos e estavam desvanecidas todas as esperanças de enconral-os.

(1) Menezes — *Juizos Div. c.2, § 41, nts. 1, 2 e 3* — diz que a inquirição na reducção dos testamentos nuncupativos incumbe ao inquiridor: pelo que, hoje, em vista dos arts. 11 e 25 da *Disp. Prov.* devião ser inquiridas pelas partes, seus advogados e procuradores. Esta opinião, porém, não era a seguida em Portugal, onde o juiz era quem neste caso fazia a inquirição, sem que podesse commettel-a a outro inquiridor, como affirma Lobão — *Diss. 3ª em suppl. ás Nottas a Mello §32, fundado em Portugal de Donat. L.3, c.16, n.15.* — Netto *de Testam. L.1, T.4, n.8 in fine* e Pegas *ad Ord. Tom. 4, pg. 241, n.34.* — Concordão tambem Per. e Souza, nt. 1,029 e Per. de Carv. nt.154.

(2) O processo de reducção se póde ver em Lobão — *Diss. cit. na nt.anterior.* — Per. de Carv., Per. e Souza e Menezes na mesma nt. citados, e ainda em Vanguerve — *Pr. Jur. P.4, c.5, ns.18 e segs.,* e Gouvêa Pinto — *Tr. de Test. c.6.*

Constando que malmente estão os autos perdidos, o juiz manda o escrivão certificar qual o estado em que se achava a causa, não só pelo que constar do seu protocollo, como por aquillo que conservar de memoria; com esta certidão do escrivão, a pessoa que requer a refôrma nos autos offerece os seus artigos, deduzindo os termos em que se achava o processo extraviado; recebidos estes artigos, dá-se vista delles á parte interessada para confessar ou contestar; se a parte confessa, julga-se por sentença os autos como reformados para poder-se nelles continuar; se a parte contesta, declarasse a causa em prova, afim de que ambas as partes provem os seus adegados, e segue a causa os mais temos summarios. Antigamente, quando o processo que se reformava estava já julgado, da sentença que o reformara cabia a appellação; se, porém, elle não estava ainda julgado, da sentença de refôrma cabia agravo. Hoje regula esta materia o Reg. de 15 de Março de 1842, que se deve consultar. (1)

— Em 18º lugar menciona o Comp. — *as causas de soldadas*. Estas causas são tambem summarias, por isso que a parte deduz na sua petição o tempo de serviço, quanto ganhava, o que recebeu, e o que se lhe deve. Feito e despachado este requerimento, cita-se o réo e accusada a citação, faz-se a causa com vista a elle para confessar ou contestar; se elle a contesta, declara-se immediatamente a causa em prova, seguindo-se os mais termos das causas summarias. (2)

— Em 19º lugar enumera o Comp. *as causas de tomo e demarcações*. (3) A primeira destas causas consiste na descripção que se faz dos bens de um particular ou de uma Corporação para se fazer o tomo dos mesmos. O juiz competente

(1) Vd. sobre esta materia Per. e Souz. nt. 1,030 — Sobre os recursos vd. no direito portuguez o Ass. de 23 de Maio de 1758 que dava agravo de petição ou instrumento das sentenças que julgavam reformados ou não os autos perdidos ou queimados, em que ainda não havia sentença definitiva, cuja disposição vigora entre nós por força do art. 15, n.8 do Reg. de 15 de Março de 1842.

(2) Ord. L.3, T.50, §2 — Vd. Per. e Souz. nt. 951 Lobão *Acç. Sum.* §§ 415 a 424 e *Zacchias de Salar.* quest. 92, n.7, o que se entende dos salarios dos criados de que trata a Ord. L.4, T.29. As soldadas dos que se obrigão por contracto de locução de serviços regulão-se pela lei de 13 de Set de 1830, sendo nacionaes, e pela lei de 11 de Out. de 1837 sendo estrangeiros. Estas leis marcão a fôrma dos respectivos processos. — Quanto ás soldadas dos orphãos que por sua condição devão assoldadar-se veja-se Per. de Carv. nt. 222.

(3) Tombo é o catalogo e descripção judicial das fazendas, direitos e patrimonios com reconhecimento de titulos, posse, medida e marcação do terreno — Menezes *Pratica dos Tombos* pg. 367.

manda fazer os livros, numera-os e rubrica-os, com termos de abertura e encerramento, e ahí se faz a declaração dos bens que se querem descrever, declarando-se a sua situação, qualidades, o estado em que se achão, o modo de sua aquisição, e o mais que fôr necessario para que ao depois não se mova duvida.

Feita esta descripção, pôde alguma pessoa interessada contestar a inclusão de certos bens nesse tomo, vindo com os seus artigos, os quaes são admittidos, seguindo-se a prova e os mais termos summarios.

Quanto ás causas de demarcação, ha mais alguma cousa de particular. Pôde se fazer as demarcações em dous casos diversos, que convém distinguir: — 1º, quando os predios se achão *pro indiviso*, mas cada um dos confinantes tem seus limites constantes os seus titulos, não estando porém estes limites fixados; — 2º, quando já existirão os marcos, mas desaparecerão. Em cada um destes casos pôde-se rectificar os limites pelos titulos respectivos ou pelo testemunho de pessoas antigas do lugar. Differe, porém, muito esta questão, que é de demarcação, da de divisão de terrenos ou predios. Supponha-se que duas ou mais pessoas tem parte em um mesmo predio, mas que nunca se fez a divisão da parte pertencente a cada um; vivem em uma sociedade particular: neste caso, querendo se dividir a parte que pertence a cada um, a questão é de divisão, conhecendo o juiz qual a parte que compete a cada um, e assignando-a. Na demarcação, porém, não é assim: cada proprietario tem sua parte determinada, mas ou nunca se pozerão os marcos ou estes desaparecerão; a questão, pois, neste caso não é fazer-se uma divisão, mas verificar-se uma demarcação, o que são cousas diversas: é da demarcação que tratamos. Quando dous predios limitrophes nunca forão divididos (o que succede frequentemente) e um delles é vendido, no titulo determina-se que as divisas serão por este ou aquelle rumo, de tal a tal rumo. Bem se vê, porém, que não basta isto, e necessario que se fixem os marcos para tornar certa as divisas, não só porque esta designação das divisas constantes dos titulos é quasi sempre confusa, como pôde no tirar-se a linha divisoria, fazer-se passal-a antes por um lugar que por outro, mormente quando a divisão não é em linha recta, quando não ha dous pontos certos, ou quando é em uma linha quebrada; nestes casos, embora os titulos sejam claros, é preciso determinar-se as divisas, e mesmo quando os dous pontos são em linha recta, mas muito distantes, ha a necessidade dos marcos, alias não é possível conhecer-se ao certo as divisas de um terreno. Por estas razões, quando os titulos designão os limites de um terreno, mas não ha marcos divisorios que assignalem as divisas, ou quando tendo já existido não ha mais memoria delles, podendo-se por isso suscitar questões, em todos esses casos ha processo da demarcação de divisas.

Mostramos quaes os casos em que tem lugar a acção, agora vamos mostrar qual é o processo. A parte interessada requer ao juiz declarando que possui um predio, e este tem certos limites, descreve-os, e allega que estes limites ou não se fixarão ou que os marcos forão destruidos, e termina pedindo se fixem marcos ou se avivtem os marcos, como se costuma dizer.

Manda-se citar o dono dos terrenos confinantes, é de todos os outros terrenos por onde possão passar as divisas, não bastando citar sómente aquelle com quem se tem a duvida. Feita a citação, as partes comparecem para se louvarem no piloto e em dous ajudantes de cordas para a demarcação. No dia designado, o juiz, tomado o juramento dos individuos que tem de proceder á demarcação, procede ao exame e medição da corda e abre-se a diligencia, procedendo-se nella ao exame dos titulos de cada uma das partes, tomando um ponto de partida para as divisas, segundo o que constar dos titulos ou de informações que o juiz pôde tomar para auxiliar-se na demarcação. No lugar designado para começo da divisa, fixa-se ahí o primeiro marco de pedra ou de madeira, com duas faces, — a direcção para a direcção que toma o rumo, e tem tambem — duas testemunhas — que são dous pequenos marcos, que designão a direcção das divisas, de modo que quando se chega ao marco conhece-se por elle o rumo da divisa, e pelas — testemunhas — a direcção que ellas tomão. Antes de fixar-se o marco, o official de justiça dá um pregão, declarando que o juiz da medição mandou affixar ali aquelle marco, e que se alguém se oppuzer ao rumo que tomão as divisas se apresente para embargar. Se ninguém se apresentar, fixa-se o marco. Se depois de fixos os marcos, alguém julga que elles prejudicão os seus interesses, pôde embargar, allegando a razão que tem para isso, e o juiz recebe os embargos, não obstante, porém, elles, o juiz continua com a demarcação, correndo os embargos em separado. Começada a demarcação, continúa sem interrupção, e apparecendo embargos vae-se com a medição por diante, sendo os embargos discutidos separadamente. Se os embargos são offerecidos depois de feita a medição, não se os recebe mais, e só pôde-se reformar a demarcação por acção ordinaria. Fixados os marcos, o piloto com a bussola, verificado o rumo, vae com os ajudantes de corda medir o espaço, e onde parecer conveniente, ou a aprazimento das partes, fixão novos marcos, e assim se vae determinando toda a extrema do terreno, ou aquella parte que convém. Esta é a fôrma. (1)

Convém, porém, ainda fazer mais algumas observações sobre este processo frequente, que os Srs. podem ter occasião

(1) Sobre a fôrma de proceder-se veja-se Per. e Souz. nt. 1,003 e extensamente — Menezes *Pratica dos Tombos*, encontrando-se á pg. 185 o formulario da acção de Tombo.

de tratar. Dissemos ha pouco que o juiz da medição, quando ella era requerida, mandava citar as partes para se louvarem no piloto e nos ajudantes de corda: isto, porém, dá-se no caso em que a parte contraria não se opponha.

Continuaremos. (1)

(1) Um accidente lastimavel (o desastre de 6 de Setembro de 1865 na inauguração da estrada de ferro de S. Paulo) impediu que o illustrado professor terminasse as suas prelecções, das quaes colligimos para nosso uso, e de alguns collegas, estas lições, de apontamentos tomados ao correr da exposição. Conhecemos que muitas vezes tiramos á phrase precisa e elegante do sabio mestre a sua força, porém, apenas procuravamos apanhar o pensamento, e a nós e não a elle se devem attribuir os erros que por ventura se encontrão; pois, como fica dito, redigiamos sobre apontamentos e muitas vezes com o unico auxilio da memoria.

Destas Licções se ião publicando diariamente, á tarde, no anno de 1865, as que erão pela manhã explicadas na Faculdade, pelo que foi muito imperfeito o trabalho; e tornados rarissimos os poucos exemplares que se imprimirão, annuimos aos constantes pedidos de uma nova edicção, mais pelo desejo de satisfazel-os, do que levado por qualquer outro motivo. Procuramos nesta segunda edicção sanar as incorrecções da primeira, e addicionamos-lhe algumas notas no sentido de melhor intelligencia do texto, feitas porém sempre ao correr da penna e á medida que se ião publicando. Possa isto servir de desculpa para as imperfeições de que estão cheias.

FIM DO PROCESSO CIVIL

PROCESSO CRIMINAL

LENTE — O DR. CLEMENTE FALCÃO DE SOUZA. FILHO

COMPENDIO — RAMALHO — ELEMENTOS DO PROCESSO CRIMINAL

LICÇÃO LXVI

Vamos começar o estudo do Processo Criminal. Previno, porem, aos Srs., que, conquanto seja exacto que neste estudo, assim como em todo aquelle que tem de ver ar sobre o modo de entender as leis patrias, appareça uma infinidade de questões, eu não descerei á ellas, já porque não temos tempo para tanto, já porque é mais conveniente que o nosso estudo abranja o todo do processo criminal, sem descer á questões que, tomando-nos o tempo, não nos deixaria fazer um apanhado geral do processo criminal.

Não pretendo parar sobre as proposições e paragraphos da lei, dando a elles o desenvolvimento que é costume dar-se nesta Cadeira, julgo melhor fazer um esqueleto do processo criminal sem descer á questões destas, que a cada passo se suscita na intelligencia de qualquer texto.

Pretendo, na presente prelecção, esgotar a primeira parte do Comp., em que elle trata da — ORGANISAÇÃO JUDICIARIA. Ha uma razão especial para procedermos a este estudo tão de levadio, visto que não é este estudo uma especialidade unica do processo criminal, liga-se elle ao de outras questões nas quaes os Srs. já não são hospedes, porquanto, no Direito Administrativo terão tido já occasião de estudar a hyerarchia criminal. Não tem as autoridades criminaes funcções bem discriminadas das administrativas, pois devem ter visto nos estudos do Direito Administrativo que em uma autoridade judiciaria se encontram funcções administrativas, a vice-versa em uma administrativa se encontram funcções judicias, por isso disse que a ma-

teria contida nos primeiros §§ do Comp. não é doutrina exclusiva do processo criminal, o della devem os Srs. naturalmente ter já conhecimento.

O nosso primeiro trabalho será *definir o processo criminal*, e aceitamos a noção que delle dá o § I do Comp.: — *O processo criminal comprehende duas partes distinctas — as leis relativas á criação e competencia dos tribunaes juizes e mais funcionarios que constituem a hierarchia judiciaria e as que reguão a ordem e as formulas judiciaes, que os juizes devem observar ácerca da prevenção, indagação dos delictos e punição dos delinquentes. A primeira parte constitue a organização judiciaria, propriamente dita; a segunda abrange as regras de formalidades necessarias para a recta administração da justiça o que em sentido stricto se chama — processo.* Temos, pois, que com estas duas materias havemos de occupar a nossa attenção.

Soccorrendo-nos dos principios do Direito Administrativo, encontramos na — policia — duas missões distinctas: a de prevenir e a de punir, e aqui, como sempre, o nosso Direito Administrativo não tem bem discriminado as raias entre as autoridades administrativas e de judicatura, porquanto muitas vezes vemos autoridades que em suas feições geraes são administrativas, exercendo por outro lado attribuições de juizes, como por exemplo, os juizes do direito que sendo pela nossa Constituição magistrados togados, nós os vemos muitas vezes com attribuições puramente policiaes, podendo-se, pois, desta sorte distinguir em uma mesma autoridade attribuições distinctas.

Entre as muitas divisões do direito, apparece sempre a principal de — direito civil e criminal: — o civil, considerado na sua mais larga amplitude, abrange todas aquellas disposições em que, se não encontra uma penalidade, em que não apparece o crime, abrange, pois, o direito commercial. Já estudarão os Srs. como o direito civil tem vida e realisação nos tribunaes, como o modo pelo qual elle se realisa se divide em acções ordinarias, summarias e summarissimas; já virão como as disposições do direito commum erão modificadas pelas necessidades da legislação especial — direito commercial, de hoje em diante vão vêr os Srs. como se realisa o direito criminal. No 3º anno estudarão os Srs. Na theoria do direito criminal, vão agora ver a segunda parte deste direito, a realisação desses preceitos que já são conhecidos, e que fazem com que as leis não sejam mortas, tenham vigor na sociedade, pela execução que dellas fazem os seus agentes.

