

TESOURO JURIDICO

PROCESSO ORDINARIO

1

9

u

THE SOURO JURIDICO

TRATADO DE JURISPRUDENCIA

E

PRATICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

PROCESSO ORDINARIO 2

CONTENDO

O PROCESSO, SUAS DIVISÕES E SEUS ACTOS; A SABER:: — CITAÇÃO
E SUAS ESPECIES; INSTANCIA, LIBELLO, CONTRARIEDADE,
REPLICA, TREPICA, EXCEPÇÕES, RECONVENÇÃO, DILAÇÕES,
FERIAS, PROVA, CONFISSÃO, INSTRUMENTOS, RAZÕES
FINAES E SENTENÇA.

TODA A LEGISLAÇÃO CONCERNENTE EM VIGOR ATÉ HOJE; ARESTOS
DOS TRIBUNAES, DECISÕES DO GOVERNO, OPINIÕES
DOS MAIS ABALISADOS JURISCONSULTOS NACIONAES E
ESTRANGEIROS, E LARGOS E BEM
DESENVOLVIDOS COMMENTARIOS, DOCTRINA E
REFUTAÇÕES DO AUCTOR.

PELO

DR. JOSÉ ROBERTO DA CUNHA SALES

ADVOGADO NOS AUDITORIOS DA CÔRTE

RIO DE JANEIRO

B. L. GARNIER, LIVREIRO-EDITOR

71, Rua do Ouvidor, 71

1882

2
✓
341.46
5163
TJR
1882-83

LIVRARIA B. L. GARNIER

OBRAS DO MESMO AUTOR

- TRATADO DA PRAXE CONCILIATORIA, ou Theoria e Pratica das Conciliações e da Pequena demanda; 1 vol. in-4º, enc..... 6\$000
- FORMULARIO DE TODAS AS ACÇÕES CONCILIATORIAS e da Pequena demanda; 1 vol. in-4º, enc..... 3\$000
- PODER JUDICIAL. — Fóro Penal. Theoria e Pratica do Processo Criminal Brasileiro; 1 gr. vol. in-4º, enc..... 8\$000
- FORO CIVIL. — Thesouro Juridico.—Tratado de Jurisprudencia e Pratica do Processo Civil Brasileiro; 1 gr. vol. in-4º, enc..... 10\$000
- PROCESSO COMMUM. — Fóro Penal. — Theoria e Pratica do Processo Criminal Brasileiro; 1 gr. vol. in-4º, enc....
- PROCESSO ORDINARIO.—Thesouro Juridico.—Tratado de Jurisprudencia e Pratica do Processo Civil Brasileiro; 1 vol. in-4º, enc.....

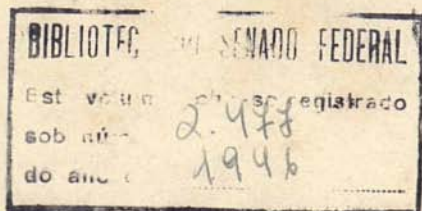
NO PRELO

- JULGAMENTOS NO PLENARIO E SEUS RECURSOS. — Fóro Penal. — Theoria e Pratica do Processo Criminal Brasileiro.
- PROCESSOS CRIMES ESPECIAES. — Fóro Penal. — Theoria e Pratica do Processo Criminal Brasileiro.
- EXECUÇÕES DE SENTENÇAS CIVEIS. — Theoria e Pratica do Processo Civil brasileiro
- RECURSOS CIVEIS.—Thesouro Juridico, Tratado de Jurisprudencia e pratica do Processo Civil Brasileiro.

Todas essas obras, que se acham no prelo, são, por sua natureza e methodo, da mais indeclinavel necessidade aos que se occupam dos negocios forenses.

São ellas fontes, onde com a maior facilidade, exactidão e clareza se encontrará resolvida toda e qualquer questão e as duvidas que se possam suscitar no civil, ou no crime; porquanto, apezar de serem obras de praxe, nellas o incansavel Jurisconsulto trata largamente das questões de direito em theoria.

A aquisição destas obras importará a dispensa de muitas outras, que sem ellas, necessarias e indispensaveis seriam para a solução das variadissimas questões que se agitam.



PROLOGO

Para poupar aos magistrados, advogados e mais entidades do fôro o fatigante trabalho de compulsarem innumeras obras para a solução, na theoria e na pratica, de qualquer questão civil; tendo elles necessidade de recorrer a diversas fontes para a aquisição da doutrina, da legislação, da jurisprudencia e da praxe; resolvi empenhar-me no esforço de escrever unia obra, que mais ou menos podesse com vantagem supprir tão penosa tarefa, proporcionando em suas paginas aos que se dedicam ao estudo e pratica do direito o que até hoje em o nosso paiz ha de doutrina, legislação, jurisprudencia e pratica indispensavel e corrente.

Para isso consultei com todo o interesse e estudo o que demais proveitoso entre os escriptores patrios e estrangeiros póde-nos

ser—, e escrevi o meu — THESOIRO JURIDICO, que dividi em quatro partes.

Em Dalloz, Merlin, Pothier, Demolombe, Savigny, Murlon, Troplong e Heinecius, colhi o que em doutrina é possível desejar-se em relação a cada questão de direito civil, e muitas vezes de orphanologia, que se encontra no mesmo *Thesouro*, discutida por afinidade.

Já tendo sahido á luz da imprensa o primeiro volume, sob o titulo especial — FÔRO CIVIL—, vai correr este as syrthes da publicidade, denominando-se — PROCESSO ORDINARIO.

Naquelle tratei de todas as entidades do fôro, essenciaes e accidentaes, suas attribuições, direitos e deveres, prohibições e prerogativas, doutrina e divisões do fôro, e conciliação. Neste trato da natureza, actos e termos do PROCESSO ORDINARIO, e ligeiras apreciações sobre o *processo summario* e o *summarissimo*.

O estudo e a apreciação detida, que fiz dos nossos *praxistas*, e o reconhecimento das imperfeições e innumeradas e bem sensiveis

lacunas, que encontrei na exposição e desenvolvimento dos actos e termos do *Processo ordinario*, forçaram-me a consagrar exclusivamente este volume a semelhante materia.

Fui obrigado muitas vezes a apartar-me das theorias de Pereira e Souza, Teixeira de Freitas, Ribas, Ramalho, Paula Baptista, Gomes, Corrêa Telles e outros, por me parecerem já inacceitaveis á luz do progresso e da civilização, que sabem directamente actuar sobre as nossas relações juridicas, que por sua vez se incumbem de modificar e alterar a praxe do fôro.

As diversas modificações, que tenho feito na exposição dos termos e formulas do *Processo ordinario* derivam a sua procedencia da inconstancia e diversidade por que são elles tratados pelos diversos praxistas e aceitos e postos em pratica pelos diversos Juizes e tribunaes.

A fôrma que mais se casa com o estado actual da nossa sociedade e se ajusta com a harmonia das relações juridicas, mantidas

e respeitadas pelas leis e jurisprudencia modernas, foi a que de preferencia consagrei neste volume.

As diversas censuras que em minhas obras se encontram aos tribunaes, juizes, governo e advogados, são mais por amor á ordem do processo e apreciação do direito, do que pelo desejo de fazer-me saliente, ou critico, do que a todos peço indulto.

Assim procedendo, no meu espirito só actua um sentimento : ser util, quanto possa, e como possa, á humanidade e ao meu paiz.

DR. JOSÉ ROBERTO DA CUNHA SALES.

Côrte, Novembro de 1882.

THESOURO JURIDICO

PARTE SEGUNDA

PROCESSO ORDINARIO

CAPITULO II

DO PROCESSO E SEUS TERMOS

SECÇÃO I

Do processo

§ 1.º

Processo é a ordem, que em Juizo devem tomar as acções, segundo as leis, que regulam seus actos. (c. 1.)

COMMENTARIO I

AO § 1º

Nesta definição distinguimos dous elementos constitutivos do *processo*: *Ordem, que devem*

tomar as acções, isto é, actos que compõem o processo ; e leis ; que regulam esses actos, isto é, leis de fórmula, leis, enfim, que prescrevem a maneira por que devem ser taes actos praticados.

Assim, pois, preciso é não confundir *actos do processo* com *solemnidades legaes*, que lhes dão força e utilidade.

O *processo* não é mais do que um complexo de meios, de normas, que a lei reflectida e maduramente estabeleceu para servirem de reguladores aos actos e termos, que devem as partes e Juizes empregar na marcha judiciaria ; mas, esses actos não pôdem ser praticados a arbitrio das partes e Juizes, mas sim de conformidade com medidas, que lhes determinem a sua validade, ou improcedencia, prescrevendo-lhes para isto certa somma de solemnidades ; e é a isto que chamamos *objecto das leis do processo*.

Essas leis, pois, que prescrevem taes solemnidades, são as que se chamam *leis de fórmulas*, e que devem estar de perfeito accôrdo com os actos do processo, para que facilitem o conhecimento da verdade, e protejam os meios de defeza e acção que garantem a boa applicação do direito e distribuição da justiça.

Na ausencia dessas leis, que prescrevem *penas* aos actos que a ellas não são conformes, a chicana, o arbitrio e a injustiça ergueriam o collo contra a verdade e a judiciousa discussão dos direitos plei-

teados, e, então, as leis, que prescrevem os actos do processo, podendo ser impunemente violadas, seriam em pura perda estatuidas.

Nenhuma *pena*, pois, mais apropriada a semelhante preterição legal do que serem considerados nullos os actos a que a mesma preterição dêr lugar, ou nellas intervenha ; por isso que, sendo fins das leis do processo: 1º, garantir a sabedoria do exame e a rectidão das decisões, de maneira que entre os *juílgados, verdade e justiça*, não haja differença, confundam-se em sua essencia ; 2º, garantir os effeitos dessas decisões pelo processo da execução ; qualquer outra *pena*, que estatuida fosse para punir a preterição das leis de fórmula, não corresponderia aos effeitos da omissão, nem quanto á sua natureza, nem quanto aos seus nocivos resultados.

Para demonstrar-se a importancia que na marcha judiciaria dos processos têm as *leis de fórmulas*, basta recordar que os francezes, considerando-as essenciaes á boa applicação do direito e distribuição da justiça, consagram a maxima — *la forme emporte le fond*.

A autoridade da cousa julgada, consignada na Lei 207. D. *de Regul. Juris — judicata pro veritate habetur*, emana e tira a sua força da observancia e respeito ás leis de fórmula, que garantem e solidificam as do processo.

§ 2.º

Na organização do *processo civil* entram actos essenciaes e indispensaveis, e actos supervenientes e não constitutivos.

§ 3.º

São actos essenciaes e indispensaveis do processo :

- 1.º A propositura da acção.
- 2.º A citação do réo. (c. II.)

COMMENTARIO II

AO N. 2 DO § 3º

E' essencial a citação do réo, porque a propositura da acção tem por fim que seja o réo condemnado no pedido ; e sendo a defeza de direito natural e divino, fontes originarias do direito civil sem ser citado, viria o réu a ser condemnado, desde que não se defendesse, sem ser *ouvido* e *convenido*, contra o disposto na Ord. L. 2º, T. 1º, § 13, que assim se exprime :

« Porquanto, o direito natural não consente *condemnar-se* ou *infammar-se* publicamente pessoa alguma, *sem primeiro ser ouvida e convencida judicialmente.* »

3.º A defeza. (C. III.)

Além disto, sendo a *citação* o principio e fundamento de toda a ordem judicial, como o ensina Justinianno em suas Inst. T. 16, § 3º :—*immo citatio est principium et fundamentum totius iudicii*,—sem ella não se póde começar processo algum, nem tomar conhecimento de causa alguma:—*sine citatione nulla potest esse causa cognitio*.—Valasc., part., cap. 7º, n. 2.

COMMENTARIO III

AO N. 3 DO § 3º

A defeza é acto tambem essencial do processo, porque é ella, como dissemos, de direito natural e divino e sem a qual não se poderia conhecer a verdade do litigio, visto como o autor costuma sempre a descrever o seu direito de modo que manifesta, ainda mesmo aparentemente, que a razão está de seu lado.

Além disto, se a defeza não fosse acto essencial do processo, teriamos que muitas vezes a innocencia viria a ser victima da surpresa e do arдил, e não poderia nunca ter applicação a maxima :—*qui tacet consentire videtur*— que entretanto não é absoluta.

7

4.º As provas. (c. iv.)

COMMENTARIO IV

AO N. 4 DO § 3º

Tambem as provas são acto essencial do processo, porque a ordem e integridade do processo, tanto natural, como civil, exige não só a completa deducção dos meios de defeza e acção, mas tambem os termos probatorios, porquanto, sem elles, aquellas não seriam mais do que asserções despidas de valor e de criterio.

E, fundados neste principio racional e philosophico, é que no *Dig. de Probat. Præsumpt.* consignaram-se as leis 2ª e 21, que assim se exprimem :

« *Probatio incumbit ei, qui dicet, non qui negat. Semper necessitas probandi illi, qui agit.* »

Não basta que as partes sómente alleguem os factos de que pretendem deduzir os seus direitos, mas é tambem preciso que, perante os tribunaes, demonstrem e confirmem, ou provem, o que allegam.

Isto posto, vê-se que as provas são parte integrante do processo, por ser a mais importante, visto como é ella a decisiva dos litigios.

Com relação ás diferentes divisões de que é a prova susceptivel, nos occuparemos no lugar competente.

5.º A deducção do direito. (c. v.)

COMMENTARIO V

AO N. 5 DO § 3º

Tambem é acto essencial e constitutivo, porque diz elle respeito á defeza, que necessita de espaço para desenvolver-se e manifestar a verdade de seu direito pelo confronto dos factos com as provas, a doutrina do direito, a legislação e a jurisprudência.

Não tem razão Moraes Carvalho, quando no seu § 651 diz que: as allegações não são da substancia do processo, e assim a sua falta não produz nullidade; e cita em confirmação á sua doutrina o § 270 das *Primeiras Linhas*, e a nota 540 de Souza Pinto.

Se, porque a falta das allegações finaes não importa nullidade do processo, fosse razão para que se considerasse ellas não substanciaes, poderíamos dizer tambem que a prova, a contestação, ou defeza, cuja falta tambem não importa nullidade, não são actos substanciaes.

O réo pôde deixar de defender-se, e entretanto a falta de defeza não importa nullidade; o autor pôde deixar de provar sua intenção, e entretanto a falta da prova não induz nullidade no processo; mas, entretanto, ninguém dirá que a defeza e a prova não são actos substanciaes do processo.

E' certo que a falta da deducção do direito das partes não importa nullidade do processo; mas a prova de que é ella substancial ao processo, é que nem as partes, nem o Juiz pódem supprmil-a; tanto que nullo será o processo, se ás partes deixar de ser assignado prazo para ella, de conformidade com a disposição do art. 74 do Reg. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, que assim se exprime:

« Os prazos para as partes allegarem o que lhes convier, serão os mesmos adoptados no processo commercial; seguindo-se a esse respeito o mais que se acha estabelecido no mesmo processo.»

A não assignação desse prazo produz o mesmo effeito, que a falta de citação, que a não assignação de dilação para prova, porque importam todos violações aos actos do processo, preterição ás leis de fórmula; o que manifesta e logicamente deixa demonstrado que, como a citação, a que póde não acudir o réo, como adilação das provas de que pódem as partes não se aproveitar, a deducção do direito, que pódem tambem as partes dispensar, é acto substancial do processo.

A não assignação de prazo para a deducção do direito das partes importa *infallivelmente* nullidade do processo, não só porque se pretere um dos meios de defeza, que consiste na allegação do direito, como porque, mutilando os legitimos tra-

6.º O julgamento. (c. VI.)

7.º A execução. (c. VII.)

mites da discussão, não póde assegurar garantia alguma da manifestação da verdade, além de violar o preceito da lei.—Mello Freire, L. 4.º, T. 7.º, § 14.

COMMENTARIO VI

AO N. 6 DO § 3.º

O *julgamento* é acto substancial, porque é por elle, que o juiz, summariando o pedido e a contestação, apreciando a prova e o direito, motivando com precisão o seu juizo, e declarando a lei em que se funda, decide da controversia.—Ord. L. 3.º, T. 6.º, § 7.º; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 232.

COMMENTARIO VII

AO N. 7 DO § 3.º

A *execução* é acto tambem substancial do processo, porque é por meio della que se coage o réu a satisfazer as obrigações julgadas por sentença, visto como sem nenhuma utilidade, e em pura perda seria toda a discussão e contestação do direito das partes, se a execução lhes não vieste

§ 4.º

São actos supervenientes e não constitutivos do processo civil :

- 1.º A reconvenção.
- 2.º A opposição.
- 3.º A assistencia.
- 4.º A autoria.
- 5.º Os embargos de terceiro.
- 6.º Os artigos de attentado.
- 7.º As habilitações.

SECÇÃO II

Da divisão do processo

§ 5.º

O *processo*, quanto ao seu fôro, divide-se em : (c. viii)

dar a precisa exequibilidade, tornando a sentença uma realidade.

E' por essa razão que os jurisconsultos inglezes chamaram á *execução*:—*fructus et finis legis*.

COMMENTARIO VIII

AO § 5.º

Não nos occuparemos do processo ecclesias-

- 1.º Ecclesiastico.
- 2.º Secular.

§ 6.º

O *processo* secular divide-se quanto ao seu objecto, em :

- 1.º Civil.
- 2.º Criminal.

§ 7.º

O *processo civil*, em sua fórma, divide-se em :

- 1.º Ordinario.
- 2.º Summario.
- 3.º Summarissimo.

§ 8.º

Ordinario é o processo que as leis têm estabelecido como regra geral para o conhecimento judicial dos direitos disputados,

tico nem se quer *per accidens*, quer definindo-o, quer determinando sua fórma, ou o que lhe diz respeito, porque não pertence sua materia ao nosso assumpto ; razão por que deixamos igualmente de tratar, mesmo de passagem, do processo *criminal, commercial e orphanologico*.

dando maior extensão e mais longos prazos á defeza e á prova da verdade.

§ 9.º

Cabe este processo a todas as causas *para os quaes as leis não tenham designado processo especial*, e cujo valor exceder á quantia de 500\$000, salvos os de bens de raiz que entram neste numero.—Lei n. 2033, de 20 de Setembro de 1871, art. 27, part. 2ª; Regul. n. 4824, de 22 de Novembro do mesmo anno, art. 65. (c. IX.)

COMMENTARIO IX

AO § 9.º

Processo especial.—Neste caso estão as acções de letras de cambio, da terra, notas promissórias, e escriptos particulares, e com reconhecimento de firma em Juizo, que excedendo de 500\$00, não lhes cabe, entretanto, o processo ordinario, por que a Ord. L. 3º, T. 25, e o Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, tom. IV, cap. 1º, prescrevem-lhes o processo decendial.

Como estas temos tambem outras muitas nas mesmas condições, como sejam: as de honorarios de advogados, medicos, Juizes, escrivães, etc., que excedendo de 500\$000, a lei lhes tem desi-

§ 10

Começa sempre esse processo pela articulação dos factos e do direito feito pelo autor, e conclusão em que este pede o que pretende; sendo a isto que se chama: — *libello*.

§ 11

Summario é o processo a que as leis, respeitando a ordem natural, tornam mais facil, mais ligeiro e expedito, menos cheio de solemnidades, e com prazos mais resumidos.

§ 12

Cabe esse processo ás causas declaradas taes por lei, ou reconhecidas pela praxe geral do fôro.—Ord. L. 3º, T. 18, 30 e 48; Per. e Souz., vol. 4º; Alm. e Souz., Acç. Summ.; Corrêa Telles, §§ 15 e 18; Mello Freire, L. 4º T. 7º, § 13; Muller brouch. Doct. § 143; Sevigny, Trat. da posse, § 51.

Essas acções são:

gnado o processo executivo dentro dos tres mezes posteriores á ultima sentença. — Ord. L. 1º, T. 92, § 18; Reg. de 2 de Setembro de 1873, art. 202.

1.º As possessórias intentadas dentro de anno e dia. (c. x.)

COMMENTARIO X

AO N. 1 DO § 12

Entre as causas possessórias que a lei e a praxe do fôro têm admittido como summarias, distinguirei as seguintes :

1.º De força nova.—Ord. L. 3º, T. 48 pr., L. 2º, T. 1º, § 2º; Mello Freire, L. 4º, T. 6º, §§ 20 e 31; Alm. e Souz., Tr. dos Interd., § 291 e seg.

2.º De manutenção da posse.—Ord. L. 3º, T. 48 pr.; Mello Freire cit. § 301; Corrêa Telles, § 192, not. 122; Savigny, Tr. da poss., §§ 37 e 51.

3.º De emissão de posse em nome do ventre.—Ord. L. 3º, T. 18, § 7º; Repert. das Ord. verb.—*Mulher que ficou prenhe*, pag. 644, nota.

4.º De obra nova.—Ord. L. 1º, T. 68, §§ 23, 25 e 42, e L. 3º, T. 78, § 4º; Alv. de 25 de Outubro de 1745; Decreto de 15 de Novembro de 1787.

5.º As prohibitorias.

6.º As demolitorias.

7.º As de damno *in-facto*.

Não enumeramos as de força velha, porque, omquanto sejam possessórias, todavia, não sendo

2.º As de liberdade. (c. XI.)

intentada dentro de anno e dia, tornam-se ordinarias.—Ord. L. 2º, T. 1º, § 2º; L. 3º, T. 3º; L. 2º, T. 48.

COMMENTARIO XI

AO N. 2 DO § 12

O processo dessas acções é summario *ex-vi* do art. 7º da Lei n. 2040, de 28 de Setembro de 1871, e art. 8º do Regul. n. 5135, de 13 de Novembro de 1872.

Se a acção fôr de liberdade opprimida, que é aquella que cabe ao que, sendo livre, se vê em illegal e injusto captiveiro, e pela qual pede seja declarado livre e restituído á sua natural liberdade, o processo a seguir-se é o de que trata o art. 65 do Reg. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, isto é, seguir-se-ha o processo estabelecido nos arts. 237 a 244 do Dec. n. 737, de 25 de Novembro de 1850.

Nestas acções não têm applicação as disposições dos LL. 2º e 21 Dig. de *Probat et præsumpt*: — *probatio incumbit ei, qui dicet, non qui negat*; — *Semper necessitas probandi illi qui agit.*, visto como, sendo a liberdade de direito natural e tendo em seu favor toda a presumpção,

—Acc. do Sup. Trib. de Just. de 20 de Agosto de 1859, que teve assento no Reg. de 11 de Maio de 1560, caps. 30 e 40, e na Carta Régia de 10 de Março de 1627, ao réu é que incumbe provar que o autor é seu escravo.

Se, porém, a acção fôr de liberdade por peculio, o processo a seguir-se é o prescripto pelo art. 84 do Regul. n. 5135, de 13 de Novembro de 1872, que assim se exprime :

« Para a alforria por indemnisação de valor e para a remissão é sufficiente uma petição, na qual, exposta a intenção do peticionario, será solicitada a venia para a citação do senhor do escravo, ou do possuidor do liberto.

Antes da citação, o Juiz convidará o senhor para um accôrdo ; e só, em falta deste, proseguirá nos termos ulteriores :

§ 1.º Se houver necessidade de curador, precederá á citação a nomeação deste.

§ 2.º Feita a citação das partes, serão admittidas a louvar-se em arbitradores, se houver necessidade de arbitramento ; o Juiz proseguirá nos termos dos arts. 39, 40 e 58 deste Regul., decretando a final o valor, ou preço da indemnisação, e, paga esta, expedirá carta de alforria, ou o titulo de remissão.

§ 3.º Se a alforria fôr adquirida por contracto de serviços, esta circumstancia será mencionada na

carta, e no caso de ulterior remissão, não se pasará titulo especial; mas bastará averbal-a na mesma carta.

No cit. § 1.º se diz :—*Se houver necessidade de curador* : — porque, podendo para taes acções constituir o escravo advogado que defenda os seus direitos. — Lei 33 pr. e § 2.º ff. de *Procurat. L. 1.º Cod. de Ad. cert. sol.*, nenhuma necessidade haverá do curador, se o escravo nomear patrono.

Na acção de liberdade pelo fundo de emancipação, o processo é o seguinte :

« Se o senhor não tiver declarado durante o processo de classificação, ou mesmo depois, o valor do escravo que deverá ser libertado, ou tendo-o feito, o collecter ou agente da fazenda nacional, não o achar razoavel, requererá este ao Juiz municipal a nomeação de louvados, que arbitrem o preço da indemnisação e o pagamento do mesmo. — Arts. 37 e 38 do cit. Reg. de 13 de Novembro de 1872 e mais disposições do seu cap. III sobre o *fundo de emancipação*, firmados na disposição do art. 3.º da lei de 28 de Setembro de 1871.

« O processo de arbitramento é o mesmo que expozemos para a *acção de liberdade por peculio*; consistindo elle em ambas as hypotheses na :

— Nomeação de louvados.

— Decisão de suspeição de alguns delles, se fôr allegada.

— E resolução ou laudo dos arbitradores.

« O arbitramento só terá lugar, se além da falta de valor dado pelo senhor do escravo, ou valor excessivo, não existir avaliação judicial em autos, como se vê do art. 56 do cit. Regul. de 12 de Novembro de 1872, que assim se exprime :

§ 1.º Em quaesquer autos judiciaes existindo avaliação, e correspondendo esta á somma do peculio, será a mesma avaliação o preço de indemnisação para ser decretada *ex-officio* a alforria.

§ 2.º Em falta de avaliação judicial ou de accôrdo sobre o preço, será este fixado por arbitramento.

—

Na acção de *liberdade por disposição da lei*, o processo é ainda mais breve, mais summario.

Apresentada ao Juiz a petição do liberto, instruida com o documento comprobatorio do seu direito, o Juiz mandal-a-ha autoar e subir á sua conclusa ; e mandando ouvir o curador geral ou o *ad hoc* nomeado, julgará reconhecido o estado de liberdade do petionario.

Nessas acções o Juiz procede sem fórma alguma de juizo, firmado na Ord. L. 4º, T. 11, § 4º e Alv. de 16 de Janeiro de 1773 ; porque neste caso

3º As descendiaes. (c. XII.)

4.º As de mais de 100\$000 até 500\$000, que não versarem sobre bens de raiz. (c. XIII.)

não ha propriamente *acção de liberdade*, mas sim *de simples declaração de pessoa livre*.

Para essas acções não é necessario a tentativa da conciliação.—Regul. de 13 de Novembro de 1872, art. 81, § 1º e a razão é não poder haver transacção sobre a liberdade e acharem-se ellas comprehendidas na letra do art. 6º da Disp. Prov.

Os seus processos são isentos de custas. — Cit. Regul. e art. , § 3º.

COMMENTARIO XII

AO N. 3 DO § 12

Essas acções são reguladas pela Ord. L. 3º, T. 25 ; e no commercio pelo art. 240 e seguintes do Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850.

Quanto ao seu processo veja-se a secção 1ª das nossas *Acções summarias*.

COMMENTARIO XIII

AO N. 4 DO § 12

E' o que está determinado pelo art. 27, 2ª parte da lei n. 2033, de 20 de Setembro de

1871 e art. 65 do Regul. n. 4824, de 22 de Novembro do mesmo anno, que assim se exprime :

« Nas causas de mais de 100\$000 até 500\$000 seguir-se-ha o processo summario estabelecido no Dec. n. 737, de 23 de Novembro de 1850, art. 237 até 244, salvo tratando-se de bens de raiz — Lei n. 2033, de 20 de Setembro de 1871, art. 27, part. 2^a. »

Não tratando-se de bens de raiz, o processo a seguir-se nas causas do § 2^o do art. antecedente é o dos arts. 237 a 244 do Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850. — Reg. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, art. 65.

O § 2^o do art. 64 do cit. Regul. a que se refere o trecho supra diz assim: — O processo e julgamento das causas civeis de mais de 100\$000 até 500\$000, com appellação no effeito suspensivo para os Juizes de Direito. (E' attribuição dos Juizes municipaes.)

Assim, pois, o processo para taes acções é o seguinte :

Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1859.

Art. 237. As acções summarias serão iniciadas por uma petição, que deve conter além do nome do autor e réu :

§ 1.^o O contrato, transacção ou facto, de que

resulta o direito do autor e obrigação do réu, conforme a legislação commercial.

§ 2.º O pedido com todas as especificações e estimativas do valor, quando não fôr determinado.

§ 3.º A indicação das provas, em que se funda a demanda.

Art. 238. Na audiencia para a qual fôr o réu citado, presente elle ou apregoado á sua revelia, o autor, ou seu advogado, lerá a petição inicial (art. 239) a fé da citação e exhibindo o escripto do contrato nos casos em que o codigo o exige e os documentos que tiver, exporá a viva voz a sua intenção e depositará o rol de testemunhas.

Art. 239. Em seguida o réu, ou seu advogado, fará a defeza oral, ou por escripto, exhibindo os documentos que tiver e o rol de testemunhas.

Art. 240. Depois da defeza, terá lugar a inquirição das testemunhas, a qual, se não fôr concluida na mesma audiencia, será continuada nas seguintes, podendo o Juiz marcar audiencias extraordinarias para esse fim.

Art. 241. Findas as inquirições, arrasoando, ou requerendo as partes o que lhes convier; ou verbalmente, ou por escripto, o Juiz fará reduzir a termo circumstanciadamente as allegações e requerimentos oraes, e depoimento das testemunhas, e authoado esse termo com a petição inicial, documentos, conciliação e allegações escriptas será concluso ao Juiz.

Art. 242. Conclusos os autos, o Juiz procederá *ex-officio*, ou a requerimento das partes, as diligencias necessarias para julgar afinal, ou ao arbitramento nos casos em que o codigo determina.

Art. 243. Os depoimentos das testemunhas serão escriptos por inteiro e não resumidos: 1º, quando alguma das partes o requerer á sua custa; 2º, quando a prova fôr sómente testemunhal.

Art. 244. Se a sentença fôr de absolvição do pedido, e só houver condemnação de custas para executar, não será necessario extrahir sentença, mas passar-se-ha mandado de penhora para o pagamento dellas e dos 2 % de chancellaria. (Arts. 277, 288 e 298.)

Nessas causas dão-se os mesmos recursos, que têm lugar nas acções ordinarias commerciaes, visto terem as disposições do Reg. n. 737 applicação ás acções summarias civis de valor de mais de 100\$000 até 500\$000, conforme a disposição do cit. art. 65, § 1º, do Regul. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871.

Se a sentença exequenda em taes causas tiver sido proferida pelo Juiz municipal, sem ter havido

·appellação, serão também por elle decididos os embargos, dando ás partes os recursos, que no caso couberem.—Cit. Reg., art. cit., § 2º.

Nessas acções só têm lugar as excepções de incompetencia e suspeição do Juiz, que serão processados na fórmula dos §§ 9º e 10 do art. 63. Todas as outras excepções constituem materia de defeza, e devem ser allegadas na contestação.

Esta disposição prevalece, ainda que a acção verse sobre bens de raiz, uma vez que o seu valor não exceda á 500\$000.—Cit. Reg., art. 65 cit., § 3º.

Eis aqui o processo de taes excepções, segundo os §§ 9º e 10 do art. 63 do Reg. cit., n. 4824.

— A excepção de incompetencia 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.

— A excepção de suspeição será opposta também em audiencia por escripto ou verbalmente; se o juiz não reconhecer-se suspeito, depositando a caução, subirá o processo, com a resposta do Juiz recusado ao Juiz de direito, que ouvirá verbalmente e de plano as testemunhas offerecidas

5.º As de despejo de casa.—Ass. de 23 de Junho de 1811.—Ord. L. 3º, T. 3o, § 3º.

6.º As de deposito convencional.—Cit.Ord.

7.º As de soldada.

8.º As de juramento d'alma.

9.º As de reforma de autos.

10. As comminatorias, ou de embargos á primeira.—Ord. L. 3º, T. 78, § 5º; Moraes, L. 1º, cap. 4º, § 3º, ns. 31 e 33; Pegas de Camp. cap., 81, n. 3. (c. XIV.)

pelo recusante e pelo Juiz recusado, citadas umas e outras préviamente para deporem.

A decisão do juiz de direito sobre a suspeição é peremptoria.

Nas causas de bens de raiz de mais de 500\$000, essas excepções seguem o curso ordinario, e as outras excepções, em vez de constituírem materia de defeza, serão processadas na fórma das Ordenações, conforme sejam declinatoriaes e peremptorias.

COMMENTARIO XIV

AO N. 10 DO § 12

Os embargos ás acções comminatorias serão

11. As de inventario e partilhas entre herdeiros e divisão de cousa commum por titulo singular.

12. As de demarcação.

13. As arbitraes.

14. As preparatorias. (c. xv.)

15. As incidentes. (c. xvi.)

processados *ordinaria* ou *summariamente*, segundo a natureza da questão sobre que versar o litigio.—Pegas, *De acto*, cap. 8º, ns. 9 e 14.

COMMENTARIO XV

AO N. 14 DO § 12

São preparatorias as seguintes causas:

- 1.^a Contra o diffamante.
- 2.^a Interrogatoria da posse.
- 3.^a Da exhibição de cousa, ou de instrumento.
- 4.^a De sequestro de posse.
- 5.^a De aresto, ou embargo.
- 6.^a De liquidação de instrumento illiquido.

COMMENTARIO XVI

AO N. 15 DO § 12

As causas incidentes são ordinarias ou summarias, conforme a natureza das respectivas causas principaes.—Moraes, L. 3º, cap. 1º e 108; Peg. 2

16. As administrativas. (c. xvii.)

For., cap. 15, n. 85; Guerr. pr.4º, L. 8º, cap. 9º, n. 14.

São, porém, sempre *summarias* as seguintes:

1.^a De artigos de attentado. (1)

2.^a De habilitação de herdeiros, ou cessionarios para a renovação da instancia suspensa por morte, ou cessão de direitos de um dos litigantes, salvo se a cessão é feita com a clausula de procuração em causa propria.—Mendes, part. 1.^a, L. 3º, cap. 21, § 1º, n. 1; França a Mendes; Pereira e Souza, not. 337.

3.^a De artigos de falsidade contra o instrumento oferecido em juizo pela parte contraria.—Ord. L. 3º, T. 3o, § 5º.

COMMENTARIO XVII

AO N. 16 DO § 12

Nessas causas não ha verdadeiramente litigio,

(1) O litigante lesado pelo attentado, isto é, por qualquer innovação feita contra direito pelo juiz ou pela parte, no estado da lide pendente, tem direito a pedir que o estado da lide volte ao que era antes do attentado, e que, emquanto este se não purgar, se suspenda a causa principal, e não seja ouvido sobre ella o autor do attentado.—Valasc. Cons. 156, ns. 5, 6 e 15; Ferr. Nov. Op. L. 6º, dec. 5º, n. 1.

A materia do attentado se deduzirá por artigos, que serão processados na fórma prescripta no volume das acções *summarias*.

não só porque o Juiz não é obrigado a cingir-se ao pedido do autor, como porque os processos de algumas pódem ser promovidos *ex-officio*. — Ord. L. 3º, T. 66, § 1º; Pereira e Souza, § 102.

Aos processos que pódem ser promovidos *ex-officio* pertencem :

1.º A nomeação e remoção de tutores e curadores dos orphãos e filhos-familias menores nos casos abaixo ; (1) aos dementes e prodigos, e o inventario e a administração de seus bens.—Ord. L. 1º, T. 62, §§ 25 e seg.; e T. 88 L. 4º, T. 102;; Alvs. de 12 de Maio de 1758, § 10; de 15 de Junho de 1759 e de 21 de Janeiro de 1772.

2.º A arrecadação e administração das heranças jacentes, bens vagos, de defunctos e ausentes.—Decr. n. 2433, de 15 de Junho de 1859.

3.º A administração dos bens pertencentes aos indios.—Decr. de 3 de Junho de 1853.

(1) A nomeação dos tutores e curadores dos orphãos deverá ser feita dentro de um mez do dia que ficarem orphãos.—Ord. L. 4º, T. 102 pr.

Do mesmo modo se fará a nomeação dos tutores e curadores dos filhos-familias menores, no caso de demencia, ou enfermidade do pai, que o inhabilite para bem reger e administrar os bens dos filhos.—Ord. L. 1º, T. 88, § 6º, *in fine*.

Tambem se lhes nomeará curador nos inventarios e mais processos, em que o pai e filhos tiverem quinhões, ou interesses distinctos.—Guerr. T. 1º, L. 4º, cap. 5º, n. 31; Tr. 2º, L. 3º, cap. 11, ns. 3 e 9.

4.º A tomada de contas aos tutores, curadores e testamenteiros.—Ord. L. 1º, T. 62 e 88, § 49; L. 4º, T. 102, § 9º.

5.º A inspecção sobre capellas, hospitaes, ordens terceiras, irmandades e confrarias e a tomada de contas das mesas de sua administração, — Ord. L. 1º, T. 62, §§ 39 e seg.; Decr. n. 834, de 2 de Outubro de 1851.

Os processos administrativos, que só podem ser promovidos a requerimento da parte, são os das seguintes causas :

1.ª Concessão de cartas de legitimação a filhos illegitimos e á confirmação das adopções.

2.ª Insinuação das doações, que será pedida e averbada no livro competente, e dentro de dous mezes depois da data da escriptura.

3.ª Subrogação de bens que são inalienaveis.

4.ª Supprimento de consentimento do marido para a mulher revogar em Juizo a alienação de bens de raiz por elle feita sem expresso consentimento della.—Ord. L. 4º, T. 48, § 2º.

5.ª Admissão de caução *de opere demoliendo*.

6.ª Cartas de emancipação.—Decr. de 15 de Março de 1842, art. 5º; Lei de 22 de Setembro de 1828; Decr. de 15 de Junho de 1859, art. 45 e 46; Av. de 16 de Dezembro de 1855.

7.ª Supprimentos de idade.—Disp. cit.

8.^a Licenças ás mulheres menores para venderem bens de raiz, consentindo os maridos.— Cit. Disp.

9.^a Supprir o consentimento do pai ou tutor para esponsaes ou casamento.—Cit. Disp.

10. Entrega de bens de orphãos á sua mãe, avós, tios, etc.

11. Entrega de bens de ausentes a seus parentes mais chegados.

12. Entrega de bens de orphãos a seus maridos, quando casarem sem licença dos mesmos Juizes.

13. Dispensa para os tutores obrigarem seus proprios bens á fiança das tutellas para que foram nomeados, ainda que os bens estejam fóra do districto onde contrahirem a obrigação. — Disp. cit.

14. Abertura e publicação dos testamentos.— Ord. L. 3.^o, T. 18, § 9.^o; L. 4.^o, T. 80, §§ 3.^o e 4.^o.

15. Apprehensão das cousas furtadas e roubadas e a entrega dellas a seus donos.—Ord. L. 3.^o, T. 30, § 2.^o; Cod. do Proc. Crim., art. 189, § 1.^o, 194 e 196.

16. Adjudicação das arvores alheias que se acham no predio do que a requer.— Lei de 9 de Julho de 1773, § 11.

17. Extincção de caminhos e atravessadouros particulares, feitos nas propriedades tambem particulares, que se não dirigem a fontes ou pontes, com manifesta utilidade publica, ou a fazendas

que não possam ter outra alguma serventia, posto que de taes servidões se allegue posse immemorial, quando não consta que para ella precederam titulos legitimos, que, conforme o direito, excluam a acção negatoria.—Cit. Lei de 9 de Julho de 1773, § 12.

18. Autorisação para passagem, ou divisão das aguas para os misteres da lavoura.—Alv. de 27 de Novembro de 1804.

19. Arbitramento da cousa vendida, por meio de louvados, quando este preço fôr deixado a arbitrio de terceiro no contracto, e a avaliação deste tiver desagradado a uma das partes.—Ord. L. 4º, T. 1º, § 1º.

20. Designação da pessoa a quem compete o colhimento dos fructos pendentes.—Ord. L. 3º, T. 18, § 3º; Guerr. Tr. 2º, L. 8, cap. 2º, n. 25.

21. Encampação dos fructos pelo colono, ou rendeiro, ou senhorio, no caso de esterilidade, ou deterioração delles, por causa fóra do costume, para o fim de se isentar do pagamento da pensão, ou renda do predio.—Ord. L. 4º, T. 27.

22. Avaliação do penhor, no caso de pacto da venda delle ao credor, pelo justo preço, se a divida não fôr paga no prazo estipulado.—Ord. L. 4º, T. 56 pr.

23. Intimação dos protestos e contraprotostos tomados por termo nos autos.—Per. e Souza, not. 126.

17. A's de esponsaes.—Ord. L. 3º, T. 25; Lei de 6 de Outubro de 1784, § 7º; Alm. e Souz. Acç. Summ., §§ 662 e 687.

18. A's de licença para casamento.—Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2º, § 4º; Reg. de 15 de Março de 1842, art. 5º, § 5º.

19. A's de alimentos.—Ord. L. 3º, T. 18, § 6º e L. 4, T. 78, § 3º; Ass. de 9 de Abril de 1772, conf. pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776; Fr. 5º, § 6º. Dig. *D. Agnora et Alend.* lib. (XXV, 3.)

§ 13

Essas acções pódem tambem ser tratadas ordinariamente se assim o quizerem as partes; não assim as ordinarias ser summariamente tratadas, sob pena de nullidade, salvo as arbitraes.—Peg. For. T. 3º; *De act.* cap. 8º, n. 9; Guerr. Quæst. For. cap. 61, ns. 7 e 21; Silv. ad. Ord. L. 3º, T. 30, pr. n. 2, § 1º; Barb. Cit. Loc., § 1º; Cord. Dubit. 44, n. 71 e 50, n. 26 e 40.

24. Habilitação de herdeiros para a cobrança das dividas passivas das heranças de defuntos e ausentes.—Decr. n. 2433, de 15 de Junho de 1859, arts. 46 e 48.

§ 14

Summarissimo, — pelo seu valor, é o processo que cabe ás acções de quantia até 100\$000, nos termos do art. 63 do Regul. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871. (c. XVIII.)

COMMENTARIO XVIII

AO § 14

O cit. art. 63 assim se exprime :

« Os Juizes de paz julgarão, com appellação para os Juizes de direito, as causas civeis até o valor de 100\$000, sendo préviamente intentado o meio da reconciliação. »

A conciliação deve ser intentada perante o mesmo Juiz de paz, que tem de julgar a causa, servindo de base para se verificar a competencia, o que até agora se tem seguido, e está consignado nos arts. 1º, 2º e 3º da Disp. Prov., tendo-se sempre em attenção o domicilio do réu.

Não é, porém, *summarissimo* o processo das causas de bens de raiz, mesmo que sejam de valor até 100\$000, porque não pódem ser ellas julgadas pelos Juizes de paz, como tambem, não pódem as fiscaes.—Decr. n. 5467, de 12 de Novembro de 1873, art. 28.

§ 15

Summarissimo, por sua natureza, é o processo que cabe ás acções executivas, qualquer que seja o seu valor. (c. XIX.)

§ 16

Cabe processo *summarissimo* nas seguintes causas de executivo, declaradas taes por lei e pela praxe geral do fôro :

1.º Fiscaes.—Ord. L. 2º, T. 52 e 53, § 1º ;
Reg. das Custas de 3 de Setembro de 1627 ;
Lei de 22 de Dezembro de 1761, T. 3º, §§ 2º

Nessas causas, que julgam os Juizes de paz, não são admissiveis embargos á sentença.—Cit. Decr., art. 29.

Quanto ao processo delles, vide o volume das — Acções summarias.

COMMENTARIO XIX

AO § 15

Essas causas serão julgadas nas comarcas geraes, pelos Juizes de direito, se excederem á quantia de 500\$000.—Decr. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, art. 66, § 2º; e se não excederem competirá aos Juizes municipaes julgal-as.

—Cit. Decr., art. 64, § 2º.

e 6º; Alv. de 28 de Junho de 1808, T. 3º, § 4º, T. 7º, § 18; Decr. n. 657, de 5 de Dezembro de 1849, art. 1º e 7º; Inst. de Dir. Ger. do Con. de 31 de Janeiro de 1851, arts. 4º e 5º pr.

2.º De desapropriação.—Const. Pol. art. 179, § 22; Lei de 9 de Setembro de 1826; Act. Add. art. 10, § 3º; Lei n. 353, de 12 de Julho de 1845; Lei n. 816, de 10 de Julho de 1855; Decr. n. 1664, de 27 de Outubro de 1855. (c. xx.)

3.º De salarios aos escrivães e officiaes de justiça e de honorarios de advogados, Juizes e procuradores publicos.—Ord. L. 1º, T. 24, § 41; L. 3º, T. 24, § 3º; Dec. de 2 de Setembro de 1874, art. 102; Barb. ad Ord. L. 1º T. 24, § 41; Alm. e Souz., Proc. Execut., § 130.

4.º De honorarios de medicos, e cirurgiões e dividas de boticarios.—Alv. de 22 de Janeiro de 1810, § 34; Acc. da Relação da Côrte

COMMENTARIO XX

AO § 16

Essa desapropriação tem lugar :

1º. Por necessidade, ou utilidade publica geral, ou municipal da Côrte.

2º Para a construcção de estradas de ferro.

de 21 de Outubro de 1873; de 13 e 17 de Março de 1874; de 23 de Março e de 11 de Agosto de 1876.

5.º De alugueis de casas.—Ord. L. 4º, T. 23, § 3º; Moraes *De Execut.*, L. 1, cap. 4º § 21; Alm. e Souz. Proc. Exec. cap. 5º, art. 8º.

6.º De fôros e custas.—Decr. de 2 de Setembro de 1874, arts. 102, Moraes *De Execut.* L. 1º, cap. 4º, § 2º, n. 25; Alm. cit.

7.º De deposito judicial.—Ord. L. 4º, T. 76, § 5º; T. 49, § 1º; Almeida e Souz. loc. cit., cap. 8º, arts. 2º e 3º.

8.º De venda do penhor convencional.—Ord. L. 3º, Tit. 78, § 7º; Alm. e Souz., cit. cap. 5º, § 14.

9.º Da querella de doações inofficiosas.—Ord. L. 4º, T. 97, § 5º. (c. XXI.)

COMMENTARIO XXI

AO N. 9 DO § 16

Esta acção de obrigar o filho donatario a supprir as legitimas dos irmãos é *executiva*, ainda que elle se tenha abtido da herança, visto como a cit. Ord. assim se exprime :

« E quando os filhos dotados declararem, que não querem ser herdeiros, e os dotes excederem suas legitimas, e as terças dos doadores, e forem

SECÇÃO III

Da citação

I.º

Da citação e sua necessidade

§ 18

Citação é o chamamento de alguém, por ordem do Juiz, a requerimento de parte para em lugar, dia e hora determinados, ou sabidos, deliberar sobre negocio, que lhe diz respeito, e é indicado no chamado. (c. xxii.)

obrigados a refazer aos outros filhos suas legitimas por inteiro, o Juiz das partilhas poderá obrigar aos filhos, que se sahem com seus dotes, a comparem a seus irmãos o que mais tiverem em si, *executivamente*, sem mais outro processo.

COMMENTARIO XXII

Ao § 18

Não accitámos a definição dos abalisados Per. e Souza., § 81, e Mello Freire L. 4º, T. 9º, § 1º, porque não contém ella todas as condições indispensaveis á citação, visto como não diz para onde deve ser o comparecimento do citado, nem

a que horas, e em que dia, faltando-lhe, portanto, as condições de tempo e de lugar.

Além disto, confundem elles a *citação* com a *notificação*, desde que dá o nome de citação ao chamamento *ex-officio* de alguém a juizo ; e a *notificação* propriamente dita, com a *acção comminatoria*, ou de *embargos á primeira*, que começa pela citação.

Não accetamos, tambem, as distincções de *citação* e *notificação* feitas por Vanguerve, Alexandre Gomes e Ramalho, porque elles confundem a *notificação* com a *intimação*, quando dizem que a notificação tem por fim publicar uma noticia a outra parte, funcção esta propriamente da *intimação*.

Dissemos em nossa definição para em *lugar, dia e hora determinados, ou sabidos*, para tornar bem patente que o Juiz em seu despacho póde determinar o comparecimento da parte para *dia, hora e lugar*, que mais convenientemente julgar, assim como o póde fazer para os dias de audiencia na casa destas, de sorte que no primeiro caso elle *expressamente o determinará*, e no segundo guardará silencio a respeito dessas condições.

No primeiro caso, o *dia, hora e lugar* são *determinados*, e no segundo são *sabidos*.

Assim tambem toma o nome de *intimação*, e, *muito propriamente*, o aviso feito ao executado para, no prazo de 24 horas, satisfazer a obrigação que por sentença lhe foi imposta, ou dar bens á penhora, sob pena de ser esta feita executivamente.

Aqui ha realmente uma intimação, porque dá-se ao exêcutado a noticia da decisão judicaria, mandando que cumpra a obrigação, ou dê bens á penhora ; mas não ha, como entende o Sr. Teixeira de Freitas uma *requisição*, que é acto, ou medida que transita entre auctoridades de categorias differentes para ultteriores effeitos juridicos.

Nas comarcas geraes a petição inicial, em que se requerer a citação, deverá ser dirigida ao Juiz Municipal, como preparador, qualquer que seja o valor da causa.— Decr. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, art. 64, § 1º.

As citações para as justificações serão ordenadas nas comarcas geraes pelos Juizes municipaes, e pelos de direito, a quem indistinctamente poderá a parte apresentar a sua petição, se a justificação não tiver character contencioso, porque nestas não

se attenderá ao valor ; pertencendo aos Juizes de direito ordenar, porém, a citação, se a justificação provocar contestação e appellação. — Avs. de 15 de Março, de 6 de Abril e de 9 de Agosto de 1872.

Nas comarcas especiaes a parte apresentará sua petição inicial ao Juiz de direito effectivo, o qual, ou ordenará a citação requerida para officiar na causa com a plena jurisdicção, ou, se muitos forem seus affazeres forenses, mandará que seja a mesma petição presente ao seu substituto, que ordenará a citação e funcionará no preparo e instrucção da causa, até a sentença exclusiva.

Se o substituto estiver substituindo o effectivo no impedimento deste, a elle deve ser logo dirigida a petição.—Decr. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, art. 3º, § 2º.

Nas causas commerciaes o autor póde proceder com relação á propositura dellas de duas fórmis :

1.^a Dando á sua petição todo o necessario des-
envolvimento, que daria ao libello nas ordinarias
civeis, fazendo constar as causas de pedir e suas
conclusões, indicações de provas e a estimativa
do valor, quando este não fôr determinado.

2.^a Pedindo sómente a citação, com declaração
do objecto da acção, protestando apresentar outra
petição depois nas condições da do n. 1.— Decr.
n. 737, de 25 de Novembro de 1850, arts. 66 e 67.

§ 19

E' ella o fundamento e base de todo o processo *ordinario, summario e summarissimo*; pertence á defeza do réu, e a falta da primeira produz nullidade insanavel de todo o processado.—Ord. L. 3º, T. 63, § 5º; T. 75 pr. (c. xxiii.)

Nas comarcas especiaes não cabe aos substitutos julgarem as justificações, ainda mesmo que não tenham character contencioso, como decidido foi por Av. de 23 de Outubro de 1872, quando diz:

«...mas, nem por isso são os substitutos competentes, quando no exercicio da jurisdicção parcial de Juiz de direito, ou mesmo como simples substitutos, para julgarem-nas, porque, se bem que se declarasse que não era materia contenciosa, todavia não se deu aos substitutos a faculdade de dar sentenças :

« Ainda que a justificação seja factio voluntario, e não pleito, todavia a sentença que a julga é definitiva, e, portanto, não póde caber aos substitutos. »

COMMENTARIO XXIII

AO § 19

A citação é o principio e fundamento de toda a ordem judicial, como se vê das Inst. de Justi-

nianno, T. 16, § 3º.—*Immo citatio est principium et fundamentum totius judicii*; e sem ella não se póde tomar conhecimento de causa alguma, como se vê de Valasc., part., cap. 7º, n. 2—*Sine citatione nulla potest esse causa cognitio*.

Com assento na Ord. do L. 3º, T. 1º, em falta de lei civil patria, foi depois consignada no cap. 2º, do T. 2º, do Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850.

Além disto, sendo um dos effeitos do não comparecimento do réu ser elle condemnado á sua revelia, a falta da citação daria lugar a que, não sabendo o réu o que em juizo se passava a seu respeito, fosse elle condemnado sem ser ouvido e convencido, contra o que dispõe a Ord. L. 2º, T. 1º, § 13, que assim se exprime :

« E porquanto o direito natural não consente condemnar-se, ou infamar-se publicamente alguma pessoa, sem primeiro ser ouvida e convencida judicialmente. »

Finalmente, sendo a citação de direito, tanto natural, como divino, fontes originarias de direito civil, tanto assim que quando quiz Deus punir a primeira culpa, usou da citação pessoal ao culpado, quando disse: — *ubi es Adam?*— Gen.

§ 20

Entretanto, se a parte não citada, comparece espontaneamente em juízo, por si ou por seu procurador, fica sanada a nullidade proveniente da falta ou vícios da citação, salvo se a parte vem allegar as nullidades desta e mostrar o interesse que nisto tem.— Repert., vol. 2º, pag. 260 v. *Erro do processo*, nota B.—*Se a parte não citada, ou nulamente citada, comparecer voluntariamente em juízo, sana-se a falta, ou nullidade da citação*; e vol. 3º, pag. 752 v. *Nulla é o processo que se fizer sem citação da parte*, nota *ibi*.—*Si tamem pars non citata compareat in iudicio ad se defendendum tunc suppletur omnis defectus citationis.* (c. XXIV.)

cap. 3º, a sua falta induzirá ao processo insana-vel nullidade, porque, sem ella, viria a ser sempre o réu victima da surpresa e da violencia, deixando de allegar o direito, que lhe assiste, por não ter sciencia do que contra elle se agita em juízo. — Heinec. *ad Pandet.*, part. 1ª, § 295 e seg.; Cod. do Proc. Civ. Fr., arts. 59 e seg.

COMMENTARIO XXIV

AO § 20

Esta excepção funda-se na consideração se-

§ 21

E' acto tão substancial do processo a primeira citação, que não póde ser renunciada, consentindo o devedor em ser condemnado e executado sem mais ser citado, nem ouvido com seu direito e, sendo nullos os contratos, em que tal clausula intervier. — Ord. L. 4º, T. 72. (c. xxv.)

guinte : que sendo a citação instituida para chamar o réu a juizo, e avisal-o da questão, que contra elle vai-se mover, é obvio e natural, que, comparecendo elle expontaneamente e tomando conhecimento do negocio, procurando defender-se, fica satisfeito o preceito legal, e preenchida a formalidade, ou acto do processo, e sanada a falta, ou defeito da citação, como muito bem diz Per. e Souz., not. 88o, n. 2.

COMMENTARIO XXV

AO § 21

A clausula de renuncia da citação, bem como a depositaria são reprovadas nas escripturas, e com responsabilidade criminal para o tabellião que as consignar ; e de certo nunca vimos consignar-se ellas, por serem illicitas, como a reputam

Lobão, Seg. Linh., not. 191, e Moraes Carvalho, not. 75.

E quando mesmo por lei (Consol. das Leis Civis, art. 398, §§ 1º e 22) não fossem prohibidas semelhantes clausulas, ainda assim nenhuma razão jurídica poderia justificar o parecer do sabio Per. e Souza., quando em sua nota 191 entende que o devedor se póde dar por citado na escriptura para ella se julgar por sentença.

