

## INTRODUÇÃO

AO

# ESTUDO DA PRÁTICA FORENSE

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

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

## CAPÍTULO I

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

---

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

## CAPITULO II

SUMMARIO.—Actividade jurídica e actividade forense.—

Causas da actividade forense: causa material, causa efficiente, causa formal, causa final.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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



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

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

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

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

Applicando estas noções á *actividade forense*, diremos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

O processo começou a ser regularmente reduzido a escripto, por influencia do Direito Canonico, depois do cap. *Quoniam contra*, das Decretaes, L. II, tit. XIX, de *probationibus*. O canon de Innocencio III e de 1216, é assim concebido: *Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare: cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa pro-*



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

### CAPITULO III

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

D'ahi a divisão da doutrina da *pratica forense* em *doutrina eurenematica* e *doutrina formularia*.

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

S. Paulo, 22 de Setembro de 1893.

Dr. João Mendes de Almeida Junior.