Bem estabelecido é o methodo do Comp., de em primeiro lugar mostrar a organização judiciaria, e em segundo as fórmas do processo criminal, as quaes, no dizer dos Praxistas, são garantias para o accusador, para o accusado, para o juiz e para a sociedade inteira: para o accusador, porque, aquelle que foi victima de um crime encontra na lei um remedio para apanhar o delinquente, e fazer com que elle não escape a punição: para o accusado, porque nao terá de receiar o arbitrio de seu julga-

dor, porquanto, previamente sabe o que para, com elle se deve praticar: para o juiz, porque vê o seu procedimento pautado anteriormente, cerceando-lhe assim o arbitrio, que o deixava muitas vezes em graves embaraços, sem saber como devia proceder, o que no nosso paiz infelizmente succede em relação ao processo criminal militar, no qual não encontrando o julgador um artigo de lei para nelle encabeçar um facto que se reconhece criminoso, tem por isso muitas vezes de applicar a disposição de uma lei feita para um facto aliás muito distincto.

Ferida a paz e a tranquillidade da sociedade, apparece a necessidade da punição; vamos vêr quaes são as autoridades á quem compete esta punição. Recordando um preceito constitucional muito conhecido, de que no nosso juizo as causas se julgão em duas instancias (1), nós vemos isto realisado tambem no processo criminal, em que os diversos juizes que nelle julgão pertencem a duas instancias, reunindo-se nellas as diversas autoridades que o Comp. menciona no Cap. I, como tendo jurisdicção policial e criminal.

Neste Cap. enumera-se as autoridades criminaes, segundo a sua ordem hyerarchica, a saber: 1º, o Supremo Tribunal de Justiça, que exerce funcções em todo o Imperio — 2º, as Relações nos seus districtos judiciaes — 3º, os chefes de policia em suas Provincias, sendo estes collocados antes dos juizes de direito, porque elles só exercem jurisdicção em sua comarca, ao passo que tem os chefes de policia muitas comarcas sob sua jurisdicção — 4º, os juizes de direito nas comarcas — 5º, os juizes municipaes e delegados de policia nos termos ou municipios — 6º, os juizes de paz e subdelegados nos seus respectivos districtos — 7º, os inspectores nos seus quarteirões — 8º, o jury, o qual julga sòmente do facto, competindo ao juiz applicar a lei. Muitas vezes um jury conhece dos crimes de dous ou tres termos, por não haver em um só delles numero sufficiente de cidadãos com as qualidades que a lei exige para jurados.

Daqui em diante vai o Comp. estabelecendo como apparecem estas diversas autoridades na hyerarchia judiciaria, quaes as honras de que gozão e as funcções que exercem. Começa pelo Supremo Tribunal de Justiça. Não temos a respeito a dizer mais do que aquillo que se acha no Comp., por isso não nos demoraremos sobre seus §§, pois apenas pararemos para mostrar alguma opinião errada que vai lavrando no nosso fôro.

No § IV trata o Comp. da organização do Supremo Tribunal de Justiça, dizendo que reside na Côrte, com jurisdicção em todo o Imperio, que compõe-se de 17 juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades, dos quaes um serve de presidente: diz mais que tem o titulo de — Conselho, tratamento de — excellencia, usão de béca e capa, são perpetuos e responsaveis por seus actos e só por sentença perdem os seus lu-

(1) Const. art. 158.

gares. Vêm pois, os Srs., que se nós dispuzessemos de mais tempo, seria agora ocasião de discutirmos a questão que ultimamente occupou o parlamento e a imprensa, de saber se podião, nas circumstancias anormaes que se dizem existião quando foi publicado o decreto de 30 de Dezembro de 1863, ser aposentados os ministros do Supremo Tribunal de Justiça. Os Srs., porém, já não precisão de guia para esses estudos, e a questão foi amplamente discutida e naturalmente a acompanharão.

Passa depois o Comp. a enumerar as attribuições do Supremo Tribunal de Justiça. Sabem os Srs. que os nossos juizes pertencem a duas instancias. — superior e inferior, e que quando a lei não estabelece o contrario, é permittido á parte que perde a causa no juizo inferior, appellar para o superior, e ainda mesmo depois deste pôde requerer ao Supremo Tribunal de Justiça, pedindo que mande rever o processo, e então este tribunal conhece do merecimento da allegação, e a julga procedente indica uma nova Relação para que a reveja; é isto o que se chama — recurso de revista: mais tarde veremos os casos em que elle tem lugar. E' por isso que das leis que o Comp. cita se deduz a proposição por elle estabelecida de que a este tribunal compete — *conhecer ou denegar revista*.

Pertence em segundo lugar a este tribunal *conhecer dos erros de officio que commettem os seus ministros, os da Relação, empregados no corpo diplomatico presidentes de provincias, arcebispos e bispos, assim como os crimes individuaes destes*. Sobre isto direi que esta proposição do Comp. é firmada nas leis que cita. A respeito, porém, dos bispos e arcebispos, não passa por seguida a jurisprudencia do Comp. Até certo tempo os bispos tinham juizes especiaes como empregados publicos, mas se commettião factos criminosos como individuos, podião ser levados ao jury como qualquer cidadão: a lei, porém, de 18 de Agosto de 1851 estabeleceu o principio opposto. Tem se entendido que esta lei diz respeito aos delictos de emprego e não aos de individuo: comquanto já vissemos sustentada esta doutrina pela imprensa, ella entretanto, não merece sympathia e melhor nos parece a do Comp. Não é só quando o bispo commetter delictos como empregado, por exemplo, quando conceder licença a menores para se casarem sem consentimento de seus paes ou tutores, como mesmo quando praticar qualquer delicto, que elle deve ser louvado a responder perante o Supremo Tribunal de Justiça.

O fundamento da doutrina contraria a esta que seguimos é que, sendo esta uma lei de privilegio, não se pôde nunca entendel-a em sentido amplo; este principio, porém, de hermeneutica deve ser entendido de harmonia com este outro, de que não se deve restringir o privilegio á ponto de completamente nullifical-o; alem de que attendendo-se á razão da lei vê-se que o legislador o que quiz foi evitar o escandalo de um principe da Igreja ser levado aos tribunaes communs.

Devemos, pois aceitar como principio verdadeiro aquelle que é estabelecido pelo Comp. No restante do § apresenta o

Comp. outras attribuições deste Tribunal e as dos seus membros, o que tudo se encontra na lei de 18 de Setembro de 1828.

O mais que se segue no Comp. até o fim desta primeira parte, até a pagina 45, é claro e deduzido da lei, por isso não nos demoraremos em fazer a leitura dos §§, pedindo entretanto aos Srs. que o fação. Encontramos, porém nesta parte, cuja leitura recommendamos, o § 72, no qual se suscita uma questão que tem ultimamente sido muito debatida, especialmente no fóro desta Capital, e vem a ser se — os officiaes de justiça do juizo de paz podem ser nomeados por este juizo. A questão que vou aventar é — qual é a autoridade que nomêa os officiaes de justiça do juizo de paz e não é sem importancia esta questão, porque competindo a estes officiaes fazer as citações para as conciliações, que são peças substanciais dos processos, se a autoridade que nomeou o official de justiça não fôr competente, será nulla a citação por elle feita, podendo assim na instancia superior annullar se todo o processo, em consequencia da verificação de que o official de justiça que fez a citação não era competente para fazel a. O Comp. não deixa claro o seu pensamento, diz apenas *que os officiaes de justiça dos districts são nomeados pelos subdelegados, e igualmente servem perante os juizes de paz e delegados*, e se alguma cousa se pôde daqui inferir é que os officiaes de justiça nomeados pelos subdelegados podem servir perante o juiz de paz, mas não que este não os possa nomear. O Comp. cita os artigos 17 e 52 do Regulamento de 31 de Janeiro de 1842; o art. 17, porém, não solve a questão. E' nestes artigos que se baseão os que sustentão a opinião que não julgamos aceitavel, e se assim procedemos, é porque o art. 20 do Codice do Processo diz que os officiaes de justiça do juizo de paz serão nomeados por elle e se isto é disposto por um artigo de lei, e se a da Reforma Judiciaria de 3 de Dezembro nada alterou a respeito, deve-se entender o art. 52 do Regulamento de modo que se harmonise com o art. 20 do Codice, porquanto nunca poderemos admittir que um artigo do Regulamento revogue um artigo de lei. Em conclusão, pois, diremos que podem os juizes de paz nomear os officiaes de justiça de seu juizo, o que não exclua que os officiaes de justiça do subdelegado possão servir perante o juiz de paz (1).

(1) Doutrina contraria se acha consagrada no Av. n. 38 de 23 de Janeiro de 1867. Em vista do art. 3º do novo Dec. n. 4858 de 30 de Dez. de 1871, cessa esta controversia, pois dispõe o seguinte: “E’ da competencia de quaesquer juizes a nomeação e demissão dos officiaes de justiça que perante elles servirem.”

LICÇÃO LXVII

Dissemos que no estudo do Processo Criminal tinhamos de considerar duas partes distinctas, nas quaes se examinão o theatro em que se passa o processo Criminal, e quaes as autoridades a quem compete a prevenção e punição dos crimes.

Na licção Antecedente esgotamos a primeira parte, em que se enumerão as leis relativas aos varios funcionarios que exercem attribuições criminaes, e partindo do Supremo Tribunal de Justiça, que se acha na cupola, no ponto mais culminante da nossa organização judiciaria criminal, viemos hyerarchicamente descendo de grau em grau até ao inspector de quartelão, onde se termina o elo dessa cadeia hyerarchica; examinando tambem as funcções do official de justiça que, comquanto não tenha jurisdicção, é um auxiliar das autoridades criminaes, e não podia ficar esquecido nesta primeira parte do programma de nossos estados.

Hoje vamos encetar o estudo da segunda parte, na qual teremos de examinar as fôrmas pelas quaes se realizão em juizo as acções criminaes. Antes, porém, disto apresenta o Comp. em alguns §§ idéas preliminares indispensaveis ao conhecimento do Processo Criminal, idéas estas, que elle reúne neste TITULO I, que tem por epigraphe — NOÇÕES GERAES DA ACÇÃO PUBLICA CRIMINAL, DA ACÇÃO PARTICULAR CRIMINAL, E DA ACÇÃO CIVIL. — COMPETENCIA.

Vamos entrar, pois, no estudo desta materia e, como sempre, andaremos rapidamente para chegarmos em breve ao estudo das fôrmas. A primeira noção que nos dá o Comp. é a divisão da administração da justiça em relação ao seu objecto, e conforme varia este, é o processo civil ou criminal: se a contestação é relativa no patrimonio de alguém (notem que no Comp. por erro typographico se diz — patrocínio —), a acção é civil; se, porém, a funcção do juiz não é declarar um direito que affecta o patrimonio de alguém, mas verificar a existencia de um facto criminoso e a moralidade do seu agente para punil-o, a acção é criminal.

São estes os dous unicos fins que tem em vista o processo, e pelos quaes se propõe uma acção em juizo. Quando os Srs. estudarão o Processo Civil, já virão em que elle consistia; devemos, porém, comtudo dizer alguma cousa sobre esta divisão que faz o Comp. do processo em relação ao seu objecto. Vêm os Srs. quaes são as funcções dos juizes, quer no fôro commum, quer nos juizos especiaes do commercio e de orphãos, em que se discutem as questões mercantis, ou as que affectão os interesses daquelles que não tem pai, quer finalmente nos juizos administrativos, sempre os julgamentos referem-se ao augmento ou diminuição do patrimonio de alguém. Por exemplo, quando se trata perante o contencioso administrativo de revalidar um sello que não foi pago em tempo, ou de restituir

uma siza que foi indevidamente paga, o julgamento affecta sempre o patrimonio de alguém; tambem nos juizos de orphãos, quando se trata de verificar os sonegados em um inventario pelo inventariante, a decisão augmenta ou diminue o patrimonio do herdeiro. Conquanto no fôro civil encontremos algumas vezes causas que não se apresentão á primeira vista com esta feição geral de augmentar ou diminuir o patrimonio, com tudo se chega, sem grande esforço, a verificar que mesmo em certas acções especiaes não falha o principio estabelecido; assim, por exemplo, nas acções de liberdade, comqunnto a decisão contraria ou favoravel a ella não possa ser avaliada em uma quantidade pecuniaria, comtudo póde augmentar ou diminuir o patrimonio de alguém, por isso que se trata da realização de um direito, e os direitos fazem parte do nosso patrimonio.

Do mesmo modo quando se discute em uma acção o direito de filhos, os quaes, comquanto agora depois da lei de 2 de Setembro de 1847, não possão succeder senão com prêvio reconhecimento do pni, por escriptura publica ou testamento, podem comtudo aspirar as honras da familia, e então a familia entra tambem no vocabulo — *res* — e a acção affecta por consequente o nosso patrimonio. Nos casos em que não vemos realizar-se este principio, quando em uma causa a sua decisão não augmenta, nem diminue o patrimonio de alguém, é porque não são essas causas civis; são criminaes, tratando de verificar a existencia de um factio criminoso para applicar se uma punição.

Encontramos, pois, nas autoridades publicas jurisdicção de duas ordens — civil e criminal, e cingindo-nos ao nosso estudo, deixaremos de parte o Processo Civil, que já foi bem estudado, para occuparmo-nos sómente do Criminal.

No § 80 apresenta o Comp. — *a definição e divisão do Processo Criminal* — noções em que prosegue nos §§ posteriores. Define o Processo Criminal como Per. e Souz. nas Lins. Crim. § 1 — *a ordem legitima que se deve observar nos juizos criminaes.* — *Ordem legitima* — é este o primeiro elemento que o Comp. julgou indispensavel na definição, referindo-se á hyerarchia legal dos juizes, da qual já nos occupamos. Esta disposição é, porém, vaga, não só neste primeiro elemento, como quando diz — *juizos criminaes*, sem distinguil-os, porquanto elles por muitos modos diversos exercem attribuições criminaes, muitas vezes não podem mais do que attestar o factio criminoso, sem poder passar além como os juizes de paz, que só podem fazer corpos de delicto em relação ao crime (1), enviando-os depois ás autori-

(1) Assim era, mas pela nova Reforma Judiciaria, tem elles hoje outras attribuições no crime: processão e julgão as infracções de posturas municipaes; obrigão a assignar termo de segurança e bem viver e concedem fiança provisoria — L. de 20 de Set. de 1871, art. 2 e Reg. de 22 de Nov. de 1971, art.19.

dades encarregadas de proseguir no processo. Verificado o acto criminoso, porém, ainda segue-se a indagação do agente, e ainda aqui pôde o juiz proceder por modos diversos, umas vezes julgando que ha indícios de que o individuo commetteu o delicto, — e pronunciando-o, outras vezes, julgando-o sem criminalidade e absolvendo-o desde logo. Vêm., pois, os Srs. que a definição devia attender mais a estas diversas phases do Processo Criminal; comquanto ella seja boa, entretanto, o espirito pede mais alguma cousa, parece que o fim do Processo Criminal deveria ser indicado na sua definição. Outros praxistas dizem que o Processo Criminal — *é o modo pelo qual a lei regula as attribuições e o modo de proceder das autoridades criminaes para chegar ao conhecimento da verdade.* (1) Passando á divisão do Processo Criminal, vemos que ella é tambem — *ordinario e summario: ordinario* — quando se guarda a ordem solemne do direito, em que se concedem meios mais amplos tanto á accusação como á defesa; *summario* — quando pela pouca importancia do acto criminoso, ou pelo interesse publico ligado á causa, a lei prescreve um conhecimento mais abreviado, e exige uma decisão mais prompta.