E não póde de certo, porque a admissão dessa clausula illicita viria muitas vezes sancionar a simulação, a fraude, o dolo, a que quasi sempre força maior obriga que o devedor feche os olhos o que, entretanto, em occasião mais lisongeira, seria pelo devedor allegado por effeito da citação, e do que ficaria injustamente privado, se a renuncia da primeira citação podesse ter lugar.

E' por essa razão que nós vemos Solon—*Traité des nullités*, cap. 2º, Sect. 2ª, § 1º, n. 258, dizer :

« Le majeur peut aussi faire rescinder l'acte de vente par lequel il a été lésé de plus de sept douzièmes du prix de la vente, lors même que par le contract il aurait expressement renoncé à la faculté d'en demander la rescision, et qu' il aurait déclaré donner la plus value. (Art. 1674 du Cod. civil.)

« Lorsqu' une lésion aussi énorme, se rencontre dans une vente, il est impossible de croire que le consentement du vendeur ait été libre, ou tout au

moins qu' il n' ait pas été l' effet du besoin : il n' y a que l' homme privé de sa raison, ou celui qui se trouve placé dans la position la plus pénible, qui puisse consentir à vendre sa chose pour un prix aussi modique, comme aussi il n' y a que l' homme injuste, qui puisse acheter à quelqu' un qu' il voit décidé à vendre à un prix aussi vil. Lors qu' une lésion aussi énorme existe, l' action, que la loi donne au vendre, est, en quelque sort, un act d'humanité, — *humanam est* — dit la loi 2, Cod. de rescind. vendit. »

Como, pois, poderia o vendedor illudido, e victima do dolo e da fraude do comprador, ao reconhecer-os, allegal-os, se possivel fosse nos contractos desafortados a clausula de renuncia da citação ?

Não seria essa permissão dar força e imperio a vícios que são uma justa causa de rescisão do contracto e que fazem excepção a todas as regras, como se vê do L. 2º, § 5º de Lared. vol. art. vend. — *Si quid dolo malo factum est perpetuo prestandum est* ?

Se um individuo, portanto, para conseguir de outrem um contracto leonino empregar manobras, ardís taes, que sem elles estava convencido não poderia obter o seu consentimento, ainda quando nesse contracto se tenha estipulado a clausula de renuncia da primeira citação, esse contracto é nullo e essa renuncia não produz effeito,

§ 22

Não póde nem mesmo ser difficultada com a clausula depositaria, que é nulla. — Cit. Ord. ; Decr. de 31 de Maio de 1774.

como muito bem diz Cicero de officio, lib. 3º cap. 17— : *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges quatenús manu tenere possunt, philosophi quatenús ratione et intelligenter.*

Esta é tambem a opinião do sabio Merlin, quando a este respeito diz :

« Il faut des faits capables d'égarer la prudence ordinaire, de desconcerter les mesures de prevoiance et de surété, qui dans l'usage acompagnent ou doivent acompagner tous les transactions civiles et commerciales. »

Aquelle que por meio do dolo sorprehendeu o consentimento de outrem, é para com este responsavel por todo o prejuizo, que lhe houver causado, não lhe podendo, portanto, aproveitar a clausula nulla da renuncia da primeira citação, se tiver de ser chamado para cumprir o contracto.— *Siquis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitati juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest, quid enim per dolum obligatus est competit si exceptio.*

Assim, pois, demonstrada fica a sem razão de Per. e Souz.

§ 23

Difere a *citação* da *intimação*, em que esta não tem por fim trazer a parte *intimada* á juizo, mas sómente fazel-a sciente das decisões judicarias, para que tome ella a bem de seu direito as medidas que no caso couberem.

§ 24

Difere da *notificação* em que esta é o acto pelo qual alguem é *ex-officio* chamado a juizo.

SECÇÃO IV

Da divisão da citação

§ 25

A citação divide-se :

- 1.º Quanto á natureza.
- 2.º Quanto á extenção.
- 3.º Quanto á qualidade.
- 4.º Quanto ao modo.

§ 26

Quanto á sua natureza, a citação é *pessoal* ou *intermediaria*, isto é, feita na pessoa do réu, ou na do seu procurador.

§ 27

Quanto á sua extensão, a citação é geral ou especial.

§ 28

Quanto á sua qualidade, a citação é primitiva ou subsidiaria, isto é, feita directamente á pessoa do que tem de ser citado, ou por meio de hora certa, ou edictos.

§ 29

Quanto ao seu modo, a citação é feita, ou pelo simples despacho, ou por mandado, ou por precatoria, ou por edictos.

SECÇÃO V**Da citação pessoal e intermediaria**

§ 30

Em regra, a primeira citação deve ser pessoal, sob pena de nullidade insanavel do processo.—Ord. L. 3º, T. 63, § 5º; e T. 1º, § 9º; e T. 75 pr.—Av. de 2 de Fevereiro de 1848; Gam. Dec. 237, ns. 1 e 2; Cod. do Proc. Civ. Fr. arts. 4º e 68—Salvo nos seguintes casos.—Ord. L. 3º, T. 2º pr.

1.º Quando o que tiver de ser citado, esconder-se para não receber a citação. Neste caso é por elle intimada uma pessoa da familia, ou vizinha, que seja apta para receber a citação, á qual o official deixará hora certa no dia seguinte para encontrar o citando, e não apparecendo este, estará a citação feita. Lavrará o official disto certidão, e de haver procurado o citado por tres ou mais vezes.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 9º.

2.º Estando o réu ausente da comarca, e tendo no lugar da citação procurador bastante, com poderes geraes, e sem reserva de nova citação, ou procuração especial para o caso.—Ord. L. 3º, T. 2º pr., *ibi*:

« ... porém, se o réu fôr absente da comarca, e correição onde fôr morador, poderá ser citado seu procurador no começo da demanda, se tiver procuração geral ou especial sufficiente para aquelle acto, para que o querem citar; mas, se na procuração, posto que seja geral para demandar, fôr conteúdo que esse procurador não possa ser citado nos casos onde se houver de fazer nova citação, não poderá o dito procurador geral ser citado.»

Assim tambem preceituam Per. e Souz.,

not. 220, N. R. J. do Port., art. 201, § 1º; e Moraes, L. 6º, cap. 1º, n. 42.

3.º Para a reconvenção da acção proposta pelo procurador bastante, posto que na procuração haja a clausula de reserva de nova citação.—Ord. L. 3º, T. 2º pr., *ibi* :

« porém se por virtude de tal procuração o procurador demandar alguma pessoa, poderá o demandado reconvir o dito procurador, sem embargos da sobredita clausula posta na procuração, se fôr causa em que caiba a reconvenção; mas dizendo o dito procurador que não tem informação para responder a reconvenção, ser-lhe-ha dado tempo para a haver, durante o qual não poderá seguir o feito, em que demandar o que reconvem.»

4.º Nos casos em que tem lugar a citação por edictos.—Per. e Souz. not. 203 e 220; Ribas., Cons. do Proc. Civ., § 3º ao art. 219.

§ 31

A citação nos casos do paragrapho antecedente tem lugar no começo da demanda, e se estenderão para todos os actos da causa até final sentença.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 13.

SECÇÃO VI

Da citação geral e especial

§ 32

Comquanto, em regra, a citação feita no começo da demanda sirva para todos os actos da causa, todavia para os actos abaixo enumerados se exige citação especial, sob pena de nullidade do processo, visto como a citação especial é necessaria para todos os actos judiciaes. — Per. e Souz. not. 204; Repert., vol. 1º, pag. 450 v.; *citação feita no principio da causa*; not. C. *ibi*.

«etiam si præcedat citatio generalis ad totam litem, necessario requisitur specialis ad singulos actus præjudiciales. »

Exige-se, pois, citação especial:

1.º No caso de circunidação.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 18, *ibi*: (c. xxvi.)

COMMENTARIO XXVI

AO N. 1 DO § 32

Se a citação é acto substancial do processo, porque é por ella que o citado chega ao conhecimento de que em juizo se agita questão contra si;

« E quando alguma pessoa fôr citada no lugar onde ha de ser ouvida, ou em seu termo, e lhe fôr assignado certo termo, a que appareça, ao qual o citado não apparecer, nem o que o fez citar, e depois de passado o termo, vier o que citou a juizo para fazer apregoar o citado e proceder contra elle, e vier o citado para pedir que o absolvam da instancia, seja a citação havida por circumducta e não procedam por ella. »

« A citação é havida por circumducta, quando nenhuma das partes apparece em juizo.—Ord. L. 3º, T. 14; Repert., vol. 1º, pag. 455.»

2.º Para ver jurar testemunhas. — Ord.

se é ella o chamamento da parte para defender-se; se a defeza é pessoal, e por essa razão pessoal deve ser a primeira citação ; se a circumducção inutilisou a citação ; e se a causa se inicia por esta, obvio é, que, circumducta a primeira citação, só póde ser ella renovada na propria pessoa do citado, salvo estando o réu ausente, e tendo procurador com poderes geraes, sem reserva de nova citação, ou com poderes especiaes para o acto.—*Moraes De Execut.*, L. 6º, cap. 1º, n. 8 ; *N. R. J.* art. 221.

L. 3º, T. 1º, §§ 13 e 14; Per. e Souz. not. 204 e 484; Moraes L. 6º, cap. 1º, n. 6; Mendes, part. 2ª, L. 3º, cap. 12, n. 3; Repert. vol. 1º, pag. 451 v.—*Citação se faz ao procurador para ver jurar testemunhas, salvo se a parte appareceu em juizo, e está presente no lugar onde se trata o feito.* (c. XXVII.)

COMMENTARIO XXVII

AO N. 2 DO § 32

Não é taxativo que a citação para ver jurar testemunhas só seja feita ao procurador; por quanto, a este respeito cumpre que se observe o seguinte:

1.º Que deve ser pessoalmente citada a parte; que, tendo comparecido em juizo, está presente no lugar, onde o feito se trata.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 13 *ibi*, porém....

2.º Que se não está no lugar, tendo comparecido, mas está dentro do termo, e tem procurador, deve a citação ser feita na pessoa deste.—Cit. §, v. *E não sendo presente, mas tendo feito procurador....*

3.º Que, se tiver comparecido, não se achar presente, nem tiver procurador, mas fôr morador no lugar, em que se trata o feito, deve ser citada

uma pessoa de sua familia.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 13, *ibi*. *E não sendo presente, nem tendo procurador....*

4.º Que, se a parte nunca compareceu pessoalmente, mas sim por procurador, deve ser citada na sua propria pessoa, porque é certo que compareceu, e a Ord. só dispensa a citação aos que nunca compareceram.

Não ha necessidade, porém, dessa citação :

1.º Quando o réu fôr revel, ou não tiver residencia no lugar, sem procurador. — Ord. Cit. L. 3º, T. 1º, § 13, *ibid* : *E se a parte nunca appareceu em Juizo*.—Repert. vol. 4º, pag. 553 v. : — *Revel não se cita para ver jurar testemunhas*.

2.º Nos casos urgentes, como para prova prévia dos requisitos do arresto, ou quando o Juiz se informar da posse do espoliado para conceder-lhe assistência judicial para o disforço.—Alm. e Souza. Seg. Linh., not. 204 ; Moraes *De Execut.*, L. 1º, cap. 4º, § 2º, caso 15, n. 41.

3.º Se, tendo comparecido, mas não estando presente, nem tendo procurador, não fôr morador no lugar ; bastando neste caso ser apregoado em Juizo, e fazendo-se a inquirição á sua revelia. — Cit. Ord. L. 3º, Tit. 1º, § 13, *ibid* : *Não sendo presente, nem tendo procurador*. — Piment Bueno, *Formal. do Proc. Civ.*, T. 3º, cap. 8º, § 8º, n. 131, caso 3º.

3.º Para restaurar a instancia suspensa :

A—Pelo lapso de seis mezes, sem que se falle ao feito, salvo estando este concluso ; ou pelo lapso de um anno, estando o feito concluso em mão do escrivão.— Ord. L. 1º, T. 84, § 27, e L. 3º, T. 1º, § 15. (c. xxviii.)

B—Pela morte de algum dos litigantes.— Ord. L. 3º, T. 27, § 2º; T. 82 pr.

C—Pela cessão do direito da causa.— Moraes *De Execut.*, L. 6º, cap. 7º, ns. 25 e 32 ;

COMMENTARIO XXVIII

AO N. 3 DO § 32

Nesse termo de seis mezes não se contam as férias.— Arg. de Ord., L. 3º, T. 18, § 16 ; Silv. ad. Ord. Cit. n. 6.

Alm. e Souz. na not. 204 é de opinião que a citação para renovação da instancia deve ser feita na propria pessoa do réu, só podendo ser na do procurador, se este tem poderes para uma tal citação.— Ord. L. 3º, T. 2º, cap. 12, Secção 1ª.

A necessidade desta citação provém da conveniencia de pôr-se termo aos feitos e de advertir as partes que a não continuação na defeza de seus direitos importa tacitamente uma desistencia tacita, que deve então ser expressada para ultimação da causa.

Silv. ad. Ord. L. 3º, T. 27, § 2º, n. 64 ;
Mend. part. 1ª, L. 3º, cap. 21, § 1º, n. 4 ;
Franç. e Mend. part. 1ª, L. 3º, cap. 21,
§ 1º, n. 40.

4.º Para a remessa de autos de um
para outro juizo.—Ord. L. 3º, T. 20, § 9º,
e T. 87, § 14, *ibid: Com a parte citada.*
(c. XXIX.)

5.º Para a mudança do libello, quando se
muda a substancia da demanda ; ou para a

COMMENTARIO XXIX

AO N. 4 DO § 32

Essa citação póde ser feita em audiencia no
mesmo tempo em que a remessa for pedida, nos
termos do T. 2º, § 9º, *ibid: Havendo por citado
o réu para proseguir a causa no dito juizo, e
isto sendo elle presente (na audiencia) ou seu
sufficiente procurador.*

E' preciso que o procurador tenha poderes suf-
ficientes para receber uma tal citação, afim de que
possa ella ser feita na sua pessoa e não na da
propria parte.—Moraes, L. 6º, cap. 1º, n. 7 :—
salvo se a parte foi sempre civil, porque então
não é ella necessaria.—Arg. da Ord. L. 3º, T. 1º,
§ 13 ; Per. e Souz. not. 204 ; Alm. e Souz.
not 204.

addição delle, quando o réu está ausente e a causa é tratada por procurador. — Ord. L. 1º, T. 1º, § 7º, e T. 2º, §§ 7º e 8º. (c. xxx.)

COMMENTARIO XXX

AO N. 5 DO § 32

O autor pôde addir artigos ao libello uma ou mais vezes até a contestação da lide, devendo de cada vez dar termo ao réu para aconselhar-se e responder, se o pedir.

Para este fim deverá ser o réu pessoalmente citado, se estiver ausente. — Ord. L. 1º, T. 48, § 14; L. 3º, T. 2º, §§ 7º e 8º, *ibi* : e se fôr o réu ausente, não será o procurador obrigado a responder até que aquelle seja citado.

Tambem deverá ser o réu pessoalmente citado, sempre que o autor quizer mudar de libello, ou alterar a sua substancia ; mas, para fazel-o, deve pagar primeiramente as custas que tiver feito. — Ord. L. 3º, T. 1º, § 37 e T. 1º, § 7º, *ibi* : E depois se o autor quizer mudar a substancia da demanda em outro modo do que se contém na carta, não será o réu obrigado a responder, sem ser outra vez citado.

A mudança, ou addição do libello, importa uma nova entidade no feito, que não pôde deixar de ser levada ao conhecimento do réu, para que

6.º Para a nomeação de novo procurador, quando o da causa é impedido e o constituinte o ignora, ou quando elle adoecer por mais de cinco dias, morre, ou abandona a causa. — Ord. L. 3º, T. 20, §§ 11 e 13. (C. XXXI.)

reflecta e delibere a respeito, para o que lhe deverá ser assignado outro termo, como se vê da Ord. cit., T. 20, §§ 7º e 8º, *ibi* — e quantas vezes o autor fizer nova addição ao seu libello, ou petição, tantas vezes será dado ao réu termo para se aconselhar.

COMMENTARIO XXXI

AO N. 6 DO § 32

A Ord. cit. no § 13 só trata do caso de molestia do procurador da parte, quando diz :

« E se o procurador fôr doente ; e se não souber se a doença é prolongada ou não, deve ser esperado até cinco dias ; e não cessando a enfermidade no dito termo, não será mais esperado, mas as partes, que seus feitos quizerem seguir, citarão as partes contrarias. »

O caso da morte do procurador, no que deve haver citação especial da parte, é lembrado por Alm. e Souza., consultando á pag. 81 a nota 204

7.º Para a execução da sentença. —Ord. L. 3º, T. 1º, § 13; T. 9º, § 12; T. 76 § 2º e T. 86 pr. (c. xxxii.)

de Per. e Souz. ; acrescentando que essa citação, tendo por fim despertar a parte da indolencia em que se acha, deve ser com a comminação de proceder-se á revelia ; com o que estão concordes Moraes, L. 6º, cap. 1º, n. 18 e o Cod. do Proc. Civ. Fr., no art. 344.

Assim tambem, o caso de ausencia ou impedimento do procurador, ou advogado, é addicionado por Silva, em seu n. 2, explicando a cit. Ord. do L. 3º, T. 20, § 13.

COMMENTARIO XXXII

AO N. 7 DO § 32

Sendo a execução o processo por meio do qual tem o réu de satisfazer a obrigação que pela sentença foi-lhe imposta, e como com a sentença termina a instancia.—Ord. L. 3º, T. 27 pr.; por essa razão no ingresso da execução deve ser o réu citado, para, ou satisfazer a referida obrigação, ou dar bens á penhora.—Ord. L. 2º, § 1º, L. 3º, T. 1º, § 3º, quando diz:—*até a sentença definitiva*; T. 9º, § 12; T. 76, § 2º, e T. 86 pr.; Alm.

8.º Para a liquidação.—Alm. e Souza. not. 204; Moraes. cit. L. 6º, cap. 14, n. 25. (c. xxxiii.)

9.º Para ver deferir o juramento suppletório, se a parte não foi revel.—Silv. ad Ord. L. 3º, T. 52 pr., n. 44; Peg. For. n. 5, cap. 114, n. 34.

e Souza., Execuç. por Sent. § 88 e seg. e 410; Per. e Souza., nota 780.

Se a execução procede de acção real, ou *in rem scripta*, é necessaria tambem a citação da mulher do executado.—Per. e Souza., nota 731; Cod. do Proc. Civ. Fr., art. 545; Borg. Carn., § 125, n. 19; Repert., vol. 3º, pag. 651 v. — *mulher deve ser requerida.*

COMMENTARIO XXXIII

AO N. 8 DO § 32

Sendo a liquidação um incidente importante do processo, que demanda defeza do réu, e que póde-lhe ser bastante prejudicial, necessaria se torna nova citação.—Alm. e Souza, Exec. por Sent. § 83; Moraes de Execut. L. 3º, cap. 1º, n. 103, e L. 6º, cap. 1º, n. 25; Mend., part. 1ª, L. 3º, cap. 21, n. 8.

10. Para a louvação em arbitradores.—
Alm. e Souz. nota 204. (c. xxxiv.)

11. Para a vistoria ou qualquer exame judicial.—Per. e Souz. § 262, e not. 541; Alm. e Souz. not. 204. (c. xxxv.)

COMMENTARIO XXXIV

AO N. 10 DO § 32

No caso de louvação para arbitramento devem ser citadas as partes interessadas, porque ellas é que têm de nomear os louvados a seu aprazimento.—Ord. L. 3º, T. 17; Per. e Souz. not. 534; Alm. e Souz. nots. 204 e 534; Per. de Carv., nots. 54 e 55; Lei de 20 de Junho de 1774, §§ 24, 28 e 29.

Se o procurador não tiver poderes especiaes para receber tal citação, deverá ser ella feita á propria parte—Per. e Souz., nota 634; N. R. J., art. 597.

COMMENTARIO XXXV

AO N. 11 DO § 32

Para as vistorias e exames é necessaria a citação, porque são elles actos de summa importancia, que pódem decidir do julgamento, em face do principio—*quod oculi vident, nemo fideliter*

12. Para o seguimento da appellação.—
Ord. L. 3º, T. 70, § 4º; T. 79, § 3º; T. 84,
§ 7º. (c. xxxvi.)

13. Para o julgamento da deserção da

negat.—Per. e Souz. not. 541; Lei 47. D. *de re judicat*; Pothier, Proc. Civ. vol. 2º, pag. 1303; Cod. do Proc. Civ. Fr. arts. 295 e 302.

Almeida e Souza, na nota 204, julga dispensavel esta citação, se o réu foi sempre revel, nos termos da Ord. L. 3º, T. 1º, § 13.

COMMENTARIO XXXVI

AO N. 12 DO § 32

Esta citação é necessaria não só porque no seguimento da appellação verifica-se o caso de remessa de autos de um para outro juizo, como porque é ella que propriamente introduz e fórmá a instancia da mesma appellação, e é expressamente exigida pela Ord. L. 3º, T. 70, § 4º.

Estando o appellado dentro da comarca, essa citação deve ser feita na sua propria pessoa, embora tenha procurador sufficiente.—Repert. vol 1º, pag. 457 v:—*Citação para o seguimento da appellação se faz na pessoa da propria parte, posto que tenha procurador sufficiente.*

Se, porém, o appellado estiver fóra da comarca, poderá ser feita a citação na pessoa do

appellação.—Decrs. n. 5467, de 12 de Novembro de 1873, arts. 22 e 24; e n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 557. (c. xxxvii.)

procurador; devendo a procuração dar-lhe poderes para proseguir na appellação, ou em geral para as demandas, ou para a de que tratar-se, em todas as instancias; e não houver reserva de nova citação.—Ord. L. 3º, T. 2º pr.; Silv. á Ord. L. 3º, T. 74, § 4º, n. 5; Repert. cit. v.:—*Citação para o seguimento da appellação se póde fazer ao procurador quando a parte fôr ausente da comarca onde é moradora, com o poder sufficiente para isso.*

Se a questão versar sobre bens de raiz, deve tambem ser citada a mulher do appellado.—Repert. vol. 1º, pag. 480 v.:—*Citar-se deve para o seguimento da appellação a mulher do appellado se a causa é sobre bens de raiz, e o marido não tem procuração bastante.*

Se alguma das partes se ausentar sem deixar procurador sufficiente, deverá ser citada por editos de oito dias.—Ass. de 13 de Novembro de 1647; Manual das Appell., cap. 16, art. 1º, nota.

COMMENTARIO XXXVII

AO N. 13 DO § 32

Se dentro do prazo assignado o appellante não

14. Quando o Juiz *á quo* tem de proceder a alguma diligencia ordenada pela Relação.—Reg. de 3 de Janeiro de 1833, art. 86.

15. Para a intimação da revista.—Lei de 18 de Setembro de 1828, art. 3º; Decr. de 20 de Dezembro de 1830, art. 10. (c. xxxviii.)

fizer seguir os autos, deverá ser elle citado ou seu procurador, nos termos do art. 722 do Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, para dentro de tres dias allegar embargos de justo impedimento.—Cit. Reg., art. 657, citado pelo art. 24 do Decr. de 12 de Novembro de 1873.

Para este caso não ha necessidade da citação da mulher do appellante.—Ord. L. 3º, T. 70, §§ 3º, 4º e 7º; Manual das Appell., cap. 17, art. 2º.

Se as partes não tiverem sido citados pessoalmente para o seguimento da appellação, mas o fôrem na pessoa de procuradores, não poderá haver deserção, ainda que expire o prazo assignado.

Veja-se a este respeito o Appendice n. 1, o que melhor desenvolvemos esta materia.

COMMENTÁRIO XXXVIII

AO N. 15 DO § 32

A manifestação da revista deve ser feita dentro

§ 33

Não terá, porém, lugar a citação especial, de que tratamos no § antecedente, se estando o réu para ausentar-se para provincia remota, fôr citado para todos os actos da causa, inclusive a execução, arrematação e segunda instancia.—Praxe Geral e attestada por Phœb. part. 1^a, art. 20; Barb. ad Ord. L. 3^o, T. 1^o, § 15, n. 2; Moraes cit. L. 6^o, cap. 1^o, n. 24; Franç. ad Mendes part. 1^a, L. 3^o, cap. 21, n. 14; Alm. e Souz., not. 204 *in fine*.

§ 34

A citação especial, de que trata o § 31 pôde ser feita na pessoa do procurador, estando a parte ausente nos casos dos ns. 2, 11 e 15; no do n. 6, para a addição de libello, estando a parte presente; e na do n. 5, quer esteja a parte presente, quer não.

de dez dias e intimada a parte.—Lei de 18 de Setembro de 1828, art. 9^o.

Se a parte não estiver no lugar do juizo, pôde a intimação ser feita na pessoa do procurador, não sendo, entretanto, precisa, se tiver sido ella revel.

—Decr. de 20 de Dezembro de 1830, art. 15.

SECÇÃO VII

Dos modos da citação

§ 35

A citação póde ter lugar, póde ser feita, pelos seguintes quatro modos :

1.º Por simples despacho do Juiz, se, dentro da cidade, ou villa, em que mora o Juiz, ou em seus arrabaldes, reside o que tem de ser citado.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 1º ; Per. e Souz. not. 201.

2.º Por mandado do Juiz, se, dentro do territorio da jurisdicção deste, mas fóra dos limites da cidade, ou villa, reside o que tem de ser citado.—Moraes De Execut. L. 6º, cap. 1º, n. 47.

3.º Por precatória, quando o citando reside em territorio que não pertence á jurisdicção do Juiz.—Cit. Ord. § 5º.

4.º Por editos em qualquer dos seguintes casos:—Ord. cit., § 8º ; Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 53.

a — Quando fôr incerta a pessoa que tem de ser citada.

b — Quando fôr incerto, ou inaccessivel, por causa de peste, ou guerra, ou poderio, o lugar em que residir o citando.

c — Nos casos especiaes declarados em lei.

SECÇÃO VIII

Da citação por despacho

§ 36

O official da diligencia lerá á pessoa que fôr citar a petição e o despacho do Juiz, procedendo em tudo isto com todo o respeito e urbanidade; e, feita a citação, lavrará della certidão, no verso da mesma petição.—Ord. de 2 de Setembro de 1845; Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 40. (c. xxxix.)

COMMENTARIO XXXIX

AO § 36

São aptos para fazer a citação os escrivães e officiaes de justiça do Juiz, que a determinou.

Entretanto, quando julgar indispensavel, póde o Juiz autorisar que a faça um official de outro juizo.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 1º, 2º e 4º; Prov. de 4 de Dezembro de 1826; Alv. de 2 de Janeiro de 1840.

A petição, depois de despachada pelo juiz, deve ir ao distribuidor, se o Juiz o mandar, depois do que póde ser entregue ao official de justiça para fazer a citação antes de ser ella recolhida ao cartorio.

§ 37

Se a citação fôr para o processo summarissimo de causa até 100\$000, que tenha de ser julgada pelo Juiz de paz, o official dará cópia da petição inicial ao réu.—Decr. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, art. 63, § 2º. (C. XL.)

O official deve lavrar a certidão de seu proprio punho, datal-a e assignal-a; depois do que o official restituirá a petição á parte que lh'a confiou.

Não encontramos justificativa para a opinião de Teixeira de Freitas, quando na not. 247 a Per. e Souz., diz que : não se faz necessario que o official executor leia ao citado a petição citatoria e seu despacho, e não encontramos, de certo, visto como é pela leitura de uma e outra que o citado saberá o que irá fazer em juizo, e qual o Juiz, que ordenou a citação, para poder prepara-se convenientemente. A falta dessa leitura levaria o citado a juizo sempre de surpresa, e desacautelado.

COMMENTARIO XL

AO § 37

Essa recommendação feita pela lei ao official assenta não sómente na necessidade, que tem

§ 38

Em todo o caso de citação, se o citado pedir contra-fé, deve dar-lh'a o official, sob as penas da lei.— Alex. Gom., Manual, Prat., part. 1ª, cap. 1º, n. 17. (C. XLI.)

o réu de preparar sua defeza, em vista das provas indicadas pelo autor, e que devem vir especificadas, bem como os nomes das testemunhas na petição inicial, visto como, devendo ter lugar a instrucção do processo logo na audiencia, em que fôr accusada a citação.—Cit. Decr. § 4º; deve dessas mesmas provas ser o réu préviamente conhecedor para poder impugnal-as; mas ainda no direito que tem o réu de pedir a circumducção da citação no caso de revelia do autor.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 18, T. 14, pr.; Alm. e Souza. Seg. Linh., not. 237; Souza Pinto, Linh. Civ. § 800.

COMMENTARIO XLI

AO § 38

Sendo a circumducção da citação uma pena imposta ao autor revel, pelo vexame infructifero, causado ao réu com a mesma citação, e a imposição dessa pena, que é de certo modo um desagravo á posição e ao direito de defeza do réu, só

SECÇÃO IX

Da citação por mandado

§ 39

Se a pessoa, que tiver de ser citada não morar dentro da cidade, ou villa, em que residir o Juiz, ou nos seus arrabaldes, a parte no requerimento que fizer pedirá que —*distribuida e authoada se passe—mandado*, ou o Juiz o ordenará, quando a citação fôr *ex-officio*.

§ 40

Despachada a petição, e distribuida, o escrivão a quem tocar o feito, passará o man-

podendo ter lugar pela exhibição da contra-fé, que vem attestar que houve a citação, evidente é que negar o official ao réu a contra-fé pedida, é negar-lhe um dos meios de defeza, concedidos pela lei; negar, portanto, a administração da justiça, que cabe em suas attribuições, é impedir a applicação de uma pena ao autor comminada pela lei, e cujos effeitos são tambem de interesses de ordem geral, pelo que incorrerá nas penas do art. 129, § 6º do Cod. Pen. o official que assim proceder.

dado, que depois de *rubricado* pelo Juiz, será executado pelo official. (c. XLII.)

§ 41

O mandado deve conter :

1.º Os nomes, pronomes e morada do autor e do réu.

2.º O fim da citação com todas as especificações, que a petição contiver.

3.º A comminação, se a houver.

4.º O dia, hora e lugar do comparecimento, se não fôr para a audiencia.

5.º A rubrica do Juiz e a subscrição do escrivão.

COMMENTARIO XLII

AO § 40

Se a pessoa, que tiver de ser citada, fôr privilegiada, póde o escrivão fazer por carta a citação, que será conduzida e entregue por um official, que a sua entrega certificará, e em vista do que o escrivão dará a citação por feita, lavrando a competente certidão, receba, ou não resposta da carta.—Alm. e Souz., nota 199.

Não ha lei que classifique quaes as pessoas privilegiadas, que devem ser citadas por—*carta civil*

SECÇÃO X

Da citação por precatória

§ 42

Este modo de citação tem lugar, quando se procura citar pessoa certa em lugar certo e sabido, mas alheio á jurisdicção do Juiz, perante o qual deve responder o citado.— Ord. L. 3º, T. 1º, § 2º. (C. XLIII.)

do escrivão, fica essa classificação ao arbitrio dos Juizes e até dos escrivães.

Não incluímos a *citação por carta* no numero dos modos por que é a *citação* feita, por ser ella uma *excepção*, e não um modo geral de citar, que não distingue pessoa alguma.

Por essa razão não seguimos a classificação feita por Per. e Souz., Moraes Carvalho e outros praxistas, que não têm considerado, que entre as regras, não se devem classificar as excepções.

COMMENTARIO XLIII

AO § 42

Esta citação tanto tem lugar á requerimento da parte, como *ex-officio*, com fundamento na cit. Ord. § 5º.

§ 43

Neste caso passa-se carta precatória, dirigida ao Juiz do lugar em que se acha o que tem de ser citado, rogando-lhe que o mande citar; a qual carta o Juiz deprecado mandará cumprir.—Cit. Ord. § 5º. (c. XLIV.)

COMMENTARIO XLIV

AO § 43

Nella deve-se designar o dia em que o citado deve comparecer no juizo deprecante, se o caso fôr de *simples citação*; ou os devidos termos, se nella se pedir outra diligencia, e sobretudo *execução*, caso em que a precatória não volta ao juizo deprecante.

Apresentada a precatória ao juiz deprecado, lançará este o despacho—*D. cumpra-se*—e distribuida que seja, o escrivão da diligencia expedirá o mandado com denominação apropriada ao caso, para que os officiaes do juizo o cumpram.

Se o Juiz deprecado recusar-se mandar *cumprir* a precatória, e isto fizer por seu despacho escripto, é caso de materia de competencia, e então pôde a parte aggravar da petição ou do instrumento, na fórmula do art. 15, § 1º do Regul. de 15

§ 44

A precatoria, que deve ser passada em nome do Imperante, deve conter :

1.º O nome do Juiz deprecado, anteposto ao do deprecante, salvo se fôr elle de cathedra inferior, ou sujeito á jurisdicção deste.—Ass. de 22 de Fevereiro de 1842 ; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 44, § 1.º

2.º Cópia *ipsis verbis* da petição e o despacho *verbo ad verbum*.—Ord. L. 3.º, T. 1.º, § 5.º

3.º O lugar donde se expede, e para onde é ella expedida.—Ord. cit.

4.º Os termos rogatorios do estylo e convenientes á auctoridade a quem se deprecava.—Cit. Ord. e T. 7.º. (c. XLV.)

de Março de 1842 ; e se recusar sem fazel-o por escripto, nega a administração da justiça, e incorre no n. 6 do art. 192 do Cod. Crim.

COMMENTARIO XLV

AO N. 4 DO § 44

Sobre as formalidades, que devem conter as precatorias, que se tiverem de expedir para as justiças de França e Portugal, veja-se o Av. do Ministerio de Estrangeiros de 13 de Setembro de

§ 45

O citado póde vir com embargos á precatoria dentro de vinte e quatro horas que correrão no cartorio depois da diligencia ; e com elles, ou sem elles, devem os autos subir á conclusão do Juiz deprecado, que os mandará remetter ao deprecante, se versarem os embargos sobre a materia da causa principal.—Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 52. Moraes de Execut. L. 6º, cap. 1º, n. 48. (C. XLVI.)

1870, que recommenda se observe as formalidades, de que falla o Av. Circul. de 1 de Outubro de 1847, a que se refere o de 20 de Abril de 1849; e tambem o de 25 de Fevereiro de 1871, que recommenda ás partes que instituam seus procuradores.

COMMENTARIO XLVI

AO § 45

Pedindo a parte—*vista*—para embargos, o Juiz não lh'a deve negar, ainda mesmo no caso de *precatoria executiva*, sob pretexto de segurança do juizo em execução de sentença, porque, antes de tudo, cumpre verificar a competencia, a exis-

§ 46

Se, porém, os embargos versarem sobre incompetencia do Juiz deprecante, ou falta de solemnidades legaes na precatoria, delles tomará conhecimento o Juiz deprecado.— Alm. e Souz., Seg. Linh., nota 202; Moraes cit., L. 6º, cap. 1º, n. 48.

§ 47

Da decisão do Juiz deprecado, mandando ou não, remetter os embargos ao Juiz deprecante, cabe agravo de petição, ou de instrumento, por conter materia de competencia.—Regul. de 15 de Março de 1842, art. 15, § 1º. (C. XLVII.)

tencia de poder, porque nenhuma nullidade ha maior do que a falta de jurisdicção—*nulla major nullitas invenire potest, quam illa, quæ resultat ex defectu potestatis.*

COMMENTARIO XLVII

AO § 47

Interposto o agravo, mesmo de instrumento, fica sustada a citação até que elle se decida, porque sua interposição produz effeito suspensivo.— Decr. n. 5467, de 12 de Novembro de 1873, art. 7º.

§ 48

Se o citado não comparecer no prazo marcado na precatória, será esperado mais vinte dias, depois dos quaes haver-se-ha a citação por circumducta, se não fôr o réu lançado pelo requerente na primeira audiência do referido prazo, ou se procederá á revelia do citado, sendo elle lançado.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 218. (C. XLVIII.)

 SECÇÃO XI

Da citação substitutiva ou com hora certa

§ 49

Comquanto, em regra, toda a citação para o começo da causa deva ser pessoal, todavia se fará pelo modo acima, se a pessoa, que tem de ser citada, esconder-se para não receber a citação. — Ord. L. 3º, T. 1º, § 9º;

 COMMENTARIO XLVIII

AO § 48

Chegada a precatória ao deprecante, accusa-se na primeira audiência a citação, assignando-se o prazo designado para o citado comparecer e mais vinte dias. —Ord. L. 2º, T. 1º, § 18.

Dec. n. 737, de 15 de Novembro de 1850, art. 46, § 1º; Paul. Bapt., Theor. e Prat. do Proc. Civ. Br., not ao § 76.

§ 50

Para que determine o Juiz a citação *com hora certa*, é mister que o official da diligencia certifique, que tendo procurado a parte em sua propria casa tres ou mais vezes, era-lhe sempre negada a sua estada, verificando afinal, que ella se occultava para não receber a citação.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 9º, entendida *ad instar* da do L. 3º, T. 48, § 7º. (C. XLIX.)

COMMENTARIO XLIX

AO § 50

Não obstante a Ord. cit. L. 3º, T. 1º, § 9º, exigir prévia e summaria inquirição para poder ter lugar a citação com hora certa, todavia o estylo e pratica inveterada do fôro, confirmada depois pelo § 1º do art. 46 do Decr. n. 737, adoptaram como sufficiente a fé do official; pratica esta que se conforma com a Ord. L. 3º, T. 87, § 7º, e é doutrinada pelo Acc. da Relação da Côrte de 19 de Dezembro de 1856.

A praxe da inquirição para a concessão da cita-

§ 51

Ordenada pelo Juiz a citação, o official da diligencia se dirigirá á casa do que tem de ser citado e perguntará por elle ; e ainda sendo-lhe negado, marcará uma hora certa do dia seguinte para a citação, intimando a

ção com hora certa cahiu em desuso, como o affirmam Peg. n. 13 ad Ord. L. 3º, T. 1º, § 8º, n. 16; Moraes *de Execut*, cap. 1º, n. 46; Lobão, Seg. Linh., § 220; Per. e Souz., not. 220.

Moraes Carvalho, em sua Prax. Forens. not. 83, condemna esse estylo, fundando-se não só no argumento de comparação, que assim como para a verificação da ausencia é imprescindivel a inquirição, assim tambem o deve ser para a ocultação, como tambem no Juizo de Bagna e Almeida. e Souz., Seg. Linh., not. 220, e na disposição da lei de 18 de Agosto de 1769, por este citado.

Entretanto, apezar mesmo da terminante disposição da Ord. L. 3º, T. 1º, § 9º, em que tambem se funda Moraes Carvalho e Lobão, a *praxe inveterada* do fôro tem sempre triumphado a ponto de ser convertida em lei, no art. 46, § 1º do Decr. n. 737.

44

mulher do que tem de ser citado, e em sua falta a uma pessoa habil da familia, ou, na falta destes, a um visinho ou amigo, para que digam ao occultado, que na hora marcada elle official o procurará, e o não encontrando, será tido por citado, e o feito, que contra elle se move, correrá á sua revelia. (C. L.)

COMMENTARIO L

AO § 51

Certificado pelo official, que a parte se occultou, a parte requerente deverá dirigir ao Juiz nova petição, juntando-lhe a referida certidão, pedindo a citação com hora certa e por meio de *mandado*.

O *mandado* neste caso é indispensavel, embor^a possa a citação ser feita por despacho, porque é elle exigencia da Ord. L. 3^o, T. 1^o, § 1^o, que determina que *a clausula vá escripta na carta citatoria*.

Não enumeramos a citação com hora certa entre os modos por que póde a citação ser feita, porque não é ella um modo de citar, mas um meio de tornar effectiva a citação por despacho, mandado ou precatória; é propriamente *substitutiva*.

§ 52

No dia seguinte, terminado o prazo, á hora indicada, o official da diligencia dirigir-se-ha á casa do que tem de ser citado para levantar a hora e perguntará por elle, e este não comparecendo, lavrará de tudo a competente certidão, e ter-se-ha por feita a citação.—Ord. L. 3º, T. 1º, §§ 9º e 10; Decr. Cit. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 46, §§ 4º e 51.

SECÇÃO XII

Da citação por editos

§ 53

A citação edital terá lugar sómente nos seguintes casos :

1.º Quando fôr incerta a pessoa que tiver de ser citada.—Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 53, § 2º.

Por essa mesma razão nós a collocámos antes da citação por editos, e depois daquellas, que ella suppre, muito embora seja ella subsidiaria como é a por edictos.

45

2.º Quando fôr certa, mas achar-se ausente em lugar incerto, ou não sabido.—Disp. Prov., art. 2º; cit. Decr., art. cit., § 1º, e art. 45, § 1º.

3.º Quando fôr inacessível por causa de peste, ou guerra, o lugar em que se achar o ausente.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 8º; cit. Decr., art. cit., § 1º, art. 45, § 1º.

4.º Para a intimação do protesto judicial ao devedor ausente de que se não tiver noticia.—Cit. Decr., art. 53 cit., § 4º.

5.º Quando forem desconhecidos os interessados em qualquer acto judicial, em que a intimação ás partes seja necessaria.—Cit. Decr., art. 53 cit., § 5º.

6.º Quando são incertas as partes, que devem ser citadas, como no caso civil da remissão da hypotheca.—Lei n. 1237, de 24 de Setembro de 1864, art. 10, § 4º; Regul. n. 3453, de 26 de Abril de 1865, art. 297, com referencia á Ord. L. 4º, T. 6º.

7.º Quando a parte occulta-se em casa de algum potentado, não tendo casa conhecida onde possa ser citado com hora certa.—Arg. da Ord. L. 3º, T. 1º, § 8º.

8.º Quando o que tem de ser citado é poderoso, e notoriamente máo; por essa razão

o lugar em que se acha é de difficil accesso.
—Arg. da mesma Ord. (c. LI.)

COMMENTARIO LI

AO N. 8 DO § 53

Opina Alex. Gomes, (Manual Prat., part. 1^a, cap. 1^o, n. 36), que quando o que ha de ser citado é poderoso, e impede por qualquer modo que se lhe faça a citação, faz-se de tudo uma justificação, e, julgada esta por sentença, é elle havido por citado, porque quem impede que o citem, se ha por citado.

Não achamos razoavel essa pratica, porque desde que por circunstancias extraordinarias temos os casos exemplificativos da citação edital, nesta se deve tambem comprehender a de difficil accesso de lugar, por poderio, mesmo porque é preciso que o citado saiba o objecto da citação.

Fizemos incluir nos casos de citação por edicto os arts. 4^o e 5^o do § supra, embora pertençam elles á legislação commercial, porque pôdem ter lugar tambem no civil ; sendo por contraria razão que deixamos de contemplar o caso, ou circumstancia do § 3^o, do cit. art. 53 do referido Decr. n. 737, por só ter ella applicação no commercial.

46

§ 54

Para ser ordenada a citação por edito é necessario.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 8º; Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 45; Lei n. 2033, de 20 de Setembro de 1871, art. 27, § 3º.

1.º Que a parte justifique a existencia de alguma das circumstancias mencionadas no § antecedente. (C. LII.)

Este especie de citação é tão subsidiaria, como a com hora certa.

COMMENTARIO LII

AO N. 1 DO § 54

Essa justificação póde ser julgada indistinctamente pelo Juiz de direito, ou municipal, nas comarcas geraes, em vista dos Avs. de 15 de Março, de 6 de Abril e de 9 de Agosto de 1872, visto não conterem character contencioso, nem admittirem contestação e appellação.

Não pódem, porém, nas comarcas especiaes ser julgadas pelos Juizes substitutos, em face do Av. de 23 de Outubro de 1872, que dispõe não poderem elles julgar taes justificações, porque, se

2.º Que, julgada por sentença a justificação lavre o escrivão os editaes e o official os affixe nos lugares do costume e sejam publicados pelos jornaes, onde os houver. (c. LIII.)

bem que se declarasse não serem ellas materia contenciosa, todavia não se havia dado aos substitutos a faculdade de julgar.

Que, embora a justificação seja um facto voluntario, todavia a sentença que a julga é definitiva, e portanto não pôde caber aos substitutos.

Dessa justificação para editos só ficará traslado em juizo, se a parte o pedir.—Lei n. 2033, de 20 de Setembro de 1871, art. 27, § 2º.

Embora se tenha justificado a ausencia de alguem no juizo de paz para a conciliação, é comtudo necessaria no juizo contencioso a mesma justificação, ainda mesmo para as pequenas demandas, como de praxe é. — Consolid. das Leis Civis, not. 51 ao art. 39.

COMMENTARIO LIII

AO N. 2 DO § 54

O Juiz na sentença que proferir, julgando a justificação provada, mandará que no mandado se

97

3.º Que o prazo dos editaes seja marcado pelo juiz, sendo maior ou menor, conforme se achar o réu dentro ou fóra do Imperio, não podendo esse prazo ser nunca inferior a 30 dias.

§ 55

O official ou porteiro, depois de haver sob pregão affixados os editaes, passará disto certidão, que será pelo escrivão junta aos autos, juntando tambem, quando fôrem publicados pela imprensa, o jornal respectivo ou publicação do annuncio.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 8º; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 45, § 2º.

declare o prazo, em que deve o citado comparecer.— Ord. L. 4º, T. 6º, § 1º; e T. 43, § 2º.

O official ou porteiro affixará os editaes sob pregão, e essa circumstancia portará por fé.

Na carta de edictos se copiará a petição que a motivára ou pelo menos se consignará a sua substancia, para que não haja equivoco sobre o objecto da citação.

§ 56

Passado o prazo marcado no edital, o official ou porteiro certificará terem corridos os trinta dias, e juntará aos autos essa certidão ; e a parte será havida por citada.—Cit. Dec. n. 737, art. 54. (c. LIV.)

§ 57

A citação por editos é especialmente necessaria quando têm de ser chamados a juizo os credores existentes fóra do lugar, para virem allegar seu direito sobre o preço da cousa que vai ser vendida, sendo-lhes esta, ou o vendedor obrigado. O maximo de tempo, neste caso, que se deve consignar nos editaes, será de 30 dias.—Ord. L. 4º, T. 6º, § 1º.

COMMENTARIO LIV

AO § 56

Para que seja a parte havida por citada, é necessario que a citação seja accusada em audiencia, sob pena de ficar circumducta. — Ord. L. 3º, T. 1º, § 18, Alv. de 22 de Janeiro de 1810, § 23.

Neste caso o juiz nomeará curador ao ausente que acompanhará o feito.—Prim. Linhs. not 203.

§ 58

A citação por editos não tem porém lugar nas acções de juramento d'alma, nem nas de assignação de dez dias a escriptos particulares, porque são actos que precisam de pessoal assistencia.— Phæb. part. 1^a, arest. 32, e part. 2^a, decis. 165, n. 43; Moraes cit., L. 4^o, ap. 9^o, n. 27 e L. 6^o, cap. 1^o, n. 45; Per. e Souz. not. 203; Mendes part. 1^a, lib. 3^o, cap. 1^o, n. 8 e part. 2^a, cap. 1^o n. 9.

SECÇÃO XIII

Dos requisitos internos da citação

§ 59

Não só a petição inicial, mas a citação por qualquer de seus modos, sob pena de nulidade, deve conter. —Ord. L. 3^o, T. 1^o, §§ 5^o, e 12; Per. e Souz., § 83.

1.^o O Juizo a que é ella dirigida.

2.^o O seu nome e o do réu, ou designação deste, de modo que o possa tornar conhecido do official da diligencia. (c. LV.)

COMMENTARIO LV

AO N. 2 DO § 59

Não se sabendo o nome da pessoa, que tem de

3.º O lugar de sua moradia.

4.º A causa motora da citação, bastando a geral e remota, que é o contracto nas acções pessoaes, e o dominio nas reaes.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 5º.

5.º O lugar e dia do comparecimento ; entendendo-se, na falta dessa declaração, que a citação é feita para a primeira audiencia, no auditorio do costume.—Ord. L. 1º, T. 1º, § 5º ; Ramalho, Prax. Brazil., § 107. (c. LVI.)

ser citada, basta qualquer designação de característico, pelo qual o official possa conhecê-la ; e se fôr corpo collectivo, basta declarar seu nome.

COMMENTARIO LVI

AO N. 5 DO § 59

Os requisitos deste paragrapho não são necessários sómente á petição, como entende Ribas, art. 201, e outros praxistas, mas são indispensaveis á citação, porque fazem *o seu modo*, *o seu interno*, a sua *logica juridica*, como muito bem diz Teixeira de Freitas cit. not. 225 ; tanto assim que esses mesmos requisitos são tambem necessários á citação *ex-officio*, a que nós com mais propriedade chamamos *notificação*.

SECÇÃO XIV

Dos requisitos externos da citação

§ 60

Assim como a citação, para ser valida, necessita de requisitos internos, que fazem o *seu modo*, da mesma fórma necessita de requisitos externos, que constituem a *sua fórma*.

§ 61

Esses requisitos são:

Além disto, desde que a citação não se faz sómente por despacho, caso em que bastariam que os requisitos do citado paragrapho fossem consignados pelo autor na petição, é claro que esses requisitos, sendo indispensaveis, devem fazer parte integrante da citação, por serem a sua razão jurídica.

Por essa razão dissemos no mesmo paragrapho: — *a citação por qualquer dos modos, e não sómente a petição inicial,*— etc. Assim demonstramos, que ao autor cumpre sempre consignar taes requisitos em sua petição; mas que essa consignação não exclue a obrigação de serem elles incorporados á citação, sendo esta effectuada por *mandado, precatória ou edito*.

1.º Que a citação seja ordenada por Juiz competente.—Ord. L. 3º, T. 75 pr.; T. 87, § 1º. (C. LVII.)

COMMENTARIO LVII

AO N. 1 DO § 61

Sendo por incompetente é nulla.—Ord. L. 3º, T. 1º, §§ 1º e 6º.

E' competente o Juiz que tem jurisdição sobre o réu.—Ord. L. 3º, T. 1º, §§ 2º, 4º e 5º.

Essa jurisdição póde provir :

- Do domicilio do réu.
 - Do contracto.
 - Do quasi contracto.
 - Da connexão da causa.
 - Da situação da cousa.
 - Da prorogação.
-

Assim, pois, desde que a jurisdição se acha subdividida pelos diversos districtos do Imperio, e não ha, nem póde haver para o réu limites discriminadamente conhecidos, convem que a parte, ao ter duvida sobre a jurisdição de um Juíz, não proceda sem que primeiramente allegue a incompetencia do que a mandou citar, e declined o fôro.

2.º Que conste por escripto. (c. LVIII.)

COMMENTARIO LVIII

AO N. 2 DO § 61

Tanto a citação a requerimento da parte, como na *ex-officio*, deve constar de petição, mandado, precatoria, ou edito; consignando-se em qualquer destes instrumentos os requisitos do § 57, n. 5; tornando-se desnecessaria a sua consignação, se a citação fôr para o dia da audiencia, quando o Juiz as dá regularmente, porque então o—*cite-se*—do Juiz, fica entendido que designa a citação para a audiencia do costume, cujo *dia, hora e lugar* são conhecidos.

—

A propria citação requerida e feita em audiencia participa tambem desse requisito, porque ficam escriptos no protocolo, tanto o despacho, como a intimação.—Reg. de Custas de 1874, arts. 108 e 176.

—

Esta citação, porém, não póde ser feita em audiencia, sem que o Juiz expressamente a ordene, e o escrivão lhe peça venia ainda depois do seu mandado. Esta deferencia é em respeito ao acto judicial, que se celebra—a audiencia—Alex. Gomes, part. 1ª, cap. 1º, n. 16.

3.º Que seja executada por official competente. (c. LIX.)

4.º Que conste ter sido legalmente feita. (c. LX.)

COMMENTARIO LIX

AO N. 3 DO § 61

São competentes os officiaes de justiça e escrivães para todas as citações em geral, e os porteiros dos auditorios para que são feitas em audiencia.

E' o que se collige do cit. Reg. de Custas, arts. 108, 176 e 190.

As citações para o contencioso não podem ser feitas pelos escrivães e officiaes dos Juizes de paz. — Av. n. 187, de 2 de Janeiro de 1840.

Os officiaes de justiça do contencioso, que podem fazer as citações, são não sómente os que têm titulos vitalicios, como os que são nomeados pelos Juizes municipaes *ex-vi* do art. 41 do Cod. do Proc. Crim.

COMMENTARIO LX

AO N. 4 DO § 61

A legalidade da execução da citação consiste em o official citar a propria pessoa e não outra, pelo que se não conhecer a que tiver de citar, far-se-ha acompanhar de duas pessoas que a conheçam, e

depois de feita a diligencia a portará por fé, assignando com as mesmas testemunhas a certidão que lavrar.

Dessa certidão deve o official dar contra-fé ao citado, se este a pedir, não lh' a podendo negar, sob pena de responsabilidade, visto como assim o determina imperiosamente o art. 4º do Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, que é subsidiario á legislação civil e em tudo applicavel ao caso.

Consiste tambem a *legalidade* da execução da citação, em o official da diligencia ler ao citado a *petição* ou *mandado*, para que não fique aquelle na ignorancia do objecto de citação. Comnosco opina tambem Paul. Baptista, not. 2ª, n. 289, contra o que ensina Teix. de Freitas em sua nota 247 a Per. e Souza.

A citação deve ser accusada em audiencia, sob pena de tornar-se circumducta. — Ord. L. 1º, T. 1º, § 18; Alv. de 22 de Janeiro de 1810, § 33.

Ha tambem citações que não necessitam ser accusadas, como sejam para ver jurar testemunhas, passar os autos a outro advogado, etc.; mas em todo o caso em regra geral, deve ser accusada toda a citação que fôr acompanhada de alguma pena. — Moraes. Carv., not. 89.

SECÇÃO XV

Das condições de tempo da citação

§ 62

Em regra, a citação, como acto judicial, deve ser feita em dias livres, e não em férias.

—Ord. L. 3º, T. 1º, § 17. (C. LXI.)

§ 63

Deve ser feita sómente de dia, depois de

COMMENTARIO LXI

AO § 62

A essa regra a mesma Ord. cit. no § 1º, abriu a excepção de poder ser a citação feita em dia feriado, nos dous seguintes casos:

1.º Quando o que tiver de ser citado quizer ausentar-se para outro lugar.

2.º Quando a demora da citação para o dia util perigar a causa do autor.

E' esta tambem a doutrina consagrada no Decr. n. 1285, de 30 de Novembro de 1853, quando, designando os dias feriados, permite serem nelles tratadas diversas causas, como sejam:—arrestos, interdictos possessorios, embargos de obra nova, soldadas, alimentos, etc.— Acc. da Rel. da Corte, de 16 de Fevereiro de 1874.

nascer e antes de se pôr o sol.—Cit. Ord. § 16.—*Sol occasûs suprema tempestas esto.*—Lei das doze tabo-
 las.

§ 64

Não deve ser feita para o mesmo dia, porque este não se computa no termo—*dies termini non computatur in termino.*—Ord. L. 3º, T. 13; nem para o dia seguinte que fôr feriado.—Cit. Ord. § 2º. (c. LXII.)

SECÇÃO XVI

Dos effeitos da citação

§ 65

São effeitos da citação, quando validamente feita :

COMMENTARIO LXII

AO § 64

Póde, porém, ter lugar a citação para o mesmo dia da audiencia, se o que cita declarar que quer citar o réu para a audiencia daquelle dia, e o Juiz assim o ordenar.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 12.

Igual disposição contem o art. 27 do Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850.

1.º Obrigar o réu a comparecer em juizo, sob pena de revelia.—Ord. L. 3º, T. 15. (c. LXIII.)

2.º Fazer a cousa litigiosa.—Ord. L. 4º, T. 10. (c. LXIV.)

3.º Fazer litigiosas, depois da contestação,

COMMENTARIO LXIII

AO N. 1 DO § 65

As nosso ver procede a consideração do Sr. Teix. de Freitas, not. 252 a Per. e Souza; por quanto se é certo que o réu póde deixar de acudir ao chamado judicial, certo tambem é que o receio das consequencias da revelia forçal-o-ha a comparecer.

Não teria a citação esse effeito, se o réu podesse, ou não, comparecer, sem que no segundo caso, a contumacia lhe trouxesse o merecido e infallivel castigo.

COMMENTARIO LXIV

AO N. 2 DO § 65

Se, porém, a citação ficou circumducta, ou perempta a instancia, não produz ella semelhante effeito.

as acções meramente pessoas e as que versarem sobre servidão, ou tiverem por fim realisar a hypotheca. — Ord. L. 4.º, T. 10, §§ 1.º e 2.º.

4.º Interromper a prescripção. — Ord. L. 4.º, T. 79, § 1.º; Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 59; Savigny, Tr. do Dir. Rom., §§ 242 e 243.

5.º Induzir a litispendencia. — Mello Freire, L. 4.º, T. 9.º, § 24. (c. LXV.)

COMMENTARIO LXV

AO N. 4 DO § 65

A citação, mesmo para a conciliação, interrompe a prescripção e constitúe desde logo o devedor em móra, comtanto que a acção seja proposta dentro em um mez, depois do dia em que não se effectuou a conciliação. — Cod. Civ. Fr., art. 2243; Cod. do Proc. Civ. Fr., art. 57; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 38.

Para que a citação produza os effeitos do paragrapho supra, indispensavel é que seja accusada em audiencia, apregoando-se o citado, sob pena de ficar ella circumducta. — Ord. L. 3.º, T. 1.º, § 18; Lei de 22 de Janeiro de 1810, art. 33; Decr. de 25 de Novembro de 1850, arts. 32 e 58.

6.º Prevenir a jurisdicção — Ord. L. 1.º, T. 62, § 4.º; Mello Freire cit. § 24. (c. LXVI.)

SECÇÃO XVII

Dos que pódem fazer citar

§ 66

Em regra, pódem fazer citar os que pódem ser autores Cunha Salles.—Fôro Civil, secç. 17, inclusive os estrangeiros. (c. LXVII.)

COMMENTARIO LXVI

AO N. 6 DO § 65

Além dos effeitos mencionados no paragrapho supra, a citação póde tambem produzir, como effeitos variaveis, a *instancia* e a contumacia.

Dissemos — *effeitos variaveis*, porque não só nem sempre a citação abre a *instancia*, ao que sómente dá lugar a *citação inicial*, a primeira citação, como tambem porque, assim como pela citação pode ser o réu *revel*, póde tambem comparecer e não ter lugar a contumacia.

COMMENTARIO LXVII

AO § 66

E' disposição do Av. de 14 de Setembro de 1833, que qualquer estrangeiro, tenha ou não

§ 67

Não pódem, porém, fazer citar, *sem pedir venia*, sob as penas da lei. (c. LXVIII.)

domicilio, ou propriedade no imperio póde fazer citar o estrangeiro, ou nacional.

Os procuradores da Fazenda Nacional não poderão propôr acção, e, portanto, fazer citar, sem ordem do Thesouro, salvo havendo perigo na demora, porque então intentará a acção e pedirá depois autorisação e confirmação do acto praticado. — Man. de Perdigão, § 15, arg. da Disp. Prov., art. 5º.

COMMENTARIO LXVIII

AO § 67

Basta que na petição inicial o autor allegue a qualidade do que quer fazer citar e peça a *venia*; não precisa que seja especialmente requerida e concedida. O Juiz a concederá no mesmo despacho por que ordenar a citação.

Fazendo-se a citação sem *venia*, nos casos, dos ns. 1 e 4 do § supra, em que deve ella intervir como

1.º Os descendentes, tanto legitimos como naturaes, aos seus ascendentes.—Ord. L. 3º, T. 9º, § 1º. (c. LXIX.)

2.º O genro, ou nóra ao sogro, ou sogra, assim como o enteado ou enteada ao padras-to ou madраста, emquanto entre elles existir a affinidade.—Cit. Ord. § 2º; Consol. das Leis Civ., art. 237.

elemento de validade, deve ser o réu absolvido da instancia, e condemnado o autor na multa de 60\$000, requerendo-o o réu e em favor deste; se antes não houver o autor desistido da mencionada citação.—Ord. L. 3º, T. 9º, § 1º; Alv. de 16 de Setembro de 1814.

No caso, porém, dos ns. 2 e 3 do mesmo parographo a falta de venia importará a nullidade da citação e do processo, se o réu o requerer.—Ribas, Consol., art. 233, *in fine*.

COMMENTARIO LXIX

AO N. 1 DO § 67

A expressão descendentes não comprehende os filhos-familias, mas sim os que são *sui juris*; os que estão fóra do patrio poder, porque aquelles não poderão citar os pais, nem para isso obter *venia*, se não nos casos do § 63.

3.º O filho adoptivo ao pai adoptante.—
Cit. Ord. § 2º; Consol. cit., art. 224.

4.º O liberto ao seu patrono, ascendente
ou descendente deste, salvo o caso do § se-
guinte. — Cit. Ord., § 6º.

§ 68

O filho familia não poderá citar seu pai,
nem para isso obter *venia*, senão sendo de
maior idade e nos seguintes casos :

1.º A respeito dos bens castrenses ou quasi
castrenses.—Ord. L. 3º, T. 9º, § 3º.

2.º A respeito dos adventicios, em que o
pai não tenha usufructo, ou, posto que o
tenha, se elle dissipar, gastar ou damnificar
esses bens, de modo que o filho não os possa
depois recobrar.—Cit. Ord., § 4º.

3.º Quando o demandar sobre sua emanci-
pação, ou alimentos.—Ord. cit., § 4º.

4.º Quando o demandar, como tutor, cu-
rador, feitor, ou procurador de outrem.—
Ord. cit., § 5º. (c. LXX.)

COMMENTARIO LXX

AO N. 4 DO § 68

Neste caso não é necessaria a *venia*, mas é pre-
ciso, sob pena de nullidade :

SECÇÃO XVIII

Dos que pódem ser citados

§ 69

Citados pódem ser todos os que pódem ser demandados, e estão sujeitos á jurisdicção do Juiz inclusive :

1.º Os presos, ou afiançados.—Lei de 11 de Outubro de 1830, art. 1.º

2.º Os estrangeiros.—Av. de 14 de Setembro de 1833.

3.º Os consules.—Av. de 19 de Janeiro de 1830.

4.º Os procuradores fiscaes.—Ord. n. 307, de 12 de Junho de 1841; Regul. de 23 de Abril de 1842, art. 3.º

1.º Que o filho seja maior de 17 annos.

2.º Que quando accitou a procuração não soubesse que teria de demandar seu pai.

3.º Que o seu constituinte não esteja presente no lugar, ou em outro, onde, sem prejuizo, possa ser avisado para constituir novo procurador.

O que dissemos a respeito do filho para com o pai, tem applicação ao liberto para com o patrono.—Ribas, Consol. das Leis do Proc. Civ., art. 235.

5.º Os ausentes em embaixadas, legações e comissões do governo. — Alv. de 21 de Outubro de 1811, §§ 1.º a 4.º; Ord. L. 3.º, T. 4.º, e T. 33, § 5.º. (c. LXXI.)

SECÇÃO XIX

Dos que devem ser citados

§ 70

Citados devem ser todos aquelles que interesse no negocio têm, sob pena de nullidade, na falta da primeira citação.—Ass. de 11 de Janeiro de 1653. (c. LXXII.)

COMMENTARIO LXXI

AO N. 5 DO § 69

A este respeito deve-se observar o que estiver estabelecido nos tratados.—Ord. L. 3.º, T. 4.º; Resol. Imp. de 28 de Dezembro de 1876.

COMMENTARIO LXXII

AO § 70

Esse interesse deve ser principal e não secundario.—Per. e Souz. § 98, not. 220; Ribas, Consol. do Proc. Civ., art. 222.

Assim o devem ser :

1.º A mulher conjunctamente com o marido nas causas sobre bens de raiz e direitos respectivos.—Ord. L. 3º, T. 47, §§ 2º, 3º, e 5º. (C. LXXIII.)

COMMENTARIO LXXIII

AO N. 1 DO § 70

Essa regra limita-se, e não ha, portanto, necessidade da citação da mulher, se esta está separada do marido por sentença, ou se a citação é para incidentes da causa.

Se nos feitos sobre bens de raiz o autor, assistente ou oppoente, deixar de trazer procuração da mulher ou de fazer citar a mulher do réu, será este absolvido da instancia, sob pena de ser o Juiz condemnado nas custas, perdas e damnos, que por tal motivo receberem as partes.—Ord. L. 3º, T. 47, § 2º; Ribas, art. 223.

Se depois de começado o feito alguma das partes se casar, o Juiz, logo que o souber, lhe assignará prazo, para dentro d'elle trazer a procuração de sua mulher, sob a pena supradita.—Cit. Ord., § 1º; Ribas, art. 224.

2.º O pai com o filho, quando tratar-se de bens adventicios deste, em que aquelle tiver usufructo.—Ord. L. 4º, T. 98, § 7º.

3.º O tutor, pai ou curador com o pubere, nas causas contra este.—Ord. L. 3º, T. 29, § 1º, T. 4º, § 8º. (c. LXXIV.)

A falta da procuração da mulher poderá ser supprida antes da sentença na 1ª instancia. Se, porém, o não fôr, o Juiz da 2ª instancia mandará suppril-a, condemnando o da 1ª nas penas mencionadas.—Ord. L. 3º, T. 63, §§ 1º e 2º; Ribas, art. 225.

—

Se essa falta não fôr supprida na 2ª instancia, nullos serão o processo e a sentença, e os Juizes sujeitos ás penas referidas.—Ord. Cit. § 2º; Ribas, art. 226.

—

COMMENTARIO LXXIV

AO N. 3 DO § 70

Com relação a esta mesma materia, em 7 de Dezembro de 1849, a Relação da Côrte proferira em sentido diametralmente opposto o seguinte accordão :

A falta de citação do pubere nos inventarios

não o annulla, quando elle é defendido pelo pai ou curador, que são citados.—Mafra, Jurisprud., 1º tom. pag. 50.

—
Nenhuma disposição legal, nenhum costume justifica a doutrina desse accordão.

—
Em opposição ao arbitrio desse Acc. singular, e em confirmação da materia do texto, temos os seguintes accordãos :

Da Relação de Porto Alegre de 29 de Julho de 1874. — E' nullo todo o processado por inexecução da Ord. L. 3º, T. 41, que ordena, no caso de ser demandado algum menor, se lhe dê tutor, e com elle e com seu curador *á lide* (§ 9º da cit. Ord.) corram os termos da causa até final decisão, pena de nullidade do processo, ou da sentença: Sendo o menor de 12 e 14 annos, é citado na pessoa de seu tutor; e o de maior idade na sua conjunctamente com o tutor.—*Dir.*, Rev. de 1874, vol. 5º, pags. 68 e 69.

— Do Sup. Trib. de Just. de 14 de Julho de 1875.—A nullidade fulminada pela Ord., L. 3º, T. 41, § 8º, só diz respeito ao menor pubere que deixou de ser citado. — *Dir.* Rev. de 1875, vol. 8º, pag. 281.

— Revista de 19 de Outubro de 1875.—A falta

4.º Todos os herdeiros na causa de inventario. (C. LXXV.)

de citação pessoal do menor pubere invalida sómente o processo, na parte que a esse menor diz respeito, desde que o pedido é *divisivel*.— *Dir. Rev.* de 1875, vol. 8º, pag. 662 e 663; e *Gaz. Jurid.*, de Maio de 1876, pag. 218 a 220.

—
COMMENTARIO LXXV

AO N. 4 DO § 70

Confirma o texto a seguinte sentença. (S. José) de 6 de Maio de 1874.—A citação é a base essencial de todo o processo summario, ou ordinario.—*Ord. L. 3º, T. 63, § 5º; T. 75 pr.; Lour. Proc., T. 4º, § 2º; Prax. For., § 176.*

« Achando-se um dos herdeiros em lugar sabido, procedeu-se sem citação d'elle á louvação e á avaliação dos bens, nomeando-se curador *ad hoc*, para represental-o :

« Para o inventario requer-se a citação pessoal dos interessados, achando-se estes em lugar sabido; e sua falta torna insanavelmente nullo todo o processo.—*Ord. L. 3º, T. 75; Per. e Souz., not. 1021; Per. de Carvalho, § 35 e not. 78; Roteiro dos orphãos, § 34 e not. 45.*

« Não se tendo realisado, portanto, a citação daquelle co-herdeiro por qualquer dos modos co-

SECÇÃO XX

Dos que não pódem ser citados

§ 71

Não pódem ser citados, por considerações de interesse e ordem publica :

1.º Os clerigos de ordem sacra, enquanto officiam, e os leigos enquanto assistem os officios divinos.—Ord. L. 3º, T. 9º, 7º; N. R. J. Port., art. 200.

2.º Os menores de 21 annos e maiores de 12 e 14, sem assistencia de seu pai, tutor, ou curador.—Ord. L. 3º, T. 29, § 1º. (C. LXXVI.)

nhecidos em direito, irregularmente procedeu o Juiz de orphãos, dando começo ao inventario, pois que a falta dessa formalidade induz nullidade insanavel. — Acc. de 2 de Setembro de 1848, *Dir. Rev.* de 1874, vol. 5º, pag. 77.

COMMENTARIO LXXVI

AO N. 2 DO § 71

Esta regra soffre excepção, quando a citação versar sobre bens castrenses, quasi castrenses, ou mesmo adventicios, em que o pai não tenha usufructo.—L. 4º, § 1º, *ff de castrens. pecul.*, Novell. 117, cap. 1º, § 1º.

3.º A mulher casada, sem assistencia do marido.—Ord. L. 3º, T. 47. (c. LXXVII.)

4.º Os Juizes, pregoeiros, quaesquer officiaes de justiça e funcionarios publicos durante os actos de seus officios, dentro do respectivo tribunal, ou estação publica.—Ord. L. 3º, T. 9º pr. e § 11; Av. de 19 de Fevereiro de 1835.

5.º Os noivos durante os nove primeiros dias do noivado.—Ord. cit., § 8º, Mello Freire, L. 4º T. 9º § 16.

COMMENTARIO LXXVII

AO N. 3 DO § 71

Soffre limitação esta regra nos seguintes casos :

1.º No caso de divorcio, ou nullidade de casamento, com separação de bens no Juizo civil.—Gam. Decis. 257, n. 2; Cod. Com., art. 1º, § 4º.

2.º No de ausencia do marido em lugar remoto, ou incerto; ou sendo por elle incumbida de seus negocios.—Ord. L. 3º, T. 9º, §§ 3º e 4º; Cod. da Holl., art. 180.

3.º Quando pede caução de dote —Ord. L. 4º, T. 66.

4.º Sendo commerciante, sobre negocios do commercio.—Cod. Com., art. 24 e seg.

5.º Quando reivindica bens, doados pelo marido á concubina.—Ord. cit.

6.º Os conjuges, filhos e irmãos do morto, durante os nove dias de nojo. — Ord. cit., § 9º; Mello Freire, cit., § 16.

7.º Os que acompanham o cadaver no dia do enterro, salvo para responder depois de findo o officio.—Cit. Ord., § 9º.

8.º Os doentes de enfermidade grave, para comparecerem em juizo dentro dos nove dias da citação.—Cit. Ord., § 10. (c. LXXVIII.)

9.º Os embaixadores e ministros diplomaticos, durante a sua missão; observando-se a este respeito o que estiver estabelecido nos tratados. — Ord. L. 3º, T. 4º; Resol. Imp. de 28 de Dezembro de 1876.

COMMENTARIO LXXVIII

AO N. 8 DO § 71

O Juiz póde ampliar por igual tempo esse prazo em face de attestado medico que o convença dessa necessidade.—Ord. L. 3º, T. 9º, § 10.

Advertido o autor, ou o réu, depois da lide contestada, deve o Juiz conceder-lhe o prazo de nove dias para fazer informar e mandar o seu procurador.—Cit. cit. § 10.

—
Ao procurador enfermo só se concedem cinco dias. — Ord. L. 3º, T. 20, § 13.

10. Os puberes menores de 21 annos, sem assistencia de seus pais, tutores e curadores. —Ord. L. 3º, T. 29, § 1º; T. 41, § 8º.

§ 72

Tambem não pódem ser citados, a menos que o não sejam na pessoa de seus pais, tutores e curadores, por incapazes de exercerem direitos e contrahirem obrigações :

1.º O furioso, o sandeu, o demente, o mentecapto e o desmemoriado. —Ord. L. 4º, T. 81 pr.; Pothier, vol. 1º cap. 1º art. 4º; Per. e Souz., notas 91, 92, 207 e 208; L. 4º, *ff. de in jus vocand*; LL. 2 e 40 *ff. de Reg. Jur.*

2.º O prodigo, depois de declarado tal por sentença. — Ord. L. 4º, T. 103, §§ 1º e 6º; Borg. Carn., vol. 3º, § 264, n. 2 e 6, § 265; Per. e Souz., nots. 93 e 209; Alm. e Souza, Seg. Linh., nota 209; L. 40 *ff. de Reg. Jur.*; Cod. Civ. Fr, art. 513. (C. LXXIX.)

COMMENTARIO LXXIX

AO N. 2 DO § 72

A este respeito e em confirmação do texto diz Dalloz, Repert. *Interdict* n. 308 :

• Os actos do prodigo até o dia da sentença

3.º O impubere, isto é, o menor de 12 e de 14 annos. — Ord. L. 3º, T. 41, §§ 2º, 5º e 8º;

serão sempre *validos*, a menos que as circumstancias da questão não apresentem vestigios de dolo ou fraude.»

No mesmo sentido opina Demolombe—*Minorit*, n. 662 e 770.

E a Relação da Côrte proferio o seguinte :

Accordão de 3 de Setembro de 1875:—Não são procedentes as razões e sufficientemente provados os factos, de que concluiu o *Juíz á quo* a nullidade da escriptura de venda; pois foi celebrada com as formalidades legaes e por *peçoas habéis para contratar*. Não obsta que seu assignatario tivesse apenas a idade de 22 annos, e que fosse por seus desregramentos *posteriormente declarado prodigo*; porquanto a dita idade é sufficiente e o assignatario estava na livre administração de seus bens, e *nem a interdicção opéra o effeito de annullar contratos anteriores*.—*Dir.*, Rev. de Junho de 1876, pag. 331 e 332; *Gaz. Jur.*, de Maio do mesmo anno, pag. 248 e 249; *Esposel*, Rev. de Março do mesmo anno, pag. 19 e 20.

61

Borg. Carn., vol. 3º § 227; Per. e Souz., nota 94; Ord. L. 3º, T. 29, § 1º, e T. 63, § 5º.

4.º O surdo-mudo. — Borg. Carn., vol. 3º, § 269, n. 22; Per. e Souz., §§ 42, 59 e 88; Moraes, *De Execut.*, liv. 2º, cap. 20, n. 47; L. 8º, § 2º *ff. de Tutor. et curator*; Mello Freire, *Inst. Jur.*, lib. 4º, T. 9º, § 16.

5.º O escravo, que como réu deverá ser citado na pessoa de seu senhor.—Alv. de 16 de Janeiro de 1772; Per. e Souz., notas 13 e 100; Dig. Port., vol. 2º, T. 8º, secç. 3ª.

SECÇÃO XXI

Da contumacia e revelia

§ 73

Contumacia é a inobservancia do preceito judicial para comparecer, responder, fazer ou não fazer. (c. LXXX.)

COMMENTARIO LXXX

AO § 73

Esta definição é nossa, e procuramos comprehender nella todo o definido.

Nem a definição de Per. e Souza., § 95, nem a de Almeida e Souza., not. 234, nem a de Moraes Carvalho, § 208, nem a de Teix. de Freitas, § 114 de Per. e Souza. são completas.

Teix. de Freitas em sua nota 256 diz que não accitou a definição de Per. e Souza., que diz ser a contumacia *o despreso que alguém faz do preceito judicial, ou da obrigação que lhe incumbe de comparecer em juizo*, por ser contradictoria; porquanto, dividindo Per. e Souza. a contumacia em *verdadeira e presumida*, só á primeira é que attribue o character de não querer o citado comparecer em juizo, no que consiste o despreso da ordem judicial.

Na verdade, tanto pecca a definição de Per. e Souza. por attribuir sempre ao réu—*omissão voluntaria e caprichosa*, como pecca a de Teix. de Freitas em confundir a *contumacia* com a *revelia*, reduzindo aquella unicamente ao caso do não comparecimento, quando define a contumacia: *a omissão, ou do citado, ou de quem fez cital-o, ou de ambos, por deixarem de comparecer em juizo.*

A nossa definição, porém, abrange todos os casos em que a contumacia póde dar-se, tendo ella applicação, tanto ao réu, como ao autor, desde que não se restringe á prohibição.

A mesma confusão de *contumacia* com *revelia*, confundindo assim a *causa* com o *effeito*, faz Ribas na sua Consolid., art. 240, quando diz:

§ 74

A *contumacia* divide-se em quatro especies :

- 1.^a *Contumacia in non comparendo.*
- 2.^a *Contumacia in non respondendo.*

« O não comparecimento em Juizo do citado, ou de quem requereu a citação, induz á *contumacia*, ou á *revelia*. »

Confundir a *contumacia* com a *revelia*, é o mesmo que confundir o pensamento, a idéa, o raciocinio, com a intelligencia; é confundir a vontade com a volição, o sentimento, a sensação, com a sensibilidade; é confundir, emfim, a faculdade com o seu producto, a acção, o objecto, com o resultado, o objectivo.

A *contumacia*, e não a *revelia*, como diz Teixeira de Freitas em Per. e Souz. § 117, é um *delicto civil*, a que a ordem dos processos e actos judiciaes em segurança ao direito das partes impuzeram penas, tambem *civis*, como ver-se-ha das notas relativas a cada especie de *contumacia*.

Dizer, como Teixeira de Freitas, que no civil a *revelia é um crime*, é o mesmo que na jurisprudencia penal dizer-se que o assassinado é o crime de homicidio, a cousa violentada, o crime de roubo; é confundir o factio material resultante do *delicto* com o proprio *delicto*.

3.^a Contumacia *in faciendo*.

4.^a Contumacia *in non faciendo*.

§ 75

Dá-se a contumacia *in non comparendo*, quando, feita a citação, o autor, ou o réu, ou ambos, não comparecem em juízo.

§ 76

As penas applicadas pela ordem geral dos processos e actos judiciaes em garantia dos direitos das partes *á contumacia in non comparendo*, são :

1.^a Ao réu — ser lançado, e seguir em sua ausencia o processo da demanda, assignando-se-lhe todos os respectivos termos, sob pregão, como se presente fosse.—Ord. L. 3.^o, T. 15 pr. (c. LXXXI.)

COMMENTARIO LXXXI

AO N. 1 DO § 76

Essa pena é imposta ao réu, como muito bem diz Paula Baptista,—Theor. e Prat. de pro. civ. § 100,—para que não encontre elle, ou no seu não comparecimento, ou no seu silencio, uma immunnidade, de que então lançariam sempre mão em

2.^a Ao autor, ser o réu absolvido da instancia, a seu requerimento, e elle condemnado nas custas. — Ord. L. 3.^o, T. 1.^o, § 18; T. 14 pr.; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, arts. 59 e 60. (c. LXXXII.)

desproveito do autor, e não para que fique elle privado dos meios de defesa, sendo por essa razão, que comparecendo elle, acceitará o feito no estado em que se achar, não tendo a sentença passado em julgado e restando depois disso o direito de vir com embargos á execução. — Ord. L. 3.^o, T. 15, § 1.^o; e T. 87, § 1.^o; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 57.

COMMENTARIO LXXXII

AO N. 2 DO § 76

Pagando o autor as custas, em que fôr condemnado poderá fazer citar de novo o réu, segunda e terceira vez, sujeito ás mesmas penas; não o podendo mais fazer depois de terceiro lançamento, porque neste caso fica perempta a instancia e a acção.—Ord. L. 3.^o, T. 1.^o pr. e § 3.^o; e T. 14, § pr. e § 3.^o.

Nessa pena applicada ao autor para punir o vexame, que injustamente causa ao réu com repetidas citações, não entrou, nem a citação, que

depois de acusada foi julgada nulla, nem a que pelo autor foi desistida, porquanto a Ord. diz assim:—*em que assim tres vezes foi revel.*

Para dar-se, porém, o lançamento do autor, necessario é que o réu o requeira exhibindo a contra-fé da citação, por isso que não póde ser elle fulminado *ex-officio* por não pertencer o beneficio da circumdação á ordem e interesse do processo, mas sómente ao beneficio do réu; e assim se vê da Ord. cit.:—*pedir ao Juiç*; e depois:—*fazendo o citado certo*; só podendo ter lugar a sua decretação, quando a absolvição da instancia provier de nullidades absolutas integraes do processo, que ao Juiz incumbe *ex-officio* pronunciar, por isso que não as póde supprir o accôrdo das partes, por pertencerem ellas á ordem publica.

Se depois de iniciada a acção *ordinaria* ou *summaria*, o autor se ausenta sem deixar procuração, póde o réu, visto como já estão pelo autor expostas as suas causas de pedir e a conclusão, ou pedir a absolvição da instancia, ou seguir a causa á revelia do autor, assignando-lhe todos os termos, como se presente estivesse.— Ord. L. 3º, T. 14, §§ 1º e 2º.

Se a citação fôr feita em virtude de precatória, será o citado esperado mais vinte dias, se não comparecer no termo assignado na precatória, findos os quaes ficará circumducta a citação, ou

§ 77

Dá-se a contumacia *in non respondendo*, quando o citado recusa depôr.

§ 78

A pena estatuida para semelhante delicto é ser o citado havido por confesso, em face do principio juridico *qui tacet consentire videtur*, e em consequencia do seu silencio condemnado. — Ord. L, 3º, T. 53, § 13. (c. LXXXIII.)

se procederá á revelia do citado.— Ord. L. 3º, T. 1º, § 18.

—

Se o réu á revelia do autor tiver proseguido nos termos da demanda, não fica comtudo inhibido de requerer a absolvição da instancia; mas neste caso o autor será condemnado nas custas sómente até a data do seu não comparecimento, sendo o réu condemnado nas que excederem.

COMMENTARIO LXXXIII

AO § 78

Essa pena é comminada, não porque o silencio do réu denuncie que o direito é contra elle;

§ 79

Dá-se a contumacia *in faciendo*, quando o citado faz o que por lei lhe é vedado, como — proseguir na obra embargada.

§ 80

A semelhante delicto estão adjuntas as penas de demolição, attentado, de restituição da obra ao seu antigo estado, e de suspender o contumaz pelos prejuizos causados á parte. — Ord. L. 4º, T. 77.

§ 81

Dá-se, finalmente, a contumacia *in non faciendo*, quando alguém se recusa fazer o que legalmente é-lhe ordenado, como—o condemnado em acção real a entregar a cousa nos dez dias, que lhe são assignados.

porquanto esse principio é falso, e mesmo brusco e impaciente: como diz Paula Baptista: *nam qui tacet, non utique fatetur*, L. 142, ff. de Reg. Jur.; *Qui tacet, habetur pro invicto et contradicente*—Wisseback ad Reg. Jur. pag. 157; mas sim porque, em sua ausencia, o direito do autor perigando pela não confissão do réu, este procuraria sempre eximir-se de prestal-a, em seu proprio interesse.

§ 82

Nestes casos as penas estatuidas são: a de se praticar o acto judicial á custa do contumaz, a do sequestro, prisão. perdas e danos, etc.

§ 83

Revelia é o resultado da contumacia *in non comparendo*. (c. LXXXIV.)

§ 84

Para que se verifique a revelia preciso é:
1.º Que se tenha feito a citação. (c. LXXXV.)

COMMENTARIO LXXXIV

AO § 83

Não trataremos do revel presumido, e menos ainda da *contumacia* de taes especies, como erroneamente faz Teixeira de Freitas a Per. e Souz. § 115, porque essa distincção, além de nenhuma importancia entre nós ter, accresce que é ella uma parte mutilada e desforme, um aleijão do Direito Romano.

COMMENTARIO LXXXV

AO N. 1 DO § 84

Para que se possa provar que a citação fizera-se, é necessario que o official da diligencia porte-a

2.º Que tenha sido esta accusada na primeira audiencia. — Ord. L. 3º, T. 1º, § 18; T. 14, pr. (c. LXXXVI.)

por fé, e della dê ao citado contra-fé.—Ord. de 2 de Setembro de 1845; Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 40; Decr. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, art. 63, § 2º.

Com a certidão do official o autor provará que foi o réu citado, e que não tendo comparecido, apesar de apregoado, incorreu em revelia, e, portanto, nas penas á esta comminadas.

Com a contra-fé o réu provará que foi citado, e que, não tendo o autor comparecido, incorreu em revelia, e, portanto, nas penas á ella estabelecidas.

COMMENTARIO LXXXVI

AO N. 2 DO § 84

Necessario é que seja a citação accusada em audiencia, e na primeira, porque sendo toda a citação inicial acompanhada das penas de *revelia* e *lançamento*, estas só pódem ser verificadas por meio de pregão e certidão do porteiro, de não haverem as partes comparecido.

Além disto, se assim não fosse, poderia muitas

66

§ 85

Se o citado não comparecer na primeira audiência para que fôr citado, deve ficar esperado á segunda, depois do que será tido como revel, se não comparecer, sob pregão, e correrá a causa seus termos á sua revelia.—Ord. L. 3º, T. 15 pr. (c. LXXXVII.)

vezes vir ser o réu victima da sorpresa e do ardil do autor, deixando de comparecer para allegar seu direito por não ter sido chamado.

Se forem dous, ou mais, os que devem ser citados, e não fôr possivel cital-os para a primeira audiência, deverá o autor ir accusando as citações á proporção que forem ellas sendo feitas, de sorte que a acção só seja proposta na audiência em que fôr a ultima accusada.—Reg. n. 737, de 35 de Novembro de 1850, art. 72.

COMMENTARIO LXXXVII

AO § 85

E' essa a praxe geral do nosso fôro, e que tem assento, não sómente na Prov. de 24 de Maio de 1826, e art. 262 do Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850; como tambem em Merlin, Rep. de Jurisp., verb. *contumace*; em Alexandre

SECÇÃO XXIII

Da instancia

§ 86

Instancia é o curso que em juizo leva a causa, desde a citação até final liquidação. (C. LXXXVIII.)

Gomes, Man. Prat., part. 1^a, cap. 1^o, n. 15; e em Almeid. e Souz., not. 234, que definindo a contumacia — o despreso que alguém commette ao preceito judicial, ou á contrahida obrigação de comparecer em juizo, diz que esse despreso só póde ser verificado *pelo não comparecimento do réu á segunda audiencia.*

COMMENTARIO LXXXVIII

AO § 86

Esta definição é nossa, mas é perfeitamente exacta e completa.

A de Per. e Souz. em seu § 103, e a de Teix. de Freit. em o § 120 daquelle, são incompletas e erroneas.

A primeira não é accetavel porque, sendo o *espaço de tempo, dentro do qual se trata e determina a causa com a decisão final*, reconhece-se

que, além da decisão final, ha *instancia* como sejam : a da *execução* e a da *appellação*.

Se é exacto, como diz Per. e Souza., que a instancia começa pela citação, no que estamos de accôrdo ; não menos exacto é que ella vai além da decisão final, salvo se o abalisado jurisconsulto empregou as expressões—*decisão final*, não como *sentença* proferida no juizo, em que a causa começou, mas sim como a *ultima palavra*, dita sobre o feito.

A ter sido esta a sua intenção, pôde-se subcrever a definição de Per. e Souza. ; mas como este nosso argumento é hypothetico, em honra á memoria do eximio jurisconsulto, e para maior clareza da definição, julgamos acertado consignar a nossa.

A definição de Teix. de Freitas. que censurou a Per. e Souza., é mais censuravel ainda do que a deste ; porquanto define elle : instancia — *o Juizo constituído pelo comparecimento exacto do citado e de quem o fez citar.*

Ora, a instancia não começa pelo comparecimento exacto de ambas as partes, por isso que *instancia* ha, *comparecendo sómente o citado*, tanto assim que se o autor, ou quem fez a citação não comparece, o citado, exhibindo a contra-fé e fazendo apregoar quem o citou, requer *absolvição da instancia.*

Admira que Teix. de Freitas. diga no § 120 de

§ 87

A *instancia* começa pela citação e acaba em regra pela *final liquidação judicial* do feito.—Ord. L. 3º, Tit. 27 pr. (c. CXXXIX.)

Per. e Souz., que a *instancia* é o *Juizo* constituido pelo comparecimento *de ambas as partes*, quando em sua nota 264 diz : *quando o citado não requer absolvição da instancia em audiencia, fica sómente circumducta a citação, etc.*

Aqui temos, portanto, Teix. de Freit. em desastrosa contradicção : — Requer para que haja *instancia o comparecimento de ambas as partes*, § 121, e admite que o citado, não comparecendo quem o mandou citar, requeira *absolvição da instancia*.

COMMENTARIO LXXXIX

AO § 87

Dizemos que a *instancia* começa pela citação, porque é ella quem abre a porta ás discussões do pleito em Juizo ; é ella quem agita a contestação e promove as deliberações do Juiz ; sem ella é o processo impossivel.

Dizemos que acaba a *instancia* pela *final liquidação* do feito, porque a nossa organização judiciaria tendo *duas instancias—primeira e se-*

§ 88

A instancia é sujeita :

- 1.º A acabar-se.
- 2.º A suspender-se.
- 3.º A renovar-se.

§ 89

Acaba-se a instancia, por excepção á regra do § 85 :

gunda, inferior e superior, póde o feito depois da sêntença final na primeira instancia, sahir para a segunda, e voltar depois para aquella, afim de se dar cumprimento á deliberação do Juizo superior.

Dizemos tambem que acaba *em regra* a instancia, porque ha excepções em virtude da qual tambem ella termina sem ter passado por todos os tramites.

E dizemos, finalmente, que acaba pela final liquidação *judicial*, porque póde talvez o feito acabar por liquidação extrajudicial, e esta não acaba a instancia, mas sim o processo, a causa.

Teix. de Freit. continúa ainda em seu erro, em sua contradicção, quando no § 121 diz que : *a instancia começa desde o dia do exacto comparecimento* das duas partes em Juizo.

1.º Pela revelia do autor, sendo o réu absolvido a seu requerimento. (c. xc.)

2.º Se o autor não vier com o libello até a primeira audiencia, depois da em que accusar a citação do réu.—Ord. L. 3º, T. 20, § 18.

3.º Se fôr notoriamente inepto o libello, ou se em vista das razões, que apresentar o réu antes da contrariedade, convencer-se o Juiz de que é o autor carecedor de acção.—Cit. Ord., § 16.

4.º Se o autor, nacional ou estrangeiro, que residir fóra do Imperio, ou d'elle se ausentar durante a lide, não prestar fiança ás custas.—Ord. L. 3.º T. 20, § 6º; Disp. Prov. art.

COMMENTARIO XC

AO N. 1 DO § 89

Se o réu não requerer absolvição da instancia, ficará sómente circumducta a citação, e poderá ser o réu citado mais de tres vezes.

Requerendo, porém, a absolvição da instancia, deve ser o autor apregoado, antes de ser ella decretada.—Ord. L. 3º, T. 20, § 18.

10; Resol. de 10 de Julho de 1850, arts. 1.^o e 2.^o; e Av. de 6 de Julho de 1851. (c. xci.)

5.^o Se não incorporou ao libello a escriptura, de que nelle fez menção, ou sem a qual, por ser de sua essencia, não podia ser elle recebido.—Ord. cit., § 22.

6.^o Se, versando a *acção sobre bens de raiz*, não trazer o autor procuração da mulher

COMMENTARIO XCI

AO N. 4 DO § 89

Não tem, porém, applicação essa disposição ás pessoas miseraveis, que justificarem perante o Juiz do feito não poderem por sua pobreza prestar semelhante fiança.

Da decisão do Juiz a semelhante respeito cabe agravo.—Decr. n. 564, de 10 de Julho de 1850, art. 2.^o.

Se a causa já tiver subido á Relação, deverá a fiança ser requerida ao Juiz da causa e não ao presidente daquelle Tribunal.—Av. de 6 de Outubro de 1851.

A disposição do § 87, n. 4, é uma excepção, por isso que, pelo art. 10 da Disp. Prov., ficou abolida a fiança ás custas, que ficou substituida pela pena de pagar o autor vencido as custas da cadêa, disposição esta que tambem foi abolida pelo Reg. de 2 de Setembro de 1874.

ou não mandar citar a do réu.—Ord. L. 3º, T. 47, § 2º, T. 63, § 4º (c. XCII.)

COMMENTARIO XCII

AO N. 6 DO § 89

Quando dissemos—*acção sobre bens de raiz*, nella se devem comprehender não sómente as que o são por sua natureza, mas tambem as de que trata e enumera Borg. Carn. em seu L. 1º, T. 12, § 120 do 2º vol., como sejam: *uso-fructo, dominio util, fôros, pensões, tenções, prestações annuaes, padroados, etc.*

Essa citação tanto deve ter lugar no começo da causa, como para sua execução, visto como só ella é dispensada para os incidentes do processo.—Per. e Souz. not. 22, Borg. Carn. § 124, n. 17 e 18; Ord. L. 3º, T. 7º, § 4º

Entretanto essa nullidade, que dá causa á perempção da instancia, póde ser supprida nos termos da Ord. L. 3º, T. 63, § 1º, *ibi*:

« E se o réu tratou o feito sem procuração da mulher, ou sem ella ser citada nos casos em que se requeria a sua citação, mandará o Juiz ao auto^r que a faça citar e proseguirá no feito, ouvindo a mulher citada, como manda o § 3º da citada Ord. »

Esse supprimento póde ter lugar por qualquer dos cinco seguintes modos :

1.º A mandado do Juiz conforme a cit. Ord.

2.º A requerimento do autor, antes de proferida a sentença.—Rep., vol. 2º, pag. 259 v.:

« Erro do processo por não intervir procuração ou citação da mulher se póde supprir até sentença, sem se haverem por nullos os autos processados. »

E pag. 262 v. :

« Erro do processo pela falta de citação da mulher depois de se supprir, póde-se allegar de novo o que convier e dar mais testemunhas. »

E *ibidem* v. :

« Erro que é allegado depois da sentença, na segunda instancia se suppre pelos Juizes superiores.—Ord. L. 3º, T. 63, § 2.º»

3.º Reclamando a mulher, porque então neste caso, como diz o cit. Rep. pag. 259, vindo ella com semelhante excepção, devendo dar nota dos autos para allegar o que lhe convier e proseguir-se depois.

4.º Comparecendo espontaneamente a mulher e consentindo no progresso da causa, o que é razoavel, desde que o comparecimento do principal réu sana os vicios ou defeitos da citação.—Rep., vol. 2º, pag. 260.

5.º Sendo a sentença favoravel á mulher, tendo sido proferida, sem ter sido supprida a falta de sua citação, desde que ella consentio na sentença.—Borg. Carn., vol. 2º, § 124, v. 4º, pag. 94.

7.º Se não fôr sufficiente ou em direito valiosa a procuração do autor.—Ord. L. 3º, T. 20, § 10. (C. XCIII.)

§ 90

Suspende-se a instancia :

1.º Quando deixar-se de fallar no feito durante seis mezes, a menos que esteja elle concluso; ou durante um anno, estando elle no cartorio tambem já concluso.—Ord. L. 1º, T. 84, § 28; L. 3º, T. 1º, § 15. (C. XCIV.)

COMMENTARIO XCIII

AO N. 7 DO § 89

Essa nullidade póde ser supprida, juntando-se poderes competentes e ractificando-a o procurador tanto na primeira, como na segunda instancia.—Ord. L. 3º, T. 63, § 1.º

Não apresentando o réu a procuração sufficiente ou em direito valiosa, será havido como revel.—Ord. L. 3º, T. 2º § 10.

COMMENTARIO XCIV

AO N. 1 DO § 90

Essa disposição entende-se, não sómente nas causas ordinarias, como nas summarias; e até

2.º Pela morte de algum dos litigantes.—
Ord. L. 3º, T. 29, § 2º; T. 82 pr. (c. xcv.)

mesmo depois de extrahida a sentença, não póde o vencedor executa-la, se passarem seis mezes, sem fazê-lo, sem que primeiramente cite o vencido para a *renovação da instancia*, o que póde pedir na mesma petição em que requerer o cumprimento, da sentença.

N'esse lapso de seis mezes não se contam as férias—do Decr. n. 1285, de 30 de Novembro de 1853.—Arg. da Ord. L. 3º, T. 18, § 16; Silv. ad. Ord. cit. n. 6.

—
COMMENTARIO XCV

AO N. 2 DO § 90

Morta uma das partes fica suspensa a instancia, porque é nulla a sentença dada contra o morto.

Para que neste caso se opére a suspensão da instancia é necessario que em juizo não só conste, mas que prove quem interesse no andamento da causa tiver, que a parte morreu.

Assim fica suspenso o curso da causa até que os herdeiros se habilitem, promovida a habilitação por quem mais interesse tiver.

Se ficarem viuva e herdeiros legitimos, ou sómente herdeiros legitimos, basta que estes fazendo

certo por documentos legaes o obito e a sua qualidade de herdeiros legitimos, ou necessarios, ajuntem nova procuração, e façam citar a parte contraria para a renovação da instancia.—Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 404.

Tambem não será necessaria sentença de habilitação, se, offerecidos os artigos respectivos, a parte os confessar por termo nos autos, e não houver opposição deterceiro.—Cit. Decr. art. 405.

Quando os artigos de habilitação forem offerecidos por aquelles que se querem habilitar, será citada a parte contraria, ou seu procurador; será, porém, pessoal como primeira a citação daquelles que devem ser habilitados, quando os artigos fôrem offerecidos pela parte que os quer habilitar.—Cit. Decr. art. 406.

A instancia começada com a parte, que morreu, passa tanto activa, como passivamente para os herdeiros, que devem ser todos citados tanto nas acções pessoaes, como nas reaes, não bastando citar o conjuge sobrevivente, que é o cabeça do casal.—Ord. L. 4º, T. 95 pr., posto que nas *acções possessorias* possa elle demandar e ser demandado só.

Se a herança não é addida, representa ella o defunto, e dá-se-lhe curador para personalisa-lo, e com o qual se renova a instancia.—Ord. L. 1º, T. 90.

A instancia da causa passa para o testamenteiro

universal, que é reputado herdeiro, mas não para o particular.

A instancia embora passe para o successor singular nas acções reaes, não o póde assim nas pessoas.

Nas acções de força nova, ou expoliativas passa a instancia para o intruso, em vez de passar para o réu.

Não tem razão Teixeira de Freitas quando no final de sua nota 277, a Per. e Souz. censura Moraes Carvalho, por haver distinguido — *acabamento de instancia e suspensão de instancia*.

Bem procedeu Moraes Carvalho, por isso que *instancia perempta*, ou *acabada*, e *instancia suspensa* são cousas diversas com effeitos tambem diversos.

Na *instancia perempta*, que Teixeira de Freitas confunde com a *suspensa* no § 123 de Per. e Souz. encerra-se a extincção do curso da acção, só podendo o autor renoval-a por meio de citação geral; emquanto que a *instancia suspensa* exprime simples descontinuação, ou interrupção do curso da acção com o direito, para qualquer das partes, de continuar, ou por meio da habilitação dos herdeiros do fallecido litigante, no caso de morte, ou por meio de citação especial de uma parte a requerimento de outra no caso de suspensão por mais de seis mezes, não estando o

3.º Pela cessão do direito da causa.— Moraes *De Execut.* L. 6º, cap. 7º, ns. 25 e 32; Silv. ad. Ord. L. 3º, T. 27, § 2º, n. 64; Mend. Part. 1ª, L. 3º, cap. 21, § 1º, n. 4,

feito concluso.— Ord. L. 1º, T. 48, § 26; L. 3º, T. 1º, § 15.

Na falta destes meios a *suspensão da instancia* vai até á prescripção da acção, contando-se o tempo para a prescripção desde a data do ultimo acto praticado no feito.

A distincção da *instancia p erempta* e simplesmente *suspensa* está não sómente nos codigos das nações mais adiantadas, mas tambem em nossas leis, como se vê da Ord. L. 3º, T. 82 pr.:—*passará a instancia do feito aos seus herdeiros*;— o que deixa bem patente que a instancia ficou, apenas suspensa, sobrestada, interrompida.

Tambem a *prescripção da instancia* póde trazer a prescripção da acção, se provier da perempção, por exemplo, ou da nullidade geral do feito, ou tiver sido a acção proposta depois de um mez, contado da tentativa da conciliação, de sorte que, contado o tempo gasto na instancia da causa, e o já decorrido antes della, ambos prefaçam o prazo legal da prescripção.—Paula Bapt., § 99.

Franç. *ad. Mend.* Part. 1^a, L. 3^o, cap. 21
 § 1^o, n. 4. (c. xcvi.)

§ 91

Renova-se a *instancia* :

1.º Por meio de citação nos casos do n. 1º,
 do § 90.

2.º Por meio de habilitação do herdeiro
 ou cessionario, nos casos dos ns. 2 e 3 do
 cit. paragrapho. (c. xcvi.)

COMMENTARIO XCVI

AO N. 3 DO § 90

Quando essa cessão não fôr contraria á lei,
 como, por exemplo, a de acção litigiosa.—Consol.
 das Leis civis, art. 345.

COMMENTARIO XCVII

AO § 91

O processo das habilitações é summarissimo,
 feito por artigos, e sem réplica nem tréplica.

Tem ellas lugar em todas as causas, até mesmo
 nas de Revista em andamento.—Decr. de 20 de
 Dezembro de 1830, art. 19, e deve-se proceder a
 ellas para cada processo.

§ 92

A instancia renova-se no estado em que findou.—Ord. L. 3º, T. 82 pr. (c. xcviij.)

Como antes de conhecer o Juiz do merito do feito deve conhecer se são legitimas as partes, por essa razão pódem as habilitações ser pelo Juiz da causa determinadas *ex-officio*.—Lei de 22 de Dezembro de 1761, T. 3º, § 12.

E' valido tudo quanto na causa se fizer depois da morte da parte, emquanto não constar ella em Juizo, e fôr ella legalmente provada.

Depois disso tudo quanto no feito se innovar, será nullo.

Deve tambem habilitar-se o cessionario para poder continuar no feito, salvo se a cessão contém a clausula de procuração em causa propria, porque então, neste caso, o cessionario continuará no feito, como procurador, independente de habilitação.

COMMENTARIO XCVIII

AO § 92

Concluindo aqui a materia da instancia, não podemos deixar de considerar que é sem funda-

mento e utilidade a enumeração de *efeitos da instancia*, que faz Teix. de Freitas. no § 122 a Per. e Souza.

Não é, por certo, a *litispendencia* efeito da instancia, por isso que esta é o curso, que toma a acção desde sua iniciação até final liquidação, mas sim é elle efeito da citação, que: sendo o *principio e o fundamento de toda a ordem judicial*, —*immo citatio est principium et fundamentum totius judicii*.—Ins. J., tit. 16, § 3º, é ella que embaraça a propositura de acção identica, visto como é por ella que se abre a *instancia*.

CAPITULO III

DO PROCESSO ORDINARIO

SECÇÃO XXIII

Do libello

§ 93

Tem lugar o processo ordinario em todas as causas para as quaes não houver processo especial determinado, e começa por via de *libello*.—Ord. L. 3º, T. 20 pr.; Corr. Tell. § 15 not.; Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 65.

§ 94

Libello é o *articulado escripto*, por meio do qual *logica e racionadamente* o autor expõe o seu direito e pede *em conclusão* a condemnação do réu. (c. xcix.)

COMMENTARIO XCIX

AO § 94

Chamamos ao *libello* —articulado escripto— por ser assim preceituado pela —Ord. L. 3º, T. 20 pr., e §§ 27 e 34, e TT. 3º e 53.

Como fundamento e base das acções civeis ordinarias, a sua omissão inporta *nullidade insanavel* na opinião de Teixeira de Freitas not. 284, e Per. e Souz.; e *perempção da acção e do direito do autor*, ao nosso vêr.

Dissemos que no libello o autor expõe seu direito *logica e racionadamente*, porque o *articulado* delle é uma cadeia de deducções, cujos élos são os factos e circumstancias, que, se consubstanciando com as disposições de direito, formam as premissas, cuja conclusão é o pedido de condemnação.

A razão por que nas acções ordinarias deve o libello ser articulado, é porque, tendendo o articulado a uma boa ordem na exposição, por meio delles não sómente se examina melhor as questões de facto, como se chega a fazer melhor a prova de cada um delles, sobretudo se fôr ella testemunhal; offerecendo assim tambem maior facilidade aos julgadores, para estudarem e decidirem as questões; sendo igualmente por essa razão que o Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, permite no art. 719, que nas causas commerciaes ordinarias formem-se articulados.

No libello a praxe e uso do fôro tem, sem fundamento plausivel, e sem nenhuma importancia e utilidade, ao nosso vêr, admittido a consignaçaõ de certas clausulas, expressadas até por iniciaes sómente.

§ 95

E' indispensavel que o libello contenha :

1.º Os nomes do autor e réu. (c. c.)

Assim no começo delles costuma-se dizer :

« Por libello civil (de....) diz como autor, F. « contra F., *por esta e na melhor fórma de direito*, etc. »

E. S. C., ou E. S. N., que quer dizer:—*e se cumprir*, ou —*e sendo necessario*.

No final do libello empregam-se sempre as seguintes clausulas :

— P. N—, que significam—Protestos necesarios.—P. R. e C. J.—que querem dizer:—Pede recebimento e cumprimento de Justiça.—E. C.—que significam:—E custas.

Todas essas clausulas, que, como diz Paula Baptista, usam-se por imitação da antiguidade, não têm hoje mais razão de ser, e bom seria que a civilização da praxe do fôro fosse expellindo deste o que a pouca luz do estylo de outr'ora julgava indispensavel.

COMMENTARIO C

AO N. 1 DO § 95

Como o libello é a peça fundamental da demanda, e esta suppõe a existencia de duas enti-

2.º A narração do facto, de que se deduz o direito do autor e a obrigação do réu. (c. ci.)

3.º A exposição do direito, ou causa de

dades forenses ; uma que reclama o seu direito, e outra que se defende dessa reclamação, dahi a necessidade da declaração dos nomes do autor e do réu, para poder-se saber quem no libello articula e quem é articulado, sendo por essa razão, que os libellos começam invariavelmente pela seguinte fórma :

« Por libello civil de..... diz *como autor*, F., contra o *réu* F., etc. »

COMMENTARIO CI

AO N. 2 DO § 95

Como o direito do autor póde resultar, ou de alguma cousa, com que está identificado, e então é *real, absoluto*, porque resulta de propriedade ; ou resultar de obrigação, a que alguém se ache ligado para com o autor, e então o direito neste caso é *pessoal, relativo*, porque provém de obrigação. Dahi a necessidade de narrar o autor o facto em que encerra o seu direito ou a obrigação do réu.

pedir, embora se não declare o nome da acção. (c. CII.)

4.º A declaração do valor da causa.— Regul. de 9 de Abril de 1842, art. 3º, e 15 de Março do mesmo anno, art. 35. (c. CIII.)

COMMENTARIO CII

AO N. 3 DO § 95

Se fôr *patrio* o direito applicavel á causa, não precisa ser articulado, porque não é elle dependente de prova, por ser certo o direito objectivo; se, porém, fôr *consuetudinario* o direito, necessario é que seja elle articulado, visto como necessario é tambem que prove-se o costume, nos termos do § 9º, da lei de 18 de Agosto de 1769.

Da mesma fórma deve ser articulado, se o direito consistir em usos commerciaes de paizes estrangeiros ou praças do Brazil.—Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 216 e 218, ou em direito particular de alguma corporação, cujo compromisso o Juiz póde ignorar.

COMMENTARIO CIII

AO N. 4 DO § 95

Esse requisito é imprescindivel, visto como sómente pela fixação do valor da causa, é que se poderá conhecer se o pedido está, ou não na al-

5.º A conclusão, ou o pedido.

§ 96

As premissas do libello, isto é, *narração do facto e exposição de direito* devem ser :

1.º Breves. (C. CIV.)

çada do Juiz, para o julgamento, nas condições legaes para o processo ordinario, e na identidade do objecto com o acto conciliatorio.

Quando a parte não tiver pedido quantia certa, ou o objecto da demanda não tiver valor determinado, deverá em seu libello estimar esse valor de conformidade com o art. 35 do Regul. de 15 de Março de 1842.

COMMENTARIO CIV

AO N. 1 DO § 96

No libello deve o autor expôr synthetica e logicamente o que sómente fôr a bem do seu direito, procurando em seus articulados observar o mais possivel o sabio preceito de Horacio — *esto brevis et placebis*; deixando a apreciação do direito e da defesa do réu para as razões finaes, que no desenvolvimento do facto e do direito não tem limites conhecidos.

Não deve por fórma alguma fazer conter neste senão a sua intenção.—Ord. L. 3º, T. 20, §§ 31 e 35; T. 53, § 2º; e T. 54, § 21; evitando não só fazer artigos superfluos e impertinentes, que mereçam ser rejeitados, como injuriosos, e insultuosos, que provoquem a requerimento da parte offendida a applicação da disposição do art. 241 do Cod. Pen.

Para que possa o juiz, nessas circumstancias, mandar riscar os articulados injuriosos, ou que contenham insultos, preciso é que estejam elles assignados pelo advogado do autor, afim de que, reconhecendo o juiz quem foi que os formulou, possa multar o advogado.

Assim, pois, nenhuma razão plausivel justifica a opinião de Teixeira de Freitas, quando entende que para o Juiz fazer applicação do cit. art. 241, do Cod. Crim., não precisa que os artigos estejam assignados; porquanto, em taes casos, sobre quem recahiria a multa, se o Juiz ignorasse qual o advogado que taes artigos injuriosos havia escripto?

Além disto, se os Ass. de 2 de Maio de 1672; 11 de Fevereiro de 1658; 24 de Março de 1672 e 11 de Agosto de 1685, exigem que os libellos sejam assignados por advogado, como justificar-se a opinião de Teixeira de Freitas ?!!

2.º Claras. (c. cv.)

COMMENTARIO CV

AO N. 2 DO § 96

Os artigos do libello para que possam ser submittidos á prova, preciso é que :

1.º Versem sobre cousa certa, designando nas *acções reaes* os nomes, situações, demarcações e confrontações dos immoveis.—Ord. L. 3º, T. 53 pr. ; Consol. das Leis Civis, art. 916 e 917 : e nas *pessoaes* os signaes, qualidades, quantidades e numero dos *moveis* ou *semoventes*.—Ord. L. 3º, T. 20, § 5º.

Não ha porém necessidade de taes especificações nas *acções universaes*, e outras, em que apenas cumpre que se remetam as cousas pedidas para o juizo da liquidação.—Ord. L. 3º, T. 66, § 3º.