No § 81 apresenta-nos o Comp. o Processo Criminal debaixo de um aspecto, que não é ordinario nem summario, mas *especial*; o qual tem lugar nos processos que dizem respeito aos crimes individuaes ou de responsabilidade de certas pessoas ou funcionarios publicos, estabelecendo as leis providencias especiaes, não só quanto á competencia do fôro, como á ordem do processo. A nossa Const. no art. 179, § 16, abolindo os privilegios, conservou entretanto aquelles que se ligassem aos cargos publicos por utilidade publica: assim, pois, tem julgado conveniente as nossas leis criminaes conceder a certos empregados publicos um fôro e uma fôrma de processo especial para quando delinquem. Assim ha um processo especial para os delictos de responsabilidade, dos empregados publicos que são processados perante, o juiz de direito; do mesmo modo virão os Srs. na ultima licção que o Supremo Tribunal de Justiça é quem julga dos crimes dos presidentes de provincia, bispos, arcebispos, etc.: tambem não ignorão que o Senado em certas circumstancias se converte em tribunal judiciario para conhecer dos delictos dos membros da assembléa legislativa. Todas as vezes que virmos um juiz que não é commum, conhecer de certos delictos, diremos que ha um processo criminal especial.

(1) Esta definição é identica á apresentada por P. Bueno, que define o — Processo Criminal — “o modo pelo qual a lei regula o andamento das acções criminaes, e juntamente os actos de justiça no juizo criminal, com o fim de conseguir o descobrimento da verdade e a justa applicação da lei.” — *Apont. sobre o Proc. Crim. Bras.* T.1, c.2, n.105.

No § 82 diz o Comp. que — *Juizo Criminal é a legitima discussão acerca de crimes, feita entre pessoas habeis, e por juiz competente. O lugar em que se exerce o juizo se diz — fóro.* Neste § enumerão-se as condições do juizo criminal, a saber: — 1º, que haja um crime, isto pelas noções anteriormente dadas, que aonde não apparece um crime a acção é civil; 2º, que as pessoas sejam habeis por isso que é principio geral de direito, que em juizo não podem comparecer aquellas pessoas que não tem aptidão para vir a elle, e sobre este ponto os principios do Processo Civil, que os Srs. já estudaram, são os mesmos no crime; 3º finalmente, que o juiz seja competente, isto porque como sabem, onde não ha juiz competente, não ha juizo. (1)

No § 83 diz o Comp. que — *para formação do juizo criminal se requerem pelo menos tres pessoas — juiz competente, réo e escrivão.* Algumas vezes, porém, apparecem quatro pessoas, o que dá se quando ha autor; outras vezes ainda apparecem mais, e isto quando o autor e réo comparecem com seus advogados: as pessoas indispensaveis, porém, são as tres mencionadas. apreciando-se os factos, parece que as vezes não se apresenta no juizo mais do que duas pessoas, assim, quando se trata de indagar a existencia de um facto criminoso, do qual não se conhece o agente, como, por exemplo, quando se acha a autoridade criminal em frente de um cadaver, procedendo ao corpo de delicto, aqui, comquanto haja juizo, não apparecem mais do que duas pessoas: juiz e escrivão. A razão desta duvida

(1) O juiz incompetente tem em relação á causa em que é incompetente a mesma jurisdicção que qualquer individuo, é por isso a competencia o primeiro facto que o juiz deve verificar. A incompetencia do juiz é um fundamento irrecusavel de nullidade, como diz P. Bueno (cit. na nt ant. n.108), donde resulta o brocardo juridico — *non est major defectus, quom defectus potestatis* — A incompetencia do juiz resulta da causa da pessoa ou do lugar: — *ratione materiæ, ratione personæ, ou ratione loci.* É tão importante a questão de competencia, que o nosso processo que não permitia ao réo na formação da culpa, outra defesa que não a resultante das suas respostas ao interrogatorio, contestação de testemunhas e producção de documentos, foi alterado pelo novo Reg. de 22 de Nov. de 1871, art.51, em relação á competencia, no qual se dispõe que — “A incompetencia do juiz do summario poderá ser allegada antes da inquirição das testemunhas ou logo que o réo comparecer em juizo. Se o juiz reconhecer a incompetencia remetterá o feito á autoridade competente para proseguir, a qual rectificará procedendo sómente á reinquirição das testemunhas se houverem deposto em auzencia do accusado e este o requerer. Se não reconhecer a incompetencia, continuará o summario, como se ella não fóra allegada. Em todo o caso será tomada por termo nos autos a alludida excepção declinatoria, ou seja offerecida verbalmente ou por escripto.”

provém das varias accepções em que se pôde tomar o juizo criminal; quando no juizo criminal apparece a discussão, é necessario que exista um réo, por isso que não apparecendo este, não pôde haver um julgamento; na hypothese que figuramos da autoridade que procede ao corpo de delicto, dá-se apenas um acto de jurisdicção, que tem por fim attestar o facto

Nos §§ 84 e 85 diz o Comp. que — *juiz competente é o que tem jurisdicção para conhecer da causa, e que — jurisdicção — é o poder de administrar justiça*, sendo para isso necessario o poder de processar, de julgar e de executar a sentença. Estes poderes ou elementos da jurisdicção criminal não se achão nunca todos reunidos em uma mesma mão. (1)

No § 86 diz o Comp. que — *a jurisdicção é plena ou limitada: — plena — quando o juiz a exerce em toda a sua extensão e comprehensão; — limitada — quando a exerce em parte*. Resta demonstrar o principio de que não temos uma autoridade que reúna em sua mão os tres poderes de — processar, julgar e executar—; a feição dos nossos juizes é de um ou dous destes poderes, não de todos. Realizado um facto criminoso, procede-se a indagações sobre elle e procura-se quem foi o seu agente; porém, até aqui não ha ainda uma apreciação; mais tarde então se aquilita do merecimento da acção, e se julga o individuo que a commetteu passivel ou não de uma pena; porém, ainda não pára aqui, vem depois a realização da pena e a execução da sentença. E aqui se verifica o principio que estabelecemos de que o juiz que julga não é aquelle a quem compete a execução: as execuções, pertencem ao juiz privativo dellas.

Em muitas circumstancias encontramos dous dos poderes reunidos; assim, quando um individuo tem infringido uma postura e que o subdelegado, delegado ou chefe de policia (2) que processa é o mesmo que julga, scindem se ainda as jurisdicções, porquanto, segundo o Codice do Processo, ha appellação para o juiz de direito (3), e nestes mesmos casos a execução compete a outras autoridades; logo, verifica-se que entre nós,

(1) Este é o principio geral, mas tem excepções, como se verá na licção seguinte.

(2) Hoje os chefes de policia, delegados e subdelegados não julgam mas as infracções de posturas — L. de 20 de Set. de 1871, art.9 — Reg. de 22 de Nov. de 1871, art.10, §2. — Incumbe este julgamento aos juizes de paz e municipaes — L. cit. art.2 — Vd. nt. 1 e Reg. cit. arts. 17, § 1 e 19 § 1.

(3) L. de 3 de Dez. de 1841, art. 78, § 1 — Reg. de 31 de Jan. de 1842 art. 452. § 2 — Av. de 30 de Julho de 1844. — Neste ponto não houve alteração pela Reforma Judiciaria. — Lei art. 7 — Reg. arts. 14 e 45.

não encontramos as tres attribuições dos juizes criminaes reunidas em um só. Não era isto assim em frente da antiga legislação portuguesa, porque reunindo-se na pessoa do rei todos os direitos magestáticos, tinha elle poder discricionario, e quando nas autoridades se encontravão reunidas as tres attribuições, era sempre por uma delegação regia; nas leis patrias, porém, não é assim, ha divisão de jurisdicções.

Ainda neste § 80 o Comp. apresenta a distincção de jurisdicção *privativa* e *cumulativa*; *privativa* — quando compete exclusivamente a algum julgador, — *cumulativa* — quando compete a muitos, emquanto algum delles não previne.

Nos §§ da Parte 1^a do Comp., cuja leitura recommendámos, ja tiverão occasião de ver que ha certas attribuições que podem ser exercidas pelo chefe de policia, delegados, juizes municipaes e subdelegados; quando porém, algum delles tiver começado a conhecer de um facto, não podem mais os outros conhecer delle, por achar-se preventa a jurisdicção. (1)

LICÇÃO LXVIII

Na licção antecedente entramos no estudo do TITULO I da PARTE II, em que tinhamos de apreciar *noções geraes de Processo Criminal, sua divisão e competencia*.

Indicamos a divisão geral do processo em — civil e criminal, segundo a acção tem por fim a realisacção de um direito que póde augmentar ou diminuir o nosso patrimonio, ou tem por fim vingar uma injuria ou fazer pesar sobre a cabeça de alguém uma penalidade por um facto criminoso.

Depois de dado este primeiro passo, dissemos que esquecíamos o processo civil, para occuparmo-nos sómente do criminal. Procurando depois uma definição dente processo, dissemos que aquella, que nos era dada pelo Comp., comquanto boa, deixava entretanto o espirito em duvida, por ser um tanto vaga, visto que nella não se comprehendia o fim á que procurava attingir o Processo Criminal, o então a completamos, apresentando uma outra definição, em que se tinha em vista esse fim.

(1) Hoje pela Refôrma Judiciaria não ha prevenção de jurisdicção no inquerito judiciario, podendo a autoridade judiciaria ou o promotor publico, dirigir-se a qualquer autoridade policial, e requisitar outras informações e diligencias necessarias, podendo tambem *ex-officio* qualquer autoridade policial colher informações e provas a bem da formação da culpa, ainda depois de iniciada — Reg. de 24 de Nov. de 1871, art.43, 2^a parte.

Vimos em seguida a divisão do Processo Criminal em ordinario e summario, segando o crime que se tratava de punir, era de grande importancia e produzia um abalo social, ou era de pouca importancia. Vimos tambem que havia um — processo especial, que se realisava quando o réo estava em cathegoria, que era mais conveniente ser processado perante um tribunal especial, no que não repugnava a Constituição do Imperio (1).

Depois definio-se o que era juizo criminal, e indicamos que, comquanto sejam tres as pessoas que devão sempre nelle intervir, não destruiu este principio o encontrar-se algumas vezes sómente — juiz e escrivão, como quando se trata de verificar a existencia de um facto criminoso e não é ainda o réo conhecido; neste caso é porque o juizo criminal é tomado em uma accepção que não é a technica e restricta, porquanto o juizo neste sentido suppõe sempre a discussão, e esta sómente dá se quando ha accusação e defesa, e por consequencia quando apparece o réo.

Vimos depois a divisão da jurisdicção em plena ou lata e limitada, e que na plena se comprehendião os tres poderes de — processar, julgar e executar, e dissemos que apreciando o que se passa na legislação patria, não encontramos um juiz que reunisse em si os tres poderes, porquanto, quando uma autoridade processa, não julga, e quando processa e julga não executa. Observando estes factos, dissemos que o typo, a feição geral dos nossos juizes era não terem jurisdicção plena; ha entretanto alguns casos que mostraremos, em que se resumem em um mesmo juiz os tres poderes, assim como nos delictos de contrabando, quando o réo não é preso em flagrante, que o juiz municipal é quem processa e executa pelas suas attribuições geraes, e é tambem quem julga definitivamente — L. de 3 de Dez. art. 17 § 1, e Reg. de 31 de Jan. art. 211 § 1 (2), ainda tambem nos crimes de alçada em que os juizes municipaes podem julgar definitivamente, elles processão, julgão e executão (3). Bastão estes factos para estabelecer principios de excepção á regra geral que apresentamos. Vimos finalmente no § 86 a distincção entre a jurisdicção — privativa e cumulativa.

No § 87, em que ficamos na licção anterior, diz o Comp. que: *prevenida a jurisdicção, os juizes que erão antes competentes*

(1) Const. art. 47 §§ 1 e 2, e 164 § 2.

(2) Hoje, em vista da nova Refôrma Judiciaria, passou para os juizes de direito, sem distincção de comarcas geraes ou especiaes, o julgamento dos crimes de contrabando, fóra de flagrante delicto: os juizes municipaes organisão sómente o processo. — L. de 20 de Set. de 1871 arts. 3 § 1, e 5 § 1º, e Reg. de 22 de Nov. do mesmo anno, arts. 13 §6, 14 § 1º e 16 §. 1º.

(3) Lei de 20 de Set. art. 4 — Reg. de 22 de Nov. art. 47.

ficção inibidos de conhecer do feito, ainda que superiores sejam; mas, quando dous ou mais juizes começo ao mesmo tempo á tomar conhecimento de uma causa, não estando ainda prevenida a jurisdicção, guarda-se o que dispõe a L. de 3 de Dez. art. 4 § 9 in fine, e o art. 246 do Reg.

Ha neste § duas hypotheses.

Sabem os Srs. que quando ha jurisdicção cumulativa, desde que um dos juizes competentes começou a conhecer do facto, todos os outros perderão por isso a jurisdicção para conhecer d'elle; assim, n'um caso de infracção de posturas, se o subdelegado proceder á citação do delinquente para lhe começar a instaurar o processo, ficão todas as outras autoridades, que podem processar as infracções de posturas, embora superiores ao subdelegado, inibidas de processar naquelle caso.

A segunda hypothese, é quando duas autoridades competentes começo ao mesmo tempo a conhecer de um mesmo facto, sem se poder dizer que uma prevenio a jurisdicção da outra, difficuldade esta que solve-se, segundo determina a L. da Ref. art. 4 e art. 246 no Reg. avocando o processo uma autoridade superior, e continuando a processal-o. Podem sobre isto consultar o Av. de 4 de Abril de 1843, que determina que concorrendo o delegado e o juiz municipal, deve preferir o delegado para o summario da culpa (1).

No § ultimo deste Cap., preliminar, o Comp. apresenta idéas que não são novas e que verão ir se realisando á proporção que proseguirem no estudo desta materia.

No Cap. I deste Titulo vamos estudar a — ACÇÃO PUBLICA CRIMINAL — ACÇÃO PARTICULAR CRIMINAL — E ACÇÃO CIVIL. Como sabem, nós não temos de nos occupar das acções civis, estas encontrão-se em outra paragem do processo, mas occupar-nos-hemos daquellas que nascem dos delictos.

Assim, diz o Comp.: *da infracção da lei penal nascem duas acções: — a criminal, que tem por fim a imposição da pena e a civil, que tende a obter a reparação do damno causado. — Per. e Souz. Lin. Crim. Nt. 581.* Estas proposições são verdadeiras: algumas vezes, porém, só a acção criminal póde ter lugar, por isso que, do delicto não resultou um damno a pessoa, tal é o caso do crime de uso de armas prohibidas e ataques á religião do Estado.

Se em alguns casos especiaes, como este que indicamos, não nasce do delicto acção civil, entretanto na generalidade dos casos, ao lado da acção pela qual se pede a punição de um delinquente, se póde pedir tambem a reparação de um damno, de um prejuizo causado pelo crime. Nas acções criminaes nós

(1) Não se applica hoje ao inquerito policial no acto do summario da culpa, em que não ha prevenção de jurisdicção, como declara o art. 43 2ª parte do Reg. de 22 de Nov. de 1871. — Vd. nt. 1 a pg. 321.

encontramos duas feições, a saber: que ellas podem ser tangidas ou por um particular ou pela propria autoridade publica: dahi a distincção entre — a acção publica e a — particular, assim, a acção de furto é uma acção particular, por que, salvo o caso de ser o delinquente preso em flagrante ou ser o individuo que soffreu o furto pessoa miseravel, não póde a autoridade publica processar ex-officio (1), para o fazer necessita da intervenção do particular offendido. Compete a acção publica em muitos crimes, como os de homicidio, roubo, etc. e estes se chamão assim porque o promotor publico ou o magistrado póde processal-os sem que sejam provocados por um particular, por isso vemos muitas vezes a autoridade procedendo a um corpo de delicto, umas vezes depois delle parar, outras proseguir: pára quando, por exemplo, tratando-se de offensas phisicas, são ellas leves, porque nestas a autoridade publica não póde proseguir sem que haja uma parte particular que promova a accusação; prosegue, quando as offensas phisicas são graves, porque nesta hypothese, independente de accusação particular, póde a justiça publica proseguir por intermedio de seu promotor (2).

Para esta matéria ser bem elucidada, precisamos soccorrer-nos de alguns principios que resultão do modo porque se acha dividido o nossoCodigo Criminal.

Sabem os Srs. que o nossoCodigo Criminal se divide em quatro partes distinctas: na primeira trata dos *delictos e das penas* em geral, na segunda, dos crimes publicos, e então se occupa dos crimes contra a independencia do Estado, contra o chefe do poder executivo, da peita, suborno, peculato e outros: na terceira, trata dos *crimes particulares*, que são aquelles em

(1) “E’ abolido o procedimento ex-officio, excepto: 1º nos “casos de flagrante delicto; 2º, nos crimes policiaes; 3º, quando esgotados os prazos da lei não fôr apresentada queixa ou denuncia; 4º, nos crimes de responsabilidade.” — Art. 49 do Reg. de 22 de Nov. de 1871. — L. de 20 de Set. art. 15. A abolição do procedimento *ex-officio*, nos termos das citadas leis, foi uma providencia salutar, a respeito do qual diz P. Bueno (*Proc. Crim.* n. 156 *in fine*) “Nada, porém, justifica o procedimento official, qual nossa lei estabelece, abuso nascido dos antigos erros, abuso proscripto pelo virtuoso Malesherbe: *Je cherche ici des juges et je ne trouve que des accusateurs.*”

(2) P. Bueno (*Proc. Crim.* n. 103), divide a acção criminal em publica, popular e particular, denominando — popular aquella que é concedida a qualquer do povo, para que possa accusar perante os tribunales os réos de certos crimes, que por sua natureza a lei entende que offende a todos e a cada um dos cidadãos, como os crimes de suborno, peita, peculato e concussão dos magistrados. — Const. art. 157 — Cod. do Proc. art. 154.

que é offendido directamente o individuo, e a sociedade só tem de vêr ahi em consequencia de uma offensa remota que soffre pelo abalo produzido pelo crime, tal é a maior parte dos crimes, o homicidio, o roubo, o rapto, etc: na quarta e ultima parte, trata o Codigo dos *crimes policiaes*, que são os praticados contra a Religião do Estado, a mendicidade, o uso de armas prohibidas, etc. Vemos, pois, que o Codigo reconhece tres classes de crimes: não é aqui a occasião competente de descriminal-as entre si, diremos sómente que não é possível do modo porque se acha organizado o Codigo Criminal apoderarmo-nos de um principio que possa abranger todos os crimes comprehendidos na quarta parte. Todos os criminalistas são accordes em sustentar que crimes policiaes são aquelles que, não consistindo o facto em um crime, no entretanto póde facilitar-o: assim, a mendicidade por si só não é um crime, mas ninguem póde prever os crimes que podem tê-la por causa; do mesmo modo, o facto de um individuo trazer consigo armas prohibidas, não é um crime, mas póde ser a causa de crimes, que não se darião se o individuo não trouxesse consigo essas armas. Se em relação á certos crimes mencionados na quarta parte do Codigo, como estes que acabamos de enumerar, se realisão as condições pelas quaes um crime se qualifica policial, entretanto nos ataques contra a Religião do Estado, qualificados no Codigo como policiaes, falha esta condição de poderem tornar-se causas de crimes, porquanto já por si mesmo constituem crimes.

Não é aqui occasião de discutirmos esta questão, apenas tocamos nella de passagem para mostrarmos que as doutrinas do Comp. resentem-se dos principios do Codigo. Os casos em que dá-se a acção publica e a particular nos delictos, não são, como á primeira vista parece, conformes com os principios do Codigo Criminal, isto é, não se dá a acção publica sómente nos crimes publicos, e particular sómente nos particulares, mas dá-se em todos os casos que vêm mencionados no § 90 do Comp., os quaes são deduzidos do Cod do Proc. arts. 74, 141 e 206. Diz o Comp. que *do crime publico ou policial nasce a acção publica criminal, e do crime particular a acção particular criminal ou civil; porém, que algumas vezes do mesmo crime nascem as duas acções e isto acontece nos casos em que a lei dá acção publica por causa de uma violação de direito, e ha uma parte directamente offendida por esse mesmo facto*. Chamo a attenção dos Srs, sobre esta disjunctiva — ou — que se encontra no Comp., porque antigamente no mesmo processo criminal se intentava a acção civil da reparação; hoje, porém, que as acções correm diversamente, que uma é criminal e outra civil, não se diz mais — acção criminal e civil, como antigamente.

Nos §§ 90 e 91 diz o Comp. a quem compete o exercicio destas duas acções. Nos crimes publicos, ou naquelles que não o sendo, comtudo póde a justiça prodeguir, independente de parte accusadora, é ao promotor publico que compete proceder como parte accusadora, podendo iniciar o processo elle,

por via de denuncia, ou o juiz mandando proceder ex-officio ás primeiras diligencias, ou por denuncia de qualquer do povo, vindo os casos em que estas diversas denuncias podem ter lugar, no contexto destes §§ que os Srs. devem lêr, e que não são mais do que uma transcripção das leis que ahi vem citadas. Quanto á acção dos promotores publicos, notamos que ella muitas vezes se torna deficiente porque, sendo elles obrigados a residir na cabeça da comarca, onde reside o juiz de direito, não pódem estar ao facto dos delictos que dentro della se commettem, quando muitas vezes as comarcas tem mais de um termo.

LICÇÃO LXIX

Na licção antecedente, depois de havermos esgotado a materia dos §§ 81 e 88, encetámos o estudo do CAPITULO I, onde iamós encontrar principios sobre a divisão das acções em civis e criminaes e destas ultimas em publica e particular, e então indicámos como de um mesmo facto criminoso podem nascer as duas acções.

Sabem os Srs. que as acções nascem dos contractos, quasi-contractos, delictos e quasi-delictos; a acção civil da reparação, que apparece por occasião do delicto, nasce de uma destas fontes originarias das acções — do delicto. Dissemos depois, que não tendo de nos occupar do Processo Civil, acompanhariámos tão sómente a marcha dos processos criminaes, e por isso estudámos a divisão que o nosso Código Criminal faz dos delictos.

Depois de examinadas assim as matérias do § 89, pedia a razão de ordem que se dissesse por quem podia ser exercida estas duas acções criminaes — publica e particular —, materia esta que o Comp. apresenta nos §§ 90 e 91.

No § 90 diz o Comp. que — o *exercício da acção publica criminal compete ao promotor publico, ao juiz ex-officio e a qualquer do povo.*(1) Torna-se necessario que estes delictos possam ser denunciados por quaesquer destas pessoas, porque, sendo elles importantes, é necessario que não fiquem impunes, o que facilmente se daria se por ventura sómente ao promotor publico competisse denuncial-os, porquanto, sendo este obrigado a residir na cabeça da comarca, onde reside o juiz de direito, não podia estar ao facto de todos os delictos que se commettessem em todos os pontos da mesma comarca; do mesmo modo em relação ao juiz *ex-officio*, porque este, muitas vezes podia não ter conhecimento de certos delictos que se dêssem; a lei, pois,

(1) Vd. nts. 1 e 2 á pg. 324 da licção antecedente.

receando que ficassem delictos de importancia sem punição, pelo facto de não terem as autoridades sciencia delles para punil-os, permittiu que qualquer do povo podesse denuncial-os, e estes crimes em que ha a acção publica são os que vem enumerados no § que transcreve os arts. 74, 141 e 206 do Codigo do Processo Criminal. (1)

Devemos aqui fazer uma observação e vem a ser: que em quarto lugar enumera o Comp. — os crimes publicos, o que parece uma redundancia, por isso que os crimes que elle enumera em primeiro, segundo e terceiro lugar são tambem crimes publicos; isto, porém, justifica-se notando-se que estes crimes mencionados em primeiro lugar são de uma mui grande importancia e produzem um abalo social; tendo, portanto, a lei em vista, especificando-os, chamar especialmente sobre elles a attenção das autoridades para punil-os.

Quanto aos crimes em que o delinquente é preso em flagrante, devemos observar que o ser o individuo preso em flagrante torna o promotor publico competente para promover a sua accusação, embora o delicto seja daquelles em que este agente não póde funcçionar.

Ha duas hypotheses em que o promotor publico póde promover a accusação, embora não sejam os crimes daquelles em que ha lugar a acção publica, e vem a ser quando o delinquente é preso em flagrante ou quando o offendido é pessoa miseravel.

Assim, por exemplo, se se trata de um crime de furto que admite fiança, que como tal só póde ser processado, se houver parte interessada que promova a accusação, se o delinquente fôr preso em flagrante, póde o promotor publico fazer parte no processo. (2)

Do mesmo modo, se um crime de offensas physicas leves, em que tambem não ha lugar a acção do promotor publico, fôr commettido contra um africano livre, que pelas nossas leis é considerado como pessoa miseravel, póde o promotor publico accusar independentemente de ser o crime daquelles em que não ha lugar a acção publica. (3)

(1) Vd. a cit. nt. 1 á pg. 324. — A providencia do inquerito policial, de que trata o art. 38 do Reg. de 22 de Nov. promove o descobrimento dos crimes e punição dos delinquentes.

(2) Sobre a flagrancia do delicto vd. P. Bueno *Proc. Crim.* n. 154.

(3) Vd. art. 13 do Cod. do Proc. — Miseravel — é aquelle que declara perante a autoridade e esta reconhece que, por suas circunstancias não póde perseguir ao offensor. salvo ao réo em sua defesa a impugnação dessa qualidade — Av. de 30 de Agosto de 1865. — escravo não é pessoa miseravel, pois que ao senhor compete defendel-o e represental-o em juizo — Av. de 27 de Abril de 1853.

No § 91 diz o Comp. que *nos crimes particulares a acção particular, quando criminal, compete aos offendidos contra os autores e seus cúmplices; quando civil, compete aos offendidos, os seus herdeiros contra os autores, cúmplices e seus herdeiros até o valor dos bens herdados.*

Reflecto agora, pela leitura do §, que o Comp. faz consistir a distincção entre a acção civil e a criminal, em que aquella, pôde ser intentada pelo offendido e seus herdeiros contra os autores e seus herdeiros, e que a criminal sómente pôde ser pelo offendido contra o autor; comquanto respeitemos muito a autoridade do nosso mestre, que escreveu este Comp., comtudo nos parece que a acção criminal pôde ser intentada mesmo pelos herdeiros do offendido; assim, por exemplo, em um caso de homicidio, podem a viuva ou os filhos do morto intentar a acção contra os seus assassinos. Ha aqui uma verdade que convém ser apreciada desde já, e é que a acção criminal não passa aos herdeiros do offensor(1), mas sómente aos do offendido, e que a acção civil passa aos herdeiros, tanto de um como de outro: ha, porém, nisto uma limitação, que é as-signalada pelo Comp., e é que a obrigação da reparação passa aos herdeiros do offendido até o valor dos bens herdados; isto pelo principio geral de que os herdeiros só respondem pelas obrigações das pessoas de que herdão até o valor dos bens herdados. (2) Isto é expresso nos arts. 29 do Cod. Crim., e 72 do Proc.

Diz o Comp. no final deste § que — *acção civil não pôde accumular-se com a criminal, pois aquella deve sempre propôr se em separado.* Isto tambem já vimos que é da L. de 3 de Dez. de 1841 art. 68, que revogou o § 3 do art. 31 do Cod. Crim., e o § 5 do art. 269 do Cod. Proc.

Depois disto, no § 92, indaga o Comp. — *contra quem se nega a acção criminal* —, e nas suas quatro secções apresenta os casos em que contra alguém se nega a acção criminal, sendo os dous primeiros fundados em artigos da Const. e justificados por principios de direito publico, que os Srs. já estudarão, e os dous ultimos fundados nas leis que o Comp. cita.

(1) Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente — Const. art. 179. § 20.

(2) Não é o principio da successão que autorisa o direito de dar queixa pelo offendido, pois o art. 72 do Cod. do Proc. — só permite ao pai ou mãe, e pôde o offendido ter filhos que lhe succedão nos bens, e no entretanto a estes não dá a lei a faculdade, de accusor.— Releva ainda ponderar que o cit. art. só confere tal direito ao pai ou mãe, quando o filho é menor, pois as palavras do art. — *sendo menor*, referem-se a toda a disposição anterior, como entendem o Conselheiro Alencar, no seu parecer de 8 de Agosto de 1865, e a Secção dos Negocios da Justiça do Conselho de Estado no parecer de 19 do mesmo mez e anno.

No § 93 o Comp. examina o effeito que a sentença proferida no fôro civil, proveniente de um delicto que se processa no criminal, tem sobre este processo, e vice-versa, o effeito que a sentença proferida no fôro criminal tem sobre o civil.

Diz o Comp. que — a *sentença criminal produz effeito de causa julgada sobre a acção civil*, e cita o art. 68 da L. de Dez de 1841 (1). No restante do § o Comp. apresenta principios que não são muito claros, por isso vamos reduzi-los ás theses seguintes: — 1º, a sentença criminal produz o effeito de causa julgada sobre a acção civil; 2º, em regra, a sentença na acção civil não produz effeito sobre a criminal: assim, quando o individuo é no fôro civil reconhecido como autor de um crime e condemnado á sua reparação, esta sentença não faz com que no fôro criminal se não possa julgar o mesmo individuo como não sendo o autor do crime: 3º, ha casos em que a acção criminal depende da civil: assim, se o individuo é accusado por crime de damno, por ter destruido certas roças, e allega que as roças por elle destruidas são feitas em terrenos proprios, para que se possa intentar a acção criminal, é preciso que no fôro civil se discuta a propriedade, por isso que o crime de damno só se dá quando alguém destrôe a propriedade de outrem, e por conseguinte no fôro criminal dá se como certo que a propriedade pertence a um certo e determinado individuo; nestas e em outras circumstancias semelhantes, não se póde intentar a acção criminal sem que préviamente se decida a civil. Não encontramos no nosso direito legislação expressa sob e esta materia, o Comp., porém, foi soccorrer-se, para firmar este principio, da autoridade de Corrêa Telles, que comquanto escrevesse commentando a Novissima Ref. Judiciaria de Portugal, comtudo a sua observação póde applicar-se ao nosso direito, por isso que os principios de ambas as legislações são os mesmos.

LICÇÃO LXX

Na ultima licção esgotamos a materia do CAPITULO I, em que o Comp. trata da — acção publica criminal, da acção particular criminal e da acção civil.