Tem igualmente lugar esta doutrina com relação á fructos e rendimentos, quando accessoriamente pedidos.—Cit. Ord. § 2º ; não, porém, quando fazem elles objecto principal do petitorio.—Cit. Ord. § 5º.

2.º Constem de facto e não de direito ; salvo se o direito fôr singular, municipal, estrangeiro, ou não escripto, como dissemos em a nota 104.—Ord. L. 3º, T. 53, §§ 7º e 9º ; Dir. Civ. Brazil, T. 2º, cap. 3º, § 2º, not. 21 ; Toullier, Dir. Civ. Fr., vol. 1º, n. 159.

3.º Verdadeiras. (c. CVI.)

4.º Consentaneas com a natureza da causa.
(c. CVII.)

3.º Sejam pertencentes aos feitos; porque se não forem, devem ser rejeitados por superfluos e impertinentes.—Ord. L. 3º, T. 20, § 35, e T. 53, § 2º.

4.º Não sejam méramente negativos.—Ord. L. 3º, T. 53, § 16, salvo :

a.—Quando a negativa é coarctada a certo tempo e lugar.

b.—Quando se resolve em affirmativa.

c.—Quando se deixa no juramento da parte e é por esta confirmada.

5.º Não sejam deshonestos ou diffamatorios, —Ord. L. 3º, T. 20, § 34.

COMMENTARIO CVI

AO N. 3 DO § 96

No libello não se devem articular cousas inverosimeis, nem repugnante, falsas, ou contrarias entre si.—Ord. L. 3º, T. 53, § 5º.

COMMENTARIO CVII

AO N. 4 DO § 96

Vide commentario cv, n. 3.

Além de deverem ser os artigos do libello consentaneos com a natureza da causa, nelles deve-se declarar a causa de pedir, que resultar da narração dos factos, combinados com a lei.

Em toda a acção ha duas causas, uma *proxima* ou *geral*, e outra *remota* ou *especial*.— Nas acções *reaes* a *causa proxima* é o dominio, e a *remota* o modo de adquirir; nas acções *pessoaes*, a *causa proxima* é a *obrigação*, e a *remota* o *contrato*, *quasi-contrato*, *delicto*, *etc.*

Tanto em umas como em outras acções aconselhamos que se expressem ambas as causas; muito embora alguns Praxistas antigos e modernos entendam que nas acções *reaes* basta que figure a *causa proxima*—o dominio—, visto como a *causa* só póde ser do dominio de alguém uma só vez.

Não é exacta semelhante doutrina, e com bastante fundamento protestou contra ella Paula Baptista, em sua nota ao § 91; porquanto, não só a *causa* póde entrar no dominio de alguém mais de uma vez, como porque, se o autor decahir da acção, não fica inhibido de agitar nova demanda sob outro fundamento, visto como não lh'o obstará a excepção de *causa julgada*.

E' esta a praxe que observamos em o nosso fôro, onde ninguém allega o seu direito de propriedade, sem que declare o modo por que o adquiriu, juntando logo o titulo d'essa aquisição.

§ 97

A conclusão do libello deve ser :

1.º Clara. (c. CVIII.)

COMMENTARIO CVIII

AO N. 1 DO § 97

A conclusão do libello é a chave da intenção do autor, é o epilogo juridico desse discurso articulado.

Isto posto, comprehende-se que, quanto mais clara e positiva fôr a conclusão, tanto mais facil e agradável ao Juiz fica o conhecimento do direito do autor.

As obrigações em geral, que pôdem servir de objecto ás acções, consistem em *dar, fazer, ou não fazer*, porque tambem as acções dividem-se em *reaes, pessoaes e prejudiciaes*; razão esta, que deu lugar a que os Romanos definissem as obrigações em geral por esta fórmula: *obligationem substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.*

As obrigações de dar pôdem ter por objecto :

- 1.º Cousas não fungiveis.
- 2.º Cousas fungiveis.

I.º

DAS COUSAS NÃO FUNGIVEIS

Se a obrigação fôr de dar coisa não fungivel, deve o autor na conclusão do seu libello pedir não sómente a entrega da coisa principal, como os seus *fructos* naturaes e *civis*, isto é, *accessorios* e *rendimentos*, e bem assim a *indemnisação de deteriorações*.

Cumpre, entretanto, fazer sentir que os fructos, quer *naturaes*, quer *civis*, *percebidos* antes da tradição da coisa, pertencerão ao possuidor de *boa fé* até o dia do julgamento do feito, embora a Ord. do L. 3º, T. 66, § 1º, faculte ao Juiz condemnar nelles o réu da contestação da lide em diante.

Desde que a contestação da lide não firma direito para o autor, e é principio universal de direito que *melior est conditio possidentis*, parece-nos mais razoavel, que os fructos *percebidos* pertençam ao possuidor da coisa de *boa fé*, até o dia em que pela decisão do feito se reconhecer o direito do autor.

Com relação á deterioração da coisa *não fungivel*, o autor será obrigado a recebê-la no estado em que se achar, sem obrigação de qualquer indemnisação para o réu, se a coisa não deteriorou-se por culpa deste.

2.º

Se a obrigação fôr de dar *quantidade* ou *quantia*

de dinheiro, deve o autor na conclusão de seu libello pedir outra *quantidade* igual, da mesma especie e qualidade ; ou o pagamento da quantia, com os juros legaes da mora no primeiro caso ; e os estipulados, mesmo em conformidade da lei de 24 de Outubro de 1832, no segundo caso.

Na hypothese de *quantidade*, devemos observar que, para o autor poder pedir *outra* da mesma especie e qualidade, é preciso que essa quantidade tenha sido individualisada, isto é, contada, pesada, ou medida pelo autor, ou com a sua intervenção, ou approvação, sob pena de ser considerada como quantidade de *cousa fungivel*, e se lhe poder fazer applicação do principio—*res quæ in communi specie continentur*.

Com relação, porém, ao *dinheiro*, com quanto considerado *cousa fungivel*, não ha necessidade de se *individualisal-o*, bastando sómente que o autor peça o pagamento da quantia em *moeda corrente no imperio*, como muito bem diz Pardessus ; salvo se elle estipulou, conforme a Ord. L. 4º, T. 53, § 1º, certa qualidade de moeda metálica, como ouro, prata, nikel, etc., porque neste caso, ainda que o réu não possa fazer a restituição na mesma especie, é obrigado pela differença que na alteração do valor da moeda houver causado o cambio.

Neste caso o autor credor tem direito, não sómente á differença do cambio, como aos juros

convencionaes, se a *obrigação* resultar de emprestimo de somma de dinheiro, de contracto ; mas, se, por ventura, resultarem elles de um outro facto, como, *por exemplo*, de testamento, neste caso terá o autor direito, não a *juros convencionaes*, ou *estipulados*, mas a *juros compensatorios*, a que os escriptores allemães chamam *juros testamentarios*.

Se, porém, o autor, tratando-se de obrigação resultante de somma de dinheiro, não houver *estipulado juro*, neste caso as perdas e interesses pela falta de seu pagamento não podem ser outros, senão os da mora, como diz Savigny, perdas e interesses que o legislador tem antecipadamente fixado, attendendo a difficuldade de taes liquidações.

Se a obrigação fôr *de fazer*, ou *de não fazer*, deverá o autor no seu libello pedir em conclusão identicamente o seu cumprimento, ou o seu equivalente em dinheiro, visto como as obrigações desta natureza resolvem-se em prestações de perdas e interesses que se reduzem a dinheiro.

A obrigação *de fazer*, entretanto, póde ser executada, ou pelo proprio devedor, ou por outrem, salvo, se, ou a obrigação é de natureza tal que só o devedor a poderá desempenhar, ou se tiver si do estipulado, que só por este seja ella executada.

Cumpre, porém, observar, em relação ao cumprimento dessa obrigação os seguintes *effeitos accidentaes*:

1.º Se o cumprimento da obrigação tornar-se impossível, sem ser por culpa do devedor, do réu, a obrigação se resolverá para ambas as partes, em face do principio—*Impossibilium nulla obligatio est*.

2.º Se tornar-se impossível por culpa do devedor, a obrigação resolver-se-ha em perdas e interesses, que vem a ser neste caso: — *Quantum creditorum interest factum fuisse id quod promissum est*.

3.º Se o devedor não quizer executar a obrigação, sendo elle sómente quem o poderá fazer, o credor apenas terá o direito de exigir a sua execução com a comminação de se resolver a obrigação em perdas e interesses—, em face dos principios:—*Nemo potest precise cogi ad factum; —Nemo ad faciendum cogi potest*.

Com relação ao cumprimento da obrigação *de não fazer*, deve-se attender aos seguintes *effeitos accidentaes*:

1.º Se o cumprimento da obrigação tornar-se impossível, ou se o devedor foi constringido a praticar a omissão, sem culpa de sua parte, a obrigação resolver-se-ha para ambas as partes.

2.º Se o facto que deu lugar á contravenção da obrigação foi praticado por culpa do réu, tem o autor o direito de exigir que este a destrua, se fôr isto possível, comminando-lhe a pena de, á sua custa, ser essa destruição feita, e com indemnisação de perdas e interesses.

3.º Se, porém, não fôr possível destruir o facto que transgredio a obrigação, o autor terá direito sómente a exigir a indemnisação de perdas e interesses.

Cumpre observarmos ainda o seguinte:

Uma obrigação póde ter por objecto uma ou mais de uma prestação:—*Tot sunt stipulationes, quot species.*

Se tiver por objecto mais de uma prestação, independentes umas das outras, haverá uma *obrigação confirmativa*, contendo tantas obrigações distinctas, quantas forem as prestações.

Se, porém, a obrigação abranger mais de uma prestação, e forem ellas *disjunctivas* entre si, de modo que o cumprimento de uma desonere ao devedor, haverá então uma *obrigação alternativa*.—*Cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram præstet.*—*Ubi verba conjuncta non sunt, sufficit alternatum esse factum.*

A *obrigação alternativa* póde comprehender uma só ou mais de uma prestação.

No 1º caso a obrigação é *simples*, e no 2º é *composta*.

A *obrigação composta* póde ser *conjunctiva* ou *alternativa*. E' *conjunctiva*, quando, como já dissemos, o devedor se tem obrigado a diversas prestações distinctas e independentes umas das outras, de maneira que, embora tenha desempenhado alguma, não se tem, comtudo, desobrigado. E' *alternativa*, quando pelo cumprimento de uma, o réu se tem desonerado.

Com relação ás obrigações *alternativas*, convém ter em vista os seus *efeitos necessarios*, quando ellas tem por objecto a entrega de cousa incerta, mas determinada entre duas ou mais cousas certas.

Esses efeitos são os seguintes:

1.º O réu conservará cuidadosamente todas as cousas comprehendidas na obrigação, até que o autor escolha, se esta lhe competir, sob pena de tornar-se responsavel para com este por perdas e interesses.

2.º Se a escolha competir ao réu deve este conservar com todo o cuidado a cousa escolhida, sob pena de responder por perdas e interesses para com o autor.

3.º O credor, antes de escolher, quer por sua parte, quer por parte do devedor, não poderá exigir deste senão a entrega indistincta de uma das cousas comprehendidas na obrigação.

Cum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licebit tibi quoties voles mutare voluntatem rei

2.º Certa. (C. CIX.)

eo quod præstaturus sit. Tandiu autem. voluntas promissoris in pendentis est, quan diu in quod promissum est solvatur.

4.º Se a escolha pertencer ao devedor pôde este entregar a seu arbitrio uma das cousas comprehendidas na obrigação, sem que possa o autor rejeital-a a pretexto de ser ella de inferior qualidade.

5.º No caso de duvida sobre quem deverá fazer a escolha, deve fazel-a o devedor, porque mais protegida deve ser a posição do réu.

6.º Escolhida a cousa pelo credor ou pelo devedor com sciencia daquelle, proceder-se-ha da fórma por que se o faz na entrega de cousa certa. — *Se semel elegerit*, fica esgotado o direito á escolha.

COMMENTARIO CIX

AO N. 2 DO § 97

A conclusão do libello para não incorrer este em ineptia deve ser *certa* tambem; visto nella não poder o autor fazer pedido alternativo, salvo nos casos exceptuados por lei, como nas acções de *lesão enorme* em que é livre ao réu escolher ou a rescisão do contracto, ou a reparação do damno. — Ord. L. 4º, T. 13, § 1º; Alm. e Souza, Seg. Linh. n. 272.

3.º Congruente. (c. cx.)

§ 98

Na primeira audiencia depois de feita a citação para vêr o réu propôr a acção, deve o autor, não só accusar a mesma citação, como tambem offerecer o libello ; o que tambem poderá fazer na audiencia seguinte.

COMMENTARIO CX

AO N. 3 DO § 97

Não sendo congruente a conclusão, isto é, não sendo a *narração* do facto assentada em direito applicavel, ou porque seja falsa, ou escura, ou inverosimel ; não sendo o direito exposto applicavel ao facto e nem se concluindo de combinação do facto com o direito a *causa de pedir*, o libello torna-se inepto, e deve ser rejeitado, mediante a respectiva excepção.—Ord. L. 3º, T. 20, § 16; T. 53, §§ 2º e 3º.

Em geral, como diz Paula Baptista, todos esses principios que se exigem para o libello tem applicação a todos os articulados, por serem obra do raciocinio e da logica.

—Ord. L. 3º, T. 20, § 4º; Per. e Souza.,
not. 275. (c. CXI.)

COMMENTARIO CXI

AO § 98

Teixeira de Freitas em sua nota 303 a Per. e Souza., e Ribas, Consol. do Proc. Civ., art. 544, consagram a doutrina de poder o autor offerecer a petição inicial por principio do libello e requerer que se lhe dê vista para addicional-o; doutrina que em nossa opinião só tem hoje lugar nas causas ordinarias commerciaes, em face do disposto nos arts. 67 e 68 do Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, que permite seja a petição inicial, que serve de fundamento á acção, completada na audiencia, em que fôr accusada a citação do réu.

E tanto essa doutrina com relação ao libello civil é inaceitavel, que tem cahido em desuso, ou antes não tem sido posta em pratica, o que é justificado pela faculdade que tem o autor de poder offerecer seu libello na audiencia immediata á em que accusar a citação.

Se houver mais de um réu, e não tiverem sido citados todos, o autor irá accusando successivamente as citações que se forem effectuando, protestando offerecer o libello logo que tiverem sido citados todos os réus.

§ 99

Offerecido o libello, deve o autor, por seu advogado, assignar nessa mesma audiencia o lapso de quinze dias para o réu juntar procuração, (se o não tiver feito) e contrariar, ou

Em sua dita nota 303, diz Teixeira de Freitas: que algumas vezes accusava-se a citação, com o documento reconciliatorio, ou sem elle, protestando-se offerecer o libello na seguinte primeira audiencia.

Esta doutrina não é sã. O autor nunca pôde accusar a citação com o documento conciliatorio, por isso que tem restricta obrigação de juntal-o á petição inicial, para poder ser esta despachada, porquanto determinando a Const. Polit. do Imp. no art. 161 : *que nenhum processo civil, ou commercial, pôde ser intentado, sem que préviamente se tenham esgotado os meios reconciliatorios*, o Juiz é obrigado, antes de despachar a petição inicial da acção, a examinar se procedeu-se ao acto conciliatorio, o que só poderá verificar pela existencia do respectivo documento.

Não offerecendo o autor o seu libello até á primeira audiencia depois daquella, em que accusou a citação do réu, será este, a requerimento seu, absolvido da instancia e condemnado o autor nas custas.—Ord. L. 3º, T. 20, § 18.

confessar o libello, que o Juiz receberá—*si et in quantum*.—Ord. L. 3º, T. 20, § 5º. (C. CXII.)

COMMENTARIO CXII

AO § 99

Em sua nota 304 a Per. e Souz. diz Teixeira de Freitas: *que o Juiz antes de receber o libello deve procurar reduzir as partes a concordia.*

Esta doutrina, porém, não tem mais razão de ser, desde que pela criação dos juizes de paz a estes ficou exclusivamente pertencendo a missão de chamar á concordia as partes dissidentes em seus direitos, cessando d'est'arte a disposição da Ord. L. 3º, T. 20, §§ 1º e 4º, e T. 32 pr., *ex-vi* das terminantes disposições da lei de 15 de Outubro de 1827, art. 15, § 1º; Decr. de 15 de Março de 1842, art. 1º, § 1º, e Port. de 22 de Setembro de 1827.

Além disto dar aos juizes do contencioso *faculdades conciliatorias*, importa, não sómente tornar a marcha regular dos actos judicarios, tumultuando as attribuições das entidades judicarias, mas ainda desrespeitar o character grandioso das respectivas instituições.

Se as partes se não quizeram chegar a accordo no juizo de paz, onde se envidou todos os meios suasorios, todos os recursos de persuasão e bran-

§ 100

Até a contestação da lide póde o autor *addir* artigos ao seu libello, uma ou mais vezes, comtanto que se não mude a natureza e substancia da causa.—Ord. L. 3º, T. 26, §§ 7º e 8º. (c. CXIII.)

dura, de que mais fortes razões se poderá soccorrer o Juiz do contencioso para chegar a harmonisalas, antes de receber o libello ?

Assim, pois, não conhecemos razão nem a expendeu Teixeira de Freitas, para poder este dizer que não considera caduca a Ord. L. 3º, T. 2º, §§ 1º e 4º, T. 32 pr.

COMMENTARIO CXIII

AO § 100

Póde, entretanto, o autor corrigir qualquer erro, ou explicar qualquer duvida existente no libello, até a conclusão da causa.—Inst. *de action.*, § 35 ; Silv. ad Ord. cit., § 7º, n. 9.

Assim tambem póde-se *addir, explicar e corrigir* todos os articulados, como sejam : — contrariedade, replica, treplica, artigos de preferencia e embargos, antes de impugnados. — Ord. L. 1º, T. 48, § 14.

§ 101

Para *addir* ao libello deve o autor solicitar licença ao Juiz; e o réu, se a pedir, haver vista de cada vez para se aconselhar e responder, assignando-se-lhe o prazo de uma audiencia para isto.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 7º, e T. 20, § 8º.

§ 102

Para *mudar*, porém, o libello, deve o autor desistir primeiramente da acção, com o protesto de intentar outra, visto como essa mudança importa um novo juizo, para o qual é mister nova citação do réu e nova

Para a addição de artigos ao libello deve ser citado o réu, se está ausente.—Ord. cit. e L. 3º, T. 20, §§ 7º e 8º.

A necessidade dessa citação decorre da necessidade tambem que haverá de serem contestados os *artigos additivos*, para o que muitas vezes não estará habilitado o advogado, pela ignorancia em que se acha dos factos, que nelles se allegam, tornando-se assim preciso que pelo réu seja o mesmo advogado instruido, o que se não poderá dar não sendo o réu citado.

conciliação.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 7º; Av. de la C. de cass. plur. ann. 4. (C. CXIV.)

COMMENTARIO CXIV

AO § 102

Importando a *mudança* do libello alteração da substancia da causa, importa *novo feito*; e como nenhum processo pôde ser começado sem que se tenham esgotado os meios conciliatorios, d'ahi a necessidade de nova conciliação, sobretudo porque entre o objecto da acção e o da conciliação devem-se guardar as mesmas regras estatuidas na lei de 12 *ff de excepta re judic.* — *Cum quæritur hæc exceptio, noceat nunc, inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum, quæ nisi omnia concurrent, aliares est.*

Da mesma fórmula, desde que o processo é novo, deve o autor, para poder começal-o, pagar as custas desde que desistio, afim de poder mandar citar novamente o réu. — Ord. L. 3º, T. 14, § 3º; T. 20, § 37, sob pena de, o não fazendo, não ser ouvido.

Para a mudança do libello deve ser novamente citado o réu, e em sua propria pessoa, porque essa citação importa outra — *primeira citação* — que deve ser pessoal, e cuja falta importa insanavel nullidade.— Ord. L. 3º, T. 63, § 5º.

§ 103

Com o libello deve o autor offerecer os documentos, de que nelle fez menção, como fundamentaes, ou que são indispensaveis por lei para prova do libello, sob pena de ser o réu absolvido da instancia, se o requerer na mesma audiencia, ou quando lhe fôrem os autos para contrariar, sendo o mesmo autor condemnado nas custas.— Ord. L. 3º, T. 20, § 22; Ass. de 5 de Dezembro de 1770. (c. cxv.)

Se a lide estiver já contestada, não póde o autor desistir do feito a seu talante, mas é mister que nisto o réu convenha, pela razão de que nascendo da litis contestação uma convenção tacita, em virtude da qual as partes obrigam-se a receber os julgados como leis, não póde uma eximir-se dessa obrigação, sem o consentimento da outra, desde que o *quasi contracto* da *litis contestação* resultante assim teve principio — *jus et obligatio sunt correlacta*.

COMMENTARIO CXV

AO § 103

São indispensaveis para a prova do libello, as escripturas publicas, ou os escriptos que têm a

mesma força; os quaes, bem como os mencionados no libello, pódem ser juntos a estes, emquanto o juiz não delibera a seu respeito.— Ass. de 22 de Novembro de 1769.

Não tem, porém, obrigação o autor de exhibir os documentos referidos, nem incorre na pena de ser o réu absolvido:

1.º Se jurar que o documento está em poder do réu.—Regul. n. 737, art. 720, § 2º.

2.º Se allegar impedimento ou demora em extrahir certidão, indicando o cartorio, repartição, registro ou deposito publico, em que se achar o original.— Regul., art. e § cit.; Barb. a Ord. L. 3º, T. 2º, § 22, n. 2; Mend. a Castr., part 1ª, T. 3º, cap. 9º, n. 2.

Além desses dous casos Teix. de Freit. em sua nota 298 a Per. e Souz. cita outros para os quaes não encontramos justificação.

Assim diz elle:— IV *quando o titulo se perdeu sem culpa do autor.*

Se, pois, o titulo se perdeu, sem sua culpa; ou elle se perdeu com sciencia de alguém, ou sem que alguém o soubesse. No primeiro caso cumpria ao autor justificar essa perda, e julgada ella por sentença, juntal-a ao libello, em substituição ao documento perdido; e no segundo caso, escusado era fazer menção desse documento, se não era elle indispensavel para a prova de sua intenção, e sendo-o, devêra ser mais prudente,

chegando a um accôrdo com o réu, ou desistindo do proposito de accional-o, desde que impossibilitado estava de provar sua intenção.

Da mesma fórma diz Teix. de Freit. : — *V quando o titulo, que se allega, é o presumido, qual o que provém da prescripção.*

Aqui o Sr. Teix. de Freit. confunde titulo com documento.

O autor pôde em seu libello allegar em seu favor a *prescripção*, fundar o seu direito nesse titulo de aquisição, e entretanto não mencional-o como documento, de sorte que dest'arte nenhuma obrigação lhe corre de exhibir esse titulo ; não podendo, portanto, ser dessa obrigação relevado pelo facto de ser o titulo presumido, mas sómente por não tel-o accusado em seu libello como documento.

Assim tambem diz o Sr. Teix. de Freitas : — *VI quando a cousa é possessoria.*

Esta excepção não é absoluta, por isso que casos ha em acções possessorias em que tem o autor obrigação de exhibir o documento comprobatorio da sua propriedade.

Se é exacto que na acção de *força nova* não deve o Juiz admittir artigos de propriedade, porque não se pôde conhecer mais que da materia da posse e espolio. — Ord. L. 3º, T. 10, n. 2º *Text. in L. Naturaliter, § Nil Communa, ff Acquerend. possess.*, tambem exacto é que, ha-

§ 104

Se, propondo o autor novamente a acção por ter sido o réu absolvido da instancia, deixar outra vez de juntar ao libello as escripturas indispensaveis á prova do seu direito, ou os documentos, que nelle mencionou, será desta vez o réu absolvido, não da instancia sómente, mas de toda a causa,

vendo opposição de terceiro na mesma causa, o Juiz conhecerá da materia de propriedade, e será o autor obrigado a exhibir o seu titulo.—*Peg. Forens.* cap. 2º, n. 215; *Barb. ad Ord.* lib. 3º, T. 86, § 3º, n. 4; *Valas. Cons.* 162, n. 4, sendo tambem necessario que o terceiro prove *in continente* o seu dominio.—*Pert. Barb. in L. Si aliena*, 12 ff *Solut* matr. n. 9; *Boer. decis* 79, n. 1.

Assim tambem na acção de *força velha* que não deixa de ser *possessoria*, para pagamento de fóros, é preciso que o autor prove, não sómente a posse, mas *mos tre por titulo* a propriedade, em que está imposto o fôro; requisitos estes essenciaes e indispensaveis, porque é nelles que a força se funda.—*Cancer.* 2, *Variar.* cap. 7, n. 83; *Themad.* p. 3, *decis.* 327, ns. 5 e 6; *Peg.* tom. 2º, *Forens.* cap. 2º, pag. 907, col. 2, *Cord. dub.* 42, n. 38, pag. 2.

requerendo-o e condemnado o autor nas custas.—Ord. L. 3º, T. 20, § 22. (C. CXVI.)

§ 105

Se, porém, julgar o Juiz não ser necessaria a escriptura, ou documento, e inferir o requerimento do réu, condemnará este nas custas do retardamento ; do que

COMMENTARIO CXVI

AO § 104

Se o requerimento do réu fôr feito em audiencia, e o Juiz quizer mais reflectidamente proferir o seu despacho, mandará que lhe vão os autos conclusos.

Esta providencia, de summa importancia e prudencia, aconselhamos nós que a tomem os Juizes porque, além de — *nemo repente bonus* —, accresce que desse despacho resultará a perda do direito do autor, no que devem os Juizes proceder com todo o escrupulo e criterio, sobretudo desde que *nulla* é a sentença dada com precipitação.—Ord. L. 3º, T. 66 pr.

O Juiz para em taes casos proferir sua sentença deve examinar a questão com toda a attenção e diligentemente.—Per. e Souz. nota 567; e Alm. e Souz., *ibidem*, n. 2.

poder-se-ha o mesmo réu aggravar no auto do processo.—Ord. cit., § 24.

§ 106

O libello para poder ser offerecido deve ser assignado por advogado, e selladas todas as folhas em que fôr elle escripto.—Ass. de 2 de Maio de 1654; de 11 de Fevereiro de 1658; de 24 de Março de 1672; e de 11 de Agosto de 1685. (c. CXVII.)

COMMENTARIO CXVII

AO § 106

Não sómente os libellos, mas ainda todos os articulados, cotas e razões devem ser assignados por advogado, ou pela propria parte, quando não houver advogado no lugar; ou os havendo, estiverem elles impedidos.

O Juiz, porém, não deverá conceder licença para a parte assignar arrasoados e articulados, onde houver advogados, sem mandal-os ouvir primeiramente, para verificar o seu impedimento.

Verificado este, o Juiz mandará que assignem as partes termo de seguição e responsabilidade.

Insistimos em recommendar aos Juizes, que assim procedam, porque temos visto, e de que temos sido tambem victima, Juizes menos zelosos autorisarem, não sómente á propria parte, mas

§ 107

Se o réu, antes de contrariar o libello, arrasoar contra este, allegando ser inepto, o Juiz mandará dar vista ao autor até a primeira audiencia, depois do que ser-lhe-hão os autos conclusos.—Ord. L. 3º, T. 20, § 16, que assim se exprime :

« E se antes do réu vir com contrariedade, achar que a materia do libello é tal, que por ella não póde o autor ter acção para demandar o que pede, poderá arrasoar por escripto contra o libello. »

§ 108

Verificando o Juiz que realmente inepto é

ainda a especuladores particulares, a assignar razões, articulados, cotas, advogarem, emfim, em toda a plenitude desta profissão, dando lugar assim não sómente a que sejam prejudicados em seus interesses os homens da sciencia do direito, como a que seja relaxadamente aviltada a *muito nobre e sublimissima missão* do advogado, que Justiniano orgulhosamente definia — *Vir homus, probus, et peritus dicendi !!!*

As petições, ou minutas de agravo, devem ser assignadas por advogado com o nome inteiro.—Regul. de 15 de Março de 1842, art. 25.

o libello, absolverá o réu da instancia e condemnará o autor nas custas. (c. CXVIII.)

§ 109

E' inepto o libello :

1.º Quando da narração não se deduz acção para o autor.

2.º Quando delle não se deduz razão para a condemnação do réu, como, por exemplo : se o autor pede o pagamento do que lhe é

COMMENTARIO CXVIII

AO § 108

Na verdade, sendo o libello o fundamento da acção, e o que expõe o pedido e a causa da obrigação, não deve sobre elle proferir-se sentença, sendo inepto, mas sim regeital-o o Juiz de seu *proprio officio*, como se vê da cit. Ord., nas seguintes palavras :

« E parecendo ao Juiz que o autor não póde ter acção, absolverá o réu da instancia. »

A mesma doutrina consagra o Repert., vol. 1.º, pag. 7 v :

« Absoluto é o réu da instancia. »

E vol. 3.º, pag. 376 v :

« Libello, sendo tal. »

E a N. R. J. no art. 256, tambem a consagra.

condicionalmente devido, antes de resolver-se a condição. (c. CXIX.)

§ 110

Se verificar, ao contrario, o Juiz que o libello não é inepto, mandará que venha o réu com a sua contrariedade, condemnando o advogado na pena de mil e quinhentos réis, do que não haverá recurso algum ; não havendo, porém, condemnação em custas de retardamento.—Ord. L. 3º, T. 20, § 16.

§ 111

Se, porém, o Juiz reconhecer, que apesar de ser imperfeito o libello, o autor tem acção apta, deve mandar que este a ractifique.—Alm. e Souza., nots. 292, 255 e 265 ; Rep. vol. 3º, pag. 375 v :

COMMENTARIO CXIX

AO N. 2 DO § 109

E' por essa razão que não só o réu póde allegar a ineptidão, como o Juiz oficialmente regeitar o libello inepto, como se vê de Per. e Souza., notas 292, 255 e 265 ; Heinec. ad. Pandect., part. 1ª, § 335 ; Moraes de Execut., liv. 3º, cap. 2º, n. 31.

« Libello se tem necessidade de alguma declaração, a deve mandar fazer o Juiz. »

O mesmo se vê na Ord. L. 3º, T. 20, § 5º *ibi* :

« E mandará fazer a dita declaração. »

§ 112

Se, intentando de novo o autor a mesma causa, offerecer segunda vez *libello inepto*, será o réu absolvido, não sómente da instancia, mas sim de toda a causa, e condemnado o autor nas custas.—Ord. L. 3º, T. 20, § 17.

§ 113

Deve o Juiz do feito nomear curador á lide, sob pena de se tornar nullo o processo e sentença, quando na causa fôr parte :

1.º Algum menor pubere, ou impubere, embora tenha tutor ou curador nomeado pelo Juiz de orphãos.—Ord. L. 3º, T. 41, § 9º. (c. cxx.)

COMMENTARIO CXX

AO N. 1 DO § 113

Assim foi decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça em

2.º Algum demente ou prodigo, como taes por sentença declarados.—Ord. L. 4º, T. 103. (c. CXXI.)

Accordão de 28 de Maio de 1856. — Ha nullidade manifesta do processo por não ter-se dado *curador á lide* ao menor litigante, com mais de quatorze annos, contra a expressa disposição da Ord. L. 3º, T. 41, §§ 8º e 9º, que não faz alguma excepção ácerca dos menores, eujos pais apparecem em Juizo e os defendem plenamente.—Mafra, Jurisprud., Tom. 2º, pag. 270.

E pela Revista de 1 de Setembro de 1871, que assim se exprime :

Ao menor litigante, posto que representado por seu pai, deve-se nomear *curador á lide*, pena de nullidade do processo.—*Dir.*, Rev. de 1873, vol. 2º, pags. 327 a 329.

COMMENTARIO CXXI

AO N. 2 DO § 113

Assim decidiu a Relação de Porto Alegre em Accordão de 28 de Julho de 1874.--Os interdictos sendo equiparados aos menores para effeito de se lhes dar curador, em razão de não poderem por si mesmos defender-se, á falta de semelhante providencia induz nullidade, annulla o feito, como da Ord. L. 3º, Tit. 41, § 9º se evidencia ; *excepção*

3.º Algum escravo, que demande por sua liberdade.—Prov. de 20 de Setembro e 15

feita, porém, do caso, em que a sentença é favoravel ao interdicto. Esta limitação adoptada por Per. e Souz., Borg. Carn. § 227, ns. 14 e 15 e outros Praxistas, deduz-se a *contrario sensu* da Ord. L. 3º, T. 41, § 2º.—*Dir.*, Rev. de 1874, vol. 5º, pags. 71 e 72.

Que só póde ser assistido de curador na lide o prodigo depois de tal reconhecido por sentença, decidiu a Relação da Côrte em

Accordão de 3 de Setembro de 1875.—Não são procedentes as razões e sufficientemente provados os factos, de que concluiu o Juiz *à quo* a nullidade da escriptura de venda ; pois foi celebrada com as formalidades legaes, e *por pessoas habéis para contractar.*

Não obsta que seu assignatario tivesse apenas a idade de 22 annos, e que fosse por seus desregramentos *posteriormente declarado prodigo* ; porquanto a dita idade é sufficiente e o assignatario estava na livre administração de seus bens, e *nem a interdicção opera o effeito de annullar contractos anteriores.*—*Dir.*, Rev. de Junho de 1876, pag. 331 e 332 ; *Gaz. Jur.* de Maio do mesmo anno, pags. 248 e 249 ; Espozel, *Rev.* de Março do mesmo anno, pag. 19 e 20.

de Dezembro de 1823; Av. de 13 de Março de 1845; Lei de 28 de Setembro de 1871, art. 7º, § 2º; Decreto de 13 de Novembro de 1871, arts. 80 e 81.

4.º Algum preso, que deixe de comparecer, nos prazos que lhe foram assignados para defender-se.—Lei de 11 de Setembro de 1830, art. 3º.

§ 114

O autor não deve exceder-se em seu pedido no libello, sob pena:

1.º Se pedir mais do que lhe é devido,—de ser condemnado no *tresdobro* das custas relativas á parte que pedira de mais; e nas singelas, ou dobradas, conforme a boa fé, ou culpa em que fôr achado, se o fez por ignorancia.—Ord. L. 3º, T. 34.

2.º Se pedir antes do tempo e condição, em que o réu é obrigado, —de ser condemnado nas custas em dobro, e a não tornar a demandar o réu, senão depois de passado o duplo do tempo, que faltava, quando o demandou.—Cit. Ord. T. 35. (c. CXXII.)

COMMENTARIO CXXII

AO N. 2 DO § 114

Convém fazer sentir que entre o texto deste pa-

3.º Se pedir o que já houver recebido ; —de ser condemnado a tornar ao réu em dobro o que já havia recebido, com as custas tambem em dobro.—Ord. cit., T. 36.

§ 115

Desistindo o autor do pedido, antes da contestação da lixe, não terão lugar as penas estabelecidas, e será sómente na terceira hypothese, isto é, na de pedir o que havia recebido, condemnado nas custas em dobro.—Cit. Ord., T. 34 e 35.

§ 116

Não é repugnante á praxe que no mesmo libello se accumullem :

ragrapho e o do n. 2 do § 108, e commentario cxviii, não ha contradicção ; porquanto, alli dissemos, que o Juiz *regeitará por inepto o libello, em que o autor pedir o que condicionalmente lhe é devido antes do implemento da condição ; mas se o réu antes de contrariar o libello o allegar ; e aqui, o Juiz condemnará o autor nas custas em dobro, e a não demandar o réu senão depois de passado o duplo do tempo, que faltava, quando o demandou, se o réu, não allegando a ineptidão do libello, contrariou o, e a causa seguiu seu curso até á sentença.*

1.º Duas ou mais acções, tendentes a fins diversos, mas nascidas do mesmo facto. (C. CXXIII.)

2.º Acções, que derivem de causas diversas, com fins diversos, mas que tenham conexão entre si. (C. CXXIV.)

COMMENTARIO CXXIII

AO N. 1 DO § 116

Neste caso estão as acções de *nullidade de testamento* com a de *petição* de herança.

COMMENTARIO CXXIV

AO N. 2 DO § 116

E' assim que na mesma acção se póde pedir partilha de divessas heranças communs aos mesmos herdeiros, ainda que essa herança seja testamentaria, e a outra *ab intestato*. — L. 25, §§ 3º, 4º e 5º. D. *fam ercise*.

Da mesma maneira póde-se pedir cumulativamente o lucro de diversas sociedades.—L. 52, § 14, D. *pro socio*.

Não é tambem repugnante que se proponham no mesmo libello acções diversas, que entre si nenhuma conexão tenham, comtanto que não se contradigam.—Assim, póde-se pedir uma divida de dinheiro por emprestimo ; outra de dinheiro a juro, outra de commodato, etc., etc.

3.º Acções que, sendo especificadamente as mesmas, são diversas em numero. (c. cxxv)

SECÇÃO XXIV

Da contestação da lide

§ 117

Contestação da lide, ou contrariedade do libello, é o acto escripto e articulado pelo

COMMENTARIO CXXV

AO N. 3 DO § 116

Assim a accumulacão de acções de dous ou mais credores contra um só devedor ; ou a de um credor contra diversos fiadores, que gosam do beneficio da divisão.

Assim tambem quando os réus de uma causa forem muitos, pôdem ser obrigados a constituir um só procurador, para evitar as delongas do processo, que causariam muitos procuradores.— Gratian. *for.* c. 229, n. 14, de Luca *ib.* n. 11 ; Corr. Tell., Doutr. das Acç. int. 2 ao § 459.

qual o réu combate a intenção do autor.—
Ord. L. 3º, T. 20, §§ 7º, 8º, 15 e 19. (c. CXXVI.)

COMMENTARIO CXXVI

AO § 117

Tratamos da *contestação da lide*, apóz o libello, porque, sendo este uma peça de accusação, em que se pede a condemnação do réu, a Ord. L. 2º, T. 63, § 1º, dispõe:—que ninguem deve ser condemnado, sem ser primeiramente ouvido e convencido; o que se effectua, respondendo, ou contestando o réu a acção do autor; importando nullidade radical do processo e julgamento, se disso fôr o réu privado.

E como a defesa do réu póde operar-se, ou contestando o réu os factos e fundamentos da acção, ou allegado novos factos e razões para ataeaar a intenção do autor, differindo, ou perimindo a acção, nisso consiste tambem a differença entre *contestação* e *excepção*, que se devem reger por principios differentes, desde que differentes são na natureza e no character.

Entretanto, se na excepção não se póde incluir a materia da contestação, que dorme emquanto a excepção transita, ao contrario na contestação póde-se tratar da materia das excepções, que não forem de *suspeição* e *incompetencia*, ou porque tenham sido ellas recebidos como principio de

§ 118

A contrariedade divide-se em :

1.º Geral.

contrariedade, ou porque dependam de provas ultteriores.

Em sua nota 365, a Per. e Souz. censura Teix. de Freit. a Paul. Bapt. por haver chamado e definido a *contrariedade* como synonymo de *contestação*; allegando, que sendo *contestação* a narração dos factos por parte do réu, como reconhece Paula Bapt. no seu § 97, e sendo tambem contestação a *confissão* deste como expresso é na Ord. L. 3º, T. 51, ninguem dirá que quem confessa *contraria*.

Essa censura de Teix. de Freit. nenhuma importancia tem nem na theoria, nem na pratica, onde o costume do fôro e as leis, taes como o Reg. n. 737, nos arts. 96 a 102, e Disp. Prov., art. 14, tem admittido que se chame a *contrariedade* ao libello de *contestação*, assim como aos embargos oppostos ás acções summarias.

A *contestação* ao libello deve ser seguida de *replica* por parte do autor e de *treplica* pela do réu, articulados—Lei de 3 de dezembro de 1841, art. 120; Reg. cit., art. 101. Nas acções summarias não ha replica, nem treplica.—Disp. Prov., art. 14.

- 2.º Especial.
- 3.º Affirmativa.
- 4.º Negativa.
- 5.º Real.
- 6.º Presumida.

§ 119

E' *geral* a *contrariedade*, ou *contestação ao libello*, quando o réu nega não sómente o facto, mas o direito do autor, isto é, quando nega igualmente os fundamentos da acção. (c. CXXVII.)

E' *especial* a *contrariedade*, se o réu responde a cada um, ou a alguns artigos do libello.

§ 120

E' *affirmativa* a *contrariedade*, quando não negando o réu a materia de facto do libello, nega, entretanto, a de direito; reconhece a

COMMENTARIO CXXVII

AO § 119

Essa contestação costuma-se a fazer com a seguinte formula:—*contrario por negação com o protesto de convencer afinal e custas.*

verdade da narração, mas nega a existencia da obrigação.

E' *negativa* a contrariedade, quando o réu nega a obrigação, negando, no todo, ou em parte, a verdade dos articulados no libello. (c. CXXVIII.)

§ 121

E' *real* a contrariedade, quando formada pela effectiva e articulada resposta do réu. —Per. e Souz., not. 38o ; Savigny, Dir. Romano.

E' *presumida* a que se infere do silencio do réu, que deixára esgotar-se o prazo, que

COMMENTARIO CXXVIII

AO § 120

A contrariedade *affirmativa* é sempre *especial*, emquanto que a *negativa* póde ser *geral* ou *especial*.

A *negativa* tambem dá-se quando, tendo o réu confessado o facto material do libello, por meio de excepção e impugnado o direito do autor, ou por já não existir, ou por ser nullo, ou por ser annullavel, é a excepção recebida como principio de contrariedade.

para responder ao libello lhe fôra assignado, e nada dissera em sua defeza. (c. CXXIX.)

COMMENTARIO CXXIX

AO § 121

Não sendo verdadeiro, mas brusco e impaciente o principio de que o silencio do réu annuncia que o direito é contra este, por quanto em opposição ao—*qui tacet, habetur pro invicto e contradicente*, nada ha mais expressivo e eloquente do que a sabia maxima da Ordenança Franceza de 1539, art. 27,—*Litigatoris absentia, Dei praesentia repleatur*, na duvida de ser, ou não, o silencio do réu um desentimento no pedido do autor, a razão, a lei, e a praxe do fôro estabeleceram a doutrina : que se receba a sua contumacia *in non respondendo*, como contestação *tacita* á intenção do autor, e puramente negativa, e se prosiga no feito. — Ord. L. 3º, T. 20, § 5º, T. 51.

Por esta fórmula, não sómente se observa e satisfaz uma das mais vtaes condições da regularidade do processo, a—defeza do réu, visto como não só não se lhe negou para isto audiencia, como ainda mais se considera ter elle respondido ao libello, *contestando negativamente*, mas tambem satisfaz-se a opinião, introduzida pelo Direito Romano, de que, sendo a *litis contestação* da substancia do Juizo, não deve ser esta supprida

§ 122

A verdadeira contestação produz os seguintes effeitos :

1.º Perpetuar as acções, que se extinguiriam por morte do autor.—Ord. L. 3º, T. 4º pr. ; T. 9º pr. ; T. 19, § 12 ; Ass. n. 292, de 20 de Julho de 1780 ; fr. ult. in fin. Dig. Fideijus.

pela contumacia do réu, dispensando-se por esta maneira que, nos processos onde tudo deve ser realidade, se crêm ficções, ou phantasmagorias, como essa contestação *ficta*, já por Mello combatida em seu L. 4º, T. 11, nota ao § 4º.

E' esta tambem a opinião de Paula Bapt., consagrada por Teix. de Freitas em sua nota 366 a Per. e Souza.

Não pensa, entretanto, assim, e não lhe achamos fundamento, Alex. Gomes, que entende em seu Man. Prat., part. 1ª, cap. V, n. 5, que se o réu por contumaz não contrariar, ou contestar o libello, por essa contumacia e resistencia fica confessado o deduzido neste.

Esta opinião hoje esquisita, por ser offensiva ao direito da defesa, a que se deve toda a veneração e condescendencia, assenta no principio consagrado no L. 142, ff. de Reg. Jur.:—*Nam qui tacet, non utique fatetur*—; que é falso, brusco e impaciente, como diz Paul. Bapt.

Tutor. 27, 71; fr. 139 e 164, Dig. de Reg. Jur., L. 17; fr. 13 pr. Dig. de Jur. Jur. 12, 10; fr. 58. Dig. de obligat. e act. 44, 7; fr. 13, pr., Dig. de Jujur. 47, 10; Savigny, Dir. Rom. §§ 242, 243, 261 e 262. (c. CXXX.)

COMMENTARIO CXXX

AO N. 1 DO § 122

Per. e Souz. entende que o libello perpetúa as acções *perpetuas*; e a *verdadeira litis contestação* as acções temporaes; e Teix. de Freit. é de opinião que a *litis contestação ficta* perpetúa umas e outras, como se vê em sua nota 412.

Nós, porém, entendemos que Per. e Souz. não tem razão, porque a *verdadeira contestação* tem a propriedade de perpetuar sómente as acções *temporaes*, isto é, aquellas que acaba antes de 30 annos, como preceitua Corr. Tell., Doctr. das Acç., § 10; mas não aquellas que duram 30, ou mais annos, por isso que essas são já *perpetuas* por sua natureza.

Assim tambem não podemos deixar de combater a doutrina de Teix. de Freit. quando pretende dar a acção de perpetuar—o *temporal* e o *perpetuo*—á *litis contestação ficta*, que é no dizer de Paul. Bapt. *um invento infeliz que, depois de desnaturar as cousas, e crear confusão de idéas, morre esmagado pelo peso de uma contradicção enorme.*

2.º Criar uma convenção pela qual ficam as partes obrigadas a estar pelos julgados, devendo este retrotrahir-se ao estado de cousas existente no momento da litis contestação.—Fr. 3º, § 11 Dig. de Pecul. ; 11 Cod. de nox. act.; Silv. ad. Ord., L. 3º, Tº 51, n. 39 e seg.; Savigny, Dir. Rom., §§ 248 e 279, v. 1. (C. CXXXI.)

3.º Fazer nas acções pessoaes litigiosa a cousa certa que fosse emprestada, empenhada, posta em guarda e deposito, ou di-

COMMENTARIO CXXXI

AO N. 2 DO § 122

Desse *quasi contracto*, que fórma uma especie de novação, resulta que uma parte não poderá desistir do feito sem consentimento expresso da outra.

Esse effeito tanto resulta da contestação real, como da presumida, por ser esta considerada *contestação negativa*; mas não resulta, como entende Savigny, Dir. Rom., Tom. 6º, 279, n. 1, da *litis contestação ficta*, em que o Juiz figurando pelo réu recebe o libello, e considera estabelecida a *litis contestação*.

vida por outro modo semelhante. — Ord. L. 4º, T. 10, § 2º. (c. CXXXII.)

4.º Tornar inadmissíveis as excepções, quer dilatorias, quer peremptorias, salvo, jurando o réu, que sobrevieram ellas depois da lide contestada, ou sendo de natureza tal, que annullem todo o processado e Juizo. — Ord. L. 3º, T. 20, §§ 9º e 15; T. 49, § 3º; e T. 50 pr. (c. CXXXIII.)

COMMENTARIO CXXXII

AO N. 3 DO § 122

O effeito que produz a *litis contestação* nas acções pessoaes é o mesmo que produz a citação nas acções reaes ou mixtas universaes.

E assim como a citação faz a *cousa* e a *acção litigiosas*, se esta fôr de reivindicação, a *contrario sensu*, a *litis contestação* faz a *cousa* e a *acção litigiosas*, se a proposta não fôr de reivindicação, como diz Teix. de Freitas., estribado na Ord. L. 4º, T. 10 pr., § 2º.

COMMENTARIO CXXXIII

AO N. 4 DO § 122

Teix. de Freitas. é de opinião que a *contestação da lide* tem tambem por effeito excluir qualquer

5.º Induzir má fé no possuidor da cousa demandada, sugeitando-o dest'arte a ser condemnado nos fructos e interesses vencidos depois da contestação da lide, ainda que não sejam pedidos, comtanto que provenham da natureza da mesma acção. — Ord. L. 3º, T. 66, § 1º.

6.º Evitar que pelo constituinte seja revogada, e pelo procurador regeitada a procuração; salvo por commum accôrdo, ou se o procurador tornar-se inimigo do constituinte, amigo, ou dependente da parte contraria, ou houver outro motivo tão poderoso. — Ord. L. 3º, T. 26.

7.º Transmittir contra e a favor de herdeiros, as acções, que se tornariam intransmissiveis, não tendo sido contestadas. —

resposta do réu, ainda mesmo em fórmula de reconvenção, contrariedade, autoria, etc.

Essa doutrina, porém, não nos parece accetavel, porque Teix. de Freitas esqueceu-se de que a autoria pôde ter lugar em todo o estado da causa anterior á prova. — Ord. L. 3º, T. 44, § 1º, e T. 45, § 1º; e que a contestação da lide começa a sortir seus effectos de convenção desde o seu primeiro acto — *a contrariedade*.

Ass. 3º, de 20 de Julho de 1780, quando diz *in fine* :

« Por ser uma acção penal, que não póde passar contra os herdeiros, *quando não foi contestada a causa em vida do que incorreu na pena.* »

§ 123

Produceffeitos da verdadeira contestação á lide:

1.º A opposição de qualquer excepção peremptoria.—Ord. L. 3º, § 15; T. 50 pr.

2.º A opposição de qualquer excepção dilatoria, ou o emprego de qualquer recurso da chicana.—Mell. Freir., L. 4º, T. 11, § 6º; Moraes, L. 6º, cap. 1º, n. 56; Silv. ad. Ord. L. 3º, T. 51, n. 44.

3.º A contumacia do réu *in non comparendo*.—Moraes cit. n. 56; Gam., Decis. 74, n. 8 e 150, n. 8.

§ 124

Vindo o réu com a sua contrariedade dentro de duas audiencias, que lhe serão assignadas a requerimento do autor, depois de recebido o libello, o Juiz a receberá e mandará dar

vista ao autor para replicar.—Ord. L. 3º,
T. 20, § 5º.(c. CXXXIV.)

COMMENTARIO CXXXIV

AO § 124

Se a contrariedade é feita por negação, o Juiz não mandará mais dar vista ao autor, porque este não encontra materia para impugnar por meio de replica; e ficará, então, a causa sem prova, na primeira dilação de vinte dias.

Juntando o réu procuração, o prazo para o offerecimento de sua contrariedade, começará a correr do dia em que se fizerem os autos com vista ao seu advogado, depois de assignado elle em audiencia.

A não ser assim teriamos que, não fazendo o escrivão com vista os autos ao advogado do réu no lapso que decorresse depois de assignado em audiencia até esgotar-se, veria a ser o réu prejudicado em seu direito por culpa alheia.

E' essa a doutrina que vemos tambem consagrada no art. 724 do Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850.

Aos presos, além do prazo que em geral é assignado ao réu para offerecer sua resposta, concede-se mais 60 dias para prepararem sua defesa.—Lei de 11 de Setembro de 1830, art. 2º.

A contrariedade articulada póde ser addida,

§ 125

Não offerecendo o réu a sua contrariedade dentro do prazo, que lhe fôr assignado, será della lançado sob pregão em audiencia pelo autor, que porá a causa em prova, de-

como o libello, antes da replica, precedendo para isso licença do Juiz.

Aquelle que, possuindo a cousa em nome alheio, faz demanda como possuidor della, seja rendeiro, locatario, mandatario, etc., póde contrariar o libello, e assignar termo á pessoa em cujo nome possui a cousa para vir addir a contrariedade, e continuar na defesa, incumbindo ao autor de mandal-o citar, o que tambem praticará para com aquelle de quem houver a cousa pela qual é demandado, e que possui como sua.—Ord. L. 3º, T. 45, §§ 44 e 45.

Nesta parte não achamos razoavel a doutrina de Teix. de Freitas, que entende na nota 370 a Per. e Souza, que o réu não deverá contrariar o libello, mas sim deixar que disso se incumba aquelle, em cujo nome elle possui, ou de quem houve a causa; e proferimos a de Ribas, que no art. 277 opina que a autoria póde ter lugar emquanto não está a causa em prova.

pois de julgado por sentença o lançamento.
(c. CXXXV.)

COMMENTARIO CXXXV

AO § 125

Ainda depois de lançado da contrariedade, pôde ser o réu admittido a offerecel-a, ou por via de restituição.—Ord. L. 3º, T. 20, § 19; ou se allegar e jurar legitimo impedimento, que o inhi-bio de offerecel-a no prazo assignado.—Cit. Ord., § 44.

Embora tenha sido o réu lançado da contra-riedade, todavia o seu silencio não importa, como entende Teix. de Freitas., not. 369 a Per. e Souza., confessar o allagado no libello.

Como dissemos no Comm. CXXIX, não sendo verdadeiro, mas brusco e impaciente o principio — *qui tacit consentire videtur* —, a razão e a propria lei.—Ord. L. 3º, T. 20, § 5º e T. 51, exigem que se acceite o silencio, ou a contumacia do réu, *não como confissão do allegado pelo autor*, mas como contestação negativa; em vista do que nenhum fundamento tem a opinião de Teix. de Freitas., que se esqueceu de que mais favorecida deve ser a posição do réu.

Vindo o réu á primeira audiencia e allegando contra o lançamento, ou restituição, ou impedi-mento, o Juiz lhe assignará uma audiencia para vir com a sua contrariedade.

Dizem Ribas, art. 657, e Per. e Souza, § 186, que se essa concessão fôr feita, durante o curso da dilação probatoria, se esperará que esta finde para fazerem-se os autos com vista ao advogado do réu.

Não sabemos qual a razão por que se esperará que a dilação probatoria finde.

Se ella é assignada para prova do libello e contrariedade, replica e treplica, se durante ella concede-se que o réu formule sua contrariedade, evidente é que de nada vale a dilação probatoria assignada, por isso que ter-se-ha de assignal-a novamente depois de contrariado, replicado e treplicado o libello, e, portanto, parece-nos mais consentaneo com a razão e o bom senso, que na audiencia em que se conceder ao réu que venha com a sua contrariedade, se julgue prejudicada a dilação, e como se não tivesse ainda começado, pois parece-nos que este deve ser o effeito da concessão ao réu de vir com a sua contrariedade durante a dilação probatoria.

Foi justamente para evitar esses inconvenientes, ou desconchavos na organização do processo ordinario, que no § 125 opinamos só dever ser posta a causa em prova, depois de julgado o lançamento.

Por esta fórmula o réu terá lugar, antes de ser a dilação assignada em audiencia, de requerer ao Juiz, que sobresteja no julgamento do lança-

§ 126

Com a sua *contrariedade* deve o réu offerer os documentos que nella houver mencionado, e os indispensaveis para a prova de sua allegações, sob pena de ser lançado, como se contrariado não houvesse. — Ord. L. 3º, T. 20, § 23; Ass. de 23 de Novembro de 1769, e 5 de Dezembro de 1770. (c. cxxxvi.)

mento, visto como pretende com razão allegar em audiencia motivos que o relevarão dos efeitos de sua involuntaria contumacia.

COMMENTARIO CXXXVI

AO § 126

Allegando o réu que tem taes documentos, será recebida a sua *contrariedade*, e o Juiz assignar-lheha um termo razoavel para juntal-os; proseguindo-se no feito, salvo se os documentos existirem fóra do Imperio, em virtude de contractos alli feitos. — Ord. cit., L. 3º, T. 20, § 26.

SECÇÃO XXV

Da replica

§ 127

Replica é o articulado escripto por meio do qual o autor sustenta o seu libello, impugnando a contrariedade. (c. CXXXVII.)

COMMENTARIO CXXXVII

AO § 127

A replica faz parte do libello, e por isso nella pôde-se emendar o libello, comtanto que se não mude de acção, porque para isto é mister que o autor desista do libello, pague as custas e mande citar de novo o réu, procedendo a nova conciliação, o que é indispensavel, pela necessidade e mister que ha da identidade entre o objecto da acção e o da conciliação.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 7º.—Ar. de la C. de Cass. 11. plur., an. 4.—Ramalho, Prax. Brazil., § 72.

Da mesma fórma que o *libello* e a *contrariedade*, a *replica* pôde ser addida antes da *treplica*, precedendo licença do Juiz.

A replica fazendo parte da *litis contestação* é substancial do processo, de sorte que sua ommissão importa nullidade daquelle.—Ord. L. 3º, T. 20 pr. e § 5º, e T. 63 pr.

§ 128

Deve ser offerecida no prazo de uma audiencia; e, recebida pelo Juiz, haverá vista o advogado do réu para treplicar.—Ord. L. 3º, T. 20, § 5º.

§ 129

Não sendo offerecida em tempo, é della o autor lançado sob pregão, a requerimento do réu, e julgado por sentença o lançamento, será posta a causa em prova. (c cxxxviii.)

Depois de ter sido abolida pelo art. 14 do Disp. Prov., foi restaurada pelo art. 120 da lei de 3 de Dezembro de 1841.

COMMENTARIO CXXXVIII

AO § 129

Se o autor provar, jurando, que foi omisso por circumstancia alheia á sua vontade, será admittido a replicar, da mesma fórma que se admitte a contrariedade do réu fóra do termo assignado.

Se o autor replicar por simples negação, o que se costuma a fazer com a fórmula:—*replica-se por negação com o protesto de convencer afinal e custas*, ficará logo a causa em prova a requeri-

§ 130

Fazendo a *replica* parte do libello, só tem ella lugar nos feitos ordinarios, e em alguns incidentes destes, e nos summarios que se tornarem ordinarios. (c. CXXXIX.)

mento do mesmo autor, ou do réu. — Silv. ad. Ord. L. 3º, T. 20, § 5º, n. 44.

COMMENTARIO CXXXIX

AO § 130

Assim, portanto, não tem ella admissão nas causas que summarias forem.

Dizemos que ella é admittida em alguns incidentes das causas ordinarias; porque, tendo ella lugar na reconvenção, na opposição, em artigos de preferencia, em embargos de terceiro, etc., não é, entretanto, admittida em artigos de liquidação, em embargos á execução, em artigos de habilitação, etc., etc.

Teix. de Freit. em sua nota 372 deu como absoluto não ser admittida a *replica* nas *acções de força*, esquecendo-se que nas que passam de anno e dia tem ella lugar.

Tambem dizemos que tem lugar a *replica* nas *acções summarias*, que se tornarem *ordinarias*,

SECÇÃO XXVI

Da treplica

§ 131

Treplica é o articulado escripto, por meio do qual o réu combate a replica do autor e sustenta a sua contrariedade. — Ord. L. 3^o, T. 20, § 5^o. (C. CXL.)

porque assim succede nas acções decendiaes e de embargos á primeira, se os embargos são recebidos.

COMMENTARIO CXL

AO § 131

A treplica como a replica, o libello e a contrariedade, póde ser addida, comtanto que o faça o réu antes de ser posta a causa em prova, precedendo para isso licença do Juiz.

Tambem póde ser ella feita por simples negação, usando-se para isso da formula—*Treplica-se por negação com o protesto de convencer afinal, e custas.*

Sendo por esta fórma a treplica, não ha inquirição a seu respeito.

§ 132

A *treplica* deve, como a replica, ser offerecida no termo de uma audiencia.—Ord. L. 3º, T. 20, §§ 19 e 44. (c. CXLI.)

 SECÇÃO XXVII

Das excepções

§ 133

Excepção é o articulado escripto, por meio do qual o réu, tomando o lugar de autor, procura excluir: ou sómente o libello,

 COMMENTARIO CXLI

AO § 132

Se no prazo marcado não vier o réu com a sua *treplica*, mas na audiencia seguinte comparecer e allegar, ou o beneficio de restituição.—Ord. L. 3º, T. 20 cit., § 19; ou algum justo impedimento, que bastará provar por meio de juramento.—Ord. cit., §§ 20 e 44, será admittido a offerecel-a.

Depois da *treplica* não é admittido articulado mais nenhum.—Cit. Ord., § 27.

ou o libello e a intenção do autor, que nella toma a posição de réu. (c. CXLII.)

COMMENTARIO CXLII

AO § 133

Esta definição é nossa.

Assim como Teix. de Freit., em sua nota 309 a Per. e Souz., entendeu mudar a definição dada por este, pelas razões não só de não ter sido dada em sentido classico, para referir-se sómente ás acções ordinarias; como pela de a ter qualificado de *articulado*, desde que a Ord. L. 3º, T. 20, § 27, não admitte mais artigos que o *libello*, a *contrariedade*, a *replica* e a *treplica*, assim tambem nós, por nossa vez, não accitamos a definição de *excepção* dada por Teix. de Freit., por não comprehender ella todo o definido, e só poder-se completar pelas explicações de suas notas, o que seria o mesmo que se um pintor fizesse um retrato, e depois, para tornal-o conhecido, escrevesse por baixo o nome do original.

Pela sua definição, o Sr. Teix. de Freit., tomando a posição inversa de Per. e Souz., a quem annotou, reconhece sómente a existencia de *excepções dilatorias*, emquanto que Per. e Souz. em sua definição só contemplou as *peremptorias*, quando diz que *excepção* — é a allegação articulada do réu, que exclue a *intenção do autor*.

E não diga Teix. de Freit. que quem exclue o *libello* exclue *ipso facto* a *intenção*, por isso que são elles materia da mesma natureza, mas completamente diversas, visto como o *libello* importa acto de processo ordinario, materia puramente de fórmula, emquanto que a *intenção do autor* representa a existencia de um *direito*, materia de fundo.

Póde o réu impugnar pela excepção *dilatoria* a natureza da causa, a fórmula do processo, allegando que o processo devia ser *decendial*, *executivo*, ou *summarissimo*, por ter a causa processo especial, por lei creado, e não excluir, entretanto, a *intenção do autor*.

Na excepção o réu, como dissemos, toma a posição de autor, mas com a qualificação de *excipiente*; e o autor a de réu, com a denominação de *excepto*.

Assim disse Ulpiano: *nam reus in exceptione actor est.* — Dig. L. 44, T. 1º, pag. 1ª.

Definimos como Per. e Souz. a excepção—*articulado escripto*, apesar da disposição da Ord. L. 3º, T. 20, § 27, porque a praxe do fôro, como que, revogando esta Ord., a tem assim admittido e com todas as clausulas salutaes do *libello*.

§ 134

As excepções na pratica dividem-se em *dilatorias e peremptorias*. (C. CXLIII.)

COMMENTARIO CXLIII

AO § 134

Dizemos que as excepções *na pratica* dividem-se em dilatorias e peremptorias, porque além destas, outras excepções existem, cujo conhecimento claro e preciso é imprescindivel, quando se trata de fazer applicação da cousa julgada, e resolver as difficuldades, que a respeito pódem sobrevir.

E' assim que não podemos deixar de considerar de utilidade o conhecimento das excepções *prejudiciaes, reaes e pessoaes*, que, não pertencendo ao dominio da pratica, são entretanto de grande alcance para a solução de certas questões juridicas.

Nesta parte não podemos deixar de combater e até censurar o modo de entender as excepções de Teix. de Freitas em sua nota 310 a Per. e Souza.

As *excepções prejudiciaes*, de que falla a Ord. L. 3º, T. 5º, § 1º, são as que ou têm por objecto direitos, que derivam do estado das pessoas, ou alguma questão preliminar, de que depende a principal.

As *reaes* são as que se contem na propria cousa, *in rem conceptæ*; e que, portanto, se transmit-

I.º

Das excepções dilatorias

§ 135

Dilatorias são as excepções que, demorando o curso da acção, demoram a realisação da intenção do autor.—Ord. L. 3º, T. 49. (C. CXLIV.)

tem aos herdeiros, porque succedendo estes na causa, succedem *ipso facto* na excepção, e aos fiadores, porque não pódem ser responsaveis pela obrigação accessoria, desde que a principal desapareceu, como sejam, por exemplo: as *excepções de pagamento, prescripção, dolo, medo*, etc.

As *personas* são as que se acham inherentes á pessoa—*in personam conceptæ*; de maneira que muitas vezes não aproveitam nem aos fiadores, nem aos herdeiros da pessoa, que tem em si a excepção; essas excepções são a de *beneficio á competencia*, e as que se fundam em vantagens concedidas ao devedor pela lei ou pelo credor em attenção á sua pessoa.

COMMENTARIO CXLIV

AO § 135

Esta definição é nossa, e ao nosso vêr a mais

§ 136

As *excepções dilatorias* dividem-se em quatro classes, segundo são oppostas:

- 1.^a A' legitimidade da pessoa do autor, ou do seu procurador.
- 2.^a A' pessoa, ou jurisdicção do Juiz.
- 3.^a Ao processo em razão dos vicios, que lhe são inherentes.
- 4.^a Ao proprio negocio de que se trata.

§ 137

Pertencem á primeira classe as excepções :

completa, porque participa da ordem do processo, da fórma do Juizo e da substancia da questão.

Por meio della o réu com as dilatorias não sómente se oppõe á fórma do processo, á ordem do Juizo, que se não vai guardando, propondo-se uma acção por outra, como a substancia da causa, porque protela, dilata, demora a realisação da intenção do autor e o reconhecimento dos seus direitos.

Nesta definição, pois, comprehendem-se a de Per. e Souza. § 123; a de Moraes Carv. § 248; a de Paul. Bapt. § 102; a de Ramalho, Prax. Brazil, § 231; e a de Teix. de Freitas. § 142 a Per. e Souza., sem deixar de respeitar o disposto na. Ord. L. 3^o, T. 49 cit.

1.^a De illegitimidade de partes. (c. CXLV.)

COMMENTARIO CXLV

AO N. 1 DO § 137

Nullos são os autos e a sentença dada, quando illegitimas são as partes, que figuram em Juizo.— Lei de 22 de Dezembro de 1761, T. 3º, § 12; Pothier, Trat das Obrig., vol 2º, pag. 315.

Se é exacto que as leis do processo devem estar de accôrdo com as leis civís, que regulam o estado e condições das pessoas, para não consentirem que figurem em Juizo pessoas, que as leis civís tenham declarado incapazes de exercer por si mesmas, ou por si sós, actos civís, que muitas vezes importam acções; certo é tambem que em Juizo toda a contestação contra aquelles, incapazes de exercer direitos e contrahir obrigações seria sem resultado; sendo esta, portanto, a razão por que a illegitimidade das partes, seus procuradores ou successores, constitue uma *excepção prejudicial*, ou impedimento, que obsta o andamento da causa.—Per. e Souza., § 125; Moraes de Execut., L. 3º, cap. 2º.

Se a *illegitimidade* da parte não constituísse uma *excepção dilatoria, prejudicial*, como entende desarrasoadamente Teix. de Freitas., não seria repugnante o curso de um litigio com um mente-capto, um impubere, um prodigo, um demente,

um surdo-mudo, que não estivessem acompanhados de seus tutores, ou curadores ?

E porque razão levar taes feitos a longa discussão para vê-los depois a nada reduzidos, com enormissimas despesas, quando o recurso da excepção obstaría tanto cansaço, tanto prejuizo ?

São, pois, pessoas illegitimas, por serem incapazes de estar só em Juizo :

1.º Os dementes, sandeus, mentecaptos, dememoriados e os furiosos.—Ord. L. 4º, T. 81 pr.; Borg. Carn., vol. 3º, § 260, ns. 1 e 19; Pothier, vol. 1º, cap. 1º, art. 14; Moraes de Execut., L. 2º, cap. 20; Cod. Civ. Fr., arts. 489, 509 e 1124.

2.º Os prodigos, como taes reconhecidos em Juizo.—Ord. L. 4º, T. 103, §§ 1º e 6º, T. 107; Borg. Carn., vol. 3º, § 264, n. 2; Cod. Civ. Fr., art. 513.

3.º Os surdos-mudos, como doentes de enfermidade perpetua, e equiparados aos dementes.—Borg. Carn. vol. 3º, § 269; Per. e Souz., §§ 42, 49 e 88; Moraes de Execut., L. 2º, cap. 20, n. 47.

4.º O menor impubere, isto é, de menos de 12 annos sendo mulher, e de 14 sendo homem.—Ord. L. 3º, T. 41, §§ 2º, 5º e 8º.

5.º O menor pubere, isto é, maior de 12 annos sendo mulher, e de 14 sendo homem.—Ord. L. 3º, T. 41; Borg. Carn. vol. 3º, § 227, n. 6; Moraes

2.^a De falta de impetração de venia.
(C. CXLVI.)

L. 2.^o, cap. 20, n. 61 ; Per. e Souza., notas 94, 111 e 578 ; Alm. e Souza., iguaes notas.

COMMENTARIO CXLVI

AO N. 2 DO § 137

O réu opporá antes da contestação a *excepção* supra, se sem a referida *venia* fizerem citar:

1.^o Os descendentes, tanto legitimos como naturaes, aos seus ascendentes.

Na expressão *descendentes* comprehendem-se os filhos, que se acham fóra do patrio poder, vivendo de economia sua, porque os filhos-familias não pódem fazer citar seus pais, sem impetrar venia, salvo :—1.^o, se fôrem já maiores, e a demanda versar sobre a propriedade de seus bens e suas dependencias, de que o pai tenha usufructo.—Ord. L. 3.^o, T. 9.^o, §§ 3.^o e 4.^o;—2.^o, se na qualidade de tutor, curador, administrador ou procurador de outrem, intentar acção, sendo maior de 17 annos.—Cit. Ord. § 5.^o;—3.^o, se a questão fôr sobre sua emancipação.—Consol. das Leis Civ., art. 183, § 4.^o.

Se o filho intentar acção como procurador, deve provar que já era procurador antes da necessidade de accionar o pai, ou que não sabia

que recebendo a procuração teria de accional-o.

Entretanto, se o constituinte estiver no lugar, ou em parte que possa ser avisado, o filho não poderá mandar citar o pai, e pelo contrario mandará avisar ao seu constituinte para vir fazer novo procurador.

2.º O genro ou a nora a seu sogro ou a sua sogra, emquanto durar entre elles affinidade. — Ord. L. 3º, T. 9º, §§ 1º e 2º.

3.º O enteado ou a enteada ao seu padraсто ou madrasta, emquanto durar entre si a affinidade.—Ord. cit.

4.º Os filhos adoptivos a seus pais adoptantes. —Cit. Ord. L. 3º, T. 9º, § 2º.

5.º Os libertos a seus patronos e aos ascendentes e descendentes destes.—Cit. Ord. L. 3º, T. 9º, § 6º.

A respeito destes têm applicação as mesmas disposições, que se referem aos filhos-familias, que citarem os pais como tutores, curadores, procuradores, etc., etc.

A falta da impetração de venia, não sómente dá lugar a ser o réu absolvido da instancia, se o requerer, como a ser o autor multado na quantia de 60\$000, em favor do mesmo réu; salvo se, antes que esta seja requerida, o autor desistir da citação e da instancia.—L. 3º, T. 9º, §§ 1º e 2º; Alv. de 16 de Setembro de 1814.

A venia póde ser requerida na mesma petição,

3.^a De falta de tutor, ou curador, nos casos de menores.—Ord. L. 3^o, T. 41, § 8^o. (C. CXLVII.)

em que se requerer a citação.—Per. e Souza, not. 219.

COMMENTARIO CXLVII

AO N. 3 DO § 137

O menor de 12 annos sendo femea, e de 14 sendo varão, não pôdem, attenta a fraqueza de sua intelligencia, estar sós em Juizo, pelo que a lei, fundada em beneficio delles, estatúe que sejam acompanhados de seu pai ou tutor, que os representem, activa ou passivamente, e por elles façam procurador, que, juramentado, defenda seus direitos. Assim se não fazendo, nullos serão os autos e a sentença.—Ord. L. 3^o, T. 41, § 2^o, 5^o e 8^o.

O menor pubere, maior de 12 e de 14 annos, comquanto possa comparecer em Juizo e fazer procurador, Ord. L. 3^o, T. 41, § 8^o; todavia não o póde fazer por si, mas precisa da assistencia de seu tutor, ou curador, que deve intervir quando o menor fôr autor, e ser citado, quando fôr elle réu, visto como ainda precisa o menor, por sua tenra idade, de guia e protecção, sob pena de nullos serem todos os autos e sentença.—Ord. cit. § 2^o;

Borg.Carn., vol. 3º, § 227, n. 6; Moraes, L. 2º, cap. 20, n. 61; Per. e Souza., notas 94, 111 e 578; Almeid. e Souza., notas identicas.

O processo, pois, e quaesquer actos judiciaes ordenados contra o menor, sem lhe haver sido dado tutor, ou curador, são nullos.—*Tutor enim defensor est, sicque appellatur a tuendo*; pelo que, se o menor não os tem, deve por parte delle pedir-se, e se é réu deve fazel-o aquelle que contra elle quizer mover a demanda.—Ord. L. 3º, T. 41, § 8º.

A requisição deve ser dirigida ao Juiz de orphãos, que é o competente. — Ord. L. 4º, T. 102; ao Juiz da causa cabe sómente dar curador á lide.

A este respeito diz Savigny, Dir. Rom., § 108:

O *infante* é incapaz de qualquer acto juridico. O *impubere*, fóra da infancia póde obrar com autorisação do seu tutor, quando não ha prejuizo nem risco possivel. *Meliozem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris autoritate; deteriozem, vero, non aliter quam tutore auctore.*

Assim tambem decidio a Relação de Porto Alegre nos seguintes

Accordão de 17 de Julho de 1874.—As terminantes e claras palavras da Ord. L. 3º, T. 41, § 8º, enunciam que, sem tutor, ou curador, dado aos menores, não se deve agitar em Juizo acção

alguma, quer os menores sejam autores, quer sejam réus. Não basta (a mesma Ord. § 9º) dar curador á lide, para haver-se por supprida a falta de tutor, que se deve dar por nomeação do competente Juiz de orphãos. — *Dir.*, Rev. de 1874, vol. 5º, pags. 647 e 649.

Accordão de 27 de Julho de 1874.—E' nullo todo o processado por inexecução da Ord. L. 3º, T. 41, que ordena, no caso de ser demandado algum menor, se lhe dê tutor, e com elle e um curador á lide (§ 9º da cit. Ord.), corram os termos da causa até final decisão, pena de nullidade do processo, ou da sentença.—Sendo o menor de 12 annos e de 14 annos, é citado na pessoa de seu tutor ; e o de superior idade na sua pessoa conjunctamente com o tutor.—A nomeação de tutor e curador é da competencia do Juiz de orphãos (Ord. L. 4º, T. 102), e não do Juiz do feito só competente para dar curador á lide.—*Dir.*, Rev. de 1874, vol. 5º, pags. 68 e 69.

Entretanto, se sem se haver dado tutor, ou curador, correr a causa e a sentença fôr favoravel ao menor, nem por isso prevalecerá a nullidade fulminada pela Ord. L. 3º, T. 41, e será todo o processado e sentença considerados validos.—Borg. Carn., *Dir. Civ.*, L. 1º, T. 12, § 124, n. 4.

Essa doutrina foi confirmada pelo Sup. Trib. de Just. em

Accordão de 20 de Outubro de 1875.—Não

4.^a De falso, ou de illegitimo procurador.
(C. CXLVIII.)

dá-se a respeito dos menores a nullidade por falta de tutor, quando fôr-lhes favoravel a sentença.
—*Dir.*, Rev. de 1875, vol. 8.^o, pag. 644 a 662.

COMMENTARIO CXLVIII

AO N. 4 DO § 137

Nesta parte não podemos deixar de apartar-nos da opinião de alguns Praxitas, que, como Per. e Souz. nota 151, Teix. de Freitas. not. 121 a Per. e Souz., e Ribas, Consol. das Leis do Proc. Civ., art. 570, confundem *falso procurador* com o *procurador illegitimo*, e o *improvisado procurador*; dando Per. e Souz. e Teix. de Freitas. a todos a mesma denominação de *falso procurador*, e Ribas essa denominação tambem *ao que não tem procuração*.

Cumpre, para deixarmos bem patente esse erro, que demonstremos a grande differença na pratica judiciaria que ha entre essas tres especies de procurador: O que exhibe procuração falsa; o que exhibe procuração illegitima, isto é, sem os necessarios poderes, ou sem as formalidades legais; e os que exhibem procuração já extincta, ou não exhibem nenhuma.

Com relação ao falso procurador, quer prove-

nha a falsidade da inhabilidade pessoal, quer de falsidade do instrumento exhibido, essa nullidade é sempre insupprivel; no emtanto que é supprivel a nullidade proveniente quer da insufficiencia de poderes tanto na 1^a como na 2^a instancia, juntando-se taes poderes e ractificando-se todo o processado.—Ord. L. 3^o, T. 63, § 1^o; quer da falta total da procuração, prestando o illegitimo procurador *caução de rato* L. 39, § 1^o, D. *do procurat*, lei 1^a, Cod. *Eodem*; Corr. Tell., vol 3^o, art. 602, fundado na lei 60 D. *de reg. jur.*

Continúa Teix. de Freit., not. 324, no erro de suppôr que a *illegitimidade de pessoa* não pôde ser arguida por via de *excepção*, mas sómente em *contrariedade*, porque, dependendo de prova testemunhal, só pôde esta ter lugar na dilação probatoria.

Essa consideração não procede, porque o processo das excepções dilatorias é sempre o mesmo para todos, qualquer que seja a sua causa; e se prevalecesse esse erroneo conceito de Teix. de Freit. em relação á excepção de *illegitimidade de partes*, teriamos que nenhuma outra causa de excepção poderia por meio deste recurso ser allegada, visto como dependeria a sua prova da dilação probatoria.

São considerados falsos procuradores, por inhabilidade de pessoa:

1.^o Os menores.—Ord. L. 1^o, T. 48, § 20;

Per e Souza. nota 155; Repert., vol. 1º, pag. 56, v. *advogado não pôde ser o menor.*

2.º Os dementes, os furiosos, os prodigos.—Acc. da Rel. de Porto Alegre, de 28 de Julho de 1874.

3.º As mulheres.—Per. e Souza., nota 159; Manual do Tab., § 276; salvo, se a mulher fôr commerciante e a procuração fôr *in rem propriam*.

4.º Os condemnados por sentença na perda do officio por erro nelle commettido.—Per. e Souza. not. 160; Ord. L. 1º, T. 48, §§ 25 e 26.

5.º O filho, irmão e cunhado do julgador.—Cit. Ord. § 29.

6.º Os Juizes, escrivães, tabelliães e mais officiaes de justiça.—Cit. Ord. §§ 23. e 24; e L. 3º, T. 28, § 2º e L. 4º, T. 25.

7.º Todos aquelles contra quem a lei prescreve inibição.—Cit. autores; Heinec. ad Pandect., parte 1ª, § 425; e Silv. vol. 1º, *Indice*, verb.—*Procurador*, pag. 464 e seg.

8.º O irmão do escrivão dos autos. — Acc. da Relação da Côrte, de 24 de Abril de 1852:

— « Procurador illegitimo, nos termos da Ord. L. 3º, T. 20, § 11, é o irmão do escrivão dos autos, e como tal impedido de conjunctamente servir com elle.—Ord. L. 1º, T. 79, § 45. O que feito, annulla o processo.—Mafra, *Jurisprud.*, 1º tom., pag. 247. »

9.º O escrivão do Juiz de paz no feito em que é

§ 138

Pertencem á segunda classe as excepções:

1.º De suspeição.—Ord. L. 3º, T. 21, § 2º; T. 49 pr. e § 1º. (c. CXLIX.)

escrivão. — Acc. da Relação da Côrte, de 28 de Agosto de 1852 :

— « Procurador illegitimo é o *escrivão do Juiz de paz*—Ord. L. 1º, T. 48, §§ 22 e 24, e portanto nullo o feito em que é procurador.—Maфра, Jurisprud., 1º tom., pag. 247. »

COMMENTARIO CXLIX

AO N. 1 DO § 138

Suspeição é o acto pelo qual o Juiz *motu proprio* se declara, por motivo previsto na lei, impossivel de funcionar em certo acto, ou conhecer de certo feito, que se move, ou se vai mover, tomando o nome de *recusação* quando é opposta pela parte.—Cunha Sales, Prax. Concil., part. 2ª, T. 5º, secç. 1ª, n. 99.

São motivos para a *suspeição* e *recusação*.—Ord. L. 3º, T. 24 :

1.º Quando o Juiz fôr intimo amigo, ou inimigo capital de alguma das partes.—Ord. L. 3º,

T. 86 e 98 pr. ; Alv. de 16 de Janeiro de 1773 ;
Repert. vol. 3º, pag. 68.

2.º Quando fôr parente por consanguinidade, ou afinidade de qualquer das partes, até o 4º gráo por direito canonico ; isto é, avô, pai, filho, neto, irmão e cunhado, durante o cunhadio, tio, sobrinho, primo-irmão, e mais partes comprehendidas neste limite. — Silv. *ad cit.* Ord. pr. n. 25 ; Guerr. L. 4º e 5º ; Borg. Carn. vol. 2º, pag. 201.

3.º Quando fôr particularmente interessado na decisão da causa por uma das partes.

4.º Quando fôr commensal, amo, tutor, curador de uma das partes, ou esta d'elle dependente.

5.º Quando fôr compadre de uma, ou de ambas as partes.—Acc. da Rel. da Côrte de 29 de Maio de 1852.

6.º Quando o negocio fôr seu, ou de algum seu official.

O Juiz que em sua consciencia se julgar comprehendido em alguma das hypotheses mencionadas, deve, *jurando*, averbar-se de suspeito, dentro de tres dias.—*Ipsa namque ratio dictat, quod suspecti et inimici iudices esse non debent.* — Cap. 41 de *Appellat.* ; mas não deve fazel-o só porque a parte o requereu.—Av. de 23 de Junho de 1834.—Ord. L. 3º, T. 21, § 18 ; Reg. do Desemb. do Paço, § 45 ; Cod. do Proc. Crim., art. 21.

Esse *juramento* é condição essencial na declaração da suspeição, por isso que é elle que firma a competencia do successor; tal é a pratica da Rel. da Côrte, e o disseram expressamente os Acc. do Sup. Trib. de Just. de 5 de Agosto de 1851, e de 30 de Abril de 1852, que se exprimem :

« Quando não jurada a suspeição na fórma da Ord. L. 3º, T. 21, § 28, não se transmite a jurisdicção ao Juiz que se segue, que, pois, é incompetente. »

O Juiz que, sem o *juramento* do suspeito, accetar o exercicio no feito, é incompetente, e de tal ordem é a nullidade de seu acto resultante, que, nos termos da Ord. L. 3º, T. 63, não póde ser supprida em tempo algum—*quia nulla major nullitas invenire potest, quam illa quæ resultat ex defectu potestatis.*—Ord. L. 3º, T. 75 e 18, § 1º.

Quando, porém, a causa da suspeição fôr notoria e reconhecida, não é preciso que o Juiz a firme com o *juramento*, em face do principio : —*summum jus, summa injuria.*—Av. de 26 de Abril de 1849.

Assim tambem, declarando o Juiz o motivo por que se averba de suspeito, não precisa que o *jure.*—Acc. da Rel. da Côrte de 14 de Agosto de 1849.

Se o Juiz se lançar de suspeito nos autos depois de passado o prazo de tres dias, pagará á parte

em dobro as custas do retardamento, ficando suspenso do officio, emquanto as não pagar.—Ord. L. 3º, T. 21, § 18.

O Juiz que em uma causa averbar-se de suspeito, não fica *ipso facto* inhibido de funcionar em todas as de mais causas da mesma parte, sem que o declare expressamente.—Acc. da Rel. da Côrte de 16 de Fevereiro de 1855, visto como a suspeição não é geral, mas sim especial e dada causa pendente em Juizo.—Ord. L. 3º, T. 21, § 3º; e o diz Guerreiro—*Recusatio non potest opponi nisi in causa, seu lite pendente.*

Se a parte antes de submeter sua petição á despacho, ou de praticar qualquer acto no feito, reconhecer que entre si e o Juiz milita algum dos motivos de suspeição, já indicados, e prescriptos pela Ord. L. 3º, T. 24, pedirá ao Juizo que, em vista desse motivo, se averbe de suspeito; e se assim o fizer o juiz, a parte irá com a sua petição ou feito ao substituto legal.—Av. de 13 de Junho de 1862.

Se, porém, o Juiz não se averbar de suspeito, mandará que venha a parte com os seus artigos á primeira audiencia, seguro o juizo.

Se a parte não declarar o motivo porque averba de suspeito o Juiz, o que poderá fazer, não só por petição, como dissemos, mas tambem de viva voz em audiencia, ou se o motivo allegado fôr frivolo, o Juiz desprezará a suspeição arguida

e proseguirá no feito, como se tal não se tivesse passado.—Ord. L. 3º, T. 21, § 4º.

Se a suspeição tiver sido suscitada por petição, na qual o Juiz se não reconhecer suspeito, a parte ratificará em audiência a sua interposição.

Para a apresentação de artigos de suspeição não precisa de conciliação.—Av. de 24 de Janeiro de 1832.

Antes de offerecer seus artigos em audiência, deve a parte caucionar o Juizo depositando em mão do escrivão do processo, conforme está disposto no art. 97 da lei de 3 de Dezembro de 1841, e 250 do Reg. n. 120, de 31 de Janeiro de 1842, a quantia de 16\$000 quando a suspeição fôr contra Juizes municipaes, e de 32\$000 quando fôr contra Juizes de direito.

O escrivão, recebendo a caução, a depositará no cofre da respectiva camara municipal, no prazo de 24 horas, juntando aos autos o respectivo conhecimento dado pelo procurador da mesma camara.—Decreto n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, art. 69.

Se a parte não caucionar o Juizo, o Juiz continuará no feito, sem que disso provenha nullidade—Ord. L. 3º, T. 22 pr; salvo se a parte provar que é tão pobre que não tem a dita quantia para depositar, porque então será della relevada.—Cit. Ord. § 2º. Essa prova deve ser testemunhal, e não mediante—juramento.

Na primeira audiência, depois da intimação da suspeição ao Juiz, deve a parte apresentar os seus artigos, assignados por advogado, juntando-se o rol das testemunhas, que não pódem ser substituidas.—Ord. L. 3º, T. 22, § 4º.

Se o Juiz, em vista do dedusido nos artigos, reconhecer a suspeição, não continuará mais no feito ; mandará juntar os artigos á petição, e declarando-se de suspeito por despacho nos autos, mandará que subam estes á conclusão do seu substituto.

Se, porém, não reconhecer o Juiz a suspeição, suspenderá tambem o progresso da causa, até que decidida seja a mesma suspeição, ou expire o prazo legal dentro do qual deve ser ella decidida, mandando que sejam os autos remettidos ao Juiz que della tiver de conhecer.—Ord. L. 3º, T. 21, § 4º. E se continuar no feito, será este nullo e o Juiz será condemnado a pagar á parte o damno, que lhe fizer, e custas.—Cit. Ord.; Cod. do Proc. Crim. art. 71 ; Regul. de 3 de Janeiro de 1833, art. 69.

O prazo, que é improrogavel, dentro do qual deve terminar o incidente da suspeição, é de quarenta e cinco dias.—Ord. L. 3º cit., §§ 21 e 22 ; Carta Régia de 25 de Julho de 1605, e Ass. de 14 de Julho de 1633, o qual conta-se de momento a momento desde o dia em que a suspeição é authoadá.—Ass. de 14 de Julho de 1663.—

Guerr., *de Recusat.*, L. 6º, cap. 16, n. 23, fl. 373,
—*Dies non currunt nisi a die, actuationis facta
a notario, seu scriba, cum iudice, certo. Ita vide
judicatum.*

Havendo menor no feito, ou preso, esse termo de quarenta e cinco dias póde, como restituição, ser augmentado com mais quinze.—Ord. L. 3º, T. 21, § 22; Almeid. e Souza., Seg. Linh., nota 289; devendo o escrivão, para poder se regular precisamente o prazo, desde que corre elle de momento a momento, declarar a hora em que authúa a suspeição; e o não fazendo, será o prazo regulado da ultima hora do dia.

Em todo o caso o prazo não correrá, se não houver Juiz, a quem sejam os autos remettidos, para conhecer da suspeição.—Ramalho, Prax. Brazil., not. ao § 239.

Recebendo o Juiz da suspeição os autos e julgando esta procedente, mandará que em tres dias diga o recusado sobre a suspeição, e não o fazendo, julgar-se-ha esta confessada.—Ord. L. 3º, T. 21, §§ 4º, 8º e 11.

Do depoimento, ou resposta, do Juiz recusado, haverá vista a parte, a quem, se pedir prazo para provar seus artigos, se concederá o de tres dias, se as testemunhas estiverem no lugar da causa, e nunca maior de vinte vias, se estiverem ellas fóra, qualquer que seja a distancia do lugar, em que

as testemunhas se acharem.—Cit. Ord. § 4º, devendo neste caso jurar a parte.

Feita a prova, e arrasados os autos pelo recusante, a que o Juiz mandará dar vista subirão elles á conclusão deste para decidir afinal.—Cit. Ord. § 4º.

Julgando improcedente a suspeição, mandará o Juiz della que continue o Juiz recusado a funcionar no feito, sem que dessa decisão possa recorrer de fórma alguma, nem mesmo por embargos de nullidade, de suborno, ou de outra natureza.—Ord. L. 3º, T. 21, § 8º; Ass. de 16 de Janeiro de 1619.

Neste caso o recusante perderá metade da quantia depositada, e será condemnado nas custas de retardamento.—Ord. L. 3º, T. 23, §§ 3º e 4º; Decreto de 23 de Novembro de 1844, arts. 1º e 6º.

Se o Juiz da supeição, porém, julgar que ella está provada, assim o declarará por seu despacho final, do qual poderá aggravar o recusado.—Ord. L. 3º, T. 21, §§ 8º e 9º.

Teix. de Freit. em sua nota 318 a Per. e Souz. é de opinião que em vista do Regul. de 15 de Março de 1842, tambem não ha recurso da sentença que julgar procedente a suspeição.

Se o recusante desistir da suspeição, antes de qualquer sentença, nada perderá da quantia depositada; assim como perderá toda ella se desistir della depois de se pronunciar que procede, ou

de se julgar que o Juiz não é suspeito.—Ord. L. 3º, T. 23, § 3º; Decreto de 23 de Novembro de 1844, arts. 1º e 6º.

Se o recusante dentro do prazo de 30 dias não trazer ao recusado certidão do Juiz da suspeição de que se procede aos termos desta, proseguirá o recusado no feito, como se a suspeição não tivesse sido opposta.

Se, porém, a trazer com declaração do termo, em que ao Juiz da suspeição parecer que esta póde ter fim, o Juiz recusado esperará que se vençam os 45 dias.—Ord. L. 3º, T. 21, §§ 21 e 22; Carta Régia de 15 de Julho de 1605; Ass. de 16 de Janeiro de 1619.

Se findos os 45 dias não estiver terminado o incidente da suspeição, proseguirá no feito o Juiz recusado; e o Juiz da suspeição não consentirá que se falle mais nesta, havendo a causa por finda, não obstante quaesquer embargos que a parte allegar.—Cit. Ord. §§ 21 e 22.

Neste caso será a parte condemnada nas custas de retardamento, que serão logo executadas, e o que as vencer, não será obrigado a restituil-as á parte, ainda que esta vença a causa principal.—Ord. cit. § 4º.

Se a suspeição fôr julgada improcedente, ou não provada, ou se a parte della fôr lançada, por se ter esgotado o prazo, ou por qualquer outro motivo, não vier com ella de novo na mesma causa,

ainda que jure que lhe veio ella de novo; salvo se jurar que nova é a causa de que ella nasceu.—
Cit. Ord. § 12.

Para que a suspeição caduque, pelo esgotamento do termo, é mister que a isto tenha a parte dado causa, visto como ninguem póde ser prejudicado por facto alheio.

Este é o processo das suspeições intentadas contra os Juizes municipaes e os de direito das comarcas geraes, que serão decididas:

—Quando oppostas áquelles pelos Juizes de direito—Lei n. 2033, de 20 de Setembro de 1871, art. 11; e Decreto n. 4824, de 22 de Novembro do mesmo anno, art. 69.

—Quando oppostas aos Juizes de Direito de comarcas geraes, pelo Juiz de Direito da comarca mais visinha do termo, em que se se arguir a suspeição—Lei e Regul. cit.

—Quando oppostas aos Juizes de Direito de comarcas especiaes, pelo Presidente da Relação.—Cit. Lei e Regul.

O processo da suspeição opposta aos Juizes de Direito da comarca especial é o seguinte.—Decr. n. 5618, de 2 de Maio de 1874, art. 149:

«Será a excepção opposta em audiencia e offercida por advogado.—Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 81.

«Se o Juiz reconhecer a suspeição, o escrivão officiará ao substituto, communicando-lhe que

compete-lhe o conhecimento e decisão do feito entre partes F. e F. por se haver averbado de suspeito o Juiz F.— Cit. Regul. n. 737, art. 82.

« Se, porém, o Juiz não reconhecer a suspeição, ficará suspenso o curso da causa, até que seja a mesma suspeição decidida, remetendo o escrivão immediatamente os autos á autoridade competente, que é o presidente da Relação.—Cit. Regul. n. 737, art. 83.

« Recebendo os autos conclusos, o presidente da Relação decidirá preliminarmente se é legitima a suspeição.—Regul. cit. art. 85.

« Se não militar contra o recusado nenhuma das causas de suspeição, que já mencionámos neste comm., o presidente da Relação condemnará a parte nas custas em tres dobro e a causa proseguirá seus termos. — Cit. Regul. n. 737, art. 87.

« Sendo, porém, legitima a suspeição, o presidente da Relação ouvirá ao Juiz, aprazando-lhe termo rasoavel.—Regul. cit. art. 88.

« Findo o termo da audiencia, e cobrados os autos, sendo mister, seguir-se ha a dilação das provas, que será de dez dias, e ouvidas as partes no termo de cinco dias, assignados a cada uma dellas, o presidente da relação decidirá definitivamente, e sem recurso, a suspeição.—Cit. Regul. n. 737, art. 89.

« Se proceder a suspeição pagará o Juiz as custas

ea causa será devolvida, a quem dever substituil-o.

—Cit. Regul. n. 737, art. 90.

« Não procedendo a suspeição, a causa proseguirá, e a parte pagará as custas.—Regul. Cit. n. 737, art. 91.

O Presidente da Relação póde impôr a multa de 50\$000 a 100\$000 á parte que, com manifesta má fé e calumniosamente propuser a suspeição.

—Cit. Regul. n. 737, art. 94.

As suspeições oppostas aos desembargadores serão conhecidas e decididas pelos respectivos presidentes, nos termos do Regul. n. 5618, de 2 de Maio de 1874, art. 15 ; e processados na fórma dos arts. 135 a 149 do mesmo Regul.

Nas causas summarias, de que tratam os arts. 64 e 65 do Regul. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, e de que conhecem e julgam os juizes municipaes nas comarcas geraes ; e nas summarissimas, de que trata o art 63 do cit. Regul. e são julgadas pelos Juizes de paz ; a excepção da suspeição terá o seguinte processo :

« A decisão do Juiz de Direito sobre ella será peremptoria.

« A suspeição será opposta em audiencia, por escripto ou verbalmente.

« Se o Juiz municipal, ou de paz, não reconhecer-se suspeito, depositada a caução subirá o processo, com a resposta do Juiz recusado ao Juiz de Direito, que ouvirá verbalmente e de plano as

testemunhas offerecidas pelo recusante e pelo recusado, citadas umas e outras préviamente para deporem. — Regul. de 22 de Novembro de 1871, art. 63, § 10.

Se o réu praticar perante o Juiz algum acto, pelo qual pareça consentir nelle, não poderá mais allegar a excepção de suspeição, salvo se esta sobrevier de novo, não se entendendo haver o réu consentido no Juizo por ter pedido vista do libello.— Ord. L. 3º, T. 21 pr. e §§ 1º e 2º; e T. 49, § 1º.

O Juiz, que como testemunha, jurou na causa nada saber a respeito, não póde ser dado de suspeito.—Cit. Ord. L. 3º, T. 21, § 13.

Não será legitima, e, portanto, não terá lugar a suspeição nos seguintes casos :

1.º Quando a parte demanda o Juiz perante o qual litiga, por causa que poderia ter accionado, antes de saber que era elle Juiz do feito ; quando o injuria, ou de outra qualquer fórma provoca a causa da suspeição.—Cit. Ord. §§ 25 e 26.

2.º Se apesar de ter sido o Juiz julgado por suspeito em outra causa, a parte consentir nelle, a menos que a suspeição não venha de novo por nova causa. — Cit. Ord. § 27.

3.º Nas causas de execução de sentença ; salvo conhecendo-se nellas os artigos.—Ord. cit. § 28 ; Decr. de 31 de Outubro de 1831 ; Barb. ad Ord. cit., n. 3 ; Phæb. part. 1ª, arts. 10, 13, 17, 94.

4.º Nas causas de partilhas ; em que o Juiz recusado tomará por adjuncto um outro Juiz, ao qual se não poderá pôr suspeição alguma.—Ord. L. 4º, T. 26, § 25 ; Port. de 20 de Outubro de 1807 ; Av. de 24 de Setembro de 1838, e de 23 de Maio de 1839.

Os escrivães tambem pôdem ser dados de suspeitos, e como taes se devem declarar nos mesmos casos, em que o são os Juizes.—Ord. L. 3º, T. 23 pr. ; Per. e Souza., not. 289 ; Cod. do Proc. Civ. Fr., art. 66.

O processo da suspeição será o mesmo da suspeição dos Juizes municipaes e de Direito das comarcas geraes ; com as seguintes modificações:

1.ª Averbado de suspeito em audiencia o escrivão, o Juiz, a requerimento da parte, fará o feito passar para o escrivão companheiro, e na falta a outro official, que nomeará a apprazimento das partes ; e o escrivão nomeado escreverá no feito até final decisão da suspeição, ou até que expire o prazo dentro do qual deve ella terminar.—Ord. L. 3º, T. 23, § 1º.

2.ª Não havendo deposito de caução ; mas a parte, se a suspeição fôr julgada improcedente, ou não provada, pagará ao escrivão recusado seu salario em dobro, além do que pagar ao que o substituir o que este tiver vencido.—Cit. Ord. § 2º.

3.ª Não lhes poderá ser a suspeição opposta

2.º De incompetencia.—Ord. L. 3º, T. 20, § 9º; T. 49, § 2º. (C. CL.)

nas causas de execução, a menos que não seja sobre embargos de terceiro, e artigos de preferencia e habilitação. — Cit. Ord. § 3º; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 95.

A suspeição posta ao Juiz não se communica ao escrivão; mas não póde o Juiz da causa ser o da suspeição posta ao escrivão.— Ord. L. 3º, T. 24; Av. de 17 de Agosto de 1838.

Da excepção de suspeição posta aos escrivães da relação, conhece o respectivo presidente *ex-vi* do art. 14, § 22, n. 2, do Regul. n. 5618, de 2 de Maio de 1874.

Concluida a materia de suspeição, diremos que de suspeitos tambem pódem ser dados: os contadores.— Ord. L. 1º, T. 91 pr. ; os avaliadores e arbitradores quer nomeados pelo Juiz, ou escolhidos pelas partes.—Ord. L. 3º, T. 17, § 1º.

COMMENTARIO CL

AO N. 2 DO § 138

A excepção de incompetencia, conhecida tambem por *declinatoria fori*, deve ser proposta antes de qualquer outra, que não seja a de suspeição.—Ord. L. 3º, T. 49, §§ 1º e 2º; sob pena

de consentir a parte no Juizo, cuja incompetencia argúe, e prorogar-lhe a jurisdicção, se prorogave fôr ella, como se vê da Ord. cit., T. 49, § 2º *vers.*: — *se elle fôr capaz de prorogação*, salvo se prorogavel não fôr a jurisdicção, porque póde a *incompetencia* ser arguida em qualquer tempo.— Ord. L. 3º, T. 89, § 1º.

Da decisão sobre a *excepção de incompetencia* cabe o recurso de agravo de petição, ou de instrumento, ainda que a causa caiba na alçada do Juiz de cuja jurisdicção se declina, differindo nisto ella de todas as mais excepções para as quaes o recurso é o de agravo no auto do processo.— Regul. de 15 de Março de 1842, art. 15, § 1º; Ord. L. 1º, T. 6º, § 9º; L. 3º, T. 20, § 9º.

Como a competencia é jurisdicção apropriada á hypothese, d'ahi vem que a nullidade resultante da incompetencia identifica-se com o da falta de jurisdicção no principio—*nulla major nullitas invenire potest, quam illa quæ resultat ex defectus potestatis*.

Por essa razão Ass. do L. 3º, T. 75 pr.; T. 87, § 1º; T. 11 pr.; L. 1º, T. 5º, § 8º; L. 2º, T. 63, § 9º; e Alvs. de 22 de Outubro de 1733 e de 26 de Outubro de 1745, dispõem que —*nullos são todos os actos e a sentença dada por Juiz incompetente*.

Entretanto, apesar de todo o rigor dessas dis-

posições, devemos attender, e é actualmente a pratica do fôro, que :

1.º Não procede a nullidade, se a incompetencia não é arguida pela parte e a jurisdicção é prorogavel.

2.º Remettem-se os proprios autos ao Juizo competente, se a jurisdicção é prorogavel ; por que a incompetencia não annulla os actos probatorios, mas sómente os decisorios.—Cabed. Decis. 36 e 159, n. 2 ; Moraes, L. 1º, cap. 8º, n. 4.

A excepção de incompetencia deve ser opposta perante o Juiz da causa, porque só elle é que póde reconhecer se é ou não competente, se falta-lhe ou não jurisdicção.

Se ao precatorio vier a parte com embargos, deve o Juiz deprecado remettel-os ao deprecante, para delles tomar conhecimento.—Arg. da Ord. L. 1º, T. 10, § 10 e da lei de 30 de Outubro de 1751; salvo se dos mesmos embargos reconhecer o Juiz deprecado, que inepto é o precatorio, ou incompetente o Juiz deprecante. Neste caso deverá conhecer dos referidos embargos, e o não querendo fazer, póde a parte aggravar da petição, ou instrumento.

Emquanto não fôr firmada a sua competencia pela decisão da respectiva excepção, não deve o Juiz da causa determinar acto algum, ainda que esta seja summaria e obrigue a deposito.—Ass. de 23 de Março de 1786.

3.^a De prevenção. (c. CLI.)

Para a remessa dos actos, ou dos embargos, deve a parte ser citada.—Ord. L. 3.^o, T. 20, § 7.^o.

Não pódem declinar do fôro os oppoentes, nem os chamados á autoria. — Ord. L. 1.^o, T. 45, § 11; Silv. ad Ord. L. 3.^o, T. 20, § 32, n. 14; e T. 45, § ult.

A excepção de incompetencia tem lugar em todas as causas, ainda naquellas em que a Fazenda Nacional é interessada, e nas de juramento d'alma, menos nas de execução. — Mend. part. 1.^a, L. 3.^o, cap. 3.^o, n. 47; e part. 2.^a, cap. 21; Apps. 1, n. 81; França, cap. 21, § 4.^o, n. 106; Silv. L. 3.^o, T. 86 pr., ns. 22 e 23; Cabed. part. 1.^a, decis. 22, n. 6.

Por parte da Fazenda costuma-se a requerer no Juizo dos Feitos *avocatorias* ao em vez de vir-se com *excepção de incompetencia*; mas essa excepção feita á excepção de incompetencia é autorisada pelo art. 12 da lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841, que não pôde ser extensiva aos particulares, como suppõe Ribas no art. 570 da sua Consol. quando entende que a requerimento da parte deve o Juiz competente mandar passar — *carta precatoria avocatoria*.

COMMENTARIO CLI

AO N. 3 DO § 138

A prevenção dá-se entre dous ou mais Juizes

competentes para conhecer do mesmo negocio.—
Av. de 15 de Outubro de 1832.

E' ella a prioridade de sugeição da causa ao conhecimento de um dos Juizes competentes, e o direito que desse facto lhe resulta para preferir aos demais na continuação do processo.

A prevenção nasce da citação, que é o acto introductivo do conhecimento da causa, e que deverá ser :

1.º Legalmente feita e accusada em audiencia, sob pena de não produzir a prevenção.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 18.

2.º Nem anticipada, nem fraudulenta.

3.º Para a causa *principal*, e não para algum de seus *preparatorios*.—Lobão, Seg. Linh., not. 87.

A excepção, pois, de prevenção, desde que tornar dependentes os direitos das partes e a continencia da causa que não é sugeita a sentenças contradictorias, como diz Poncet. do Juiz que primeiro começou a funcionar na mesma causa, deve conter a identidade de *cousa*, de *causa*, de *pessoa* e de *suas qualidades*.—LL. 12, 13 e 14 *ff de except. rei judic.*; Cod. Civ. Fr., art. 1351.

A lei 12 dizia :

—*Quem quæritur hæc exceptio, noceat necne, inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum, quæ nisi omnia concurrent, alia res est.*

4.^a De litispendencia. (c. CLII.)

E Neracio na lei 27 *ff eod.* reduziu o texto dessa lei nas seguintes palavras :

—*Personæ, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis.*

COMMENTARIO CLII

AO N. 4 DO § 138

A excepção de *litispendencia*, como a de *prevenção*, funda-se na conveniencia de não dividir-se a continencia de causa.

Differe da de *prevenção* em que esta tem por fim cohibir o *non bis in idem*, no concurso de diversos processos da mesma natureza ante diversos Juizes, e a *litispendencia* tem por fim fazer esse obstaculo no concurso de identicos processos ante o mesmo Juiz.

Para que se verifique a *litispendencia* é mister que em Juizo corra outro feito em identidade de cousa, de causa e de pessoa.—Mend. part. 1.^a, L. 3.^o, cap. 3.^o, § 3.^o, n. 11; França a Mend. cap. 21, § 4.^o, n. 58; Per. decis. 22, n. 4; Guerra Tr. 4.^o, L. 3.^o, cap. 9.^o, n. 2.

Para haver, pois, esta triplice identidade nas duas cousas é preciso que em ambas seja a mesma:

1.^o A cousa que se pede seja esta singular, ou

colletiva, ou se peça na segunda accessorio da primeira.

2.º A causa de pedir, quer proxima, quer remota, isto é, nas acções reaes, o modo da aquisição de dominio, e nas pessoas o contracto d'onde nasce a obrigação.

3.º A qualidade das pessoas, que figuram como autor e réu.—Fr. 7, § 1º; Fr. 11, § 61; Fr. 12, 13, 14 e 21, § 1º; e Fr. 23 Dig.—*de except. lei judic.*; Fr. 11, § 4º; e Fr. 47 Dig.—*de petit hæred.*; Fr. 25, § 1º; e Fr. 24, Dig.—*de liber. caus.*; Fr. 23, Dig.—*de judic.*; Const. 3ª, Cod. *de petit. hæred.*; Savigny, Tr. de Dir. Civ. Rom., § 296 e seg.

A propositura da acção ordinaria para nullidade do contracto não produz *litispendencia* para a acção summaria, que provém da escriptura do mesmo contracto; mas pôde ter lugar a *litispendencia*, mesmo que a acção seja arbitral e a causa pendente ou o Juizo provocado por terceiro, como socio, ou co-herdeiro, desde que se verifique as condições dos ns. 1, 2 e 3 supra-mencionados.—Mend. part. 1ª, L. 3º, cap. 6º, § 3º, n. 13, e cap. 22, n. 33; Moraes, L. 1º, cap. 7º, n. 22 e seg.; Silv. ad Ord. L. 3º, T. 16, n. 32.

Se, porém, na acção summaria decendial forem recebidos os embargos, com que vier a parte, e tambem sido allegadas as nullidades, que forem objecto da acção ordinaria; neste caso consti-

§ 139

Pertencem á terceira classe as excepções :

1.^a A de libello inepto.—Ord. L. 3^o, T. 20,
 §§ 16, 17 e 22. (C. CLIII.)

tue-se a litispendencia, porque a causa é a mesma em ambas as acções — *a nullidade do contracto*; a causa de pedir é a mesma — *o contracto*; — a qualidade das pessoas a mesma, porque o autor na acção ordinaria, tornou-se tambem autor na summaria, pelo recebimento dos embargos ; e assim verifica-se a triplice identidade exigida para a *litispendencia*.

COMMENTARIO CLIII

AO N. 1 DO § 139

Sobre libello inepto não se deve proferir sentença e sim regeital-o o Juiz de seu proprio officio. — Ord. L. 3^o, T. 26, §§ 5^o e 16.

E' inepto o libello, quando de sua narração não se conclue, ou deduz acção, ou razão para condemnação, o que se dá, não só quando o direito não é applicavel ao factó, mas ainda quando o autor não junta ao libello os documentos, que nelle menciona, ou que são indispensaveis para a prova de sua intenção ; razão porque, tanto póde a ineptidão do libello ser arguida pelo réu me-

2.ª De falta de conciliação. — Const. Polit. do Imp. art. 161 ; Port. de 23 de Agosto de 1834 ; Av. de 9 de Abril de 1836 ; Lei de 15 de Outubro de 1827, art. 5º, § 1º ; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 23 ; Decr. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, art. 63. (c. CLIV.)

diante excepção, como o Juiz decretal-a *ex-officio*, regeitando *ipso facto* o libello.—Per e Souz. notas 292, 255 e 265 ; Heinec. *ad. Pandect.*, part. 1ª, § 335 ; Moraes *de execut.*, liv. 3º, cap 2º, n. 31.

Julgada provada esta excepção, o Juiz absolve o réu da instancia, cabendo dessa decisão appellação, por dizer respeito á causa, e não á ordem do Juiz, a referida absolvição ; porquanto neste ultimo caso, isto é, se a absolvição da instancia dizem respeito á ordem do Juizo, o recurso seria de agravo de petição, ou de instrumento, nos termos do art. 15, § 2º do Regul. de 15 de Março de 1842.

—
COMMENTARIO CLIV

AO N. 2 DO § 139

Sendo a *conciliação* um preceito constitucional, uma medida de ordem publica, a condição essencial para a validade dos processos civeis e com-

merciaes, a sua falta importa nullidade insanavel e insupprivel.—Disp. Prov. art. 17—, a qual deve ser pronunciada *ex-officio* pelo Juizo do feito no contencioso, ainda que a parte não a argúa, por ser essa nullidade substancial, absoluta. — Ord. L. 3º, T. 63, § 5º.

Ora, sendo a conciliação uma tentativa que a lei destina a evitar um pleito, não só no interesse das partes, mas tambem da ordem publica, como a doutrina Berriat de Saint-Prix; a sua falta no processo constitue materia de excepção dilatoria, porque a sua prova não sendo testemunhal, não depende da dilação probatoria, o que tambem lhe não mudaria o character.

Julgada provada a excepção, julga o Juiz nullo todo o processado; da conciliação em diante.

Dizemos *da conciliação em diante* porque havendo actos que pódem ser praticados antes da tentativa conciliatoria em vista da Disp. Prov., a falta da conciliação não annulla esses actos, mas sim aquelles que se deveriam seguir a ella.