Vimos quando tinha lugar a acção criminal, quando a ci-

(1) Dis o cit. art.: — “Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existencia do facto, e sobre quem seja seu autor, quando estas questões se achem decididas no crime.”

vil e quando a criminal publica e particular; examinando em seguida quaes os casos em que contra alguém se nega a acção criminal, casos estes, que o Comp. menciona, e que são fundados nas leis que cita; e em ultimo lugar estudamos qual o effeito que os casos julgados no fôro criminal podem ter sobre o civil e vice-versa, apresentando então o que, segundo os principios de nosso direito, ha a respeito.

Hoje vamos entrar no estudo do Capitulo seguinte, em que o Comp. trata do — FÔRO COMPETENTE, e onde teremos de estudar ainda questões preliminares á parte propriamente formal do processo.

Trata o Comp. no § 94 de definir genericamente a *competencia*, dizendo que *é o direito que em virtude da lei, pertence á um juiz, magistrado ou tribunal para tomar conhecimento de algum negocio em juizo e compellir o réo a responder perante elle.*

Ha nesta definição duas partes, e isto porque o juiz umas vezes tem competencia tão sómente para tomar conhecimento de algum negocio em juizo, como no caso em que apenas trata de verificar a existencia de um crime, e outras vezes tem tambem o direito de compellir o réo para responder perante elle, como quando se trata do julgamento de um crime.

Posteriormente a esta definição, encontram os Srs. no § 95 a definição de *fôro competente*, dizendo o Comp. que *é o do lugar onde foi commettido o delicto, ou onde reside o réo, á escolha do queixoso.*

Antes, porém, de dizermos alguma cousa sobre esta definição, convém lembrar as disposições de lei que dão a faculdade de só julgar ás autoridades competentes, e que punem aquella que *arrogar se effectivamente exercer, sem direito ou motivo legitimo, qualquer emprego ou funcção publica, e a que exceder os limites das funcções proprias do emprego*, as quaes são os arts. 179 § 11 da Constituição, e 137 e 139 do Código Criminal. De todas estas disposições de deduz-se que o legislador julgou de grande alcance a competencia do juiz.

Analysando os principios contidos na definição apresentada de fôro competente, encontramos os seguintes principios: que é fôro competente aquelle em que foi commettido o delicto, tambem aquelle em que reside o réo, e que a escolha de um dos dous pertence á parte queixosa.

Já virão a divisão da competencia em razão da diversidade das funcções; agora vão vêr divididas em relação ao lugar, e então temos o principio geral affectado do direito civil, que o fôro competente, para nelle se julgar alguma causa, é aquelle onde reside o réo, principio este que apparece no processo criminal como excepção, por isso que, nelle o principio geral é que o fôro competente é aquelle em que é commettido o delicto: o fôro da residencia do réo póde tambem ser competente para ser elle processado nelle, mas isto sómente quando o queixoso o tenha escolhido.

E' o disposto nos arts. 160 § 3 e 257 do Codigo do Processo (1).

Convém fazer-se uma limitação: estabelecidos estes principios, poder-se-ha pensar que, desde que se der um delicto, o réo pôde ser julgado, tanto no fôro do delicto como no de sua residencia: a praxe tem entendido que a escolha de um desses fôros, que o direito de opção, só existe quando ha no processo uma parte queixosa, que promove a accusação: fóra deste caso, quando o processo é promovido pela justiça publica, o fôro competente é aquelle em que foi commettido o delicto.

Além de ser esta a doutrina que a interpretação deduz dos artigos citados do Codigo do Processo, ella acha-se consagrada nos Avisos de 4 de Março de 1835, e 9 de Março de 1836.

Temos, pois, firmado o principio de que, quando no processo ha parte queixosa, o réo pôde ser processado no fôro do delicto ou no de sua residencia; quando officia o promotor publico, só pôde ser processado no fôro do delicto.

Este principio, porém, offereee ainda algumas difficuldades e vem a ser: como se deve entender o fôro do delicto, quando foi este começado em um fôro e acabado em outro, o que frequentes vezes succede, porquanto, como sabem, todo se os diversos districtos em que os juizes exercem jurisdicção, e isto pôde na pratica não só trazer difficuldades como mesmo conflictos de jurisdicção. Tem a praxe entendido que nesta hypothese, considera-se como fôro do delicto — aquelle em que elle foi terminado — embora, como ensinão os Criminalistas, o delicto seja sempre um e indivisivel, embora o começado em um lugar, seja o mesmo acabado em outro, tem, como dissemos, a praxe cortado a questão, considerando o crime na sua ultima realisacção. Muitas outras questões se podem aventar, que a pratica irá mostrando como se solvem, e que mesmo em outros lugares deste Comp. se encontrarão solvidas.

Vamos tratar no § 96 — dos *juizes competentes*. Este § está dividido em duas partes: na primeira o Comp. apresenta os casos em que os juizes julgão definitivamente, na segunda apresenta os casos em que os juizes sómente preparão os processos sem julgal-os, porquanto, como já dissemos, os juizes nos nossos processos criminaes tem dous aspectos: umas vezes indagação sómente os factos, deixando seu julgamento a outras autoridades, outras vezes indagação e preferem elles mesmos o julgamento. Nas quatro secções deste § 96, apresenta o Comp. os casos em que os juizes são competentes para julgar, e os em que são competentes para fôrma culpa.

Uma infracção de posturas e aquelles crimes, cuja pena não exceder a seis mezes de prisão, 100\$000 de multas seis mezes de desterro, podem ser julgados definitivamente em primeira ins-

(1) Nos casos de sedicção ou rebellião, veja-se a L. de 3 de Dez. de 1841 art. 93.

tancia pelos chefes de policia, delegados, juizes municipaes; subdelegados e juizes de paz; em segunda instancia julgão destes crimes as Relações, quando as sentenças em primeira instancia forem de chefes de policia, e os juizes de direito quando as sentenças forem das outras autoridades que mencionamos (1).

A razão desta diversidade de autoridades para julgar em segunda instancia, está em que, para julgar-se nesta instancia, é preciso que se seja juiz superior ao que julgou em primeira, e sendo os juizes de direito superiores aos delegados, juizes municipaes, subdelegados e juizes de paz, não o são aos chefes de policia, aos quaes pelo menos são iguaes: e a lei dando aos juizes de direito a faculdade de conhecer em segunda instancia nos casos que vimos, teve em vista evitar as difficuldades que necessariamente se darião, se um réo condemnado por um subdelegado da Franca, por exemplo, tivesse, para obter justiça, de appellar para a Relação do districto; o legislador quiz, pois, obviar as difficuldades e tornar prompta a administração da justiça todas as vezes que isso fosse compativel com os principios do direito.

Diz tambem o Comp., que para a formação da culpa são competentes as mesmas autoridades mencionadas, com excepção dos juizes de paz, que hoje não tem mais esta attribuição (2).

Diz ainda o Comp. que, para julgar do facto é competente

(1) A L. de 20 de Set. de 1871 alterou a competencia das autoridades policiaes assim: em relação aos crimes de alçada, os chefes, delegados e subdelegados de policia, os supplentes dos juizes municipaes e os substitutos dos juizes de direito das comarcas especiaes, organizarão o processo preparatorio das infracções dos termos de segurança e bem viver, e dos crimes a que não está imposta pena maior que a multa de 100\$000, prisão, degredo ou desterro até seis mezes, com multa ou sem ella, e tres mezes de casa de correcção ou officinas publicas (Art. 9 da L. cit. e 47 do Reg. de 22 de Nov. do mesmo anno) e aos juizes municipaes incumbe o julgamento, definitivo nas comarcas geraes, e aos juizes de direito nas especiaes (Arts. 4 da L. e 17 §2, 48 § 9 do Reg. cit.) Quanto ao julgamento das infracções de posturas, competente tambem aos juizes de paz (Art. 2 § 1 da L. e arts. 19 § 1 e 45 do Reg.) Em relação á formação da culpa nos crimes communs, cujo julgamento definitivo incumbe ao jury, as referidas autoridades policiaes só podem formar o inquerito policial de que trata o art. 38 do cit. Reg., incumbindo a pronuncia exclusivamente aos juizes de direito nas comarcas especiaes e aos municipaes nas geraes. — Arts. 4 da L. e 17 § 2 do Reg.

(2) Vd. ultima parte da nt. anterior. Pelo § 4 do art. 12 do Cod. do Proc. Crim. podião os juizes de paz formar culpa aos delinquentes, o que foi revogado pela L. de 3 de Dez. de 1841.

o jury, e para fazer applicação da lei ao facto julgado pelo jury, é competente o juiz de direito.

São estas as regras geraes que se encontram nas leis patrias, o Comp., porém, desce ás excepções que dão-se quando em certos casos, em razão da materia, ou da qualidade das pessoas que tem de ser processadas, não podem estas autoridades communs nem formar o processo, nem julgar.

No § 97, menciona o Comp. as excepções em razão da materia e as apresenta, citando as leis de que se funda, e no § 98 as excepções em razão da qualidade das pessoas, citando do mesmo modo as leis em que basêa as suas proposições, o que dispensa desenvolvimentos, porque as leis são claras.

LICÇÃO LXXI

A nossa ultima licção versou sobre o CAPITULO II, no qual vimos o Comp. definir o que era competência, o que era fôro competente, quaes erSo os juizes competentes para julgar e processar no fôro commum. e quaes os que o erão para o fôro privilegiado, acompanhando o na enumeração das causas que são privilegiadas por sua natureza, e das que o tão em consequencia das pessoas que nella e tomão parte.

Hoje vamos no TITULO II estudar uma materia nova, a saber — OS MODOS PORQUE SE INDAGAÇÃO OS CRIMES.

Vêm os Srs. qual é o methodo do Comp.; depois de nos mostrar quaes as funcções das diversas autoridades, na indagação e na punição dos crimes, depois de nos dar idéas preliminares do processo em geral, passa a indicar-nos quaes os diversos modos pelos quaes pôde começar um processo crime.

O primeiro modo porque pôde começar o processo é a queixa.

Dado um facto criminoso, reconhece o nosso direito que por varias formas pôde começar o processo: ora, por uma provocação da parte offendida. ora por uma acção da promotoria publica e ora pelo juiz *ex-officio*.

Não consiste sómente nisto, algumas vezes, as autoridades limitão-se a indagar se ha um crime, outras, a verificar tambem a moralidade do agente para punil o.

Estes diversos modos pelos quaes pôde começar o processo crrarnal tem de fazerobjurto de nossos estudos, occupando-nos hoje da queixa.

No § 99 o Comp. define — *a queixa — a exposição do facto criminoso, feita pelo proprio offendido ou pela pessoa que o representa em juizo, em que se pede a punição do delinquente.*

Temos, pois, os seguintes principios constitutivos da queixa: — 1º, *exposição de um facto criminoso*, isto porque, se o facto exposto não fôr considerado pelas nossas leis como um

crime, poderá ser o começo de uma outra qualquer acção, mas não se poderá, no rigor do direito, chamar — queixa a esta exposição, por isso que não se a considera como tal; — 2º, feita pelo proprio offendido ou pela propria pessoa que o representa em juizo, isto porque, aquelle que não foi offendido, não pôde dar queixa, pôde tão sómente em alguns casos dar denuncia.

Ha aqui duas hypotheses: vem a ser que o offendido pôde queixar-se por si, ou por procurador (1) e independentemente mesmo se procurador, pôde haver queixa sem ser pelo proprio offendido; assim pôde o pai, mãe, tutor ou curador dar queixa pelo menor, o senhor pelo escravo, o conjuge pela esposa: é expresso no art. 72 do Cod. do Proc. (2); em 3º lugar diz finalmente o Comp. — *em que se pede a punição do delinquente*, e diz isto, porque o fim do processo criminal é fazer cahir sobre alguém uma penalidade; differenciando-se neste ponto do processo antigo, em que além da penalidade, se pedia tambem o reparação do damno causado, a qual hoje, depois da L. de 3 de Dez. de 1841 (3), como já temos dito, não se pôde pedir senão em processo separado.

No § 100 apresenta o Comp. uma excepção ao principio firmado, de que para dar a queixa é competente o offendido, seu procurador, pai, mãe, tutor, curador, senhor ou conjuge, dizendo que — *sendo o offendido pessoa miseravel, deixa de ser personalissima, e torna-se popular ou official*, e isto porque, neste caso em que o offendido é pessoa miseravel, segundo o art. 73 do Cod. do Proc. pôde qualquer do povo ou a acção publica da justiça promover o processo, embora seja ella daquelles em que não apparecendo parte particular queixosa não ha procedimento algum.

Temos, pois, segundo a theoria do Comp. os seguintes principios: em regra é a pessoa do offendido sómente a competente para dar queixa, sendo as excepções as que mencionamos, e o promotor publico ou o juiz *ex-officio*, tambem em regra, só é competente para promover a accusação nos crimes em que não se admite a fiança, que, como vimos, são os crimes publicos, e aquelles em que além dos interesses individuaes offendidos, a sociedade soffre tambem pelo abalo causa-

(1) “A denuncia, queixa e accusação poderão ser feitas por procurador, precedendo licença do juiz, quando o autor tiver impedimento que o prive de comparecer.” — Art. 93 da L. de 3 de Dez. de 1841. — A licença do juiz é concedida por Alvará. — A procuração deve outhorgar poderes especiaes — Olegario — *Prat. das Cor.* pg. 353. — Trindade — *Apont. Jur.* § 14, n.15.

(2) Vd. nt. 2 á pag. 328.

(3) Art. 68, que revogou os arts. 31 do Cod. Crim. e 269, § 5 do Cod. do Proc.

do pelo delicto; quando, porém, a pessoa offendida pelo delicto é uma pessoa qualificada pelas leis de miseravel, embora seja o delicto daquelles em que a autoridade publica não póde funcionar, neste caso lhe dá o citado art. 73 do Cod. do Proc. essa obrigação. Muitos actos do governo existem desenvolvendo esta intelligencia do art. 73 do Cod. do Proc. e no Repertorio da Legislação do Conselheiro Furtado se encontra tambem uma profuzão de opiniões a respeito da materia. Ainda ultimamente em um Aviso do ministerio da justiça, publicado nos ultimos numeros do *Jornal do Commercio* se designa o sentido em que as nossas leis entendem o individuo — miseravel. (1)

Derão-se muitas vezes no nosso fôro abusos sobre isto: assim individuos que não tinham coragem para afrontar os odios, e fazer face as despezas que acompanhão um processo criminal, declaravão-se em juizo pessoas miseraveis, afim de que a promotoria publica promovesse a accusação em um crime particular.

Modernamente, porém, a jurisprudencia tem variado, é preciso que o individuo que se declara miseravel, para o fim de promover a promotoria publica a accusação de um delicio particular, faça certo por meio de um documento esse estado de miserabilidade: documento esse que costuma ser, attestado das autoridades do districto em que reside a pessoa que se diz miseravel, como do parcho, subdelegado ou juiz de paz; quando, porém, o individuo miseravel não tem residencia certa em um districto ou acha-se fóra della, deve a condição da miserabilidade ser provada por meio de uma justificação.

Até certo tempo moveu-se uma grande questão entre os interpretes do direito, que consistia em saber, se os crimes commettidos contra os escravos, se devião considerar como praticados contra pessoas miseraveis, visto que elles não podião figurar no processo sem um curador *ad litem*.