Assim, por exemplo, no processo do aresto a falta de conciliação não invalida, nem annulla, a prova, que dada no triduo, foi julgada procedente.

E não é sómente a falta de conciliação que annulla o feito, senão a falta de identidade entre a conciliação e a acção.

3.^a A de falta de citação inicial. — Ord. L. 3.^o, T. 63, § 5.^o; Per. e Souza., not. 191;

Pedindo-se, pois, na acção cousa differente, ou maior, ou por causa differente, ou a pessoa diversa, e de diversas qualidades, das de que se tratou na conciliação, é, *ipso facto*, insanavelmente nulla a acção, por isso que não se satisfaz o preceito constitucional, visto como os meios de chamar as partes á concordia se dirigiram a fim diverso da acção.

Assim, se Pedro chama Paulo á conciliação para pagar-lhe 200\$000 de alugueis de casa, e depois intenta-lhe uma acção decendial, esta é nulla, porque não ha identidade de acção. — Acc. da Relação da Côrte, de 20 de Março de 1855.

E', portanto, essencial que entre o objecto da conciliação e o da acção verifique-se o seguinte:

1.^o Que seja a mesma a cousa que se pede, quer singular, quer collectiva.

2.^o Que a causa a pedir, quer proxima, quer remota, isto é, nas acções reaes o modo de adquirir o dominio, e nas pessoas o contracto, de que resulta a obrigação, seja a mesma.

3.^o Que sejam as mesmas as pessoas que figuram como autor e réu.

4.^o Que tenham taes pessoas as mesmas qualidades.

Almeid. e Souza., *ibidem*, e Execut. por Sent.,
§ 208. (C. CLV.)

COMMENTARIO CLV

AO N. 3 DO § 139

A primeira citação, sendo o principio e o fundamento de toda a ordem judicial — *immo citatio est principium et fundamentum totius iudicii*. — Inst. de Just., tit. 16, § 3º; de sorte que, sem ella, não se póde tomar conhecimento de negocio algum judicial, — *sine citatione nulla potest esse causa cognitio*. — Valasc. part., cap. 7º, n. 2; a sua falta importa insanavel nullidade para o feito e decisão. — Ord. L. 3º, T. 63, § 5º; e T. 75 pr.

E é a primeira citação considerada a base e o principio do Juizo. — Ord. L. 3º, T. 1º, § 2º; L. 1ª ff de — *in jus vocandi*, Wanguerve; — Prat. Jud., cap. 6º, §§ 1º a 6º, porque tem ella sua origem no direito divino e natural. — Ord. L. 2º, T. 1º, § 13; Alv. de 25 de Setembro de 1769, razão porque não póde ser negada a ninguem. — Ord. L. 3º, T. 71, § 2º; L. 4º, T. 43, § 1º; Alv. de 19 de Fevereiro de 1764; de sorte que, desde que sem ella em Juizo praticar-se qualquer acto, é este nullo, porque não se guardou as fórmulas leaes, não foram as Ordenações guardadas, como diz o Repert., vol. 3º, pag. 721. — *Omnia contra legis formam, gesta nullitatis vitio laborant, ut*

4.º A de falta de consentimento da mulher, versando o litigio sobre bens de raiz. — Ord. L. 3º, TT. 47 e 63, §§ 1º e 2º. (c. CLVI.)

expluribus Ordenationis locis, aliusque juribus late comprobatur.

Assim, pois, desde que tiver deixado de ser o réu citado, antes de contrariar o libello, póde oppôr a *excepção de falta de citação inicial*, e julgada esta provada, do ventre dos autos, será o réu absolvido da instancia, cabendo da decisão recurso de agravo de petição, ou de instrumento, por dizer respeito á ordem do Juizo a mesma absolvição.

COMMENTARIO CLVI

AO N. 4 DO § 139

Nullus é o processo e a sentença dada na demanda, que o marido agita sobre bens de raiz, sem outorga da mulher. — Ord. L. 3º, T. 47 pr.

A outorga, como bem explica Per. e Souza not. 101, e Borg. Carn., vol. 2º, pag. 94, deve ser expressa; não bastando o tacito consentimento.

O consentimento da mulher casada, derivando-se da natureza do contracto matrimonial e bens immoveis, e sendo uma justa protecção dada pela lei á meiação e futuro da mulher, faz-se necessario, não sómente para o começo da causa sobre bens de raiz e os a elles equiparados, referidos

por Borg. Carn., vol. 2º, § 120, n. 36, e Digest. Port., vol. 2º, arts. 387 e 392, mas também é preciso para o seguimento da appellação. — Ord. L. 3º, T. 74, § 4º; Borg. Carn., § 124, n. 16; não sendo, porém, necessario para os incidentes da causa. — Borg. Carn., n. 17.

Se a mulher nega ao marido o seu consentimento para demandar sobre bens de raiz, e as suas pendencias, deve o marido requerer ao Juiz, tanto na primeira, como na segunda instancia, supprimento do consentimento da mulher. — Digest. Port., vol. 2º, art. 389; Per. e Souz., not. 161; Ord. L. 3º, T. 64, § 4º, e T. 47, § 5º; Repert., vol. 4º, pag. 279.

Se, porém, o marido não requer supprimento do consentimento da mulher e propõe a acção, póde o réu, antes de contrariar o libello, vir com a *excepção de falta de consentimento*; e não sendo supprido o dito consentimento, nem posteriormente ao libello, e antes da sentença, prestado pela mulher, o Juiz julgará provada a excepção e nullo todo o processado.

Apezar, porém, de decretada por sentença essa nullidade, o autor, aggravando da sentença, por petição ou instrumento, e requerendo antes de subirem os autos á segunda instancia, que seja o dito consentimento supprido, e o sendo, o Juizo da primeira instancia julgará por seu despacho de agravo revalidada a nullidade, e mandará que

§ 140

Pertencem á quarta classe as excepções :

1.^a De falta de implemento do contracto.
— Fr. 13, § 8º, Dig. de act. empt. 19—1º;
Moraes, L. 6º, cap. 4º, n. 8. (c. CLVII.)

venha o réu com a sua contrariedade, no prazo da lei.

Advirta-se, que esse consentimento não é preciso, se os conjuges estão separados. — Per. e Souz., not. 221.

COMMENTARIO CLVII

AO N. 1 DO § 140

Por meio desta excepção póde o réu, ou *rescindir o contracto*, por falta do cumprimento da obrigação da parte do autor, ou addiar o cumprimento de sua obrigação para quando o autor cumprir de sua parte o que tambem deve.

No primeiro caso a excepção é *peremptoria*, porque póde ter applicação a regra do art. 1118 do Cod. Civ. Fr., que o Dig. Port. consagrou no Liv. 1º, n. 99, nos seguintes termos :

— « Em todos os contractos que produzem obrigações bi-lateraes, sempre subentende-se a condi-

2.^a De contracto condicional.—Ord. L. 3.^o,
T. 35. (c. CLVIII.)

ção resolutive de poder uma das partes requerer a dissolução de sua obrigação, se a outra parte não presta-se a cumprir a sua. »

No segundo caso o excipiente opporá que a sua obrigação não é exigivel, emquanto o excepto não cumprir o que está sujeito; e, neste caso, a excepção é *dilatatoria*.

COMMENTARIO CLVIII

AO N. 2 DO § 140

Per. e Souz. e outros praxistas chamam essa excepção — *de pacto de não pedir a divida antes de tempo certo* —; Teix. de Freit., § 147, n. 2, de Per. e Souz. chama de — *contracto a credito* — e nós, com mais plausivel fundamento, chamamos de — *contracto condicional*, — porque a razão de — *tempo não vencido* —, que levou Teix. de Freit. a considerar *credito*, resolve-se em — *condição de tempo* —; e como nesta excepção o excipiente póde oppôr, ou que o tempo do contracto não está vencido, ou que a condição nelle estipulada não está cumprida, reduzem-se ambas ás obrigações a condições.

128

3.^a De concordata. — Cod. Com., art. 852.
(C. CLIX.)

4.^a Da moratoria. — Cod. Com., art. 903.
(C. CLX.)

5.^a De excussão. — Ord. L. 3^o, T. 92;
L. 4^o, T. 3^o e T. 59. (C. CLXI.)

COMMENTARIO CLIX

AO N. 3 DO § 140

A concordata póde ser allegada, não só por via de excepção, em que o réu oppõe que a sua dívida, em vista da sua *concordata*, não é por ora pagavel, como por meio de embargos, segundo o disposto no art. 577, § 4^o do Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850.

COMMENTARIO CLX

AO N. 4 DO § 140

Como na concordata, póde tambem a moratoria ser allegada por via de embargos, e com os mesmos fundamentos. — Regul. e art. cit., § 3^o.

COMMENTARIO CLXI

AO N. 5 DO § 140

Esta excepção, hoje, só póde ser allegada pelo simples fiador, que opporá não seja demandado,

emquanto não fôr, pelo credor excepto, executado o principal devedor; por isso que o beneficio da *excussão* que havia em materia de *hypotheca*, foi derogado pelo art. 1º, § 2º da lei *hypothecaria*, n. 1237, de 24 de Setembro de 1864.

Não pôde, porém, ser allegada essa excepção:

1.º Quando estiver ausente o principal devedor, porque, se o fiador o requerer, ser-lhe-ha concedido prazo sufficiente para trazer o devedor a Juizo; e com este, se vier, correrá o litigio, e do contrario, com o fiador. — Ord. L. 4º, T. 59 pr.; L. 3º, T. 92.

2.º Quando o principal devedor fôr tão pobre, que não possa pagar a divida, e disso estiver certificado o Juiz, poderá ser demandado o fiador na parte em que os bens do devedor não cheguem. — Ord. L. 4º, T. 59 pr.

3.º Quando a qualidade de fiador fôr por este negada. — Ord. cit. § 1º.

4.º Quando o fiador houver expressamente renunciado o beneficio da *excussão*. — Cit. Ord. § 2º.

5.º Quando se houver o fiador obrigado, como fiador e principal pagador, ou sómente como principal pagador. — Cit. Ord. § 3º.

Sendo dous, ou mais, os fiadores, serão obrigados á fiança solidariamente, independentemente da renuncia do beneficio de divisão, que se acha revogado, a menos que não tenha a parte estipu-

6.º De espolio. (c. CLXII.)

SECCÃO XXVIII

Das excepções peremptorias

§ 141

São *peremptorias* as excepções que perimem a acção, por não ter o autor direito a ella. — Ord. L. 3º, T. 5o pr.

lado expressamente, que cada um se obrigue pela sua parte. — Cit. Ord., § 4º.

A excepção de excussão não póde ser opposta pelos co-réus *debendi*. — Fr. 11, § 2º; Dig. *de duob. rer.*, 45—2; Savigny, Tr. des Obrig., cap. 1º, § 15 e seg.

COMMENTARIO CLXII

AO N. 6 DO § 140

Essa excepção é *dilatoria*, quando o réu oppõe simplesmente que não se acha na posse da coisa demandada por esbulho pelo autor excepto committido; é *peremptoria*, quando oppõe esse esbulho, allegando e provando ser o dono da coisa demandada.

§ 142

Dividem-se ellas em tres classes, a saber:

1.^a Excepções que perimem a acção pela exclusão de direitos extinctos.

2.^a Excepções que perimem a acção pela exclusão de direitos annullaveis. (c. CLXIII.)

3.^a Excepções que perimem a acção pela exclusão de direitos nullos.

COMMENTARIO CLXIII

AO N. 2 DO § 142

Nesta parte não seguimos, nem a divisão de Per. e Souz., § 129, nem a de Moraes Carvalho, § 254, nem a de Teix. de Freitas, de que, comtudo, nos approximamos mais.

Não seguimos a divisão de Per. e Souz., porque dividindo elle as excepções peremptorias em: — excepções que perimem a acção, *ipso jure*, e excepções que excluem a acção *por certas e justas causas*, deixou interminavel esta segunda classe de excepções, produzindo assim na ordem do processo uma versatilidade que lhe não é propria.

Não seguimos tambem a divisão de Moraes Carv., porque não é exacto que as excepções peremptorias nasçam, umas no momento em que se contraem as obrigações, e outras depois dellas,

§ 143

Pertencem á primeira classe das excepções peremptorias, isto é, ás que perimem a acção pela exclusão de direitos extinctos :

1.^a A de *cousa julgada*. — Ord. L. 3.^o, T. 20, § 15, e T. 50 pr. (c. CLXIV.)

visto como, a ser assim, teriamos excepções peremptorias para as acções pessoas unicamente.

Não seguimos no todo a divisão de Teix. de Freit., § 148, de Per. e Souz., porque elle suppõe ahi que as excepções peremptorias tendem mais a excluir direitos, do que a perimir a acção, quando, entretanto, as excepções pertencem á organização dos processos, e não á validade e reconhecimento de direito das partes.

—

COMMENTARIO CLXIV

AO § 143

Esta excepção é originada do principio de que — *cousa julgada* — indica uma decisão, não mais sujeita a recurso, ou porque este não é concedido por lei, ou porque a parte d'elle não usou em tempo, ou porque já foi elle esgotado, decisão cujo effeito é tido por verdade — *res judicata pro veritate habetur*.

Para constituir a *cousa julgada*, são necessarios tres requisitos.—Cod. Civ. Fr., art. 1351, LL. 12, 13 e 14 *ff de except rei judic.*:

1.º Identidade de objecto, isto é, que a cousa pedida na segunda acção, seja a mesma que se pedio na primeira.

Assim, por exemplo, não tem força de *cousa julgada* para a importancia de uma divida a sentença que obrigar o devedor a pagar juros dessa quantia, que foi simplesmente enunuciada nessa causa.

Não é, porém, necessario, que a identidade do objecto seja absoluta, ou integral, ou como dizem os Jurisconsultos romanos, não deve ella ser literalmente entendida. Basta que o objecto da segunda questão seja parte *integrante*, ou *accessoria* do mesmo direito, sobre que recahira o primeiro julgamento, ou esteja virtualmente comprehendido nelle.—Ulpian., L. 7º, § 1º *ff de except rei judic.*; vindo d'ahi a regra da L. 113, D. *de reg. Jur.*—: *In toto pars continetur.*

Não tem lugar, entretanto, o que vimos de dizer, com relação áquelles direitos, que, quanto ligados ao objecto da primeira demanda, todavia são distinctos e especiaes.—Pomp. L. 21, § 3º, *ff de reg. jur.*

Assim, por exemplo, aquelle, que foi vencido na acção de reivindicação de sua propriedade, póde depois pedir o *usufructo* della, porque póde o

titulo, que lhe não conferio o dominio pleno dessa propriedade, conferir-lhe, entretanto, o usufructo, propriamente dito, sem alguma servidão, que são direitos distinctos, e consequentemente objecto de demandas especiaes, que não ficaram prejudicadas com a geral; tal é a maxima tirada da Gloza ad Leg. 2, C. de judic: — *Sententia generalis lata super petitione generali restringitur ope replicatione ad prosecuta tantum*; e que combina com a Pandect. tit. de except rei judic.: — *quod hic dicitur, de tignes domus, tabulis navis et ila limitandum est, si tanquam partes ejus rei, quæ petita fuerit, petantur; alioquem recte peti possunt.*

2.º Quer seja a mesma a causa de pedir.

Nas acções pessoas póde-se pedir successivamente a mesma cousa por diferentes causas de obrigação.—Lei 14, § 2º, ff. de except. rei judic. — *Actiones in personam ab actionibus in rem in hoc different, quod quem eadem res ub e odem mihi debeat, singulas obligationes singulæ causæ sequentur, nec ulla eorum alterius petitione vitiatur.*

Nas acções reaes póde-se reclamar successivamente a mesma propriedade por diferentes titulos, sem que possa a perda de uma dessas demandas prejudicar a sorte das outras.

Assim Pedro póde decahir da acção de reivindicção, por não ter sido julgado valido o seu titulo de compra; e depois póde novamente

propôr acção para reivindicar-a mediante o titulo de successão *ab intestato* ; e aqui está, portanto, reclamando-se a mesma cousa successivamente por titulos diversos.

Os que seguem ainda hoje as fórmulas do direito romano, fundados nas palavras : — *nec enim amplius, quam semel res mea esse* — da lei 14, § 2º, in-fin., ff. *except. rei judic.*, combatem esta nossa opinião, concluindo que se não precisa indicar o modo da aquisição do dominio.

Comnosco opinam Teix. de Freitas, not. 339 a Per. e Souza, e Paul. Bapt. § 169.

3.º Que sejam as mesmas as pessoas das duas demandas, isto é, que figurem na mesma qualidade. — *Res inter alios judicata aliis, etc.* — Paul. Baptist., L. 16, ff. *qui pot. pign.*

Essa identidade *subjectiva* das duas demandas pôde-se dar tambem por effeito de representação, de sorte que o representante, obrando depois por si, já é diversa pessoa.

Assim, se alguém demandar a outra, na qualidade de tutor de um menor, não fica impossibilitado de demandar em seu proprio nome o mesmo individuo e pela mesma cousa.

Dados os taes requisitos, tem lugar a cousa julgada, embora seja depois a mesma materia renovada por diverso genero de acção, e a ultima seja mais ampla, e tendo para o mesmo, ou di-

verso fim, por quanto—*electa una via, non datur regressus ad alterum.*

O julgado de causa summaria não estabelece a *cousa julgada* para a acção ordinaria, salvo se a summaria tomou depois curso ordinario.— Não dá, porém, excepção de *cousa julgada* para o processo ordinario sobre dominio de uma causa a sentença que despreza embargos de terceiro, ordinariamente tratados, se versassem elles sobre a posse da mesma cousa, por isso que a acção versa sobre *direito* e os embargos versam sobre *facto*.

A autoridade da *cousa julgada* é attribuida unicamente ás sentenças definitivas e mixtas, proferidas em materia de jurisdicção contenciosa e em juizo plenario, como diz Paul. Bapt.

Assim, pois, não produzem o offeito da *cousa julgada*:

- 1.º Os actos de jurisdicção voluntaria.
- 2.º As méras interlocutorias.
- 3.º As sentenças proferidas em processos preventivos e preparatorios, bem como a que julga o auto procedente ou improcedente.
- 4.º As de condemnação de preceito. — Per. e Souz., notas 571 e 580.
- 5.º As proferidas em Juizo summario, como já dissemos, em relação ao ordinario.—Per. e Souz. nota 578 ; Silv. á Ord. L. 3º, T. 5o pr., n. 21.
- 6.º As sentenças matrimoniaes.

2.^a A de transacção. — Ord. L. 3.^o, T. 20, § 15; e T. 50 pr. (c. CLXV.)

A sentença nulla não autorisa a excepção de *causa julgada*, porque nunca passa em julgado.

Para provar a excepção da causa julgada, basta certidão extrahida do processo, como ensina Ramalho, Prax. Brazil., nota ao § 232; salvo quando reforçar a prova com testemunha, sobre a *identidade de cousas e pessoas*.

COMMENTARIO CLXV

AO N. 2 DO § 143

Essa excepção é semelhante á de *causa julgada*, e por isso exige-se tambem para ella o concurso dos tres requisitos áquella necessarios, a saber:

Identidade de causa.

Identidade de causa de pedir.

Identidade de pessoas e qualidades.

Sem que deposite em Juizo o que recebe em virtude da transacção, tendo havido estipulação de *clausula depositaria*, o excepto não será ouvido sobre a transacção, requerendo-o o excipiente.— Lei de 31 de Maio de 1776.

O excipiente, que fez a transacção com essa clausula, opporá a *falta de deposito* ao excepto, que d'elle recebeu alguma cousa, e arguirá a transacção.

3.^a A de juramento. — Ord. L. 3.^o, T. 20, § 15; T. 50 pr. ; e T. 78, § 1.^o. (c. CLXVI.)

4.^o A de solução.—Ord. L. 3.^o, T. 20, § 15; e T. 50 pr. (c. CLXVII.)

COMMENTARIO CLXVI

AO N. 3 DO § 143

Esta excepção é equiparada ás de *cousa julgada e transacção*; e só diz respeito ao *juramento decisorio*, por ter sido abolido pela Lei de 22 de Setembro de 1828 e o Desembargo do Paço, que dispensava na prohibição do *juramento provisorio* ou confirmatorio.

Nesta excepção opporá o excipiente que o excepto jurou em sua alma, ou elle excipiente em juramento referido, nada ser-lhe devedor.

COMMENTARIO CLXVII

AO N. 4 DO § 143

Na expressão *solução* comprehendem-se todos os modos por que se dissolvem e extinguem as obrigações, como sejam : o *pagamento*, *novação*, *delegação*, *acceptilação*, *compensação*, *quitação*, etc.

Assim evita-se o longo catalogo de Moraes Carvalho, e o imperfeito laconismo de Paul. Bapt.

5.ª A de prescripção.—Cit. Ord. (c. CLXVIII.)

COMMENTARIO CLXVIII

AO N. 5 DO § 143

Nesta excepção deve o excipiente provar : — O titulo, a bôa fé e o tempo da posse a não ser a de 30 annos, em que lhe é dispensavel a prova das duas primeiras condições; incumbindo ao excepto a prova da má fé. — Ord. L. 4º, T. 3º, § 1º; T. 79 pr.

Cumpre advertir aqui que a Res. Imp. de 28 de Dezembro de 1876 declarou que na prescripção de 30 annos não é preciso o requisito da bôa fé ; que pela Ord. L. 4º, T. 3º, § 1º, já era presumida, ainda em falta de titulo.

Começa a correr a prescripção do dia em que o credor pôde intentar acção, porque é ella uma pena imposta á negligencia deste.

As acções pessoaes devem ser intentadas regularmente dentro de 30 annos ; e as reaes duram, emquanto durar tambem o direito, em que elles se fundam.

Assim a acção de reivindicação da cousa movel dura por tres annos, e a da immovel por dez entre presentes, e vinte entre ausentes; as negatorias sobre servidões rusticas ou descontinuas duram por tempo immemorial, pelo qual tambem são adquiridas; mas com relação ás outras servidões,

não basta, como diz Teix. de Freitas., o não uso para prescrições da liberdade do predio; mas é preciso verificar a prohibição de uma parte e a acquiescencia de outra; como succede a respeito dos direitos negativos.

Não prescrevem por trinta, mas por quarenta annos as acções da Igreja e da Fazenda Nacional, salvo se estas succedem no credito de algum particular, porque então devem usar do direito deste.

Começada a prescrição, contra o credor prosegue contra os herdeiros deste e successores, quer por titulo universal, quer por titulo singular.

Contra menores de 14 annos não corre a prescrição pelo favor da lei. — Ord. L. 4º, T. 79, § 2º; mas corre contra os maiores dessa idade, embora tenham o beneficio de restituição até os 25 annos.—Cit. Ord. §§ 2º e 6º, combinada com com a Lei de 31 de Outubro de 1831.

A acção affirmativa da liberdade dos predios não prescreve nunca, assim como a que tem por objecto bens e direitos da Fazenda.—Ord. L. 2º, T. 45, §§ 10 e 55; Alv. de 23 de Novembro de 1770, § 1º; e de 26 de Novembro de 1774, salvo aquelles em que já havia posse immemorial de se não pagarem, como diz Teix. de Freitas.

Interrompe-se a prescrição ou pelo reconhecimento da divida, ou pela citação do devedor. No caso de solidariedade de co-devedores, basta o

reconhecimento feito por um ou a interpellação judicial a qualquer dellês para que fique interrompida a prescripção a respeito de todos; o que, entretanto não tem lugar a respeito dos herdeiros do devedor, porque a obrigação se divide pela partilha, salvo se a divida é de cousa physica, ou intellectualmente indivisivel.

Não ha prescripção em boa fé. — Ord. L. 4º, T. 3º, § 1º, salvo a de 30 annos. — Res. Imp. de 28 de Dezembro de 1876.

Não póde o locatario prescrever contra o locador, ou rendatario, por ser méro detentor, não possuir titulo de propriedade.

Acções ha que prescrevem por menos tempo do que as reaes e pessoaes, como sejam :

1.º A de força nova, que prescreve em um anno e um dia.—Ord. L. 3º, T. 48.

2.º A redhibitoria, que prescreve em seis mezes.—Ord. L. 4º, T. 17.

3.º A de soldada de creados, que prescreve por tres annos, ou por tres mezes, conforme a qualidade do serviço.—Ord. L. 4º, T. 33.

4.º A de honorario, salario e custas de advogados, Juizes, escrivães e officiaes de Justiça, que prescrevem em tres mezes, depois de proferida a sentença definitiva na causa, a que se referem os salarios, ou honorarios.—Ord. L. 1º, T. 79, § 18; T. 84, § 30; T. 92, § 18.

§ 144

Pertencem á segunda classe das excepções peremptorias, que perimem a acção pela exclusão de *direitos annullaveis*. (C. CLXIX.)

1.º A de erro de facto ou de direito, nos casos em que este póde ser allegado. — Dig. de *Jur. et fact. ignor.*, 22, 6 — de *Reg. Jur.*, fr. 116; § 2º, L. 17; *Cod. Com. tit.* 118; § 1º, *Ins. de excep.* 4, 13. — Mello, L. 4º, T. 13, § 4º; Savigny, *Tr. de Dir. Rom.*, App. 8º. — *Dir. Civ. Braz.* T. 3º, cap. 4º. (C. CLXX.)

COMMENTARIO CLXIX

AO § 144

São annullaveis os direitos invalidamente adquiridos, e que invalidamente existem.

Nos casos seguintes das *excepções* pertencentes á segunda classe entram todos os de excepções annullatorias; os tres primeiros por vicio de consentimento e os demais por beneficios da lei.

COMMENTARIO CLXX

AO N. 1 DO § 144

O erro ou ignorancia do facto não torna vicios os *actos licitos*, senão quando fôr *essencial*,

isto é, quando se provar que versára elle sobre a causa principal do acto, ou disposição.

A ignorancia, ou erro, que versar sobre qual quer objecto, facto, ou circumstancia, que não tenha sido a causa principal, será reputado como *accidental*, e não tornará os actos annullaveis.

Essa *excepção de erro*, que Per. e Souz. chama de *indebito*, não tem nenhuma afinidade com a acção de *indebito*, de que trata Corr. Tell., §§ 250 a 252.

Nesta o autor reclama o que indevidamente pagou, e na excepção de *indebito* o *excipiente* allega não dizer a quantia demandada, que por *erro* obrigou-se a pagar.

Haverá erro de direito, quando os agentes não tiverem conhecido a prohibição da lei por um falso juizo do que nella se dispõe.

Não se reputará erro de direito o que não versar sobre a disposição da propria lei, mas sim sobre o direito que cada um se attribuir na supposição da existencia, ou não existencia de algum facto.

Da mesma fórma não se reputará *erro de direito* a falsa applicação de qualquer disposição de lei, não por erro na intelligencia della, mas sómente pela erronea combinação dos factos de sua especie.

Erro de nomeação vicia ou annulla os legados e fidei-commissos, como se vê da seguinte

Sentença (Côrte) do 1º de Fevereiro de 1875:

2.º A de dolo.—Dig. *de dol. mal. et met except.*, 44, 4; Fr. 36 Dig. de verb. oblig.—L. 16; Const. 5ª, Cod. *de inutil. stipul.* 8, 38; § 1º Inst. cit. 4, 13; Mello cit. § 4º. (C. CLXXI.)

« Os erros sobre o lugar do nascimento, sobre um dos appellidos do nome de sua mãe, sobre não ser o Instituto dos Surdos-mudos filiado á Santa Casa da Misericordia (como em geral são nesta côrte os estabelecimentos de caridade protegidos pelo Estado); não passam de lapsos de memoria e de intelligencia, que pódem-se dar em mente sã. »
—*Dir.*, Rev. de Julho de 1876, pag. 425; *Gaz. Juv.*, de Junho do mesmo anno, pag. 447.

—
COMMENTARIO CLXXI

AO N. 2 DO § 144

Haverá *dolo* quando os agentes praticarem o acto, induzidos em erro pela má fé de outrem, isto é, por alguma acção, ou ommissão de outrem, na intenção de prejudical-os na pessoa, ou bens, com algum fim de proveito, ou sem elle, comtanto que haja conluio com um delles contractantes.

O erro dos agentes, quer de facto, quer de direito, vicia os actos licitos, sempre que tenha sido occasionado por *dolo* de outrem; e, tendo havido

3.º A de coacção, ou medo.—Dig. *de dolo malo*, 44—4.—Dig. *quod met. caus.*—4, 2; Fr. 316 *de reg. jur.*—L. 17; Const. 9 *de contract. vel commit. estipul.*—8, 37.—Mello, cit. § 4º. (C. CLXXII.)

usurpação de seus bens, poderão além disso os agentes accusar por estellionato o autor do *dolo*.

Julgar-se-ha *acção dolosa* para induzir em erro, qualquer asserção do que fôr falso, ou positiva dissimulação do que fôr verdadeiro, qualquer artificio, machinação, astucia, suggestão, ou captação, por onde o autor do dolo tenha conseguido o consentimento, ou a realisação do acto; e considerar-se-ha *ommissão dolosa* para induzir em erro a dissimulação tacita, a reticencia, ou occultação do que é verdadeiro, uma vez que se verifique que sem estes ardís o acto não ter-se-hia realiado.

—
COMMENTARIO CLXXII

AO N. 3 DO § 144

Por essa excepção allega o excipiente, que nada deve ao excepto, porque a sua sua obrigação foi contrahida por violencia praticada pelo excepto, ou por terceiro a seu mando.

Para que o medo, a coacção, a violencia, vicie

4.º A de não recebimento de dinheiro nos contratos de mutuo. — Ord. L. 4º, T. 51. (C. CLXXIII.)

o acto, é preciso que ella seja tal que faça impressão sobre uma pessoa razoavel, a ponto de lhe inspirar o receio de expor sua pessoa, ou a sua fortuna a um mal consideravel e presente.—*Metus non vani hominis sed qui in homine constantissimo cadat.*—Leg. 2, Cod. tit. *quod metus causa.*

Não precisa que a violencia seja praticada por *via de facto.*

Circumstancias ha em que se pratica uma violencia maior sobre a vontade de alguem por meio de ameaças, do que com pancadas.—*Ut non dubium sit quin major adhibita vis ei sit, cujus animus sit perterritus quam illi cujus corpus sit vulneratum.*—Cicero, *pro Cincinn.*

E' necessario, porém, que a ameaça, como a violencia por *via de facto*, faça receiar um mal consideravel e presente.—*Metum non jactationibus tantum vel contestationibus sed atrocitate facti probari convenit.* Leg. 9, Cod. *de his quæ vi, etc.*

COMMENTARIO CLXXIII

AO N. 4 DO § 144

Esta excepção é a de *non numeratæ pecuniæ*, de que trata Corr. Tell., no § 320, e que dura ses-

senta dias e não póde ser renunciada no contracto.—Ord. L. 4º, T. 51 pr.

Tem ella lugar nos contratos de emprestimo e de dote.—*Cod. de dot. caut. et non numer.*—5,15.—Cit. Ord. § 5º, e tanto compete ao devedor, como aos seus herdeiros, salvo se o devedor confessou a divida, dando dinheiro por conta, ou em pagamento de juros.—Cit. Ord. § 4º.

Se fôr essa excepção opposta dentro de sessenta dias, ficará o exceptiente desonerado de fazer a prova.—Cit. Ord pr., § 2º.

Tambem póde o exceptiente oppol-a depois desse prazo, comtanto que prove-a por escriptura publica nos casos em que é esta prova necessaria por força da lei.—Ord. Cit. § 6º.

Póde tambem ser ella perpetuada pelo devedor, protestando este dentro dos sessenta dias.— Cit. Ord. § 2º.

Por meio dessa excepção o exceptiente oppõe que não recebeu do excepto a quantia do contracto, porque está sendo demandado, embora em boa fé tivesse declarado na escriptura tel-o recebido.

Se demandado o fiador, allega essa excepção, e comparecendo o devedor principal, reconhece a divida e confessa ter recebido a quantia, essa confissão não prejudica ao fiador, embora o devedor esteja insolvavel.—Ramalho, not. ao § 232.

5.º A do Senatus-Consulto Macedoniano.
— Ord. L. 4º, T. 5o, § 2o. (c. CLXXIV.)

COMMENTARIO CLXXIV

AO N. 5 DO § 144

Esta excepção tanto cabe ao filho familias, como aos seus fiadores. — Cit. Ord. L. 4º, T. 5o, § 2º.

Por meio della oppõe o filho familias, ainda mesmo depois de ter sahido do *patrio poder*, que na qualidade de pessoa inhabil para contractar, e vedada pela Cit. Ord., recebeu do excepto a quantia demandada.

Esta excepção só tem lugar nos contratos de mutuo, e nem mesmo neste quando é feito.

1.º Pelo filho familia commerciante e para esse fim legalmente autorizado. — Cod. do Comm. art. 1º, § 3º.

2.º Com o consentimento, e mandado do pai, porque então este é o responsavel. Ord. L. 4º, T. 5º, § 3º; ou quando o dinheiro emprestado foi empregado em proveito do mesmo pai, como no pagamento de despezas, a que era este obrigado, ou para sua liberdade.—Fr. 7º, § 12, pr. 13, Dig. Cit. Sto. Cto. Maced. — 14, 6; Const. 2 e 5 Cod. Cit. 4, 28; Nov. 175, Cap. 3º, § 13.

3.º Pelo filho familia que está em parte remota, por causa de estudo, guerra, ou serviço publico,

6.º A do Senatus Consulto Velleiano. —
Ord. L. 4º, T. 61. (c. CLXXV.)

devendo nestes casos o pai pagar a divida não sendo de maior quantia, do que a que o pai lhe costumava dar.—Ord. L. 4º, T. 5o, § 4º.

4.º Pelo filho familia que obteve o emprestimo por dolo, declarando-se pai de familia. — Const. 2ª, Cod, *de Sto. Cto. Maced.*—4, 28.

5.º Quanto aos bens do peculio castrense, quasi castrense, ou adventicio pleno.—Fr. 1º, § 3º, e Fr. 3º, Dig. *Sto. Cto. Maced.*—14, 6.

6.º Se, depois de emancipado, o filho familia ratificou, ou reconheceu a divida, expressa ou tacitamente, começando a pagal-a, ou dando caução; sendo neste caso sómente obrigado até o valor da caução. — Const. 2ª, Cod. Cit.—4, 28; Fr. 7º, § 16 e Fr. 9º, pr. Dig. Cit.—14, 6.

7.º Quando o dinheiro emprestado é empregado em pagamento de divida validamente contrahida —Fr. 7º, § 14, Dig. Cit.—14, 6.

COMMENTARIO CLXXV

AO N. 6 DO § 144

Essa excepção póde a mulher oppor ainda tendo, depois de dous annos, se obrigado pela

mesma divida, como fiadora, uma ou muitas vezes, ou quando tem recebido alguma cousa para obrigar-se.—Ord. L. 4º, T. 16, § 10.

Ella compete não só á mulher, como aos seus herdeiros e fiadores, e não pôde ser pela mulher renunciada.—Ord. Cit. § 9º.

Não tem, porém, lugar essa excepção :

1.º Sendo a mulher commerciante, e para isso legalmente habilitada, a respeito do que pertence ao seu commercio.—Cod. Comm. art. 1º, § 4º, e arts. 27 a 29 ; Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 593 ; Ass. de 2 de Dezembro de 1791 ; Av. de 22 de Fevereiro de 1793.

2.º Quando a mulher se obriga a favor da liberdade de algum escravo. — Ord. L. 4º, T. 61, § 1º.

3.º Quando afiança quantia promettida em dote.—Cit. Ord. § 2º.

4.º Obrigando-se por causa que a ella pertencia.—Cit. Ord. § 4º.

5.º Quando dolosamente enganar o credor, usando de artificio fraudulento, sem o qual não consegueria o consentimento do excepto, como por exemplo, fingindo-se herdeira do devedor demandado, e por este se obrigando, vestindo-se de homem, e outros artefactos semelhantes.— Cit. Ord. § 3º.

SECÇÃO XXIX

Do processo das excepções

§ 145

As excepções *dilatorias* devem ser oppos-tas antes da contrariedade e das *peremptorias*, e na ordem seguinte :

1.º A de suspeição.— Ord. L. 3º, T. 21, § 2º, e T. 49, § 1º.

2.º A de incompetencia, podendo ser alle-gada em todo o tempo se a jurisdicção do

6.º Vindo a ser herdeira daquelle por quem se obrigou, ficando neste caso responsavel até a quantia igual a que herdar.—Cit. Ord. § 5º.

7.º Recebendo do seu afiançado a quantia, ou cousa porque se obrigou.—Cit. Ord. § 6º.

Em todos os casos supra mencionados póde a mulher allegar o beneficio de restituição, sendo menor, e sendo maior o de excussão, para que sejam em primeiro lugar excutidos os principaes devedores.— Cit. Ord. §§ 7º e 8º; allegando neste ultimo caso que a divida não é sua, mas sim de terceiro, porque se obrigou na fraqueza de sua pessoa.

Juiz fôr improrogavel.— Ord. Cit. L. 3º, T. 21, § 9º, e T. 49, § 2º.

3.º Todas as outras conjuntamente.— Ord. L. 3º, Cit. T. 49, §§ 2º e 3º, e T. 50, *pr. in fine*.

§ 146

Assim como as dilatorias, as excepções peremptorias devem ser offerecidas antes da contestação, salvo jurando o réu, que della não era sabedor, ou que lhe sobreviera de novo, ou sendo ella de natureza tal, que annulle todo o processo e Juizo, e neste caso póde ser allegada mesmo depois da sentença.— Ord. L. 3º, T. 20, §§ 9º e 15; T. 49, §§ 2º e 3º, T. 50, *pr.*

§ 147

Podem tambem ser oppostas depois da contestação da lide as excepções do Senatus Consulto Macedoniano, Senatus Consulto Velleiano, de falso procurador e outras analogas; convindo accrescentar que neste caso não tomam ellas mais a denominação de *excepção*, mas sim a que no caso e occasião couber por lei, sem que, todavia, a mudança do nome e do processo altere a natureza da materia da *excepção*.— Ord. L. 4º, T. 61, § 10,

e T. 5o, § 10, e T. 5o, § 1º, — Mello Freir.—
L. 4º, T. 13, § 5º ; Paul. Baptist. Proc.
Civ. § 106.

§ 148

Todas as excepções deverão ser deduzidas por artigos, como já dissemos, salvo a de libello inepto, que será arrasoada.—Ord. L. 3º, T. 16.

§ 149

O Juiz póde logo directamente receber, ou regeitar qualquer excepção dilatoria, ou prejudicial, offerecida; mas em regra, e como de prudencia, deve, mandar dar vista ás partes.—Ord. L. 3º, T. 20, § 9º.

§ 150

Conclusos ao Juiz os autos da *declinatoria* com a impugnação e sustentação, ou elle a despresa logo, se é impertinente, ou inadmissivel, ou a recebe, julgando logo provada se a sua materia é de direito claro e inconcusso, ou recebe-a simplesmente, se sua materia é de facto attendivel.

§ 151

Julgando o Juiz provada a dilatoria, que

recebeu, excluirá o autor e o condemnará nas custas, e recebendo-a simplesmente, terá lugar então a discussão ordinaria com *replica e treplica*, dilação de provas e sentenças.

§ 152

O processo das excepções *peremptorias* está traçado pela Ord. L. 3º, T. 20, § 15 e é o seguinte :

§ 153

Offerecida a excepção *peremptoria*, o Juiz a receberá, quanto em direito fôr de receber, e assignará logo ao excipiente dez dias para a prova della.

Passado esse prazo, e com a prova feita ou sem ella, subirão os autos ao Juiz, sem nelles fallarem as partes.— Ord. L. 3º, T. 20 § 15. (C. CLXXVI.)

COMMENTARIO CLXXVI

AO § 153

Esse prazo correrá, independente de citação, se não tiver o réu de provar com testemunhas a evidencia da excepção, porque então, neste caso,

§ 154

Julgando o Juiz que o exceptante, pela prova dada nos dez dias provou a sua excepção, assignará ao excepto o prazo de duas audiencias para contraria-la, e seguirá ella o curso ordinario de *replica* e *treplica*, dilacões etc. Ord. L. 3º, T. 2º, § 9º e 15.

§ 155

Parecendo, porém, ao Juiz que a excepção não é de receber, a desprezará e mandará que venha o réu com a sua contrariedade á primeira audiencia do juizo, e o condemnará nas custas do retardamento. Cit. Ord., podendo, neste caso, o exceptante allegar na contrariedade a mesma materia da excepção. Ord. Cit. § 15.

§ 156

Não obstante, ser a excepção recebida pela prova dada no decendio, póde ser afinal julgada não provada, e neste caso prosegue-se

só começará a correr a dilacão do dia, em que a fé da citação fôr apresentada em juizo.

D'esse reeebimento só cabe *aggravo no auto do processo*, e não *embargo*, em face do art. 14 da Disp. Prov.

na discussão da causa principal, assignando-se ao réu o termo de duas audiencias para vir com a sua contrariedade. (c. CLXXVII.)

§ 157

Dessa sentença cabe *aggravo no auto do processo*, por ser interlocutorio, e não pôr termo ao ponto principal da questão. —Ord. L. 3º, T. 20, § 15.

§ 158

Da sentença, porém, que julga afinal provada a excepção *peremptoria*, cabe o recurso de appellação, por ser ella *definitiva*, visto como, não tendo o autor elidido a prova dada no decendio, o Juiz julga perempta a acção.

§ 159

Se na instancia superior fôr reformada a sentença que julgou a excepção *peremptoria* provada, o feito descerá ao Juizo inferior,

COMMENTARIO CLXXVII

AO § 156

Se a excepção fôr afinal, julgada não provada, não poderá mais ser a sua materia reproduzida na contrariedade. — Ramalho, Prax. Brazil., § 237.

onde continuará seu curso, não tendo mais lugar, por conseguinte, a disposição da Ord. L. 3º, T. 68 pr.

§ 160

Póde tambem a excepção ser recebida, como começo de contrariedade, e neste caso, ao réu se assignará sómente uma audiencia para addir ou concluir a mesma contrariedade.

§ 161

As excepções devem ser allegadas pelo réu, e só pódem ser suppridas pelo Juiz, quando referirem-se a alguma condição exigida pela lei para a validade do processo, ou quando são ellas deduzidas das allegações e provas do autor. — Const. 11 Cod. *de Appell.*; Moraes, L. 6º, caps. 4º, 2º e seg.; Alm. e Souz., Seg. Linh., not. 113.

§ 162

Nas causas summarias e summarissimas, não têm lugar as excepções. (C. CLXXVIII.)

COMMENTARIO CLXXVIII

AO § 162

A definição de excepção que demos no § 133,

SECÇÃO XXX

Da reconvenção

§ 163

Reconvenção é o articulado escripto, por meio do qual o réu demanda ao autor no mesmo processo ordinario.—Ord. L. 3º, T. 33 pr.; Savigny, Dir. Rom., § 289; Mulenbruch, *Doctr. Jurisp.* § 143.

§ 164

Deve o réu offerecer os seus artigos de re-

— articulado escripto, por meio do qual o réu, tomando o lugar de autor, ora procura excluir sómente o *libello*, e ora o *libello* e a intenção— caracteres das excepções — *dilatorias* e *peremptorias* —, está-nos dizendo que menos accetavel é a opinião de Ribas, Consol. art 603, quando entende que a excepção não contendo materia de *alta indagação*, póde ter lugar nas acções *summarias* e *executivas*.

Procederá, porém, a opinião de Ribas, se a excepção, embora não mudada de natureza, fôr opposta no caracter e processo que o caso exigir, como nas acções ordinarias póde ter lugar depois da lide contestada, segundo Paul. Bapt., § 166.

convenção em seguida á sua contrariedade ao libello; e o autor replicar depois o libello e contrariar a reconvenção, seguindo-se da mesma maneira os demais termos do processo até a sentença, na qual se julgará primeiro a acção e depois a reconvenção.—Cit. Ord. pr.

§ 165

O prazo concedido ao autor para replicar ao libello e contrariar a reconvenção, e ao réu para treplicar sua contrariedade e replicar a reconvenção, é de uma audiencia a cada um.

Se as contrariedades, replicas e treplicas, não são offerecidas em tempo, ou são feitas por simples negação, fica logo a causa em prova a requerimento de alguma das partes.

§ 166

A reconvenção tanto póde ser offerecida antes da lide contestada, como depois; antes do autor fazer a sua prova, como depois disso.

§ 167

No primeiro caso, se a reconvenção fôr offerecida depois da lide contestada, e antes

da prova do autor, seguir-se-ha logo a sua contrariedade, replica e treplica, como na causa principal; e se fôr offerecida depois da prova, a acção e a reconvenção farão seu curso, sem aguardar uma a outra.— Ord. L. 3º, T. 33, § 1º.

§ 168

Para a reconvenção deve ser o autor citado pessoalmente, e não na pessoa de seu procurador, salvo:

1.º Se a demanda fizer-se por procurador, embora na procuração haja clausula de reserva de nova citação.— Ord. L. 3º, T. 2º pr., estando o constituinte fóra da comarca. (c. CLXXIX.)

2.º Se fôr procurador em causa propria.

§ 169

Emquanto durar a demanda não poderá o réu demandar o autor em outro juizo,

COMMENTARIO CLXXIX

AO N. 1 DO § 168

Neste caso será concedido ao procurador prazo para informar-se, requerendo-o, paralisando-se durante elle o curso do feito.— Ord. L. 3º, T. 2º pr.

sem o autor recusar o juiz perante o qual demanda o réu, salvo nos casos de *jurisdição improrogavel*.—Ord. L. 3º, T. 33 §§ 2º, e 3º e 5º. (C. CLXXX.)

COMMENTARIO CLXXX

AO § 169

A razão é que a reconvenção pôde fazer competente o juiz que o não seria, se não fosse a necessidade de se não dividir a continencia das causas.

Essa necessidade, pois, de se evitarem incommodos, despesas inuteis, e risco de apparecerem julgamentos contraditorios, faz com que a conexão dos negocios torne competente o Juiz, que sem essa circumstancia o não seria, por certo, como no caso da reivindicação.—Heinec. *ad pandect*, part. 2ª, § 246; Cod. do Proc. Civ. Fr., art. 171.

Assim, pois, a reconvenção crea a prorogação necessaria, quando ha jurisdição; mas não pôde dar esta a quem não a tem.

Por essa razão diremos nós : *salvo nos casos de jurisdição improrogavel*, como, por exemplo, se a acção principal corre pelo Juizo Commercial, que não é prorogavel, e a acção do recorrente fôr civil, real ou mixta, ou real e pessoal; por quanto neste caso não é possivel a reconvenção no Juizo Commercial.

§ 170

Se o autor não citado para a reconvenção, contrariar esta, fica senada a falta da citação.—Lobão, Seg. Linh., nota 316; Moraes Carv. not. 193.

§ 171

Para a reconvenção não é necessaria a tentativa conciliatoria. (C. CLXXXI.)

COMMENTARIO CLXXXI

AO § 171

Comquanto no nosso fôro civil se tenha seguido pratica diversa, e ainda o aconselhe Ribas em sua Consolidação, art. 644, todavia é nosso parecer que para as reconvenções não ha necessidade de conciliação.

Se é verdade que nas reconvenções ha sempre um *petitorio*, ha uma *nova acção*, certo é tambem que nellas não ha *novos processos*; e se a Constituição do Imperio, art. 161, só impõe a necessidade de conciliação para *os processos, que se começaram*, evidente é que isentando-se della a reconvenção, não se altera o preceito constitucio-
nal.

Nas reconvenções as partes já encontram *processo em andamento* e a admissão, ou não, da

reconvenção por parte do Juiz, é um despacho, meramente regulador da ordem do processo, e não iniciativo de outro, como decidido foi em 1874 pela Relação da côrte, reformando o despacho do Juiz de direito da 1ª vara cível da côrte, Dr. João da Costa Lima e Castro.

Ora, se o despacho que ordena, ou não, a reconvenção é todo regulador da marcha do processo, como é que se ha de exigir conciliação para um incidente, que não tem processo novo, mas corre entranhado nos autos da acção principal ?

Será porque Per. e Souza., em seu § 135 define reconvenção — *a acção proposta pelo réu contra o autor, perante o mesmo Juízo, em que é demandado* ?

Acreditamos que não, porque se Per. e Souza. diz que a reconvenção é — *acção proposta pelo réu contra o autor*, — Paul. Bapt. acrescenta : — *e no mesmo feito*, — fazendo assim comprehender, que se ha — *nova acção*, — não ha — *novo processo*.

Porque razão, porém, na reconvenção se exige a identidade das pessoas que figuram no processo, ou na acção principal, sob pena de não ser a reconvenção recebida ? — Noct. ad Pand., tit. *de Judic.*, n. 89. Não será, porque, sendo a conciliação o fundamento desse processo, se exige entre a conciliação e a acção, e, portanto, entre aquella

§ 172

Tem lugar a reconvenção em todas as causas reaes e pessoas ordinarias. (C. CLXXXII.)

e a reconvenção, a mesma condição de pessoas? — *Et eadem conditio personarum?* — Lei 12 *ff de except. rei judic.*

E sob que melhor fundamento torna-se exigivel a conciliação para a reconvenção, emquanto que desnecessaria é ella para a *compensação* e a *opposição*, que são outras tantas acções?

Foi, sem duvida, firmado nesse principio de incontestavel procedencia, que o legislador commercial, no Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 23, §§ 4º e 103, não só isentou a reconvenção da conciliação, como da citação exigida pela Ord. L. 3º, T. 2º pr.

COMMENTARIO CLXXXII

AO § 172

Pela Ord. L. 3º, T. 33, tinha lugar a reconvenção em todas as acções, mesmo summarias, excepto nas seguintes :

- 1.º As de esbulho, salvo sendo de cousa diferente.
- 2.º As de guarda e deposito.

§ 173

Não pódem reconvir—Moraes, *de execut.*, L. 6º, cap. 2º, n. 26; Phæb., part. 2ª, art. 1º *in fine*.

1.º O que declina do fôro. (c. CLXXXIII.)

3.º As criminaes.

4.º As de appellação.

5.º As arbitraes.

6.º As executivas, salvo tornando-se a causa ordinaria pelo recebimento dos embargos; o que não tinha, porém, lugar nos incidentes da execução.

A praxe moderna, porém, do fôro, tem estabelecido só ser admittida reconvenção nas acções ordinarias.

COMMENTARIO CLXXXIII

AO N. 1 DO § 173

Porque cessando a causa ou acção, césado tem tambem a reconvenção; mas sómente tem essa prohibição lugar, emquanto o réu declina do fôro, porque, depois de firmada a jurisdicção e de se acharem os autos no Juizo competente, póde vir com a sua reconvenção.—Moraes Carv., not. 184.

2.º O autor reconvindo. (c. CLXXXIV.)

3.º O chamado á autoria, salvo se tomar a si a defeza da causa, cousentindo o autor. (c. CLXXXV.)

§ 174

Não póde o réu demandar ao autor, quando este vem a Juizo, não em seu proprio nome, mas em nome alheio., Moraes Carv.—not. 195 ; Ribas, art. 651.

§ 175

A reconvenção tem o mesmo fim da acção, e os seguintes effeitos :

1.º Sugeitar o autor á jurisdicção do Juiz,

COMMENTARIO CLXXXIV

AO N. 2 DO § 173

Porque prolongar-se-hiam infinitamente os litigios, com prejuizo para o publico.

COMMENTARIO CLXXXV

AO N. 3 DO § 173

Não consentindo o autor, mas prestando fiança o chamado á autoria, pode chamar a si a defeza da causa e ser reconvindo. — L. 3º, T. 45, § 7º.

perante o qual o réu se acha respondendo.

—Ord. L. 3º, T. 33, § 2º. (c. CLXXXVI.)

2.º Seguir *pari-passo* com a acção. —Cit. Ord. pr. (c. CLXXXVII.)

SECÇÃO XXXI

Da dilação

§ 176

Dilação em sentido lato é o lapso de tempo

COMMENTARIO CLXXXVI

AO N. 1 DO § 175

Não sendo improrogavel a jurisdicção dos Juizes, de maneira que possa conhecer das reconvenções.—Ord. Cit., T. 33, § 5º.

O autor reconvindo pelo réu, não póde declinar do Juiz, nem dal-o de suspeito. —Ord. Cit., § 3º, salvo se a causa da suspeição sobrevier de novo.—Ord. L. 3º, T. 21 pr.

COMMENTARIO CLXXXVII

AO N. 2 DO § 175

É por essa razão que diziamos que a sentença deve decidir a acção e a reconvenção, embora decidindo primeiramente aquella.

concedido ás partes por lei, ou pelo Juiz, e dentro do qual tratam-se, ou suspendem-se os actos judiciaes.

Então ella é :

- 1.º *Legal*, quando concedida por lei.
- 2.º *Judicial* quando determinada pelo Juiz.
- 3.º *Convencional*, quando determinada por convenção das partes.

§ 177

Dilação, em sentido restricto, é o espaço de tempo concedido ás partes para fazerem suas provas.

§ 178

A dilação legal, ou judicial, divide-se em relação ao seu fim :

- 1.º Em *citatoria*, quando concedida ao réu para comparecer em Juizo.
- 2.º Em *deliberatoria*, quando concedida ás partes para deliberarem sobre a defesa de seus direitos. (c. CLXXXVIII.)

COMMENTARIO CLXXXVIII

AO N. 2 DO § 178

Assim é a dilação que se assigna em audiência,

3.º Em *prebatoria*, quando concedida ás partes para fazerem sua prova. (c. CLXXXIX.)

ou ao autor para vir com o seu libello, depois de accusada a citação, ou ao réu para vir com a sua contrariedade, depois de offerecido o libello. — Ord. L. 3º, T. 20, §§ 2º e 5º.

Ao autor não se concederá tempo, ainda que o peça, para deliberar, ou preparar-se para a demanda, porque já deve vir preparado, quando chegar em Juizo, salvo se no curso da acção, o réu allegar cousa tal, que o autor não tenha razão de saber, quando a ameaçou. — Ord. L. 3º, T. 20, § 2º.

Ao prezo deve o Juiz conceder mais sessenta dias para preparar sua defesa, e tres dias que lhe concedem as leis geraes. — Lei de 11 de Setembro de 1830, art. 2º.

—
COMMENTARIO CLXXXIX

AO N. 3 DO § 178

Contestada a causa verdadeira ou presumidamente, o Juiz manda que fique ella em prova, e, a requerimento de uma das partes, é então assignada a dilação para ella.

Não o requerendo uma das partes, não haverá dilação, porque esta não póde ser concedida *ex-officio*. — Ord. L. 3º, T. 20, § 5º; T. 54, § 1º.

§ 179

As dilacões, ou termos estabelecidos por lei, ou para o citado comparecer, ou para as partes deduzirem seus direitos, ou para a producção de testemunhas, ou para a execução de sentença, ou para a interposição de qualquer recurso, são *peremptorias*. — Mello Freire, L. 4º, T. 14, § 2º. (c. cxc.)

COMMENTARIO CXC

AO § 179

Não importa que o Juiz não declare ser o termo peremptorio, quando o assignar; ainda assim não o póde reformar senão nos casos em que para fazel-o fôr por lei auctorisado.—Ord. L. 3º, T. 20, § 44.

Não necessita que seja accusada a contumacia pela parte contraria. Finda a dilacão, a parte, ou seus procuradores, são havidos por lançados da-quillo com que haviam de vir; salvo se a parte consentir, ou o lançado allegar e provar motivo, razão ou impedimento pelo qual, conforme a direito, deva ser o termo prorogado.—Ord. Cit. § 44; Silv. ad. Ord. cit., ns. 3 e 4; Mendes, part. 2ª, L. 3º, cap. 3º, n. 17.