A pratica de considerar-se os escravos pessoas miseraveis para o effeito de attribuir-se ao promotor publico a accusação nos crimes particulares em que elles fossem os offendidos foi abolida pelo Av. de 27 de Abril de 1853, que declarou não serem os escravos pessoas miseraveis, por isso que são representados por seus senhores.

No § 101 diz-nos o Comp. quem são — *as pessoas competentes para offerecer queixa em juizo*, materia que acabamos de examinar; no final do §, pórem, resolve uma questão, e é que — *quando o promotor publico toma a accusação sobre si ainda que a parte ofendida perdôe ao delinquente, continúa a acção, por ser esta o cumprimento de um dever, sobre o qual não póde transigir o promotor publico.*

(1) E' o Av. de 30 de Ag. de 1865, cit. na nt. 3 á pg. 327.

Isto é expresso também no Av., ha pouco citado, de 27 de Abril de 1853. Sobre isto não temos a dizer senão que, o Av. foi provocado pela crença em que se estava, de que, mesmo no caso de accusar o promotor publico nos crimes commettidos contra as pessoas miseraveis, continuava a acção a ser particular, e desde que o individuo offendido se mostrava satisfeito perdoando ao accusado, não podia mais continuar a acção.

Este principio, porém, não é verdadeiro, porque desde o momento em que se legitima fazer parte contra o accusado o promotor publico, este não póde mais transigir quaesquer que sejam as mudanças de relações que se dêrn entre o offendido e o delinquente.

Este pensamento que enunciamos, estava mesmo antes do Av. cit. contido no art. 67 do Cod. Crim. que diz: —“o perdão do offendido, antes ou depois da sentença, não eximirá das penas em que tiverem ou possão ter incorrido os réos de crimes publicos ou dos particulares, em que tiver lugar a accusação por parte da justiça.”

Vê se, pois, que o Av. era quasi desnecessario, porque elle não veio fazer mais do que declarar aquillo que já se achava no Cod. Crim.(1)

(1) O Av. n.138 de 31 de Maio de 1864. tomado sobre Resolução de Consulta do Conselho de Estado de 26 de Abril de 1862, decidiu, que ainda depois de interposta a accusação, *ex vi* do art. 73 do Cod. do Proc. — ou pelo promotor, ou por qualquer do povo, o perdão do offendido exhimindo o réo da pena, põe termo á accusação, que já não tem materia.

O Av. n. 80 de 21 de Jan de 1867. decidiu, que não tem lugar o perdão do offendido — pessoa miseravel, pela doutrina do art. 67 do Cod. Crim. visto como nos termos do art. 74 do Cod. do Proc. o crime particular torna-se publico por ser o offendido pessoa miseravel.

O Av. n.83 de 6 de Fev. de 1864 declarou que não existe antinomia nos dous avisos acima, e que a doutrina do de 31 de Maio de 1864, prevalece quando a accusação publica, appareceu independente de provocação do offendido, e a do de 12 de Jan. de 1867, quando a accusação publica appareceu pela declaração do offendido de querer perseguir o offensor e não ter meios para fazel-o.

Parece á primeira vista que a theoria que permite o perdão resiste á letra do art. 67 do Cod. Crim.; porém, deve-se attender a que o ser o offendido pessoa miseravel, não constitue o crime publico, tanto que o Cod. do Proc. não comprehendeu essa hypothese, nos diversos casos que menciona no art. 74, apenas a acção particular do offendido, é pela impossibilidade em que elle se acha, exercitada pelo promotor, auxiliando-se assim ao offendido. Não vemos, porém, razão para a distincção do Av. de 6 de Fev. de 1869. Tanto no caso em que o offendido miseravel provoca a acção publica, como naquelle em que ella apparece espontaneamente, a acção é sempre particular, e se o offendido póde no primeiro caso impôr pelo seu perdão silencio á accusação, porque o não poderá fazer no segundo?

No § 102 trata o Comp. do modo pratico de se intentar a queixa, e diz que ella deve — *ser intentada pelo proprio offendido, um caso em que a acção é puramente privada, e que se offerece em juizo por meio de uma petição jurada e assignada pelo queixoso, ou por uma testemunha digna de fé, (não sabendo ou não podendo elle assignar), ou por procurador legitimo, e que deve conter: — 1º,— o facto criminoso em todas as suas circunstancias.* Isto porque, estas circunstancias que revestem o facto criminoso á que muitas vezes determinão a sua qualificação, e a pratica tem estabelecido o seguinte: o queixoso relata com todas as circunstancias o facto criminoso, indica o artigo ou artigos de lei em que se acha incurso o delinquente e jura sua queixa, sobre este juramento tem se entendido que basta que aparte, no momento em que dá a sua queixa, declare que a dá de boa fé e que ella vae jurada; pôde tambem a parte, tendo impossibilidade, assignar a sua queixa por procurador, pedindo préviamente consentimento para isso ao juiz, na fórma do art. 92 da L. de 3 de Dez. de 1811. (1) Em 2º lugar diz o Comp. que deve a queixa conter — *o valor provavel do damno soffrido;* sobre isto diremos que ha circunstancias em que será muito difficil indicar-se o valor da offensa soffrida, por exemplo, no caso de um individuo ter levado uma bofetada em publico, ou ser gravemente insultado em sua honra, é impossivel avaliar-se o damno que se soffre, por isso hoje tem-se entendido conveniente, nestes casos, não se avaliar o damno, declarando a parte que é impossivel avalial-o; mesmo hoje, a razão que justificava a avaliação do damno causado nas causas criminaes, tem desaparecido, porquanto isto tinha por fim determinar-se a reparação do damno causado, que como sabem, modernamente não se pede no mesmo processo em que se pede a punição.

Como, porém, não foi revogado ainda o artigo de lei que declara que na queixa se deve avaliar o damno causado pelo delicto deve o juiz, a quem fôr apresentada uma queixa sem essa avaliação, mandal a á parte para corrigil-a. Em 3º lugar diz o Comp. que deve a queixa conter — *o nome do delinquente, ou os signaes caracteristicos se fôr desconhecido,* isto para que, na occasião da execução, se possa verificar a identidade do criminoso, e porque muitas vezes um individuo é offendido por uma pessoa de quem não sabe o nome e não poderia por esta razão ficar inhibido de dar a sua queixa. Em 4º lugar deve conter — *as razões de convicção ou presumpção.* Em 5º — *a nomeação de todos os informantes e testemunhas.* Em 6º — *o tempo e o lugar em que o crime foi perpetrado.* Sobre estas condições apenas observamos que a parte deve indicar quaes as testemunhas que apresenta, que é para não substitui-las depois por outras, o que antigamente se dava, e que muitas vezes

(1) Vd. nt. 1 á pag. 334.

dava lugar a abusos: assim, o individuo apresentava como testemunhas na queixa pessoas que nada sabião do facto allegado, afim de que o réo vendo que as testemunhas não podião jurar contra elle, despresse o processo, no entanto que mais tarde erão essas testemunhas substituidas por outras que, por seus depoimentos podião acarretar a punição do réo.

Hoje, pois, exige-se que na petição de queixa venha o nome das testemunhas, que é para que o réo possa em tempo deduzir as razões que tiver contra a sua imparcialidade, e para que não sejam ellas, na occasião da prova, substituidas por outras; actualmente só se admite substituição de testemunhas, quando algumas das que forão apresentadas na queixa estão impossibilitadas de jurar, como, por se terem ausentado, fallecido. etc. (1)

No final do § diz o Comp. que — *a queixa, destituida destas formalidades não é aceita em juizo*; por isto, porém, não se entenda que fica perempta a acção; não fica tal, por isso que a autoridade publica não tem interesse algum em proteger aquelle a que commettem delictos: quando uma queixa fôr apresentada, sem ser revestida das formalidades exigidas pela lei, deve ser devolvida á parte para ser corrigida. (2)

LICÇÃO LXXII

Na licção ultima havíamos começado a examinar os diversos modos pelos quaes pôde-se intentar um processo em juizo, e occupando-nos em primeiro lugar da queixa, examinamos

(1) O art. 79 do Cod. do Proc. Crim. exige expressamente a nomeação de todos os informantes e testemunhas. — Entendem, porém, alguns escriptores, que com licença do juiz e antes de ultimada a inquirição, pôde o queixoso indicar mais alguma testemunha, além das nomeadas, uma vez que não exceda o numero legal, nos casos em que a lei o determina — Olegario *Prat. das Cor.* pg. 323 —P. Bueno — *Proc. Crim.* n. 133.

Esta doutrina refere-se à formação da culpa, e não ao plenário. Na formação da culpa pôde, pois, o queixoso dar mais testemunhas na hypothese acima, e substituil-as no caso que se vê no texto.

(2) O art. 79 do Cod. do Proc. Crim. enumera todos os requisitos indispensaveis ás queixas — e o art. 50 do Reg. de 22 de Nov. de 1871 recommenda que não seja recebida a queixa que não tiver os requisitos legaes, salvo o recurso da parte. Este recurso é para o juiz de direito ou Relação, conforme o art. 57, § 1 do cit. Reg.

quando ella tem lugar, em que consiste, quem são os competentes para dal-a, e quaes os requisitos que deve ter.

Hoje, continuando ainda na mesma materia, vamos estudar a — DENUNCIA. Desde já diremos que muitos destes principios que os Srs. estudarão em relação á queixa, se applicão á denuncia, por isso que entre ellas ha pouca differença.

O Comp. no § 103 define a denuncia: — *a exposição do crime que dá lugar á acção publica, feita por pessoa habil, pedindo ao juiz competente a punição do criminoso.*

A differença entre a denuncia e a queixa, recordando a definição desta, e comparando com a que acabamos de apresentar consiste em que, na queixa em regra, quem a dá é a parte offendida e a denuncia quem a dá nunca é em regra o offendido: ha, porém, entre ellas pontos de contacto, assim os requisitos que na ultima licção vimos ser indispensaveis na queixa, tambem o são na denuncia, e justificão-se pelas mesmas razões que então expendemos.

Ha ainda uma distincção a notar, é que a queixa dá lugar á acção particular e a denuncia á publica.

No § 104, diz o Comp. que *podem denunciar o promotor publico, e qualquer do povo, que não fôr expressamente prohibido. São absolutamente prohibidos: 1º, o impubere; 2º, o mentecapto; 3º, o furioso; 4º, o filho familias sem autorisação de seu pai.*

No § 105 continúa o Comp.: — *são prohibidos respectivamente de dar denuncias: 1º, o pai contra o filho; 2º, o marido contra a mulher e vice versa; 3º, o irmão contra o irmão; 4º, o escravo contra o senhor; 5º, o advogado contra o cliente; 6º o inimigo capital. São inimigos capitães os declarados na Ord. L. 3 T. 56 § 7.*

Quanto á promotoria publica, os Srs. sabem que este orgão foi creado para servir de garantia á ordem social, e por isso ella póde promover a accusação em todos aquelles crimes em que essa ordem social é offendida; do mesmo modo quanto a qualquer do povo, porquanto, muitas vezes em uma comarca grande, o promotor não póde estar ao facto de todos os crimes publicos para accusar.

Depois de estabelecida a regra geral, de que qualquer do povo é competente para denunciar nos crimes publicos, apresenta o Comp. as excepções que vem nelle mencionadas, e estas ou são absolutas ou relativas: — absolutas, quando o individuo não póde denunciar crime algum, por uma inhabilidade que affecta a sua pessoa, como nos casos mencionados no § 104: — relativas, quando á inhabilidade existe tão sómente para denunciar aquelles processos em que são réo certas e determinadas pessoas, taes são os casos mencionados no § 105.

Quanto á inhabilidade que existe por ser o denunciante inimigo capital do réo, o Comp. cita a Ord. L.3 T. 56 §7, em que se define quaes os casos em que se deve considerar algum inimigo capital de outro.

E' conveniente notar que um dos escriptores de maior vulto do processo criminal, o Sr. Pimenta Bueno, nos seus *Aponta-*

mentos de Proc. Crim. indica ainda outras pessoas, além das mencionadas no Comp., que não podem denunciar, como por exemplo, o religioso, enumerando elle todos aquelles que não tem representação civil, como não podendo denunciar, porquanto, não podia o Cod. do Proc. revogar os principios geraes do direito (1).

Assim, pois, nem o religioso, nem nenhum dos que não tem representação civil, póde denunciar em juizo, sendo entretanto competente o abbade ou o syndico, da ordem religiosa para apresentar a queixa ou a denuncia.

Comquanto não seja expresso a este respeito o nosso Cod. do Proc., comtudo devemos admittir a excepção apresentada por Pimenta Bueno de conformidade com os principios de direito.

No § 106 enumera o Comp. os requisitos da denuncia, que, como ha pouco dissemos, são os mesmos da queixa.

No § 107 trata-se de uma questão muito ventilada entre os juriconsultos patrios, que consiste em saber — se todos aquelles que podem denunciar são tambem competentes para promover todos os termos da accusação até final sentença.

Ha duas escolas: uma, que sustenta que, uma vez jurada a denuncia, deve retirar se o denunciante e deixar funcionando sómente o promotor publico; outra, que sustenta que o denunciante póde acompanhar o processo, levando o réo até aos ultimos tribunaes; ha até a opinião exagerada de que, dada a denuncia, não póde mais ter lugar a acção do promotor publico, que elle deve retirar-se.

Entre estas duas opiniões, qual é a que deve ser aceita, qual a que tem a seu favor maior numero de julgados?

Não temos, como diz P. Bueno, factos julgados uniformemente nas nossas Relações; seguem mesmo seus membros opiniões oppostas.

O nosso Comp. segue a opinião de que quem póde denunciar póde tambem promover os mais termos da accusação.

Respeitando sempre a opinião do Comp., inclino-me a sustentar a opinião de P. Bueno de que — o denunciante não é competente para promover os demais termos da accusação; P. Bueno diz que no art. 279 do Cod. do Proc. se declara que qualquer póde representar ao promotor para officiar nos casos em que o deve fazer, para o que lhe subministrará o conhecimento e instrucções do crime, cuja denuncia propuzer, com declaração do tempo, do lugar e das testemunhas presenciaes ao acto denunciado, e apresenta ainda argumentos deduzidos de outros artigos de nossas leis, com que pretende firmar a sua opinião.

(1) P. Bueno cit. n. 146. — Art. 75 do Cod. do Proc. Olegario *Prat. dos Cor.* pg. 325.

O Comp., para não aceitar a opinião de P. Bueno, diz que, não havendo lei patria em que elle se funde, pretende justificar o seu argumento pelas disposições da lei em que se encontram excepções, as quaes fazem suppôr a regra geral de que nos casos não exceptuados, quem póde denunciar póde promover a accusação.

Não obstante a veneração pelo Comp., inclino-me a sustentar a opinião de P. Bueno, comquanto os argumentos que elle apresenta sejam, como nota o Comp. deduzidos de excepções da lei, no que parece-me que o Comp. tem razão, nas inclino-me a sustentar por outras considerações de ordem geral: desde que a sociedade foi offendida por um delicto, ella é que deve proseguir na punição do delinquente, desde que o órgão publico apparece accusando em um delicto, o interesse particular desaparece, e se temos o órgão publico, desnecessaria se torna a acção particular, e desde que o nosso Cod. do Proc. faculta ao particular offendido auxiliar a acção publica, parece muito querer que a acção particular vá ao ponto de accusar conjunctamente com o promotor; e justiça por justiça, melhor será a do promotor publico que é um órgão da autoridade social.

P. Bueno diz, que concedendo-se ao denunciante a faculdade de promover os demais termos da accusação, abrir-se hão as portas dos tribunaes ás paixões rancorosas, e seria olvidar os grandes interesses sociaes que se ligão á paz e segurança dos direitos individuaes, e cita as palavras de um deputado francez, que dizia: “fugirei do lugar em que qualquer me puder accusar, embora eu não o tenha offendido.”

O que se procura quando se denuncia um crime, é a sua punição, se esta tem lugar independentemente do comparecimento do denunciante, é claro que este comparecimento é desnecessario; por esta razão nos parece melhor a opinião de P. Bueno, mesmo porque, não tendo nós lei expressa que solva a questão, devemos indagar se o direito de accusar é individual ou social, e desde que no direito natural não se conhece um direito que dê ao individuo a faculdade de accusar um crime pelo qual não tenha sido offendido, vemos que este direito é social, e se é social, á sociedade compete exercel-o.

Com relação á esta mesma questão temos o Av. de 8 de Julho de 1842; este Av. trata de uma hypothese um pouco diversa: nos nossos tribunaes derão-se faltas, a nossa sociedade praticou abusos: individuos que não tinham coragem de arrostar de frente um processo, nem fazer face ás despezas que eles acarretão, deixavão o promotor publico indagar o proseguir n’um processo, e depois, quando elle era submettido ao jury, querião ser admittidos a accusar; o Av. de 1842 veio cortar o abuso, dizendo que quando um individuo não tem dado denuncia, não póde apparecer como parte accusadora, estabelecendo elle que, na fôrma do art. 279 do Cod. do Proc., só é compe-

tente o particular, nos crimes processados pelo promotor publico, para auxiliar-o, ministrando-lhe informações.

Não obstante, porém, se tem dado duvidas sobre a natureza deste auxilio: uns, tem entendido que este auxilio deve ser dado em audiencia publica, outros, por meio de informações particulares.

A pratica de serem dadas estas informações em audiencia publica não nos parece razoavel, porquanto, consultando-se o art. 279 do Cod. do Proc. em que o Av. firma sua doutrina, se vê que elle não sanciona esta pratica; no entretanto, já a vimos nesta cidade abonada por um intelligente juiz de direito; na penultima sessão, porém, do jury, foi indeferido um requerimento em que um particular pedia para accusar conjunctamente com o promotor (1).

No CAPITULO III, trata o Comp. do — PROCEDIMENTO EX-OFFICIO

Já temos tratado da queixa e denuncia, que são os dous primeiros modos porque se pôde intentar um processo; resta-nos o procedimento *ex-officio* que foi o terceiro e ultimo que enumeramos.

(1) O Av. n. 250 de 5 de Junho de 1862, decidiu que os que podem denunciar, tambem podem promover a accusação. Ha mais em favor desta theoria os Avs. de 10 de Julho de 1834 e 10 de Maio de 1849 — e os Acords. da Rel. da Côrte de 12 de Fev., 26 de Março e 7 de Julho de 1861. A opinião, porém, seguida acima contra a do Comp. é a mais racional e conforme com os principios do Direito Criminal: do direito de denunciar não decorre o de accusar: se tal se desse, aniquilar-se-hia toda a distincção entre queixa e denuncia, e tornar-se-hia a acção popular uma regra, e não uma excepção, como quiz o legislador, pois que qualquer do povo pôde denunciar os crimes, nos termos do art. 74 do Cod. do Proc. — Per. e Souza. nas suas *Lins. Crim.* definio denuncia a — *declaração do crime publico feita em juizo, para se proceder contra o delinquente por officio de justiça.* Alem de que seria perigosissimo, como mostra P. Bueno, dar-se a qualquer o direito do accusar. — *Accusatio non nisi ab idoneis et probatissimis viris, qui suspicionibus et sceleribus carent fieri debet.* O Av. de 15 de Fev. de 1837 está em abono desta opinião que elegantemente é sustentada pelo cit. P. Bueno — *Apont. Proc. Crim.* ns. 141 a 145.

A nova Refôrma Judiciaria deu aos promotores a attribuição de intervir na formação da culpa dos processos em que caiba a acção publica, e assistir ao julgamento no jury, embora haja accusador particular, pelo que não pôde mais o denunciante proseguir só na accusação, como entendem os que sustentão a opinião adoptada pelo Conselheiro Sinimbú no cit. Av. de 5 de Junho de 1862. A doutrina da Refôrma Judiciaria é a seguinte: “Aos promotores publicos, além das actuaes attribuições, compete: § 1º. Assistir, como parte in-

A's vezes acontece ter uma autoridade, competente para processar um delicto, conhecimento delle, sem ser por queixa ou denuncia, e neste caso póde processal-o *ex officio*.

Os casos em que os juizes formadores de culpa têm esta facultade de proceder *ex-officio*, e qual o modo porque se procede, é a materia de que o Comp. se occupa nos §§ 108 e 109, cuja doutrina é clara e verdadeira, vindo firmada nas leis que cita, por isso nos dispensamos de desenvolvê-la (1).

LICÇÃO LXXIII

O nosso ultimo trabalho versou sobre os CAPITULOS II e III, em que o Comp. trata da — denuncia —, e então vimos em que esta consiste, quaes as pessoas habeis para dá-la, quaes as que não podião dá-la, e finalmente examinamos uma questão muito debatida no nosso fôro, que é a de saber — se o denunciante é tambem competente para promover os mais termos da accusação até sentença final; sustentando de conformidade com a opinião de P. Bueno o contra a do Comp. que o denunciante não é competente para promover os termos da accusação, que desde que em um processo apparece o promotor publico deve o denunciante retirar-se, doutrina que vimos ser deduzida do art. 279 do Cod. do Proc. e sustentada pelo Av. de 8 de Julho da 1842.

Em ultimo lugar tratamos do procedimento *ex-officio*.

Hoje vamos entrar no estudo do TITULO III, que se inscreve — DA FORMAÇÃO DA CULPA.

Segundo as noções que temos expellido nas prelecções anteriores, conhecem-se no nosso processo criminal varios

tegrante do tribunal do jury, a todos os julgamentos, inclusive aquelles em que haja accusador particular, e por parte da justiça dizer de facto e de direito sobre o processo em julgamento. § 2º Nos processos por crimes em que caiba a acção publica, embora promovidos por accusação particular, pertence tambem ao promotor publico promover os termos da accusação e interpor qualquer recurso que no caso couber, quer na formação da culpa, quer no julgamento” — Art. 16 da L. de 20 de Set. de 1871 e 20 do Reg. de 22 de Nov. do mesmo anno.

(1) P. Bueno — *Proc. Crim.* ns. 152 a 156. O processo official só é hoje permittido nos casos especiaes do art. 49 do Reg. de 22 de Nov. de 1871. Vd. art. 15 da L. de 20 de Set. do mesmo anno e nt. 1 a pg. 324.

modos de proseguir-se em juízo a accusação de um delinquente até á sua punição.

Assim, muitas vezes é a mesma autoridade que indaga do facto que julga, e que em certos casos a executa, outras vezes, a autoridade que indaga do facto criminoso para nesta indagação, remetendo o processo a outra autoridade superior para julgal-o.

O processo, porém, mais repetido na pratica é aquelle que começando nas autoridades policiaes tem de ser julgado pelo jury, onde tudo se indaga, ventila e peza, por esta razão começa o Comp. a tratar em primeiro lugar deste processo.

De hoje em diante vamos vêr as peças de que se deve compôr este processo mais usual; por isso teremos em primeiro lugar de examinar o que é formação da culpa, e de quantos modos pôde ella formar-se.

No § 110 o Comp. define — *a formação da culpa, o processo que precede á accusação criminal, por meio do qual o juiz competente conhece da existencia, natureza e circumstancias do delicto, e quem seja o delinquente.* Resta-nos conhecer a força e valor de alguns dos termos empregados nesta definição: é a formação da culpa um — *processo* — porque as nossas leis tem determinado o caminho e a marcha que os juizes devem seguir nella; — *que precede a accusação criminal*, porque emquanto se indaga se um delicto foi ou não commettido, não ha ainda accusação criminal, esta só dá-se quando no juízo plenario se apresenta um libello arguindo-se factos dos quaes se conclue a punição do delinquente como incurso em tal artigo de lei — *por meio da qual o juiz competente, etc.*, isto porque, como por vezes temos dito, o juiz que não tem competencia para conhecer em certos casos, é considerado em relação a elles, como simples particular, e se o processo foi iniciado perante elle, foi mal iniciado, e em direito aquillo que é feito contra a lei é como se não existisse; — e *quem seja o delinquente* — talvez possa esta expressão — *delinquente* — de que usa o Comp. acompanhando o legislador, ser substituida por uma outra, que não sendo tão rigorosa, não estabeleça antinomia entre a theoria e a letra do nosso Processo Criminal; o emprego desta expressão traz-nos a idéa de que quando não se encontra um deliquente não pôde ter lugar a pronuncia, e por consequencia se indaga da innocencia ou culpabilidade daquelle que commetteu o delicto: o juiz formador da culpa, porém, não indaga da criminalidade, limita-se a averiguar os factos: isto, porém, não é erro do Comp., a mesma expressão se encontra no artigo do Código do Processo quando diz — e se reconhecer que o individuo e delinquente o pronunciará —: seria, pois, melhor que, para que não houvesse um vicio de expressão, se dissesse, em vez de delinquente — agente do delicto —. Feita esta explicação poderemos proseguir.

Tem ainda este § 110 uma segunda parte que é corrolario da primeira, em que diz o Comp. que — *sendo a formação da culpa*

a base da accusação, seus vícios, quando substanciaes, e não ratificadas em tempo, se transmittem e affectão os actos posteriores.

Desde que em um processo ha vícios substanciaes, elle não pôde mais vigorar e é nullo tudo o que dahi em diante nelle se processa: assim, ainda ultimamente a Relação julgou nullo um processo, porque o corpo de delicto não tinha sido feito como manda a lei, faltava-lhe a presença de duas testemunhas.

No § III encontram-se idéas que são desenvolvimentos e corollarios de outras anteriormente apresentadas. Apenas no final deste § ha uma idéa nova e é, que o juiz formador da culpa — *obriga o réo a prisão nos casos em que esta tem lugar, e sempre a livramento*, deve-se entender esta expressão *a livramento* no seu sentido technico.

Quer nos casos em que se pôde proceder á prisão antes de culpa formada, quer naquelles em que depois desta o réo deve recolher-se preso ou prestar fiança, quer finalmente naquelles casos, em que a fianca não é admissivel, o réo é sempre obrigado pelo juiz a livramento, porque é sempre obrigado a defender-se, a accusação obriga a defesa, e embora não seja em alguns delictos de pouca importancia, o réo obrigado á prisão, elle o é sempre a livramento, porque tem sempre obrigação de defender-se.

No § 112 não faz o Comp. mais do que enumerar as diversas peças porque pôde começar um processo criminal, passando successivamente nos §§ subsequentes, a examinar de per si cada um destes diversos modos pelos quaes pôde começar a formação da culpa.

Passamos ao CAPITULO II que tem por epigraphe — DO CORPO DE DELICTO, DA AUTOPSIA E DO EXAME DE SANIDADE.

No § 113 define o Comp. — *o corpo de delicto, o acto judicial pelo qual consta a existencia de um crime e de todas as suas circunstancias*. Depois desta primeira noção diz o Comp. que — *procedese a corpo de delicto, ou a requerimento da parte ou ex-officio nos crimes em que tem lugar a denuncia*.

Da definição dada e dos principios de nossas leis, resulta que ha uma distincção entre corpo de delicto, e auto de corpo de delicto. Si se quizesse definir — o auto de corpo de delicto, dir-se-hia — é o processo por meio do qual se indaga e averigua a existencia de um factio criminoso, por meio de peritos e testemunhas que assistão ao exame feito em presença dellas, do juiz e do escrivão. E' de grande importancia esta distincção, porque ella solve a questão que muito se tem discutido modernamente, que consiste em saber se o corpo de delicto é peça substancial do processo.

Diremos que o auto de corpo de delicto não é peça substancial do processo, mas o corpo de delicto é, porque como dissemos, é por elle que consta em juizo a existencia do crime e de suas circunstancias.

No 114 diz o Comp. que — *forma se o auto de corpo de delicto ou directamente pela inspecção occular, quando o facto deixa vestígios, que podem ser observados, ou indirectamente por meio de depoimentos de testemunhas, quando o facto não deixou vestígios depois de si, ou os vestígios já tem sido destruidos.*

Devemos dizer que sobre esta materia o art. 134 do Cod. do Proc. que exigia sempre o auto de corpo de delicto, tanto nos crimes que deixão vestígios, por intermedio de inspecção occular, como nos que não deixão, por meio de depoimento de testemunhas, foi alterado pelo art. 47 da L. de 3 de Dez. que diz: — “nos crimes que não deixão vestígios, ou de que se tiver noticia, quando os vestígios já não existão, e não se possão verificar occularmente, por um ou mais peritos, poder-se-ha formar o processo independente de inquirição especial para corpo de delicto, sendo no summario inquiridas as testemunhas, não só a respeito da existencia do delicto e suas circunstancias, como tambem acerca do delinquente.”

A L. de 3 de Dez. de 1841, pois, não prescindiu do corpo de delicto, apenas facultou que quando elle tivesse de ser formado pelo depoimento de testemunhas, independente de processo preliminar, podessem ser ellas inquiridas no mesmo summario da culpa.

O corpo de delicto é tão essencial em um processo criminal que o direito portuguez antigo não o dispensava, que Ortolan no seu *Droit Penal* (1) o exige formalmente, e que Per. e Souz. *Lins. Crim.* cita o facto de um individuo que foi condemnado e executado innocente, por não haver um corpo de delicto, o facto é o seguinte: com deaapparecimento de uma mulher coincidiu o ser encontrado escondido um individuo; levado pelas torturas elle confessou ter sido o assassino da mulher desaparecida, é condemnado, e tempo depois de executado apparece a mulher que havia desaparecido.

Por este exemplo mostra Per. e Souz. a indispensabilidade do corpo de delicto, porque sem elle pôde muitas vezes ser condemnado um innocente.

Nos arts. 256, 257 e 264 do Reg. de 31 de Jan. de 1842 encontra-so tambem principios relativos á questão, devendo por isso ser consultados. Em resumo sustentamos que o corpo de delicto é sempre essencial em qualquer processo criminal, o auto de corpo de delicto é que pôde deixar em alguns casos de existir. (2)

(1) L.1, P.2, T.3, C.4, onde vem uma excellente dissertação sobre a noção de corpo de delicto.

(2) P. Bueno *Proc. Crim.* ns. 157 e 158. No processo actual não é essencial o auto de corpo de delicto, e sem elle, pôde-se intentar a

LICÇÃO LXXIV

Na ultima lição estudamos diversas noções relativas ao corpo de delicto, indagando a questão se o corpo de delicto é ou não peça substancial do processo. Depois de havermos feito a distincção entre — corpo de delicto e o auto de corpo de delicto — solvemos a questão dizendo, que o auto de corpo de delicto não é peça substancial do processo, mas sim é o corpo de delicto; examinando a questão em frente das nossas diversas leis do processo, vendo a modificação que o art. 47 da L. de 3 de Dez. fez ao art. 134 do Cod. do Proc., e finalmente examinando os arts. 256, 257 e 264 do Reg. de 31 de Janeiro, que não deixão bem clara a distincção entre o corpo de delicto e o auto de corpo de delicto.

Hoje vamos continuar no estudo dos outros §§ de que consta este Cap. No § 115 encontra-se a enumeração dos requisitos necessarios ao corpo de delicto, que são: 1º, *que seja feito por peritos habeis, e em falta por pessoas de bom senso, nomeadas e juramentadas pelo juiz*, 2º, *que os peritos examinem e descrevão com verdade quanto observarem, avaliando o damno causado e resultante do delicto*; 3º, *que seja escripto pelo escrivão, rubricado pelo juiz e, assignado por este, testemunhas e peritos.*

Nas leis citadas pelo Comp. neste § se confirmão as suas proposições. Quanto á necessidade de que os peritos encarregados do corpo de delicto sejam habeis, entende-se que sejam habeis em relação ao exame que tem de proceder; assim, si se tratar de um arrombamento, deve ser chamado para o exame um marceneiro; um medico, si se tratar de um homicídio ou ferimentos. Quanto á avaliação do damno causado, isto hoje

queixa ou denuncia e formar-se culpa, como se deduz dos arts. 78, 79, 140, 205 e 206 do Cod. do Proc. — Av. de 9 de Abril de 1836. O que só procede nos delictos de facto tranzeunte, quando o crime não tem deixado vestigios, ou delle só se tem noticia quando os vestigios já tem desaparecido; suppre-se então esta falta recolhendo-se os indicios que possão ainda existir, e inquirindo-se as testemunhas, não só a respeito do delinquente, como tambem acerca do delicto e suas circumstancias — Reg. de 31 de Janeiro de 1842, arts. 264 e 265. Fóra deste caso é sempre essencial o auto de corpo de delicto directo: elle é a base de todo o procedimento criminal, e a sua falta annulla o feito. — Per.e Souz. *Lins. Crim.* nt.128. — *Ollegario Prat. das Cor.* pg. 277. Decidiu o Supremo Tribunal de Justiça na Rev. n. 1.675 julgada em 6 de Julho de 1861, que é nullo o processo em que não houve auto de corpo de delicto, quando o facto criminoso e de natureza permanente.

já não é de necessidade, segundo o espirito da nossa legislação, porquanto, como já por vezes temos observado, a avaliação do damno era de necessidade quando, no mesmo processo criminal se intentava a acção civil de reparação; hoje, porém, que o processo civil de reparação corre separadamente do criminal, não se torna de necessidade a avaliação do damno causado.

O mais que vem no § é clero.

No § 116 encontra-se o modo de proceder-se ao corpo de delicto, e nada temos que acrescentar no que diz o Comp.

No § 117 abre-se uma excepção ao principio de direito, de que nos dias santificados, feriados ou de noite, não se podem fazer actos judiciaes validos, declarando-se que em vista do art. 260 do Reg. de 31 de Janeiro, póde-se mesmo nestes dias, ou de noite, proceder-se ao corpo de delicto.

No § 118 diz o Comp., que depois de formado o auto de corpo de delicto, deve o escrivão remettel-o ao juiz, para que elle declare se procede ou não o corpo de delicto; se elle declara que procede, sendo competente para formar a culpa, manda proseguir nos termos della: se porém, não é competente, manda remettel-o a qualquer autoridade competente para formar a culpa. Assim, os juizes de paz, que hoje entre nós, não tem mais attribuições criminaes (1) e que entretanto podem formar corpos do delicto, devem, quando os tiverem feito, remettel-os ás autoridades competentes para fazer o summario da culpa.

Isto refere-se aos casos em que o corpo de delicto é feito *ex-officio*: quando, porém, é elle feito a requerimento de parte, terminado que seja, dá-se á parte que requereu o corpo de delicto, para vir com a sua queixa dentro de um prazo; isto porque, se o crime de que consta o corpo de delicto fôr daquelles em que cabe a acção publica, findo o prazo, se a parte não apresenta a queixa, o juiz *ex-officio* instaura o processo, servindo de base a elle o traslado que ficou no cartorio do escrivão (2).

(1) Assim era pela refórma operada pela L. de 3 de Dez. de 1841, porém, pela nova Ref. Jud. elles tem attribuições criminaes. Vd. nt. 1 a pg. 317.

(2) O corpo de delicto, pela nova Ref. Jud. comprehénie-se no inquerito policial que, incumbe aos chefes, delegados e subdelegados de policia. — Arts. 88 e 39 § 1 do Reg. de 22 de Nov. de 1871. O art. 42 § 1 determina que “Far-se-ha corpo de delicto, uma vez que o crime seja de natureza dos que deixão vestígios.” Não foi, porém pela Refórma alterada a competencia dos juizes de paz para proceder a corpos de delicto (art. 12 § 4 do Cod. do Proc.), postoque não possão proceder ao inquerito policial. — Art. 19 do cit. Reg. O corpo de delicto em crimes particulares, requerido pela parte offendida, de-

No § 119 não se trata propriamente do corpo do delicto no sentido restricto, mas do exame de sanidade e da autopsia, que nos crimes de ferimento ou de homicidio podem ser indispensáveis.

O *exame de sanidade* é aquelle a que se procede alguns dias depois do corpo de delicto para se apreciar o estado do offendido: assim, em um caso de ferimentos, exigindo o art. 205 do Cod. Crim., que para que elles sejam qualificados graves, produzão inhabilitação para trabalho por mais de 30 dias, torna-se necessario que nos 30 dias depois do ferimento se proceda a uma exame, para se verificar uma condição que se torna indispensavel para a qualificação do delicto.

A *autopsia*, que consiste no exame medico feito no interior do cadaver, para o descobrimento das causas da morte, torna-se muitas vezes indispensável, para verificar, por exemplo, em um caso de morte, se ella é proveniente do veneno, ou se é uma morte natural.

Pela necessidade que temos de adiantar materia, limitamo-nos a estas considerações, visto que a doutrina do Comp. nestes §§ não carece de maiores desenvolvimentos.

LICÇÃO LXXV

A nossa tarefa ultimamente tem versado sobre o estudo da formação da culpa, e vimos quaes os varios modos pelos quaes se podia iniciar este processo, estudando o auto de corpo de delicto, que é o meio mais usual de começar-se a formação da culpa.

Posteriormente occupamos-nos tambem da autopsia e do exame de sanidade.

Hoje vamos estudar o CAPITULO III, que tem por epigraphe — DO AUTO DE QUALIFICAÇÃO E DO JURAMENTO DE CALUMNIA.

Depois de havermos estudado o corpo de delicto que e a primeira peça que apparece no processo, passamos agora a estudar as outras peças que a elle se seguem, começando pela formação da culpa.

ve lhe ser entregue para o uso que lhe convier. — Art. 42 § 8 do cit. Reg. Nos crimes publicos ordenará a autoridade policial que seja elle remmetido, por intermedio do juiz municipal, ao promotor publico. — Cit. art. § 6.

E' da formação da culpa em diante que começa propriamente o processo summario criminal, porquanto só desde então é que apparece o delinquente; no corpo de delicto apenas se trata de verificar os vestigios do crime, e não quem é o delinquente.

No § 120 diz o Comp que *o auto de qualificação é aquelle em que consta o nome, filiação, idade, profissão e nacionalidade do réo, assim como o lugar de seu nascimento, e se sabe lêr e escrever.*

Destas noções deduz-se que o auto de qualificação não é uma peça substancial do processo da formação da culpa, elle é commum a todo processo criminal; em todos os casos em que ha um delinquente a punir, ha necessidade do auto de qualificação para venficar-se quem é o delinquente, e mesmo, como diz o Comp., é necessario para saber-se se o individuo acetinado já foi condemnado por um crime da mesma natureza e se pôde-se por conseguinte aggravar-se o seu delicto com a circumstancia da reincidencia.

E' sómente confrontando se os dous autos de qualificação de dous processos differentes, que se pôde conhecer se o que é réo em um é o mesmo que é o réo em outro.

Comquanto a este auto deva proceder toda a autoridade perante quem comparece um réo pela primeira vez, não é entretanto elle tão essencial ao processo que a sua falta produza nullidade, tanto que já temos visto julgados da nossa Relação considerando validos processos criminaes em que se omittão este auto; entretanto a autoridade que o omitta no processo é punida com a multa de 20\$ a 60\$000, segundo e Reg. de 31 de Jan. de 1842, arts. 171 e 172.

Não é de necessidade que o auto de qualificação siga logo ao do corpo de delicto mesmo algumas vezes é impossivel que elle se ache neste lugar, porquanto, fazendo-se e te auto sempre em presença do individuo accusado, este muitas vezes homisia-se e é pronunciado á sua revelia.

No §§ 121 trata o Comp. *do juramento de calumnia*, que é o que se defere ao queixoso ou denunciante de que litiga de boa fé (1).

Já tivemos occasião de tratar desta materia quando tratamos dos requisitos da queixa e denuncia: não ha por isso neste § materia nova e que careça de desenvolvimento, apenas notaremos que no final do § diz o Comp. que *o juramento pôde ser prestado por procurador quando o autor tiver impedimento que o prive de comparecer, precedendo licença do juiz.*

(1) Art. 78 do Cod. do Proc — Decidio o Av. de 9 de Abr. de 1836 que a assignatura do termo de juramento pelo queixoso ou denunciante dispensa a assignatura da queixa, o que, porem, é contra a disposição expressa do cit. art. 78.

A procuração, porém, para este fim deve ser uma procuração com poderes especiaes, isto pelo principio geral de direito, que ninguem pôde jurar por outro sem ter para isso poderes especiaes (1).

Passamos agora a vêr qual é a fôrma do *summario da culpa*.

Passamos ao § 122. Neste § contem-se a *fôrma do summario da culpa* que vem expressa em termos precisos.

Tratando das testemunhas, diz o Comp. que nos crimes particulares exige-se de tres a cinco e nos publicos de cinco a oito; apresentando-se numero inferior a este exigido pela lei, o juiz deve mandar vir outras que completem o numero, afim de não ficar nullo o processo; sendo o numero superior ao legal, não se conta as que excederem a elle.

Esta disposição da lei, porém, refere-se ás testemunhas chamadas — juramentadas — e não ás informantes ou ás que embora depondo sob juramento se chamão em direito — referidas.

São testemunhas! — informantes — as que são parentes dentro do segundo gráo dos autores ou réos, os offendidos, os escravos e outros que não tem representação civil (2).

São — referidas — aquellas testemunhas que são chamadas a jurar, por ter a testemunha do numero declarado que por elln soubera do facto: na pratica tem-se abusado em qualificar as testemunhas referidas; segundo, porém, a significação technica do direito, testemunha referida só é aquella que deu conhecimento do facto a que depõe, que declarou ter della sabido o facto.

O mais que diz o § é claro.

No § 123 trata o Comp. da irregularidade resultante da não inquirição do numero legal de testemunhas.

Não sendo completo o numero de testemunhas em um processo e sendo elle assim julgado é nullo; convém, porém, distinguir quando o processo está na primeira instancia e quando está na segunda: se o processo está na primeira instancia e não foi inquerido o numero legal de testemunhas, o juiz a quem estiver affecto o processo mandará que se inquiram as testemunhas que faltarem, uma vez, porém, que este defeito só for reconhecido em segunda instancia, elle nullifica o processo.

A nossa Relação tem sempre julgado neste sentido (3).

(1) Vd. nt. 1 a pg. 334.

(2) Art. 89 do Cod. do Proc — Esta informação terá o credito que o juiz entender que lhe deve dar, em attenção ás circumstancias.

(3) Reg. de 31 de Jan. de 1842 arts. 200 § 2, 290, 291, 292 e 354 — P. Bueno *Proc. Crim.* § 48.

No § 124 trata o Comp. da alteração e substituição das testemunhas do *summario*.

O art. 79 § 5 do Cod. do Proc. que o Comp. cita e o art. 48 da L. de 3 do Dez. também citado, não tem sido sempre entendidos de um modo uniforme: primeiramente entendia-se que as testemunhas apresentadas na queixa podião na inquirição ser substituídas por outras; os inconvenientes, porém, que resultavão desta doutrina são manifestos, e já delles nos occupamos, tanto que, para obviar-os baixarão avisos prohibindo a substituição das testemunhas, o que originou um outro defeito, cahindo-se no extremo opposto: muitas vezes processos deixavão de proseguir, porque tendo morrido ou estando impossibilitada de depôr alguma das testemunhas apresentadas, os juizes, cingindo-se á letra dos avisos, não consentião na substituição das testemunhas (1).

Sobre a doutrina do § 125 não nos demoraremos, por isso que as proposições do Comp. não pedem desenvolvimentos.

No § 126 estabelece o Comp. que o accusado deve ser ouvido no processo de formação de culpa, sempre que fôr possível, razão porque a lei tem reconhecido que deve o accusado ser notificado para vir assistir á formação da culpa.

Quando, porém o accusado não quer comparecer ou homisiasse, entendem alguns que deve parar o processo até que elle venha; esta pratica, porém, é inconveniente, porque, a dominar ella, muitos crimes ficarão impunes, porquanto, o accusado não comparecia, a culpa não formava-se, e quando o accusado viesse a apparecer, terião desaparecido as provas ou morrido as testemunhas que podião dar lugar á formação da culpa.

E' deste modo que o Comp. solve a questão do § 127. Diz, porém elle que as testemunhas inquiridas contra o accusado em sua ausencia, fazem sómente prova para a pronuncia e não para a condemnação, salvo sendo de novo inquiridas na sua presença.

A seguir-se doutrina contraria a esta, o réo seria julgado sem ter conhecimento do que contra elle tinhão dito as testemunhas, porquanto, no jury, quando não se apresentam testemunhas differentes das que jurarão na formação da culpa, não se costuma de novo reperguntar á estas, quando a parte o não

(1) Arts. 79 § 5 do Cod. do Proc. 48 da L. de 3 de Dez. de 1841 e P. Bueno — *Proc. Crim.* n. 133. Vd. nt. 1 a pg. 338. No antigo processo portuguez não se podião também substituir as testemunhas que se nomeavão nas querelas, como se vê da Ord. L. 5 T. 117 §6. Também ha no crime a inquirição *ad perpetuam rei memoriam*, quando a testemunha estiver para ausentar-se ou fôr de avançada idade — Cod. do Proc. art. 91.

requer, julgando se pelo que ellas depuzerão na formação da culpa.
A doutrina dos §§ 128, 129 e 130 é facil, o Comp. a desenvolve e não nos resta tempo para sobre ella nos demorarmos, por isso paramos aqui, dando por explicado todo o processo criminal da formação de culpa até a pronuncia, recommendando aos Srs. a leitura do Comp. (1).

(1) O pouco tempo de que dispunha o illustrado Lente e a necessidade de cumprir o programma da Faculdade, explicando o — Processo Criminal — Derão lugar a que não fosse este ramo do direito explicado com o desenvolvimento necessario. Limitamo-nos em algumas notas a indicar as modificações introduzidas pela nova Reforma Judiciaria.

Para desculpa dos erros que ahi ficão, pedimos a attenção do leitor para o que já expozemos na nt. 1 a pg. 309.

FIM.