§ 180

A dilação probatoria é concedida tanto para a terra, isto é, para o lugar em que corre a demanda, como para fóra. (c. cxci.)

COMMENTARIO CXCI

AO § 180

A dilação para a terra nas causas ordinarias é de vinte dias.—Ord. L. 3º, T. 54, § 1º, que serão assignados em audiencia, para começarem a correr depois de citada a parte, ou seu procurador, se não estiver presente á audiencia, em que foram elles assignados.

Havendo justa causa, o Juiz póde conceder segunda dilação de dez dias, que correrá, depois que findar a primeira, dentro da qual deve ser requerida, havendo começo de prova, ou tendo para isso feito a parte diligencia.—Ord. L. 3º, T. 54, §§ 1º e 9º.

A praxe do fôro tem dado aos Juizes o arbitrio de concederem terceira e quarta dilações, que serão: aquella de cinco dias, e esta de dous dias e meio; sempre metade da antecedente; devendo as partes, quando as requererem jurar que o fazem sem malicia e só em bem da causa.

Todas as vezes que a parte obter nova dilação, mandará citar a outra, não precisando porém, ac-

cusar a citação, porque muitas vezes a citação é logo feita para vêr correr a dilação e assistir a inquirição de testemunhas.

Terminada a dilação probatoria, o Juiz só a poderá reformar nos seguintes casos.—Silv. ad Ord. cit. § 1º, n. 17; Cast. Jom. Man. Prat., cap. 8º, n. 12; Vang. Prat. Jud. part. 1ª, cap. 17, n. 2, e P. 2, cap. 15, n. 3.

1.º Consentindo, ou não contradizendo a parte.—Ord. L. 3º, T. 54, § 9º.

2.º Por via de restituição, nos casos em que esta póde ser allegada.—Ord. cit. § 1º.

3.º Provando a parte tão legitimo impedimento, que, segundo o direito, deve ser attendido.

Nas acções summarias a primeira dilação é de dez dias, a segunda de cinco, e a terceira de dous e meio.—Per. e Souz., nota 394.

Nas acções de força nova, concede-se sómente uma dilação de vinte dias improrogavel.—Ord. L. 3º, T. 48, § 2º.

Das decisões, que concedem grandes ou pequenas dilacões para dentro do Imperio, cabe aggravo no auto do processo, e das que as denegam para elle, ou para fóra d'elle cabe aggravo e petição, ou instrumento.—Ord. L. 3º, T. 2º, § 5º; Reg. de 15 de Março de 1842, art. 15, § 5º.

A dilação para fóra da terra é tambem uma só, improrogavel, e ao arbitrio do juiz com relação á

duração, e ao lugar para onde se pede.—Ord. L. 3º, T. 54, §§ 2º e seg.

Póde o Juiz negar essa dilação se reconhecer que ella foi maliciosamente pedida.—Ord. L. 3º, T. 54, § 12.

Não se concederá essa dilação para fóra do Imperio ou para lugar que diste mais de cem leguas daquelle, em que corre a demanda, sem que :

1.º Se requeira ella dentro da dilação para a prova da terra, ou por ella se proteste; designando o lugar para onde se pede-a, desde que fôr para fóra do Imperio.—Ord. L. 3º, T. 54. §§ 1º e 10; Per. e Souz. nota 395.

Esse protesto faz-se no final do articulado, usando-se do seguinte torneio :

— Protesta-se por carta de inquirição para (lugar) ou, para onde convier.

2.º Se a parte o exigir, jure que pede a dilação sem dolo, nem malicia.—Ord. cit. §§ 11 e 13.

3.º Se faça a nomeação das testemunhas que se tiverem de inquirir. —Cit. Ord. § 13, T. 55, § 1º.

Se, porém, a dilação fôr pedida para dentro do Imperio, e lugar que diste menos de cem leguas da demanda, basta que as testemunhas sejam nomeadas perante o Juiz que as tiver de inquirir, se antes não se tiver mandado á parte que as nomeie.—Ord. cit. L. 3º. T. 55, § 1º.

4.º Se faça a declaração dos artigos, que se tiverem de provar.—Cit. Ord. § 12.

Comtudo, a ommissão desses requisitos não annulla o acto.—Ord. L. 3º, T. 63 pr.

As dilações para fóra prorogam-se nos seguintes casos. — Ord., L. 3º, T. 54, § 9º.

1.º Consentindo as partes.

2.º Pelo beneficio de restituição.

3.º Havendo legitimo impedimento, que deverá ser provado pela parte, com certidão do escrivão do Juizo para onde se dirigir a carta de inquirição.

Apresentada em audiencia essa certidão, dentro da dilação, com ella requer-se a sua reforma.

A carta de inquirição, como esta, deve o Juiz a quem foi ella dirigida, remetter fechada ao Juiz da causa, deixando traslado no cartorio onde fôr feita.

Não apresentando a parte a inquirição dentro da dilação, é della lançada, e se procede sem ella; mas apresentando-a dentro do termo probatorio, e antes da sentença definitiva ter sido dada ou depois della, antes que seja entregue ao vencedor, será ella levada em conta na apreciação das provas, como se tivesse vindo em tempo, e a sentença não tivesse sido dada. — Ord. L. 3º, T. 54, §§ 13, 16 e 17.

Cumprê notar, que toda a inquirição feita fóra da dilação é nulla, se a parte a impugnar.

Se demorar-se a parte em extrahir a carta de inquirição, póde ser intimada para faz el-o dentro em cinco dias, sob pena de lançamento e razões finaes.

A concessão feita para a apresentação da prova testemunhal, depois da sentença, ou do termo probatorio, tem tambem lugar na prova documental, quando as escripturas são tiradas das notas dentro da dilação, ou são dentro della nomeadas, com declaração especificada da substancia dellas. E tanto neste caso, como no da prova testemunhal, a parte, que embargar a sentença, pagará as custas do retardamento. — Ord. L. 3º, T. 54, §§ 16 e 17.

Sendo a dilação concedida para lugares muito remotos fóra do Imperio, o feito continuará, e o Juiz o julgará e executará a sentença; não podendo, porém, a parte receber a cousa, ou quantia, sobre que versar a demanda, sem que preste fiança pela qual se obrigue a restituir o que receber, e as custas em dobro, caso seja a sentença revogada, em vista das provas que vierem. — Ord. cit., § 13.

Não terá, porém, lugar a disposição supra, quando a dilação fôr para o lugar em que os factos se passarem, ou se fizerem os contractos que formam o objecto principal da demanda. — Ord. cit. § 13, L. 3º, T. 20, § 26.

§ 181

Não correm as dilacões :

1.º Emquanto pende questão a respeito de sua assignação. — Per. e Souza. not. 396; Moraes, L. 6º, cap. 20, not. 11 e seg.

2.º Emquanto as partes não são citadas. (C.. CXCI.)

Começam a correr as dilacões para fóra, desde o dia em que a carta de inquirição é entregue á parte, que a requereu; não prejudicando-a qualquer demora do escrivão.

COMMENTARIO CXCI

AO N. 2 DO § 181

Teixeira de Freitas § 206 a Per. e Souza. entende absolutamente, que para correr a dilacão, precisam ser as partes citadas; pódendo o ser na pessoa do procurador, quando se achar a parte ausente, e nunca tiver comparecido pessoalmente; devendo, ao contrario disto, ser pessoalmente citada, em face do que dispõe a Ord. L. 3º, § 13, censurando e reprovando assim o que na praxe estabelecido está.

Paula Bapt., entretanto, é de opinião, que uma vez assignadas, correm independente de qualquer citação, como se vê no seu § 116; e então, censura os que, como Teix. de Freitas exigem a citação; considerando Paul. Bapt. na nota respectiva, que estes confundem a citação que a cit. Ord. L. 3º, T. 1º, § 13 exige para ver depôr testemunhas, com citação para vêr correr a dilação probatoria.

Nós, porém, nem seguimos a opinião de Teix. de Freitas, com seu absolutismo, nem a de Paula Bapt. em seu restrictismo, e tomamos, parece-nos com toda a razão, o termo médio, opinando assim :

Se á assignação da dilação as partes, ou seus procuradores estavam presentes em audiencia, nenhuma necessidade ha de citação, porque tanto importa o conhecimento que ficam elles tendo da assignação, e não poderem allegar ignorancia de facto, ou surpresa, ou impossibilidade de preparar sua prova, desde que a dilação é commum á ambas as partes.

Se, porém, não estiveram presentes, necessaria se torna a citação para verem correr a dilação, como para assistirem á inquirição das testemunhas, porque se nesta se garante o direito das partes, dando lugar a que patenteiem pela reinqui-

rição os defeitos das testemunhas, naquella também taes direitos se garantem avisando as partes, para bem poderem preparar as suas provas.

Nenhuma necessidade ha, pois, de citar-se a parte que assistir a assignar-se a dilação, como nenhuma razão justificará, por certo, a surpresa de, não sendo ella disso avisada, ser muitas vezes citada no ultimo dia da dilação, e não poder, portanto, preparar e produzir a sua prova, como nas causas de força nova, em que a dilação é sómente uma e peremptoria.

Sobre dever ser feita a citação na pessoa da parte, ou na de seu procurador para vêr correr a dilação, distinguimos, com a cit. Ord. L. 3^o, T. 1^o, § 13, as seguintes hypotheses :

1.^a Se a parte, contra quem se tiver de dar a inquirição, compareceu em Juizo, quando foi pela primeira vez citada, e está presente no lugar, em que se assigna a dilação, deve ser pessoalmente citada, se não esteve ella, ou seu procurador na audiencia. Cit. Ord. — v. — *porém* :

2.^a Se, tendo comparecido, por effeito da primeira citação, não está, entretanto no lugar, em que corre o feito, embora esteja dentro do termo, e tem nelle procurador, póde a citação ser feita na pessoa deste.—Cit Ord. § 13 — v — *e não sendo presente, mas tendo feito procurador.*

3.^a Se tiver comparecido, mas não estiver pre-

3.º Quando alguma das partes requerer que a outra deponha aos seus artigos, antes de ser assignada a dilação, esta não correrá senão depois do referido depoimento, que o Juiz defirirá, se a parte estiver presente no lugar, em que corre o feito.—Ord. L. 3º, T. 20 pr.

§ 182

São effeitos da dilação probatoria :

1.º Ser commum a ambas as partes, ainda

sente, nem tiver procurador, sendo morador no lugar do feito, será citado em pessoa de sua casa ; e não sendo morador, basta que seja apregoado, na occasião em que fôr a dilação assignada.— § 13 cit. — *ibi* — e não sendo presente, nem tendo procurador.

4.ª Se nunca compareceu em juízo, seja, ou não presente, morador, ou não no lugar, não necessita de ser citada, porque foi sempre revel — *ibi* — e se a parte nunca appareceu em juizo, e Repert., vol. 4º, pag. 553 v. — *revel não se cita para vêr jurar testemunhas.*

5.ª Se a parte nunca compareceu pessoalmente em juizo, mas sómente por procurador, deve ser citada, e na pessoa do seu procurador, pois que por elle fez a demanda.

quando concedida a uma sómente por via de restituição.—Silv. ad Ord. L. 3º, T. 54 pr., ns. 15, 16 e 17, salvo se a parte a quem foi concedida, é a unica a quem corre a obrigação de provar.—Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 726. (c. CXCIH.)

2.º Nada poder-se innovar pendente ella, salvo no que disser respeito á mesma dilação ou se o processo tiver de continuar durante esta.—Ord. L. 3º, T. 54, § 15.

3.º Não póde ser renunciada por uma das partes em prejuizo da outra.—Barb. á cit. Ord. n. 3. (c. CXCIIV.)

COMMENTARIO CXCIH

AO N. 1 DO § 182

Assim, se uma das partes obtiver reforma da dilação fóra do prazo, e juntar ao processo sua petição, sem ratificar essa concessão dolosamente, póde a outra parte requerer essa ratificação.

E' prudente que a parte, que precisa da reforma da dilação, não espere que a outra a requeira, sob pena de vir a ser prejudicada por sua negligencia.

COMMENTARIO CXCIIV

AO N. 2 DO § 182

Póde, entretanto, renunciar nos seguintes casos:

4.º Pódem dentro della as partes juntar ao processo quaesquer documentos. (c. cxcv.)

§ 183

A superveniencia das férias interrompe a dilação probatoria, se absorver mais de metade desta, que se completará depois. (c. cxcvi.)

1.º Se aquella contra quem se desiste, contestou por simples negação, e assim renunciou o direito de provar.

2.º Se não deduzira defeza e foi lançada.

3.º Se por si já se havia lançado de prova.

COMMENTARIO CXCIV

AO N. 4 DO § 182

Pódem ser elles juntos em qualquer estado da causa até o reurso de revista,—Lei de 18 de Setembro de 1828, art. 10, cumprindo ao réu para não dar lugar á nova vista ao autor depois de suas razões, juntal-os na dilação probatoria, se o não fez nos seus articulados.—Moraes Carvalho, nota 227.

COMMENTARIO CXCVI

AO § 183

Entende Teix. de Freitas, not. 430 a Per. e

Souz., que a dilação não se interrompe pelas férias, podendo ser no curso destas inqueridas as testemunhas, e fundamenta a sua opinião depois de censurar a Ribas, a Moraes Carv. e a Per. Souz., no art. 6º, § 2º do Decr. n. 1285, de 30 de Novembro de 1853, que dispõe que os escrivães não gosam de férias.

E' justamente esse Decreto, que vem protestar contra a opinião de Teixeira de Freitas, além da Ord. L. 3º, T. 18 pr. e § 1º, T. 1º, § 17, que determina que durante as férias suspendem-se as funções de todos os *juizes e tribunaes*, e serão nullos todos os actos durante ellas praticados.

Ora, se esta Ord. não está revogada, porque o Decreto de 1853 apenas veio estabelecer excepções a esta regra geral, como é que Teix. de Freitas ha de querer que nas férias se inquiram testemunhas, quando o juizo está suspenso ?

Além disso, se o citado Decreto só permite que sejam tratados nas férias aquelles actos que forem de urgentissima necessidade, e cuja demora occasiona grave prejuizo, ou perda de direito á parte, como é que Teixeira de Freitas pretende apadrinhar sua opinião com o Decreto, que contra ella protesta ?

E', pois, claro que semelhante opinião não póde ser aceita por não encontrar fundamento plausivel.

SECÇÃO XXXI

Das férias

§ 184

Férias são os dias em que se suspende a pratica dos actos judiciaes, que são nullos,

Tambem não podemos comprehender Ribas em sua Consol. art. 314, que assim se exprime :

« Quando as férias absorverem a maior parte da dilação, esta só deverá começar a correr depois della ; se, porém, já tiver começado a correr, se interromperá durante ellas para se completal-a depois. »

Se a férias absorverem a maior parte da dilação e ánda esta não tiver sido assignada, não o deve sr senão depois que ellas expirarem, mas se assignada tiver sido, ella se interromperá tambem, enquanto durarem as férias, para se completar depois.

Assim pois, não ha hypothese de não começar a corre a dilação probatoria, mas sómente a de não ser assignada, se a parte vir que as férias absorvem a maior parte da dilação, e a de ficar ella interrompida se tiver sido assignada, quer absorvam as férias a maior, ou menor parte da dilação.

sendo nellas feitos. — Ord. L. 3º, T. 18 pr
 § 1º; Decr. n. 1285, de 30 de Novembro de
 1853.

§ 185

Dividem-se em divinas e humanas.

As divinas, em vista do art. 1º do cit. D.
 creto, comprehendem :

1.º As do Natal, que começam do dia 21
 de Dezembro até 31 de Janeiro.

2.º As da Semana Santa, que começam de
 quarta-feira de trévas até completarem-se
 quinze dias.

3.º As do Espirito Santo, que começam do
 domingo do Espirito Santo até o domingo
 da Trindade.

As humanas comprehendem, segundo o
 art. 2º.:

1.º O dia 25 de Março, por ser anniversa-
 rio do juramento á nossa Constituição.

2.º O dia 7 de Setembro, por ser aniversa-
 rio da independencia do Brazil.

3.º O dia 2 de Dezembro, por ser aniversa-
 rio do nascimento do Sr. D. Pedro I.

4.º O dia em que cada provincia adherio
 a independencia.

§ 186

Durante as férias suspendem-se as funcções de todos os Juizos e Tribunaes, só podendo ter lugar durante ellas.— Decr. de 30 de Novembro de 1853, art. 3º, os seguintes actos :

1.º Os actos de jurisdicção voluntaria, como testamentos, contractos, posses e todos aquelles que forem necessarios para a conservação de direitos, ou que ficarem prejudicados, não sendo feitos durante as férias.

2.º A dacção e remoção de tutores e curadores suspeitos.

3.º Os arréstos, sequestros, depositos, prisões civís, embargos de obra nova e suspeicções.

4.º As causas de liberdade, alimentos provisionaes, e interdictos possessorios.

§ 187

Os Juizes, desembargadores e ministros do Supremo Tribunal de Justiça não pódem, durante as férias, sem licença do Governo, residir em lugar de onde lhes não seja possível virem aos tribunaes em 24 horas. — Cit. Decr., art. 1º.

§ 188

Os Juizes devem uma vez ao menos por semana comparecer no lugar em que costumam a despachar. — Cit. Dec., art. 5º.

§ 189

Não gozam de férias, salvo com licença expressa dos respectivos Juizes e presidentes dos tribunaes, e ficando no seu lugar o substituto legitimo :

- 1.º Os tabelliães.
- 2.º Os escrivães.
- 3.º Os contadores e distribuidores.

§ 190

O serviço dos officiaes de justiça e empregados dos Juizes e tribunaes será distribuido entre elles, para cada semana, pelos respectivos Juizes e presidentes. — Cit. Dec. art. 6º *in fine*.

SECÇÃO XXXII**Das provas**

§ 191

Prova em materia juridica é tudo que póde

determinar a convicção do Juiz, inspirando-lhe motivos de bem poder decidir.

É, pois, acto substancial do processo.
— Ord. L. 3º, T. 66 pr.

§ 192

São meios de provas :

- 1.º A confissão.
- 2.º Os instrumentos.
- 3.º As testemunhas.
- 4.º O juramento.
- 5.º As presumpções.
- 6.º O arbitramento.
- 7.º A vistoria.

§ 193

Divide-se a prova em :

- 1.º Plena.
- 2.º Semiplena.
- 3.º Judicial.
- 4.º Extrajudicial.

§ 194

Plena é a prova que produz na consciên-

cia do julgador convicção de julgar com certeza e segurança. (c. CXCVII.)

§ 195

Semiplena, é a que não produz tanta credulidade, quanta necessaria é, para bem poder-se decidir sobre o pleito sem auxilio de outros adminiculos. — Ord. L. 3º, T. 52 pr. (c. CXCVIII.)

COMMENTARIO CXCVII

AO § 194

Assim é, por exemplo, o depoimento de duas testemunhas *oculares e contestes*. — Ord. L. 1º, T. 62, § 21; T. 18, § 28; T. 78, § 4º, L. 3º; T. 52 pr.

Dissemos que essas testemunhas devem ser *contestes*, porque as contradictorias destroem reciprocamente seus depoimentos; e, portanto, não podem fazer elemento da convicção. — Scacia de *Jud.*, L. 2º, cap. 9º, n. 553.

COMMENTARIO CXCVIII

AO § 195

Assim é a *confissão extrajudicial*; o *escripto particular*, justificado por comparação de letra, ou outro modo, que não o reconhecimento em

Juizo.— Ord. L. 3º, T. 52, e o depoimento de *uma testemunha*, maior de toda a excepção, e fidedigna, jurando cumpridamente sobre o facto.— Ord. L. 3º, T. 52 pr.; Valasco, Cons. 73, n. 2.

Póde essa *meia prova* ser completada pelo *juramento suppletorio*.—Cit. Ord. pr. e § 2º; Cod. Civ. Fr. art. 1355; Pothier, *Trait. des obligat.*, part. 4ª, cap. 3º, art. 3º, n. 923, 1º; Toullier., *Droit Civ.*, L. 3º, T. 3º, part. 1ª, art. 1º, secç. 5ª, § 2º, not. 402.

Quando as provas do autor e do réu mereçam igual valor, deve a questão ser resolvida pelo bom senso, observação e experiencia do Juiz, como o ensinam os Jurisconsultos romanos:— *non ad multitudinem testium respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lux veritatis adsist.*—Arcadio, L. 21, § 3º, ff. de testib.

No caso do autor e réu fazerem ambos *meia-prova*, e serem todos dous dignos do juramento suppletorio, deve ser o réu absolvido. — L. 125, ff. de Reg. Jur.; Corr. Tell., L. 1º, T. 15, secç. 3ª, n. 959; Silv. a Ord. L. 3º, T. 52 pr., n. 40.

Neste caso devem-se observar as seguintes regras :

1.º A confissão prefere a todas as especies de prova, porque faz ella prova plena do facto, faz as vezes de sentença, de cousa julgada, em vista

das LL. 3 e 6 pr., §§ 2º e 6º ff. *de confess.* — *Confessus pro judicato habetur ; confessus in judicio consetur proprio ore condemnatus.*

Confessando a parte em Juizo o contracto, ou a condição ajustada, póde ser obrigado a fazer escriptura.

Assim foi decidido pela seguinte

Sentença — (Amparo) — de 17 de Dezembro de 1872 : A Ord. L. 3º, T. 59 pr., ampliada pelo Alv. de 20 de Outubro de 1783, exclue a prova testemunhal, mas não os outros generos de prova — Per. e Souz., not. 472 ; Silv. á Ord. cit., e muito menos exclue a que se faz pela confissão ou depoimento, que por direito fôr admittido para relevar a parte de dar outra prova aos artigos, como é expresso na Ord. L. 3º, T. 53, § 9º, *maxime* quando por esta prova se protestou em tempo opportuno :

Ainda quando assim não fôsse, não poderia ater-se o réu á praxe ensinada pelo conselheiro Ramalho, em suas prelecções academicas, por ser inacceptavel a tal praxe, como contraria ao preceito expresso da lei. — Ord. L. 3º, T. 20, § 22 ; *Dir.*, Rev. de Julho de 1876, pag. 476.

2.º A prova instrumental prefere a testemunhal, salvo : — Ribas, art. 338.

A — Quando alguma das testemunhas instrumentarias impugna a verdade do instrumento.

B — Quando as testemunhas instrumentarias e numerarias negam o que no instrumento se affirma.

C — Quando, embora estranhas ao acto, são as testemunhas maiores de toda a excepção, contestes, e dão razão da sciencia do que depõem. — Constit., 14 cod. *de contrat. et committ. stipul.*, 8 — 37 e § 12 Instit. *de inst. stipul.* 3 — 19.

3.º Os instrumentos entre si contrarios, apresentados pela mesma parte, nullificam-se reciprocamente; salvo, se fôr possivel fazel-os razoavelmente concordar entre si. — Ord. L. 3, T. 6o, § 7º.

4.º O instrumento, contradictorio comsigo mesmo, tambem nenhum valor tem, se não se poder razoavelmente conciliar as suas partes divergentes. — Ord. cit., § 7º; Fr. 13, § 3º Dig. *de reb. dub.*; Fr. 16 dig. *de condit. inutil.*

5.º Entre os instrumentos publicos, prefere o que houver sido feito por notario de mais credito, ou o que tiver testemunhas mais qualificadas e dignas de maior fé. — Ord. cit., § 7º.

6.º No caso de conflicto entre as testemunhas do auctor e do réu, sendo todas igualmente habeis, não se attenderá ao seu numero, posição social, ou qualquer outra circumstancia extrinseca; e sim á sua maior probidade, ou á maior verosimilhança de seus depoimentos, *maxime* se de um lado es-

tiver alguma presumpção. — Mello Freire L. 4º, T. 16, § 111; Per. e Souz., not. 495.

E' verdade, que o caracter e nome da testemunha é que dá vigor ao juramento — *dat fidem vir jurejurando, non jurejurandum viro*;— mas, certo tambem é que Per. e Souz. e Ribas não resolveram toda a hypothese, por isso que ainda póde dar-se o caso de serem, tanto as testemunhas do autor, como as do réu aquilataveis, debaixo de qualquer ponto de vista, e então neste caso, sômos nós de opinião que, apezar das palavras de Arcadio—*non ad multitudinem testium respice oportet*— deve o Juiz levar em conta o numero das testemunhas, porque se duas pódem-lhe determinar a decisão, por lhegerarem convicção, mais seguro, mais solidô e possante será o seu juizo se maior fôr o numero dessas testemunhas determinantes.

7.º No conflicto das presumpções de direito, a especial prefere a geral, e entre as especiaes a violenta prefere a que não o é. — Per. e Souz., § 253.

8.º Quando sejam perfeitamente iguaes as provas, do auctor e do réu, preferem as que favorecem a causa privilegiada, e quando não houver causa privilegiada, prevalecerá a prova do réu, ou a que favorecer antes a deliberação, do que a obrigação. — Fr. 38, Dig. de *re judic.*, 42 — 1; Fr. 24, Dig. de *manumiss.*, 40 — 1; Fr. 1, Dig. de

solut. matrim., 24 — 3; Fr. 10, Dig. de *inoff. testam.*, 5 — 2; Fr. 125, Dig. de *reg. jur.*, L. 17 — 1; Fr. 47, Dig. de *oblig. et act.* 44 — 7. Teix. de Freit. faz ainda outras divisões, que são apenas nominaes, como sejam, de prova :

1.º *Artificial* — aquella, pela qual a demonstração do facto duvidoso se teria, por justo raciocinio, de factos certos, ou provados. — Nota 437 Per. e Souz.

2.º *Inartificial* — a que directamente demonstra a verdade do facto controverso; tal é a que provém da *confissão*, dos *instrumentos*, das *testemunhas*.

3.º *Vocal* — a que resulta dos *depoimentos de testemunhas*. — Nota 438.

4.º *Litteral* — a que se faz por escripto, como a que resulta de *instrumentos*.

5.º *Muda* — a que resulta de *presumpções*, com independencia de prova escripta, ou vocal.

A's provas *artificial* e *inartificial* nós chamaremos *directa* e *indirecta*. A' *vocal* chamaremos *pessoal*, e ás *literal* e *muda*, chamaremos *real*.

Além destas, auctores ha que dividem ainda a prova em :

- 1.º Affirmativa.
- 2.º Negativa.
- 3.º Directa.
- 4.º Contraria.

§ 196

Judicial a que é feita em Juizo, conforme as regras de direito e prescripções da lei.

Extrajudicial a que é feita fóra do Juizo.

§ 197

Para que a prova possa servir de legitimo fundamento á decisão do juiz é mister que ella seja.—Ord. L. 3º, T. 52 pr., T. 20, § 5º, T. 54, §§ 1º e 16; Per. e Souz. § 194, e not. 413 e 412.

1.º Sufficiente (c. CXIX.)

COMMENTARIO CXIX

AO N. 1 DO § 197

Se o Juiz deve julgar pela prova dos autos, ainda que a consciencia outra cousa lhe dicte.—Text. in. L. 1º, § *Mutuum, ff—Siquid in fraudem partis*; Ord. L. 3º, T. 66, pr., e T. 63; preciso é que essa prova seja tal, que gere no seu espirito a convicção decidida por uma das partes, visto como a sentença do Juiz não deve ser nunca duvidosa, nem mesmo alternativa.—Morales de *Execut. lib, 2º, cap. 13, n. 3*, o que sómente poderá dar-se sendo a prova sufficiente.

2.º Clara (c. cc.)

3.º Concludente. (c. cci.)

COMMENTARIO CC

AO N. 2 DO § 197

Desde que a prova é por assim dizer a parte mais importante do processo, por ser a decisiva das demandas, não basta que as partes alleguem os factos, de que pretendem deduzir seus direitos; não basta que demonstrem estes, confirmem e provem o que allegam, mas é essencialmente preciso que essa prova não ponha em oscillação o espirito do julgador, é preciso que ella seja robusta e imponente, o que sómente será, sendo clara.

A prova duvidosa é como não existente, e no caso de tornar-se elemento de decisão, será sempre contra quem a fez.

COMMENTARIO CCI

AO N. 3 DO § 197

Assim tambem a prova, para poder determinar a decisão, deve ser concludente, porque a prova impertinente e irrelevante, com diz Teix. de Freitas, nenhum vigor tem.

4.º Produzido em juizo dentro da dilação probatoria, excepto :

1.º Quando antes de começada a demanda, o auctor necessitar fazel-a, recreando ou de grave enfermidade, ou de avançada idade, ou de proxima ausencia das testemunhas.—Ord. L. 3º, T. 55, §§ 7º e 8º.

2.º Quando fizer por simples justificação, de que se requer instrumento.—Alm. e Souza. nota 425, n. 4; Per. e Souza. not. 425. (c. ccii.)

3.º Quando fôr feita por documentos, que pódem ser offerecidos até a conclusão da acção, ou com os embargos á sentença,

COMMENTARIO CCII

AO N. 2 DO § 197

Neste caso deve ser citada a parte, para contestar e reperguntar as testemunhas, salvo estando o réu ausente em lugar remoto, não tendo deixado familia na terra.—Ord L. 3º, T. 55, § 9º.

Sem essa citação a justificação dada sobre factos, que fazem objecto do litigio, não faz fé em juizo, nem póde substituir a inquirição tomada nos autos dentro da dilação. — Per. e Souza. not. 425.

Produzidos assim os depoimentos ficam logo publicos por força do art. 11 da Disp. Prov.

quando forem elles tirados das notas dentro da dilação, ou dentro desta nomeados com declaração especificada da substancia delles, salvo nos casos em que expressamente se determina o contrario. — Ord. L. 3º, T. 20, § 43; T. 54, § 16, e T. 83, § 2º.

4.º Consentindo a parte. — Per. e Souz. not. 425.

§ 198

A prova incumbe áquelle que em juizo affirma o facto, de que pretende deduzir seu direito; e esta regra funda-se nos LL. 2º e 21º. Dig. *de probat. et presumpt.* — *Probatio incumbit ei, qui dicet, non qui negat.* — *Semper necessitas probandi illi qui agit.* (c. CCIII.)

COMMENTARIO CCIII

AO § 198

Exceptuam-se dessa regra as causas de *liberdade*, intentadas por aquelles que já estiveram no gozo dellas, porque neste caso ao réu é que incumbe provar que o autor é seu escravo — nos termos dos Acc. do Sup. Trib. de Justiça de 15 de Março de 1856 e de 20 de Agosto de 1859, Accordãos que assentam na recommendação que aos tribunaes

§ 199

Não provando o autor sua intenção deve ser o réu absolvido, ainda que nada tenha provado de sua parte. — Ord. L. 3º, T. 34 pr., e T. 52 pr. — *Auctore non probante, reus absolvitur, etiam si nihil ipse proæterit.* — L. 1º e 4º, Cod. de edendo. (c. CCIV.)

e magistrados fazem em favor da causa da redempção dos captivos o Regimento de 11 de Maio de 1560, cap. 30 e 48, e a Carta Régia de 10 de Março de 1627.

COMMENTARIO CCIV

AO § 199

Essa necessidade prevalece ainda que a causa seja da Fazenda ; ainda que a prova seja negativa, salvo se o autor fundar-se em presumpção do direito.

A prova negativa sómente póde ter lugar nos seguintes casos.—Ord. L. 3º, T. 53, § 10.

- 1.º Quando é coarctada a certo tempo e lugar.
- 2.º Quando se resolve em affirmativa.
- 3.º Quando se deixa ella ao juramento da parte, e é por esta confessada.

§ 200

Ao réu incumbe tambem a prova, no caso de excepção por elle offerecida, porquettorna nella a posição de autor. — Ord. L. 3^o, T. 52 pr.

§ 201

Tambem lhe incumbe o onus da prova, quando a presumpção de direito é a favor do autor.

§ 202

E' susceptivel de ser provado qualquer facto sobre que versa o litigio, embora uma parte o allegue como certo e inquestionavel, desde que a outra o impugne. — Consil. 166. Cod. de probat. 4, 19.

§ 203

O direito só será tambem objecto de prova, quando fôr singular; municipal, estrangeiro, ou não escripto; porque neste caso a questão reduz-se ao facto de saber se ha, ou não o privilegio, o estatuto, o costume, etc. = Ord.

L. 3º, T. 57, §§ 7º e 9º; Taullier, Dir. Civ. Fr. vol. 1º, n. 159.

§ 204

São effeitos ou prova :

1.º Julgar o Juiz, segundo o que della constar, embora saiba o contrario, e lh'o dicte sua consciencia.—Ord. L. 3º, T. 66 pr.; salvo se fôr *jurado*, porque então julgando de facto, o faz, segundo a sua consciencia.—Cod. Proc. Crim. art. 253.

2.º Condemnar definitivamente o réu, se o autor provar cumpridamente sua citação.

3.º Absolver definitivamente o réu, se o autor nada provar, ou não provar cumpridamente, o que vale o mesmo.

Esta disposição funda-se na L. 1ª Cod. *de edendo*—*auctore non probante reus absolvitur*.

SECÇÃO XXXIV

Da confissão

§ 205

Confissão — é a revelação da verdade do

facto feita pela parte expressa ou tacitamente, independente do juramento. (c. CCV.)

§ 206

Confessar validamente só podem os que estão em pleno gozo de sua capacidade civil.

§ 207

Não podem, portanto, confessar, sob pena de ser nulla a confissão :

1.º O menor impubere sem assistência de seu tutor. —Ord. L. 3º, T. 41, § 2º.

COMMENTARIO CCV

AO § 205

Esta definição é nova, e tende a corrigir o defeito da definição de Teix. de Freitas em Per. e Souza. § 222.

Em sua definição Teix. de Freitas comprehende sómente a confissão *fallada*, ficando sem ser definidas a *escripta* e a *tacita*, que fizemos comprehender em a nossa definição *supra*.

Por ser a *confissão* a prova que prefere a todas as outras, é tratada sempre em primeiro lugar. Mediante ella o autor fica eximido de exhibir qualquer outra especie de prova.

2.º O menor pubere, sem assistencia de seu curador ; podendo, ainda mesmo autorisado por este, ser restituído contra a confissão. — Ord. cit. pr. e § 1º ; Mello Freire, L. 4º, T. 20, § 4º.

3.º O furioso, a não ser nos lucidos intervallos.

4.º O prodigo, declarado por sentença, sem autoridade de seu curador.

5.º A mulher sem autorisação de seu marido, e este sem a daquella, quando da confissão resultar alienação de bens de raiz.

§ 208

A confissão para ser valiosa deve ser—Per. e Souza, § 207 ; Coelho da Rocha, § 167 ; Decreto de 25 de Novembro de 1850 art. 155:

1.º Livre. (c. CCVI.)

COMMENTARIO CCVI

AO N. 1 DO § 208

Desde que o consentimento da parte fôr obtido por facto, que o vicie, a *confissão* não valerá.

Assim, pois, se a confissão fôr o resultado do medo, da força, é nulla, é como se não existisse, porque, como diz Solon, sendo acto de liberdade a renuncia do consentimento, ceder ao medo, ou á

2.º Verdadeira. (c. CCVII.)

3.º Clara. (c. CCVIII.)

força, não é praticar um acto de vontade—*Traité des nullités*, cap. 2º, secç. 2ª, art. 2º.

Mas é preciso que o medo seja de natureza a causar impressão em um homem resolutivo, e inspirar-lhe o receio de expor sua pessoa ou seus bens a um mal consideravel e presente.—*Metus non vanis hominis sed qui in homine constantissimo cadat*. Leg. 2, Cod. tit. *quod metus causa*.

COMMENTARIO CCVII

AO N. 2 DO § 208

A confissão feita com erro de facto póde ser retractada; porque nada póde viciar tanto o confitente, como o medo, a força e o erro.—Ord. L. 3º, T. 20, § 11; T. 10, §§ 7º e 9º; Dir. Civ. Brazil., part. 3ª, cap. 4º.

Não dá, porém, direito a ser retractada a confissão o erro de direito, salvo nos casos expressos em direito.—Dir. Civ. Braz., T. 3º, cap. 4º, not. 12; Mello Freire, L. 4º, T. 2º, § 2º.

COMMENTARIO CCVIII

AO N. 3 DO § 208

A confissão, que não deixa conhecer por sua

4.º Certa. (c. CCIX.)

5.º Verosimil. (c. CCX.)

obscuridade a verdade do facto, que ella tem obrigação de revelar, é como se não existisse; dando lugar a que nos casos duvidosos seja interpretada pelo menos prejudicial ao confitente; mas a parte tem o direito de exigir que o confitente a declare circumstanciadamente, sob pena de ser contra o mesmo confitente interpretada.—Fir. 66. Dig. de *Judic.*; Fr. 6 pr. e § 1.º Dig. de *confess.*

—
COMMENTARIO CCIX

AO N. 4 DO § 208

Tem ao caso applicação inteira a nota supra.

—
COMMENTARIO CCX

AO N. 5 DO § 208

E' nulla a confissão feita contra a evidencia do facto, ou do direito.

Entretanto, á parte fica o direito de exigir que o confitente torne-se sério, e confesse de fórma a sua confissão inspirar credulidade, sob pena de ser tido por confesso; desde que procede com dolo o mesmo confitente, aquelle que pelo dolo é

6.º Séria. (c. CCXI.)

7.º Feita pela parte em pessoa, ou por procurador com poderes especiaes.

§ 209

A confissão divide-se em :

1.º Judicial.

2.º Extrajudicial.

§ 210

Judicial é e confissão que é feita em juizo, perante Juiz competente.

Extrajudicial a que é feita fóra do juizo, ou perante Juiz incompetente.

prejudicado, tem o direito de pedir a reparação do damno, como preceitua Pothier.— *Trait. des obligat.*, ns. 31 e 32.

COMMENTARIO CCXI

AO N. 6 DO § 208

Essa é sempre tida a confissão, que faz o moribundo, ou aquelle que testa em ultima vontade.

Não podemos, nem devemos dizer como Teix. de Freit. que a confissão *séria* é que fazem os que morrem, salvo se reputar-se *confissão tacita* o silencio do morto.

§ 211

A confissão judicial póde ser *expressa* ou *tacita*.

§ 212

Expressa é a que se faz por palavras, ou por escripto, com animo deliberado.

Tacita, a que a lei deduz de factos.

Assim decidio a Relação de S. Paulo no seguinte : (c. CCXII.)

COMMENTÁRIO CCXII

AO § 212

Accordão de 3 de Julho de 1874: A escriptura, ou instrumento publico, ou é da *substancia* do contracto, ou só necessaria para sua *prova*.

Sendo da *substancia*, como nos casos referidos pela Consol. art. 367, é inadmissivel a acção sem o instrumento, que não póde ser supprido.

Não sendo, não póde a falta de escriptura induzir nullidade ao contracto; antes é supprida pela *confissão judicial* de um dos réus, que póde ser *expressa* ou *tacita*.—Ord. L. 3º, T. 53, § 13; Per. e Souz. e Proc. Civ. nota 427, Consolid. art. 377 nota.

No caso sujeito (empréstimo de dinheiro a

§ 213

A confissão *judicial* faz prova plena e póde ser feita pelos seguintes modos :

1.º Por termo nos autos, assignado pelo

juros) a escriptura não é do *enunciado* contracto, é só necessaria para sua *prova* ; e bem supprida acha-se pela *confissão judicial* de um dos réus, pela declaração inscripta da ré viuva, e pela *confissão tacita* de todos os mais herdeiros, que foram citados para jurar com penas de confessos, sendo como confessos julgados.

Não procede a allegação de não serem obrigados os herdeiros a jurar, porque a Ord. L. 3º, T. 59, § 6º, quando applicavel á questão, (visto que só refere-se ao juramento decisorio ao d'alma) figura a hypothese de não terem os herdeiros conhecimento da obrigação; o que ora se dá, porquanto todos os herdeiros a conheciam, e tanto que esforçaram-se para pagar com desconto ;

Accresce que por vezes fizeram se diversos pagamentos por conta da divida originaria ;

A ignorancia dos negocios da casa como invoca a viuva, carece de fundamento e prova :

A disposição applicavel é a da Ord. L. 3º, T. 53, § 13. — *Dir.*, Rev. de 1874, vol. 5º, pags. 55 e 56.

confitente. — Ord. L. 1º, T. 24, §§ 19 e 20. (c. CCXIII.)

2.º Em artigos assignados por advogado com poderes especiaes da parte.—Ord. L. 3º, T. 5º, § 1º; L. 1º, T. 48, § 15. (c. CCXIV.)

COMMENTARIO CCXIII

AO N. 1 DO § 213

Não querendo o confitente assignar o termo da confissão, distinguimos nós duas hypotheses.

1.^a Se estiver ao acto presente o juiz, o escrivão, da mesma maneira por que resalva nas escrituras qualquer incidente no instrumento desta havido, consignará no final do termo que a parte recusou assignal-o, apezar de o haver ordenado o Juiz que presente se achava, e assignado com o Juiz, o escrivão e a parte contraria, será havido o termo, como se assignado houvesse sido.

2.^a Se o confitente deixou de assignar o termo na ausencia do Juiz, informado este pelo escrivão, inquirirá duas testemunhas a respeito deste incidente, e assim se haverá por supprida a falta da assignatura do confitente—Ord. L. 3º, T. 24, §§ 10 e 20.

COMMENTARIO CCXIV

AO N. 2 DO § 213

Essa confissão faz prova plena, contanto que

o advogado apresente informação escripta pela parte e por esta assignada ou por seu procurador com poderes especiaes.—Ord. L. 3º, T. 53, § 1º; L. 1º, T. 48, § 15; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 155.

Não podemos nesta parte concordar com Teix. de Freitas, quando em sua nota 465 a Per. e Souz entende que não precisa subscrição da parte aos artigos, porque são elles reputados escriptos com informação della; porquanto, se, menos seguro da verdade, o advogado articular de fórma a prejudicar o direito de seu constituinte, temos uma das duas seguintes hypotheses, que poderão ser evitadas ministrando a parte informações escriptas ao seu advogado:

1.º Ou ser a parte prejudicada em seu direito por acto alheio e contrario á verdade, que ella souber do facto;

2.º Ou ter necessidade de provar que a confissão feita nos articulados é erronea.

No primeiro caso teremos, que será a parte condemnada por acto alheio, o que é anti-juridico; e no segundo teremos a parte contradizendo e oppondo-se a um acto seu, o que é um contra-senso.

Assim foi tambem decidido pela Relação de Ouro Preto em

3.º Por depoimento. — Ord. L. 3º, T. 53, § 9º. (C. CCXV.)

Accordão de 30 de Outubro de 1874:— Não vale, como *confissão da parte* o que seu advogado affirma nos *articulados e arrasoados* para estabelecer a argumentação com que entende defender a causa.—*Dir.*, Rev. de 1875, vol. 6º, pags. 75 e 76.

Entretanto, contra a nossa opinião, a mesma Relação proferio o seguinte

Accordão de 11 de Maio de 1875:— Não obstante o titulo particular ser de quantia superior á taxa da Ord. L. 3º, T. 59, triplicada pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814, *acha-se reconhecido e confirmado nos artigos da contrariedade*.—*Dir.*, Rev. de 1875, vol. 8º, pag. 269.

—
COMMENTARIO CCXV

AO N. 3 DO § 213

Essa confissão prova plenamente, sómente contra o deponente, e nunca em seu favor.— Ord. L. 3º, T. 53, § 9º; Per. e Souz. Seg. Linh., nota 443.

Para que possa ter lugar no depoimento da parte, é necessario que os artigos :

1.º Versem sobre cousa certa ; designando nos immoveis a situação, demarcações, confrontações, etc., e nos moveis, ou semoventes, os signaes e qualidades certas.—Ord. L. 3º, T. 20, § 5º, e T. 53 pr., e § 1º.

2.º Constem de facto e não de direito, salvo se o direito fôr singular, municipal, estrangeiro, e não escripto.—Ord. L. 3º, T. 93, §§ 7º, 8º e 9º.

3.º Sejam relativos ao feito. — Ord. L. 3º, T. 20, § 35, e T. 53, § 2º.

4.º Não sejam méramente negativos ; salvo
— A — Quando a negativa é coarctada a certo tempo e lugar ;

— B — Quando se resolve em affirmativa ;

— C — Quando se deixa no juramento da parte e é por esta confessada.—Ord. L. 3º, T. 53, § 10.

5.º Não sejam contradictorias.—Ord. L. cit., §§ 5º e 6º.

6.º Nem deshonestos e diffamatorios.—Ord. L. 3º, T. 20, § 34.

7.º Não versem sobre crime, nem pena pecuniaria.—Ord. L. 3º, T. 53, § 11.

Se os artigos versarem sobre facto alheio, que a parte não tenha razão de saber ; ou sobre facto proprio, mas muito antigo ou complicado, dar-se-lhe-ha tempo para informar-se ou recordar-se.—Ord. L. 3º, T. 53, § 1º.

Póde a parte formar artigos que, comquanto

não sejam necessariamente pertencentes ao feito, tenham, por presumpção, ligação com outros; mas não será a parte obrigada a depôr sobre elles se dependerem de outros, que ella já tenha negado.—Ord. L. 3º, T. 53, §§ 3º, 4º e 5º.

A depôr só é obrigada a parte, sendo habil para estar em Juizo.—Ord. L. 3º, T. 53, § 13; em vista do que não o podem fazer nunca os impubes; e os puberes, só se fõrem perguntados pelo Juiz, com assistencia de tutor, ou curador.

Será nullo o depoimento do pubere se apezar de assistido pelo seu tutor, ou curador dado pelo Juiz de orphãos, não se lhe nomear curador *á lide*.

Assim decidido foi pelo Sup. Trib. de Just. em Accordão de 28 de Maio de 1856: — Ha nullidade manifesta do processo, por não se ter dado *curador á lide* ao menor litigante, com mais de 14 annos, etc. — Mafra, Jurisprud., Tom. 2º, pag. 270.

E pela Revista do 1º de Setembro de 1871: — Ao menor litigante, posto que representado por seu pai, deve-se nomear *curador á lide*, pena de nullidade do processo. — *Dir.*, Rev. de 1873, vol. 2º, pags. 327 e 329.

Da mesma fórma, só podendo depôr a propria

parte, não o pôdem fazer o tutor, ou curador na causa do pupillo, ou do menor.—Per. e Souz., nota 443, nem o cedente na causa do cessionario.—Teix. de Freit., nota 466.

Depondo a parte uma vez, não poderá mais ser obrigada a depôr na mesma causa, salvo:

1.º Se feitas as inquirições, fôr a parte novamente informada dos factos allegados nos artigos.

2.º Se os artigos forem outros e relativos a factos diversos.—Ord. L. 3º, T. 53, § 12; Ass. de 22 de Maio de 1783.

A parte só será obrigada a depôr:

1.º Sendo citada por despacho do Juiz.—Ord. L. 3º, T. 53, § 13.

Sem a citação não pôde haver a contumacia *in non respondendo*, e consequentemente, não pôde ter lugar a applicação da pena de *confesso*, pelo que necessario e indispensavel é que seja a parte citada.

E que o seja por despacho do Juiz, porque toda a citação feita sem ser por mandato do Juiz é *nulla*.—Text. in L. *cum clericis* 25, *ubi Aug. Barb. in collectan. lib. 1º, tit. 3º, n. 8, pag. 60.*

A pena de *confesso* será imposta á parte e ella

a soffrerá, se citada para depôr não comparecer, sem justa causa, ou não quizer depôr.

Entretanto, a sentença que julgar a comminação surtirá effeito, se apresentar-se prova em contrario, ou se a parte pagar a mora, achando-se a causa ainda por decidir.—Per. e Souz. not. 443.

Se o comminado fallecer antes do julgamento, não passará a pena aos seus herdeiros.—Ord. L. 3º, T. 53, § 13 *in fine*.

Não pódem os conjuges depôr na mesma causa, salvo versando esta sobre bens immoveis, porque então a mulher e o marido são partes; e sobre bens moveis ou semoventes se os artigos sobre que se tiver de depôr forem diversos do outro, e a razão é porque nestes bens a mulher é representada pelo marido, e o seu depoimento seria segundo deste, o que é prohibido.

Se tiver de depôr pessoa juridica, fal-o-ha pelo seu representante. F. 98. Dig. *de condit. et demonstr.*, 35, 1; Savigny. Dir. Rom. § 92 *in fine*; Alm. e Souza, nota 443, ns. 10 e 13.

A sentença que julga a comminação á parte que não compareceu, ou não quiz depôr é interlocutoria, e por isso della cabe agravo no auto do processo.

§ 214

A confissão *extrajudiciaria* tambem faz prova plena :

1.º Quando feita em escriptura publica, ou alvará particular, nos termos da Ordem de 30 de Março de 1849; Prov. de 23 de Setembro de 1850, e Decisão de 20 de Maio de 1854.— Ord. L. 3.º, T. 25 pr.

2.º Quando feita verbalmente na presença da parte e é por esta aceita.— Arg. da Ord. L. 4.º, T. 18; Moraes L. 3.º, cap. 1.º, n. 28.

Nos demais casos a confissão *extrajudicial* caz prova *semiplena*.— Ord. L. 3.º, T. 52 pr.

§ 215

A *confissão* produz os seguintes effeitos. Moraes, L. 1.º, cap. 4.º, § 3.º, n. 39 e seg.; Guerr., part. 1.ª, L. 3.º, cap. 10, n. 66 :

1.º Supprir os defeitos e nullidades do professo, a excepção do que provem da incompetencia. (c. CCXVI.)

COMMENTARIO CCXVI

AO N. 1 DO § 215

A razão é ser necessario e indispensavel poder legitimo e competente para a validade dos actos

2.º Infringir todas as provas, e a mesma sentença passada em julgado em favor do confitente.

§ 216

Quando feita por termo nos autos, assignado pelo confitente, a confissão produz mais os seguintes effeitos.—Ord. L. 3º, T. 66, § 9º:

1.º Fazer as vezes de sentença e produzir a cousa julgada.

2.º Ser exequível por simples preceito judicial, de que se extrahe mandado *de solvendo*.—Ribas, art. 363.

§ 217

A *confissão* só prejudica a quem a faz e

judiciarios, de sorte que nenhuma nullidade maior do que a que resulta da falta de poder, que não póde ser supprida.—Ord. L. 1º, T. 5º, § 2º, L. 2º, T. 63, § 9º; Alv. de 22 de Outubro de 1733, e de 26 de Outubro de 1745.—*Nulla major nullitas invenire potest, quam illa quæ resultat ex defectu potestatis.*

aos seus herdeiros, mas não a terceiro.
(c. CCXVII.)

§ 218

A confissão não supprime a falta da escriptura publica, quando esta é da *essencia e substancia* do contracto. (c. CCXVIII.)

COMMENTARIO CCXVII

AO § 217

Assim não prejudica ao outro a de um socio, ou coherdeiro; a do tutor, curador ou procurador ao seu pupillo, menor ou constituinte; e a do successor singular só prejudica a confissão feita antes da successão.

COMMENTARIO CCXVIII

AO § 218

Assim decidio a Relação de Ouro Preto em Accordão de 11 de Maio de 1875:—A confissão supprime a escriptura publica, e sana qualquer de feito e vicio, que de sua falta póde resultar.—Ord. L. 3º, T. 25, § 9º, T. 59, § 4º; Consol. art. 377; Per. e Souz., Proc. Civ., nota 477; porque na hypothese dos autos a escriptura publica não é da *essencia* do contracto, mas necessaria para sua prova, que se acha bem supprida, por um dos meios legaes.—*Dir.*, Rev. de 1875, vol. 8º, pag. 269.

§ 219

A *confissão do devedor acompanhada de juramento*, que a requerimento do credor, se lhe tenha deferido, é *inseparavel da qualidade, ou clausula com que foi feita*, embora essa qualidade não seja connexa ao acto. (c. CCXIX.)

SECCÃO XI

Dos instrumentos

§ 220

Instrumentos são escriptos, que as partes exhibem em juizo para provar o que allegam.

COMMENTARIO CCXIX

AO § 219

Assim decidio o Sup. Trib. de Justica em Accordão de 14 de Setembro de 1872: — Ha injustiça notoria e consequente nullidade, porque os Accordãos foram proferidos contra a Ord. L. 4º, T. 52, onde se dispõe que *a confissão do devedor acompanhada de juramento*, que a requerimento do credor se lhe tenha deferido, é *inseparavel da qualidade ou clausula com que foi feita*, no que é concorde o art. 156 do Regul. n. 737. — *Dir.*, Rev. de 1873, vol. 2º, pag. 314.

§ 221

Em razão de sua causa efficiente os instrumentos são :

- 1.º Publicos.
- 2.º Particulares.

§ 222

São instrumentos publicos:

1.º Os actos judiciaes, que têm a mesma força de escriptura publica.— Ord. L. 1º, T. 24, § 21; T. 79, § 14, e L. 4º, T. 96, § 18; sendo feitos perante o Juiz, ou a seu mandado.— Ord. L. 1º, T. 79, § 5º. (c. ccxx.)

COMMENTARIO CCXX

AO N. 1 DO § 222

Instrumento publico ou authentico é o passado por official publico para isso por lei autorizado, e com as solemnidades legaes.

Esses instrumentos formam prova plena, que, quanto á existencia do contracto, actos e factos certificados pelo official no instrumento, são extensivos a terceiros, por se terem passado na presença destes e das testemunhas; sendo restrictos e fazendo prova sómente contra os contractantes e seus herdeiros, não contra terceiro, quanto a factos e actos referidos, narrados, ou enunciadados, que têm relação directa com o contracto.— Po-

thier Tract. das obrig., tom. 2º, n. 697; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, arts. 140, 143 e 144; Fr. 17, 22 e ult. Dig. de probat., Fr. 63, Dig. de ren judic.; Fr. 3º, Dig. de trasac.; Fr. ult. Dig. de interrog. in jur. facto.

Devem ser assignados pelas partes, sob pena de nullidade, os actos judiciaes prejudiciaes, como sejam: louvações, confissões, renunciias, composições, procurações, etc.—Ord. L. 1º, T. 24, § 21 e T. 79; Repert., vol. 3º, pag. 724 v.—Nullos são todos os termos prejudiciaes, como renunciações, fianças, louvamentos, pactos, convenções e procurações, não sendo assignadas pelas partes.

Actos ha, entretanto, que além de deverem ser assignados pelas partes, o devem ser tambem por testemunhas, como seja a renuncia que fez a mãe em caso de beneficio veleiano para ser tutoras dos filhos, ou netos.—Ord. L. 4º, T. 102, § 3º.

Nos actos prejudiciaes, se as partes não forem conhecidas do escrivão, devem assignal-os com duas testemunhas.—Ord. L. 1º, T. 24, §§ 16, 19 e 21 e T. 78, § 6º.

Assim foi decidido pelos seguintes:

Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Outubro de 1864:

« O facto do *instrumento de approvação* não estar assignado pelo testador, ou por alguém á

seu rogo, não era sufficiente para auctorisar *nullidade*.

« Devia ter-se em consideração a importante circumstancia de haver pouco antes o tabellião, que lavrou o dito instrumento, escripto e assignado o *testamento*, declarando fazel-o á rogo da testadora, em razão della não saber escrever.— Mafra, Jurisp., 1 tom., pag. 298, e 3º tom., pags. 220 e 221.

Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 1866 :

« Concedem a revista pedida, attenta a nullidade dos Accordãos, que sustentaram a Sentença; porquanto, havendo elles julgado válido, e mandado cumprir, o *testamento* em questão, apezar de não ter a testemunha, que assignou o *instrumento de approvação*, declarando ao pé de seu signal — *que o fazia á rogo do testador por elle não poder, ou não saber escrever* — ; é, sem duvida, que contrariaram o disposto na Ord., L. 4º, T. 80, § 1º.

« A doutrina do Ass. de 10 de Junho de 1817 não póde aproveitar aos recorridos, pois que, supposto o tabellião declarasse, que F. assignára á rogo do testador; deixou, todavia, de mencionar o motivo, pelo qual o mesmo testador o não fez. — Mafra, Jurisp., tom. 1º, pag. 298, e 3º tom., pags. 398 e 399.

2.º As certidões dos escripturas extrahidas dos autos, quer *verbo ad verbum*, quer em relatorio.—Moraes. L. 4º, cap. 6º, n. 16; Vol. Const. 89, ns. 1 e 104, n. 6.

3.º As escripturas extrahidas das notas dos tabelliães.—Ord. L. 1º, T. 78, §§ 2º e 4º, e L. 3º, T. 25, 29 e 59. (c. CCXXI.)

COMMENTARIO CCXXI

AO N. 3 DO § 222

Os instrumentos de approvação de testamentos, —Ord. L. 4º, T. 80, § 1º, Ass. de 17 de Agosto de 1811 e de 10 de Junho de 1817; e os protestos de letras, arts. 370 a 389 do Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, são *instrumentos publicos*, embora passados fóra de notas.

A este respeito temos os seguintes julgados;

Accordão da Relação da Côrte de 16 de Dezembro de 1873:

« Julgam *nullo o testamento* de que se trata, visto como não se acha revestido das fórmulas substanciaes decretadas pela Ord., L. 4º, T. 80, § 1º, para *esta especie de testamentos*.

« Dispondo esta Ord. — que, não sabendo assignar o testador, seja assignado o *testamento* por quem lh'o escrever; — que o *testamento* seja cerrado e cosido, e assim entregue pelo testador ao tabellião; — que o tabellião o receba perante cinco testemunhas, faça logo em presença dellas

o *instrumento de approvação*, e nas costas do *proprio testamento*; — que, não sabendo escrever o testador, seja assignado o *instrumento* por uma das testemunhas com declaração ao pé da assignatura de assignal-o *por mandado do testador* por não saber assignar; taes solemnidades não foram cumpridas, como se evidencia do *instrumento de approvação*, no qual não se declara, — que o testamento estava cerrado, e cosido, no acto de ser entregue pela testadora ao tabellião; — nem o logar do *testamento*, onde foi feito o *instrumento de approvação*; — nem por parte da testemunha assignada pela *testadora* no *instrumento de approvação* havel-o feito por mandado della, em razão de não saber escrever.

« Prova-se tambem, que no *acto da approvação* não estiveram presentes cinco testemunhas, visto como da discussão resulta a não existencia de uma dessas testemunhas; sendo inverosimil em documento de tanta importancia sujeitar-se alguém á assignar com o nome que não é o seu, e menos ser aceito por quem tinha pelo acto interesse e responsabilidade. — *Dir.*, Rev. de 1874, vol. 3º, pags. 147 e 148, de 1875, pags. 452 e 453; e *Gaz. Jur.*, de Julho de 1876, pag. 57.

Revista do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Outubro de 1864:

« Independentemente de falsidade, não póde subsistir o testamento em questão, por não satisfazer o seu *instrumento de approvação* ás fórmulas essenciaes da Ord. L. 4º, T. 80, § 1º, e do Ass. de 10 de Junho de 1817, relativamente ás indispensaveis affirmações, que devia fazer a testadora, e certificar precisamente o official do *instrumento*:

« Mandando a Cit. Ord. que assigne o testador o escriptor do *testamento*, — *não sabendo aquelle assignar* —, não cogitou de reservar essa fórmula de testar sómente para os que souberem ler, nem impôz nullidade pela assignatura á rogo no caso de impossibilidade :

« Semelhante faculdade de testar, se a lei a quizesse estabelecer, estaria no logar proprio do T. 81 ; e em todo o caso faria a limitação, ou interdicção, expressamente ; e tambem expressa e clara a *nullidade* por ser pena, a qual sem lei é effeito sem causa.

« A praxe constante tem firmado a observancia pratica da lei, sempre entendendo-se, e julgando-se, que tanto importa não saber ler o testador, como não poder assignar.

« A identificação dos dois casos é estatuida pela propria Ord. L. 4º, T. 80, de accôrdo com o disposto em outras Ordenações ; e com a legislação romana, que pronunciou a igualdade —

4.º As certidões tiradas :

A — Dos livros das repartições publicas fiscaes, ou não.—Ord. L. 3º, T. 59, § 18 e T. 60, § 2º.

B — Dos instrumentos guardados no archivo publico e nos dos mosteiros e cathedraes.—Ord. L. 3º, T. 61; Est. da Univ. de Coimb., L. 2º, T. 6º, cap. 3º e 5º; Decr. Regul. de 25 de Janeiro de 1838, arts. 11 e 12.

« *Quod si literas testator ignoret, vel subscribere nequeat.* »

« Assignando o *instrumento de approvação*, por impedimento, e á rogo da testadora, como o fez o escriptor e subscriptor do testamento, pela mesma razão, e presente ao instrumento com as cinco testemunhas ahi nomeadas, ficou perfeitamente satisfeito o intuito da lei, e garantido o acto acima da segurança exigida pela mesma lei.

« Ora, o reforço da garantia nunca foi nullidade, e a intervenção de uma testemunha extranumeraria em casos, e para fins semelhantes, é positivamente permittida pelo Ass. de 10 de Junho de 1817, ao declarar o penultimo requisito essencial da approvação : E nisto foi o Ass. de harmonia com a L. 1ª § 1º Cod. *de testam.*—*Dir.*, Rev. de 1874, vol. 4º, pags. 353 a 358.

C — Dos livros do registro civil dos nascimentos, casamentos e obitos das pessoas catholicas e acatholicas, e dos livros ecclesiasticos. — Ord. L. 3º, T. 25, § 5º; Lei n. 1144, de 11 de Setembro de 1861, art. 2º; Decr. n. 3069, de 17 de Abril de 1863, arts. 19 e 31; Decr. n. 5604, de 25 de Abril de 1874, arts. 35, 36 e 37. (c. CCXXII.)

COMMENTARIO CCXXII

A' LETRA C DO N. 4 DO § 222

Os parochos devem dar as certidões *verbo ad verbum*, não podendo fazel-o de outra fórma.

Além desses livros, os que tratam de materia differente, em livros tambem ecclesiasticos, não fazem prova alguma.

As certidões dos escrivães e secretarios de conventos, confrarias, irmandades, etc., não fazem prova em relação a terceiro, mas sómente quanto aos bens, negocios e administração de taes corporações.

Os assentos de nascimento, casamento e obitos são regulados pela Const. do Arcebispado da Bahia quanto aos catholicos, e quanto aos acatholicos veja-se a lei n. 1144 de 11 de Setembro de 1863, e Regul. n. 3069, de 17 de Abril de 1863.

5.º Os actos authenticos passados em paizes estrangeiros, reconhecidos pelos consules brazileiros e sellados com as armas imperiaes.—Resol. de 14 de Abril de 1834; Decr. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 140, § 2º.

6.º Os alvarás assignados pelos Principes, Arcebispos, Bispos diocesanos, Duques, Marquezes, Condes, Barões com grandeza, e pelos que têm titulo de conselho, embora tenham sido escriptos pelos seus secretarios; e bem assim os alvarás escriptos e assignados pelos Arcebispos e Bispos titulares, Viscondes e Barões, sem grandeza, fidalgos da casa imperial, magistrados, doutores e advogados, cavalleiros das Ordens do Imperio, officiaes do exercito, ou da guarda nacional, até o posto de capitão, abbades, que gosam das prerogativas episcopaes, beneficiados, e clerigos de ordens sacras.—Ord. L. 3º, T. 59, § 15; Ord. de 3

O registro civil desses actos é regulado em todo o Imperio pelo Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874, em virtude da lei n. 1829, de 9 de Setembro de 1870.

de Março de 1849; Prov. de 23 de Setembro de 1850; Decis. de 20 de Maio de 1854.

§ 223

Para ser válido o instrumento publico e ter força probante necessita :

I. Que seja feito por official publico, para este fim auctorisado, e no exercicio legal de seu cargo.—Ord. L. 1º, T. 80, § 137 T. 78, § 5º. (c. CCXXIII.)

II. Que para fazel-o seja rogado o official. (c. CCXXIV.)

COMMENTARIO CCXXIII

AO N. I DO § 223

E' official publico na accepção do texto do paragrapho supra o tabellião de notas, o escrivão perante seu juiz, ou outro funcionario auctorisado para tal fim.

Deve o tabellião reduzir a notas, e o escrivão a termo nos autos o instrumento, e para que possa elle fazer prova, deve estar em fórmula legal.—Ord. L. 1º, T. 78, § 2º.

COMMENTARIO CCXXIV

AO N. II DO § 223

E' por essa razão que os tabelliães não podem fazer os seus proprios contractos; mesmo porque

III. Que faça o instrumento no lugar, em que, pela sua nomeação, deve exercer suas funcções. (c. CCXXV.)

sua fé publica não approva taes interesses de seus actos.

COMMENTARIO CCXXV

AO N. III DO § 223

A escriptura, pois, passada por um tabellião, no termo, ou districto, que não é de sua jurisdicção, em que não tem o character de official publico, não é authentica, e sendo assignada pela parte valerá como instrumento particular, e o mesmo succederá, se o tabellião a fizer estando suspenso de suas funcções.— Ord. L. 1º, T. 81, § 13, e T. 95 princ.

Os escrivães de paz são aptos para, no character de tabelliães, fazerem e approvarem testamentos, mas sómente no seu districto, embora o testador esteja nelle temporariamente. — Carta de Lei de 15 de Outubro de 1827; Av. da Just. de 31 de Janeiro de 1851.

Pódem, porém, cumulativamente com os tabelliães de notas, e independente da distribuição passar escriptura de compra e venda de escravos em todas as cidades, villas e freguezias

179

IV. Que o faça dos actos, perante elle official publico praticados.—Vol. Cons. 89, cap. 1º; Peg. Forens., cap. 1º, n. 145; Lei de 20 de Junho de 1874, § 33 verb. *Que as vissem escrever*; isto é, devem portar por fé, o que as partes convencionarem entre si no acto da escriptura; e, se lhe derem minuta escripta, cópial-a na escriptura *ipsis verbis*.

V. Que seja extrahido do protocolo, livro de notas, dos das Repartições publicas fiscaes, ou não, destinados para o lançamento dos respectivos actos. — Ord. L. 1º, T. 78, §§ 2º e 5º; T. 66, § 23; Lei de 1º de Outubro de 1828, arts. 50 e 77. (C. CCXXVI.)

do Imperio.—Decr. n. 2833 de 12 de Outubro de 1861.

—

COMMENTARIO CCXXVI

AO N. V DO § 223

O instrumento para fazer prova plena deve ser extrahido das notas, sob pena de não ser tido por authenticico, não podendo o tabellião ir além do

VI. Que seja o instrumento publico revestido de todas as solemnidades legaes.

§ 224

São solemnidades legaes, de que se devem revestir os instrumentos publicos para poderem fazer prova plena :

1.º A declaração do dia, mez, anno, lugar e casas em que o acto se fez.—Ord. L. 1º,

que nas notas se achar escripto, nem tão pouco restringir.

Não se achando nas notas o instrumento, só será reputado authenticico se tiver mais de 40 annos.—Ord. L. 1º, T. 78, § 2º.

Divergindo das notas deve-se estar por estas.—Ord. L. 3º, T. 60, § 5º.

Os instrumentos devem ser concertados pelo tabellião ou escrivão companheiro.—Ord. L. 1º, T. 24, §§ 10, 30 e 34 ; T. 79, § 6º. Concertar quer dizer—*vêr se está conforme ao original*.

Nos logares em que só houver um tabellião de notas, o concerto será feito com o escrevente juramentado.—Decr. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871, art. 80.

T. 24, §§ 16 e 36; T. 79, §§ 4º e 5º; T. 80, § 7º. (c. CCXXVII.)

2.º A dos nomes dos contractantes e suas assignaturas, ou de outra pessoa, por não saberem assignar. — Ord. L. 1º, T. 78, §§ 4º e 5º; T. 48, §§ 15 e 16; L. 4º, T. 33, § 1º (c. CCXXVIII.)

COMMENTARIO CCXXVII

AO N. 1 DO § 224

A declaração do anno se faz sempre com a formula sacramental: *Anno do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo de mil oitocentos etc.* — Ord. L. 1º, T. 80, § 7º.

Quanto á declaração do logar, deve especificar se é cidade, ou villa.

COMMENTARIO CCXXVIII

AO N. 2 DO § 224

Para que se considere terem as partes *outhorado*, é mister que tenham assignado a escriptura; do contrario não se reputará o contracto ultimado e poderão as partes se arrepender, se a escriptura fôr da substancia do contracto. — Ord. L. 4º, T. 19, § 1º.

Se alguma das partes não souber escrever, as-

3.º O signal publico do tabellião ou escrivão. — Ord. L. 1º, T. 78, § 5º; T. 97, § 5º; Regim. do Desemb. do Paço, §§ 64 e 71.

4.º A subscripção de duas testemunhas, pelo menos, e devendo o instrumento ser lido perante ellas e as partes. — Ord. L. 1º, T. 78, § 4º. (C. CCXXIX.)

signará a seu rogo uma terceira pessoa, além das duas que têm de servir de testemunhas; podendo uma só assignar por mais de uma parte. — Ord. L. 1º, T. 63 pr.

Tudo isto tem logar nos contractos obrigatorios, bilateraes, mas não nos unilateraes, como doação, etc. — Ord. L. 4º, T. 63 princ.

COMMENTARIO CCXXIX

AO N. 4 DO § 223

Essas testemunhas, tanto pódem ser homens, como mulheres, salvo se o instrumento fôr testamento. — Ord. L. 4º, T. 80 pr.; e faltando alguma o instrumento é nullo.

Se o tabellião e as testemunhas do acto, nenhum conhece as partes, devem intervir no instrumento mais duas testemunhas, que as conheçam, fazendo-se destas expressa mensão no instrumento.

§ 225

O instrumento publico, para fazer prova plena, deve, além de estar nas condições dos paragraphos antecedentes, ser original e não traslado. — Decr. de 23 de Novembro de 1858 e de 23 de Junho de 1759; Ass. de 25 de Abril de 1730.

§ 226

O traslado de instrumento publico só faz prova plena nos seguintes casos — Mendes, part. 1^a, L. 3^o, cap. 22, n. 4; Franç. ad Mend., L. cit., n. 5; Moraes, L. 4^o, cap. 5:

1.^o Se é extrahido por mandado do Juiz, com citação da parte, ou concertado com outro official. — Ord. L. 1^o, T. 79, § 6^o;

As testemunhas, não estas, mas as do instrumento, basta que assistam o acto, e ouçam a leitura do mesmo instrumento, não precisa serem rogadas. — Ord. L. 1^o, T. 78, §§ 4^o e 5^o, o que declarará o tabellião, ou escrivão no instrumento.

Faltando qualquer dessas solemnidades, o instrumento é nullo.

T. 8o, § 15; L. 3o, T. 6o, § 6o; Alv. de 27 de Abril de 1647. (C CCXXX.)

COMMENTARIO CCXXX

AO ART. 1 DO § 226

Os tabelliães devem dar a cada uma das partes um traslado das escripturas, que lançarem em notas, o qual é reputado como *original*, e perdendo-o a parte, não poderá ser renovado, senão por despacho do Juiz e juramento da parte e citação da contraria.— Alv. de 27 de Abril de 1647.— Ord. L. 3o, T. 6o, § 6o.

Tambem se pôde renovar a nota perdida, com juramento da parte e testemunhas discretas e entendidas, que jurem, não só a perda da nota, mas ainda o theor do contracto, que nella se continha. Esta prova é considerada como a de instrumento perdido. — Ord. L. 3o, T. 6o, § 6o. — Não jurando assim essas testemunhas, só aproveitará essa prova, no caso de ter a perda provindo de culpa da parte contraria.— Ord. cit.

Havendo duvida sobre a fidelidade do traslado, pôde-se a todo o tempo requerer a sua apresentação e comparação com o original. — Per. e Souz., nota 466; e se não existir mais este, fará prova o traslado, se tiver mais de trinta annos, e tiver sido passado pelo official, que lavrou o acto, seus successores, ou depositarios das referidas

2.º Se é passado por certidão de autos, a que se havia juntado o original.—Moraes, L. 4º, cap. 5º, n. 5.

3.º Se o traslado tem mais de cem annos de antiguidade.—Alm. e Souz. nota 466, n. 2; Peg. de Main, cap. 9º, n. 304.

4.º Referindo-se um instrumento a outros:—Ord. L. 3º, T. 6o pr.

A—Se o instrumento anterior foi nelle incorporado perante a parte, a que pertence (c. CCXXXI.)

notas, muito embora falte o despacho do Juiz e o juramento da parte.—Cod. Civ. Fv., art. 1335.

COMMENTARIO CCXXXI

DA LETRA A DO N. 4. DO § 226

Assim foi decidido pela

Revista de 16 de Setembro de 1851:—Não faz prova a escriptura, em que o vendedor, *referindo-se* ao titulo particular por onde houvera a coisa vendida, não mostrar o respectivo titulo no acto de lavrar-se a escriptura, nem nella foi inserido, como era indispensavel pelo terminante preceito da Ord. L. 3º, T. 6o pr.—Mafra, Jurisprud., 2º tom., pag. 143.

B—Se o primeiro instrumento foi feito pelo mesmo tabellião, que fez o segundo, e que assim o declare neste.

C—Pela declaração de peritos á respeito da semelhança da letra, ou do signal, comparados com exemplares reconhecidos verdadeiros. (c. CCXXXIII.)

COMMENTARIO CCXXXII

DA LETRA C DO N. 4 DO § 226

Aqui dá-se apenas meia prova. — Ord. e Per. e Souz. cit.

Essa comparação, que é admittida pelo novo direito, Ord. L. 3º, T. 52, pr., póde ser feita com escriptura publica, ou particular. reconhecida pela parte, ou subscriptas por tres testemunhas, cujas assignaturas, feitas perante o tabellião, sejam por elle no mesmo acto reconhecidas, ou com letra escripta no acto do exame, pela parte, por mandado do Juiz. — Ord. L. 3º, T. 52 pr.; T. 6º, §5º; Lei de 20 de Junho de 1774, § 33.

Para esse exame de comparação de letra deve ser a parte citada, afim de o assistir e requerer o que lhe parecer, porque não é crível que se possa

§ 227

O *instrumento particular* prova contra quem o escreveu nos seguintes casos. —Fr. 26, § 2º, Dig. *Deposit*; Fr. 25, § 4º, Dig *De probat*; Fr. 31, Dig. *de pecunia constit.* Per. e Souz. nota 470.

1.º Pela sua producção em juizo, salvo se o fez com protesto de só approval-o em certos artigos.

2.º Se o reconheceu por verdadeiro, ainda por effeito de contumacia.

em juizo apresentar um escripto, cuja letra do réu, sendo assignatario, todavia, illuda a quem a observa.—Ord. L. 3º, T. 1º.

Os peritos devem ser nomeados pelo Juiz, que lhes deferirá juramento, e os quaes devem proceder ao mais minucioso e escrupuloso exame, comparando não sómente o character e o talho da letra, como tambem a redacção e o estylo, que muita importancia têm, porque, se facil é imitar-se o character de uma letra, difficilimo, se não impossivel, é encontrar-se e imitar-se o torneio da phrase, o methodo da construcção e do estylo.

De tudo se lavrará o competente auto de exame, que será assignado pelas partes, peritos e Juiz.

3.º Na falta de reconhecimento, ou producção do instrumento, sendo a verdade deste, ou da sua assignatura provada, com citação das partes, por qualquer dos seguintes modos. — Const. 20. Cod. *de fide instr.*; Alm. e Souz. disc. 8º suppl. ás Seg. Linh. §§ 31 e 32 :

A.— Pelo juramento das testemunhas que viram fazer o instrumento em sua presença.

B.— Pelo depoimento de testemunhas, que tenham inteiro conhecimento da letra de quem o escreveu.

§ 228

Contra terceiro não faz o instrumento publico prova, mas sómente contra os contractantes e seus herdeiros.—Fr. 63, Dig. *de res judic.*, Const. 5º, 6º e 7º, Cod. *de probat.* 4—19; Nov. 48 cap. 1º § 1º.

§ 229

Instrumento particular é o que não tem fé publica, e não se acha nas condições dos §§ 212, 213 e 214.

§ 230

Entram tambem na classe dos *instrumentos*

particulares.—Teix. de Freitas. not. 476 a Per. e Souza.

1.º As cartas missivas. (c. CCXXXII)

2.º Os livros de razão, ou por motivo de administração de bens próprios, como os de contas de sociedade, e os de commerciantes.

3.º Os cadernos, isto é, os de registros de fóros e pensões pagaveis annualmente.

4.º Os livros de tutores, curadores, feitores caixeiros, e outros administradores e prepostos.

5.º Os livros de assento dos paes sobre as idades dos filhos e as despesas de familia.

COMMENTARIO CCXXXIII

AO N. 1 DO § 229

Merlin, palavra *Letra*—n. 6, é de opinião que as missivas, que contiverem confidencias taes, que o patenteal-as seria violar a boa fé, não podem nem devem ser produzidas em juizo; assim como o não póde as que forem tiradas do correio, ou do poder de portador particular, sem auctorisação da pessoa, a quem são ellas dirigidas. — Cod. Crim., art. 218.

Aqui não ha prova, nem plena, nem semiplena; ha apenas elemento de prova.—Ord. L. 3º, T. 52 pr.; Per. e Souza., not. 470.

Esses livros são mais para lembrança do que para prova.

§ 231

O instrumento particular só prova a favor de quem o escrever, nos seguintes casos :

1.º Se forem livros de commerciantes nos casos e pela fórma prescripta no art. 141, § 3º do Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850.—Cod. Com., arts. 2º, 23 e 544.

2.º Se forem testamentos, ou actos de ultima vontade, de pessoas qualificadas, em que declararam a paga feita dos serviços a seus criados.—Ord. L. 4º, T. 33, § 2º.

3.º Se o instrumento fôr produzido em Juizo pela parte contraria, porque neste caso é evidente que esta approvou o que nelle ha de dispositivo.—Per. e Souz. nota 469 ; Gam., Decis. 336, n. 3.

§ 232

Os instrumentos devem ser produzidos dentro da dilação probatoria.—Ord. L. 3º, T. 20, § 43; T. 54, § 16.

Exceptuam-se :

1.º Quando delles fazem menção as partes no seu libello, contrariedade, reconvenção,

replica, treplica, excepção, ou nos casos em que a materia da acção, ou defesa, só póde ser comprovada por escriptura publica.—Ord. L. 3º, T. 20, §§ 22 e 23, e T. 50, § 9º.

2.º Quando pertencem á legitimação de pessoas.—Alm. e Souz., nota 471, ns. 1 e 2.

3.º Fundando a parte em algum privilegio seu direito singular, para declinar do fôro.—Ass. de 23 de Março de 1786; arts. da Lis., cap. 31, § 2º.

4.º Quando se os junta á rasões finaes, quer fossem extrahidos na dilação, ou se formassem de novo, ou de novo viessem á noticia da parte. (c. CCXXXIV.)

COMMENTARIO CCXXXIV

AO N. 4 DO § 232

A parte contraria, obtendo vista das razões, dirá, querendo, não sómente sobre os documentos, mas ainda sobre os argumentos da outra parte, sobretudo se os documentos forem juntos pela parte que arrasoou por ultimo.—Per. e Souz., nota 471.

O Juiz não deverá nunca mandar juntar documentos isoladamente, porque se a parte tem ainda que arrazoar, aguarde-se para essa occasião, e se já arrazoou e os houve de novo, os jun-

5.º Nos embargos á sentença, na primeira e segunda instancia.—Ord.L. 3º, T. 54, § 16.

6.º Nos embargos ás execuções de sentenças, se são os instrumentos havidos de novo.—Ord. L. 3º, T. 52, § 3º, T. 87 pr.

7.º Ainda depois de conclusa a causa, se a parte jurar que elles vieram de novo, e a outra se não oppuzer. (c. CCXXXV.)

Se foi o auctor que não juntou ao seu libello os documentos, será o réu, se o requerer, absolvido da instancia, e condemnado o auctor nas custas, e se segunda vez estiver o auctor em semelhante ommissão, será o réu absolvido da execução intentada no libello, e condemnado o auctor nas custas.

tará por occasião da execução, e se os não houve de novo e os não junctou—*sibi imputare debet*—, de si deve-se queixar.

COMMENTARIO CCXXXV

AO N. 7 DO § 232

Neste caso abrir-se-ha a conclusão por ordem do juiz, e dar-se-ha vista á parte para dizer, querendo, não sómente sobre o documento, porém tambem sobre as razões com que fôr elle junto.—Per. e Souz. cit., not. 471, § 223.

Se, porém, foi o réu quem não juntou os documentos, não serão seus artigos recebidos a requerimento do auctor ; será delles o réu lançado, dando-se logo lugar á prova dos artigos recebidos.—Ord. L. 3º, T. 20, §§ 22 e 23 e T. 59, § 9º. (c. CCXXXVI.)

COMMENTARIO CCXXXVI

AO N. 7 DO § 232

Se o réu allegar que precisa de prazo para tirar seus documentos e o requerer, o juiz conceder-lh'õ-ha, mas continuará no feito até final sentença e execução, não podendo, porém, o exequente receber a quantia ou a cousa, na execução, se não prestando fiança pela qual se obrigue a restituir a dita cousa ou quantia, e a pagar as custas em dobro, caso a sentença seja revogada, em vista dos documentos que vierem.—Ord. L. 3º, T. 20, § 26; T. 59, § 9º e T. 54, § 13.

Nos casos em que a prova instrumental é da substancia do articulado, o Juiz não aceitará prova testemunhal, que queira dar o réu ; e se a tiver offerecido, será havida por nenhuma, e condemnado o mesmo réu nas custas a que ella deu lugar, ainda que vença na causa principal.—Ord. L. 3º, T. 20, § 25.

§ 233

Illide-se a fé do instrumento, não só pela producção de provas contrarias, como tambem :

1.º Se as proprias testemunhas instrumentaes são concordes em impugnar a fé do instrumento.—Novell. 73, cap. 3º, e L. 18, cap. 10, *de fid. instrum.*

2.º Se apezar de serem extranhas, jurem as testemunhas contestemente ser falso o instrumento, e os seus depoimentos são corroborados pelo exame *judicial*, e outros adminiculos, em que a verdade do instrumento seja defendida pelas testemunhas instrumentarias.

§ 234

Em collisão, o instrumento prefere ás testemunhas :

1.º Nos factos antigos.

2.º Quando a escriptura é da substancia do negocio.—Ord. L. 4º, T. 19.

3.º Quando o negocio é tal, que só se costuma expedir por instrumento.

§ 235

O instrumento póde ainda tambem :
(c. CCXXXVII.)

1.º Ou conter disposições que se destruam reciprocamente ;

2.º Ou entrar em collisão com outro instrumento, offerecido pela mesma parte, sem que se possa conciliar-os com explicações e distincções rasoaveis.—Ord. L. 3º, T. 60, § 9º;

3.º Ou entrar em collisão com outro instrumento, offerecido pela parte contraria.

COMMENTARIO CCXXXVII

AO § 235

No primeiro e no segundo casos, o instrumento perde toda a fé, e no terceiro deve-se dar fé ao que foi feito por notario de mais credito.

Não se dará collisão entre instrumentos de diverso genero offerecidos por diversas pessoas, porque n'este caso prefererirão os publicos aos particulares.—Ord. L. 3º, T. 59, § 4º; nem tambem entre instrumentos que divergem um do outro, porque neste caso não vale o que é derogado.

Em igualdade de documentos em causa privilegiada, prefere o que fôr em favor desta, como succede nas causas de liberdade, em que muitas são as cousas que se concedem contra as regras

§ 236

Tambem se illide a fé do instrumento, por vicios externos, que o defeituam, e que são logo vistos, como sejam. (c. CCXXXVIII.)

geraes—Ord. L. 4º, T. 11, § 4º; e não sendo privilegiada a causa, prevaleceria o que mais probabilidades tiver.—Ord., L. 3º, T. 60, § 7º.

In pari causa et jure, deve-se julgar sempre contra aquelle a quem convier a obrigação de provar, porque n'este caso ficou em relação a verdade da intenção no mesmo estado em que entrou em juizo, isto é, nada adiantou, porque não venceu a impugnação do réu.

COMMENTARIO CCXXXVIII

AO § 236

Não diminuirão, porém, esses vicios a fé do instrumento, se provar-se :

1.º Que o vicio foi feito pela parte interessada n'elle, ou inadvertidamente pelo credor, ou pelo devedor, ou por terceiros, sem consentimento do credor.

2.º Que os vicios estão resalvados pelo tabelião no final do instrumento.—Ord. L. 1º, T. 19, § 5º; T. 78, § 4º, Decreto de 25 de Novembro de 1850, arts. 145 e 146.

1.º Cancellação.

2.º Rasura. — Ord. L. 3º, T. 60, § 3º, quando feita em parte no vicio.

3.º Riscadura, se é feito em lugar substancial e suspeito.—Ord. L. 3º, T. 60, § 3º.

4.º Entrelinha, que tem os effeitos da rasura e riscadura.—Cit. Ord.

5.º Diferenças de tintas.

§ 237

A escriptura publica é da substancia dos contractos nos seguintes casos. — Alm. e Souza., Dir. Emphyth, §§ 65 a 67:

1.º Nos contractos de doações, que devem ser insinuadas.—Ord. L. 4º, T. 19 pr.

2.º Nos de emphytheuse ecclesiastica.—Cit. Ord.

3.º Nos de esponsaes.—Lei de 6 de Outubro de 1784, § 1º.

4.º Nos de dotes e contractos antinupciaes, para valerem contra terceiros.—Lei de 24 de Setembro de 1864, art. 3º, § 9º.

5.º Nos de compra e venda de bens de raiz, cujo valor exceder de 200\$000, ou de escravos.—Leis ns. 840, de 15 de Setembro de 1855, art. 11, e n. 1114, de 27 de Setembro de 1860, art. 12, § 7º.

6.º Nos de hypotheca.—Lei de 24 de Setembro de 1864, art. 4º, § 6º.

7.º Quando as partes declaram expressamente, ou deixam de algum modo entender que é sua vontade que o contracto se faça por escriptura publica, e que de outra maneira não valha.—Ord. L. 4º, T. 19, § 1º.

§ 238

A escriptura publica é de absoluta necessidade para a prova dos contractos e distractos de quantias excedentes a 800\$000 em bens immoveis, e a 1:200\$000 em bens moveis.—Ord. L. 3º, T. 59; e Alv. de 30 de Outubro de 1793.

Exceptua-se :

O instrumento de fóra de terra que, para que faça prova, precisa que seja legislado pelos seguintes modos :

1.º Se é de alguma localidade do Imperio, pelo reconhecimento da firma do tabellião, que fez o instrumento, por outro tabellião do lugar, em que se produz o documento.

2.º Se é de paiz estrangeiro, pelo reconhecimento do respectivo consul brasileiro e o sello das armas do Imperio; ou pelo reco-

nhecimento de dous negociantes brasileiros; ou não os havendo, do próprio paiz, d'onde veio o instrumento, reconhecidas as respectivas assignaturas, pela competente auctoridade territorial.— Regul. de 14 de Abril de 1834, a 79; de 22 de Junho de 1836, art. 151; de 11 de Junho de 1847, arts. 208 e 220; de 25 de Novembro de 1850, arts. 5º e 140, § 2º; Decreto de 19 de Setembro de 1860, art. 400.

SECÇÃO XXXIV

Das testemunhas

§ 239

Testemunha é a pessoa que vem a juizo declarar sob juramento, com o fim de convencer o Juiz, o que sabe á respeito do allegado pelas partes e sobre que versa a controversia.—Mello Freir., *Ins. Jur. Civ.*, lib. 4º, T. 17, § 1º; Coelh. da Roch., § 483.

§ 240

Em regra pôdem ser testemunhas todas as pessoas de um e outro sexo, que não fôrem expressamente prohibidas por lei.— Ord. L. 3º, T. 36 pr. e §§ 5º e 6º; L. 4º, T. 85 pr.;

L. 1º, § 1º, D. *de testib*; Merlin—*Repert. de Jurisprud. verb. témoin Judic.*, pags. 65.

§ 241

Deve-se observar na inquirição das testemunhas os seguintes requisitos:

1.º

Sem prévio juramento não deve depôr pessoa alguma, que tiver de servir de testemunha, porque sendo esse o preceito da lei para a validade do depoimento, não póde, pois, ser omittido. — Ord. L. 1º, T. 86 pr.; LL. 9º, 16 e 19. Cod. *de testib*. Ref. Jud., arts. 944 e 945.

2.º

Deve a testemunha ser juramentada conforme a sua religião, salvo sendo de tal seita, que prohiba o juramento. — Ord. L. 1º, T. 86 pr.; Arg. do art. 86 do Cod. do Proc. Crim.; Coelho da Rocha, § 183; Decreto n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 175. (c. CCXXXIX).

COMMENTARIO CCXXXIX

AO N. 2 DO § 241

A testemunha deve jurar dizer a verdade do que souber e lhe fôr perguntado; fazendo-o com toda

3.º

Como as testemunhas não juradas não têm fé em juizo, por isso, testemunha nenhuma, por mais elevada que seja a sua posição social, póde recusar-se a receber o juramento.—Valasc., comment. 146, n. 9; Card. in Prax. verb. *testis* n. 70; Alm. e Souza., Seg. Lin., nota 484, n. 1.

4.º

As partes, seus advogados, ou procuradores inquirirão de viva voz e publicamente em Juizo as testemunhas, que serão reperguntados pela parte contraria, seus advogados, ou procuradores, sem interromperem nas no curso de seu depoimento, podendo o Juiz fazer *ex-officio* as perguntas que julgar

a insenção de animo, e por amor sómente á sua alma e ao direito de quem o tiver.

Ordinariamente o juramento é deferido em um dos livros dos Santos Evangelhos, em que a testemunha põe a sua mão direita, mas a praxe já tem tornado como que substitutiva a pratica de o deferirem os Juizes em suas mãos.

Esse juramento será dado na presença da parte, se esta o quizer assistir.—Ord. L. 3º, T. 86 pr.

convenientes.—Disp. Prov. arts. 11 e 25.
(c. CCXL.)

5.º

A inquirição deverá começar por perguntar o Juiz, ou o escrivão por ordem d'este, á testemunha, seu nome, pronomes, idade, profissão e mais perguntas do estylo, como: — se é parente, amigo, inimigo, dependente de uma das partes, etc., ao que se chama *costumes*.—Ord. L. 1º, T. 86 pr.; L. 3º, T. 59, § 1º.

6.º

Deve a testemunha ser precisamente inque-

COMMENTARIO CCXL

AO N. 4 DO § 241

Se a testemunha fôr algum estrangeiro, que não saiba fallar o portuguez, será seu depoimento vertido por um interprete nomeado pelo Juiz, que lhe defirirá tambem juramento, por termo nos autos.

Esse depoimento deve ser integralmente escripto, e assignado pelas pessoas que tomam parte no acto, assignando alguém pela testemunha se não souber escrever.

rida sobre a materia dos artigos, que lhe serão lidos, não podendo responder além do que nelles se contem, embora o saiba; e o escrivão, ainda que a testemunha se exceda na resposta, não escreverá mais do que o que disser respeito ao artigo, tenha ou não, o que fôr, além do conteúdo nelles, sido perguntado.—Ord. L. 1º, T. 86, § 1º; L. 3º, T. 57, § 1º.

7.º

O facto articulado deverá ser requerido com todas as suas circumstancias e minudencias; devendo a testemunha dar as razões de seus ditos, o porque sabe, o tempo e o logar em que o presenciou, que pessoas se achavam presentes na occesião, que tambem o tivessem visto; e se fôr a testemunha de ouvida, deve declarar quem foi que lhe contou o facto, em que tempo, e em que logar.

Além destas, deverão as partes ou seus advogados fazer as perguntas que entenderem melhor possam esclarecer o facto em beneficio do direito, que defendem.—Ord. L. 1º, T. 86, § 1º,

8.º

Deve o Juiz reparar se a testemunha, no acto da inquirição, muda de voz, hesita em responder, perturba-se, muda de côr, cahe em contradicções, para que bem possa comprehender o valor que deve ligar ao seu juramento, fazendo-se disso declaração no depoimento.—Ord cit. § 1º. (c. CCXLI).

9.º

Providenciará o Juiz de fôrma que as testemunhas não ouçam os depoimentos umas das outras antes de prestar o seu, por isso que ellas devem ser inqueridas separadamente.

COMMENTARIO CCXLI

AO N. 8 DO § 241

Por essa razão devem as testemunhas responder ao que lhes fôr perguntado, e só dictarem seus depoimentos, as que estiverem no caso de o fazer pela civilisação de seu espirito, cumprindo que a esses depoimentos assista o Juiz do feito, não só porque sua presença influirá na regularidade do acto, como porque muitas vezes questões de ordem e de direito suscitam- os advogados nas inquirições, e que cumpre sejam logo resolvidas.

— Ord. cit. pr.; Cod. do Proc. Crim., art. 88.

10.

Os depoimentos das testemunhas serão tomados por extenso.—Per. e Souz., § 231, n. 4.

11.

A parte deve ser citada para ver jurar a testemunha.—Ord. L. 3º, T. 86 pr.; L. 3º, T. 1º, § 13; T. 62, § 1º. (C. CCXLII.)

§ 242

Citada a testemunha para vir a juizo depôr,

COMMENTARIO CCXLII

AO N. 11 DO § 241

Sem essa citação, não póde a dilacão correr.—Ord. L. 3º, T. 1º, § 13; T. 55, §§ 9º e 10, e as inquiriões que sem ella se fizerem serão nullas.—Ord. cit. T. 1º, § 13, salvo :

1.º Se a inquirião, é feita mediante carta de edictos.—Ord. L. 3º, T. 62, § 1º.

2.º Nos depoimentos *ad perpetuam*, se a parte está ausente em logar muito longe, e ahí não tem pessoa de familia.—Ord. L. 3º, T. 55, § 8º.

deve comparecer pessoalmente no logar, dia e hora, que lhe forem indicados.—Per. e Souz., not. 490; Ord. L. 3º, T. 3º e T. 1º, § 13.

§ 243

Não comparecendo, pôde ser a testemunha compellida por auctoridade do Juiz, mandando-a vir debaixo de vara e applicando-lhe as penas do art. 95 do Cod. Proc. Pen.—Av. de 17 de Dezembro de 1859.—Ord. L. 3º, T. 55, § 11; Cod. Crim. art. 310; LL. 6º e 19, *Cod. de testib.*

§ 244

Comquanto o depôr, tanto no crime, como no civil, seja uma divida publica, da qual se deve indemnisar a Justiça, que a exige, tanto que a lei para garantil-a cercou-a de meios coercitivos, como se vê da L. 16, *Cod. de testib.*—*Constitutio jubet, non solum in criminalibus, sed etiam in pecuniariis, unum-
quenque cogi testimonium perhibere de his,
quæ novit cum sacramenti præstatione*—todavia, pessoas ha que, ou não pôdem ser obrigadas a vir jurar em Juizo, ou, por

serem senhores de segredos que, em virtude de sua profissão, lhes foram confiados, não devem sobre elles depôr, e antes por amor á sua dignidade e honra de sua profissão, devem guardal-os, como uma homenagem á sua consciencia.

§ 245

Na primeira classe estão:

1.º As pessoas que morarem em jurisdicção differente, pela razão de que allí devem ser inquiridas, por via de precatória.—Ord. L. 1º, T. 86, § 5º, Souza Pinto. § 1292.

2.º As pessoas egregias.—Ord. L. 1º, T. 5º, § 14; T. 26, § 5º; T. 84, § 10; L. 15. *ff de Jurisprud.* (c. CCXLIII.)

3.º As pessoas legitimamente impedidas, que, como os egregios, podem depôr em suas

COMMENTARIO CCXLIII

AO N. 2 DO § 245

Taes como os bispos, doutores, advogados, e outros, que ainda gozam do privilegio da Ord. L. 3º, T. 59, § 15.

—

casas.—Ord. L. 1º, T. 78, § 3º; T. 84, § 10; L. 15 ff. *de testib.*, cap. 8º. (c. CCXLIV.)

4.º Os militares, que não forem requisitados aos seus superiores.—Alv. de 21 de Outubro de 1763; 16 de Março de 1812; Port. de 21 de Julho de 1823; Avs. de 15 de Julho de 1844 e 9 de Fevereiro de 1852.

5.º Os empregados publicos, quando estiverem funcionando no recinto da repartição, se não tiverem sido dispensados pelo respectivo ministro, Presidente da Provincia, ou auctoridade competente. — Decr. de 16 de Abril de 1847.

§ 246

Na segunda classe estão :

1.º Os advogados e procuradores, que só poderão depor, o que souberem como particular, mas não o que lhes tiver confiado o seu constituinte.

COMMENTARIO CCXLIV

AO N. 3 DO § 245

N'este caso estão os doentes, os enojados, os velhos, os noivos durante os primeiros nove dias, etc.

2.º Os medicos e cirurgiões por se acharem nas mesmas condições dos advogados.

3.º Os confessores, que não devem declarar o que lhes foi religiosamente confiado em confissão.

4.º Os parochos, que não deverão revelar o que lhes fôr communicado em confidencia.

§ 247

Assim como a testemunha citada tem a obrigação de comparecer em Juizo, a requerimento da parte interessada, assim tambem tem esta a de indemnisal-a das despesas de vinda, estado e volta, se a testemunha o requer.—Ord. L. 3º, T. 55, § 6º; Paul. Bapt. Proc. Civ., § 133; Ramalho, Prax. Braz., § 198; Ribas, art. 423. (c. CCXLV.)

COMMENTARIO CCXLV

AO § 247

O caminho de ida e volta é contado á razão de seis legoas por dia; e além d'essas despesas, a parte pagará mais á testemunha os salarios de seus officios e occupações, que deixou de receber por irem a juizo depôr.—Ord. L. 1º, T. 11, § 2º; e T. 91, § 29. L. 3º, T. 55, § 6º.

§ 248

Não pódem ser testemunhas, os que por—*natureza*—, ou *por disposições da lei*— são prohibidos. Essa prohibição é tambem absoluta ou relativa.

§ 249

São absolutamente por natureza prohibidos de ser testemunhas, por falta de elemento moral, em que se funda a credibilidade do depoimento :

1.º Os furiosos, salvo nos lucidos intervallos.—Dig. L. 29, T. 7º, fr. 2, § 3º; L. 50, Tit. 17; fr. 40; Cod. *de just.*—Ord. L. 3º, T. 56, § 5º, fr. 20, § 4º; Dig.—*Qui testam. fac. poss.*, 28—, 1; *Const.* 6º Cod. *de Curat. for.*—5—, 70.

2.º Os mentecaptos, os desasisados, entre os quaes comprehendem-se os ébrios em estado de embriaguez.—Ord. cit. L. 3º, T. 56, § 5º;—Moscard. *de probat. cond.* 580 e 1365.

3.º Os surdo-mudos de nascimento.—Arg. da Ord. L. 4º, T. 85 pr.; Dir. Civ. Bras. T. 4º, cap. 3º, § 8º, n. 11.

4.º Os menores de quatorze annos, sendo varões, e de doze sendo mulheres.—Ord. L. 3, T. 56, § 6º e L. 4º, T. 85 pr.

§ 250

São por natureza relativamente prohibidos de ser testemunhas :

1.º Os cegos a respeito das cousas, que só pódem ser conhecidas pela vista.—Arg. da Ord. L. 4º, T. 85 pr.; Silv. ad Ord. L. 3º, T. 56, § 3º, n. 5.

2.º Os surdos, menos a respeito do que ouviram antes da surdez.—Arg. da cit. Ord. L. 4º, T. 58 pr.—; Silv. ad Ord. cit., n. 4.

§ 251

Por disposição de lei são absolutamente prohibidos de depôr em Juizo :

1.º Os escravos.—Ord. L. 3º, T. 56, § 3º, salvo :

A—Se geralmente são tidos por livres.

B—Se absolutamente a verdade só poder ser conhecida por seu depoimento.—Dig. Port., L. 22, T. 5º, fr. 7º.

2.º Os presos.—Ord. L. 3º, T. 56, § 9º, excepto :

A—Se antes da prisão já tinham sido indicados para testemunhas.

B—Se estiverem presos por causa civil.

C—Ou por delictos, cuja pena não exceda de prisão, ou desterro por seis mezes.

§ 252

São por lei relativamente prohibidos de ser testemunhas :

1.º Os ascendentes e descendentes nas causas uns dos outros, e bem assim o sogro na do genro e vice-versa.—Ord. L. 3º, T. 56, § 1º; excepto os pais sobre a idade dos filhos.

Póde, entretanto, depôr o padraсто na causa do enteado e vice-versa. — Phœb., Decis. 91, n. 4; Paul, Fr. 4, Dig. *de test.* 22,—5; Const. 3º, *verb.*—*Quid enim*, cod. *de nat. libert.*, 5—27.

2.º O marido na causa da mulher e vice-versa.—L. 3º, Cod. *de testib.*; Card. *in Prax.* *verb. testis.* Const. 3º, Cod. *de testib.* 2—20; Silv. á Ord. L. 3º, T. 56, § 1º, n. 18.

3.º O irmão na causa do irmão, nos tres seguintes casos :

A—Quando morar com o irmão e estiver sob sua administração.

B—Quando tiver de depôr em causa criminal.

C—Quando tiver de depôr em causa civil, mas sobre todos os bens, ou a maior parte delles.—Ord. L. 3º, T. 56, § 2º.

4.º O socio na causa commum em favor do socio.—Mello Freir. L. 4º, T. 58, § 8º.

5.º O inimigo capital na causa do seu inimigo.—Ord. cit., L. 3º, T. 56, § 7º.
(C. CCXLVI.)

COMMENTARIO CCXLVI

AO N. 5 DO § 252

Reputam-se inimigos capitaes :

1.º Os que entre si agitam accusação por causa criminal *privada*, porque se fôr publica, da accusação não póde proceder inimisade capital.—Cald. de Renov. Emphyt., L. 1º, Quest. 7ª, n. 21, *in fine*.

2.º Os que em causa criminal grave juram, sem ser citados, offerecendo-se espontaneamente.—Moscard. Concl. 900, n. 17; Mend., part. 2ª, L. 1º, cap. 2º, n. 155.

3.º Os que civilmente litigam sobre todos os bens, ou a maior parte delles.—Ord. L. 3º, T. 56, § 7º.

4.º Os que movem demanda sobre privação de officio.—Ord. L. 1º, T. 100, § 2º, *in fine*.

6.º O prodigo, como tal reconhecido em juizo, e as mulheres nos testamentos e actos

5.º Os que litigam sobre causa matrimonial.— Escobar de Purit.—*Quest.* 12, § 1º, n. 16.

6.º Os que questionam sobre o estado da pessoa.—Barb. á Ord. L. 3º, T. 56, § 7º, n. 10.

7.º Os que feírem, roubarem, ou fizerem qualquer malificio á parte, ou por qualquer destes modos, e ainda por assassinato, offenderem a mulher, filho, netos, ou irmãos da mesma parte.— Ord. L. 3º, T. 58, § 8º.

Não basta, porém, que a parte allegue a inimisade capital; mas é essencial e indispensavel que prove e em especial a causa e qualidade dessa inimisade, por isso que pendente do arbitrio do Juiz fica julgarse é ou não capital essa inimisade, e portanto, se deve ou não, receber seu depoimento.—Mend. part. 2ª, L. 3º, cap. 13, n. 6; Phœb. part. 2ª, Arest 145; Cald. de Renov, *Quest.* 7ª, n. 21.

Essa prova deve ser feita no mesmo acto de inquirição.—Ord. L. 3º, T. 56, § 8º; Decreto de 22 de Novembro de 1871, art. 63, § 4º.

de ultima vontade.—Ord. L. 4º, T. 80 pr, §§ 3 ºe 4º; T. 85 pr. (c. CCXLVII.)

§ 253

Testemunhas ha que não sendo por lei, nem pela natureza prohibidas de depôr, são, entretanto, de tal ordem, que os seus depoimentos não inspiram inteira confiança ao juiz, nem póde este dar-lhes completo merecimento juridico, por isso que são essas testemunhas defeituosas; e por essa razão, com quanto não possam ser excluidas de depôr, ficam sujeitas a ser contestadas e contradictas pela parte que tem o direito de expôr os seus defeitos.—Ord. L. 3º, T. 56, § 10; T. 58, § 5º.

§ 254

São defeituosas as testemunhas e inhabeis para depôr :

COMMENTARIO CCXLVII

AO N. 6 DO § 252

Menos nos testamentos nupcativos feitos á hora da morte, porque nestes as mulheres pódem servir de testemunhas.—Ord. L. 4º, T. 8º, § 4º.

- 1.º Por falta de boa fama.
- 2.º Por parcialidade.
- 3.º Por subornadas.
- 4.º Por vicio no seu depoimento.

§ 255

São testemunhas defeituosas por falta de boa fama :

1.º Os condemnados por crime de falsidade.— Ord. L. 3.º, T. 58, § 5º.

2.º Os infames, entre os quaes estão comprehendidas — as meretrizes —, os ébrios por habito —, os jogadores de profissão —, os fallidos fraudulentamente —, os banidos —, os tafúes—. Ord. L. 4.º, T. 50, § 1º; Per. e Souz. nota 480; L. 3º, § 5º, ff de *testib* Domat. *Lois Civ*, L. 3º, T. 6º, secç. 3ª, art. 7º.

§ 256

São suspeitos por parcialidade :

1.º Os pessoalmente interessados na decisão de causa, ainda que nella não tenha parte, como o socio na do outro socio, o fiador na do devedor afiançado, etc. — Mello Freire, L. 4º, T. 17, § 2º; Per. e Souz. nota 481 e

485; L. 10, ff. de *testib.* Alm. e Souz., nota 481. (c. CCXLVIII.)

2.º Os parentes por consanguinidade até o 4º gráu por direito canonico.—Ord. L. 3º, T. 58, § 9º; S. L. 4ª e 5ª de *testib.*, salvo sendo igual os parentescos em ambas as partes.—Souza Pinto. Prim. Linh., § 1268.

3.º Os affins, compadres, padrinhos e amigos intimos, por isso que a amisade inteira é igualada ao parentesco.—Pothier, *Trat. das obrig.* L. 1º, part. 4ª, cap. 2º, n. 836; Mello Freire, L. 4.º, T. 17, § 2º; L. 3º, ff de *testib.*; L. 5º, Cod. de *testib*; Barb. á Ord. L. 3º, T. 55, concl. 3.ª, Cod. de *testib.* — Ord. L. 3º T. 58, § 9º.

4.º Os criados, caixeiros, aprendizes e

COMMENTARIO CCXLVIII

AO N. 1 DO § 256

Tambem é suspeito de parcialidade— o cedente na causa do cessionario, o prelado na causa da sua igreja, o vendedor na causa do comprador, por quem foi chamado á authoria.

Não assim os legatarios, quanto aos testamentos, em que se deixa legados. — Ord. L. 4º, T. 85, § 1º; e as que, tendo interesse na causa, foram produzidas pela parte contraria.

todos os domesticos, como caseiros, jardineiros, etc.—Valasc., Cons. 45, n. 2.; L. 24, ff *de testib.*, L. 3.º, Cod. *de testib.* (c. CCXLIX.)

5.º Os que esperam louvor, ou vituperio da causa, como advogado, procurador, tutor, curador, juiz, arbitro nas causas em que funcionaram, salvo se a parte consentir.—Fr. 25. Dig. *de testib.* e Novel. 90, cap. 8.º (c. CCL.)

COMMENTARIO CCXLIX

AO N. 4 DO § 256

Pódem, entretanto, servir de testemunhas os criados nos seguintes casos :

1.º Se ao tempo de deporem já não forem criados, salvo se foram despedidos para poderem ser testemunhas.

2.º Se procurar-se provar o pagamento de soldadas de outros criados,—Mello Freir., L. 4º, T. 17, § 2º, Ord. L. 4º, T. 33 pr. ; Alm. e Souz. nota 43 r.

COMMENTARIO CCL

AO N. 5 DO § 256

Se a causa de suspeita provier do interesse pessoal, parentesco, superioridade, afeição, esperança de louvor, ou vituperio, são idoneas

6.º O inimigo da parte, ou de algum parente d'esta até o 4º gráo de consanguinidade por direito canonico, e os parentes e intimos amigos da parte, bem como os que para jurar se offerecem espontaneamente.— Ord. L. 3º, T. 56, § 8º, T. 58, §§ 6º, 7º e 8º. (C. CCLI)

§ 257

São testemunhas defeituosas por suborno.

1.º Os que juram, deixando-se corromper por dinheiro, ou promessa.—Ord. L. 3º, T. 58, § 2º.

as testemunhas, que jurarem contra as pessoas a favor de que militam essas causas.—Moraes Carv. not. ao § 528.

—
COMMENTARIO CCLI

AO N. 6 DO § 256

Se a suspeita provier de inimisade, são idoneas em jurar a favor dos inimigos. — Moraes Carv. cit. not. ao § 529.

Se o motivo das suspeitas fôr commum a ambas as partes, a testemunha será idonea.

2.º Os que, depois de offerecidos para testemunhas, segredaram com a parte, ou com o preposto d'ella.—Ord. L. 3º, T. 57 pr.

3.º Os que, pela parte, perante alguém, foram rogados para dizerem o contrario do que contra ella soubessem, ou a não dizerem a verdade.—Ord. cit.

4.º Os que da parte receberem seu depoimento escripto, para repetirem-no em juizo, ou por elle se guiarem.—Pothier. *Trat. des Oblig.*, L. 1º, part. 4ª, cap. 2º, n. 830.

A pobreza, por si só, não induz a testemunha suspeita a suborno.—Per. e Souz. e Almd. e Souz., nota 482.

§ 258

São suspeitas por vicios em seus depoimentos :

1.º As testemunhas que depõem de mera credulidade.—L. 18, *Cod. de testib.* Per. e Souz. nota 487; Mend. liv. 3º, cap. 15, n. 8. (c. CCLII.)

COMMENTARIO CCLII

AO N. 1 DO § 258

Se a essa credulidade a testemunha juntar mais alguma cousa, como,—creio—porque vi—, ou

2.º As que depõem de ouvido alheio, sem outras provas adminiculativas.—LL. 33-47. Cod. *de testib.*, Per. e Souz. nota 486. (C. CCLII)

3.º As que depõem pelas mesmas phrases, ou levam seus depoimentos estudados.—L. 3º, § 1º, ff *de testib.*

4.º As que depõem com obscuridade e incerteza, ou não dão a razão de seus ditos, porque n'estes casos os seus depoimentos não são comprehendidos, nem seus ditos afiançados.—Ord. L. 1º, T. 60, § 18; T. 86, § 1º; Mend., part. 1ª, L. 3º, cap. 15, ns. 3 e

ouvi—, o seu depoimento é idoneo, faz prova.—Cardos. *in Prax. verb.—testis.*, n. 83.

—
COMMENTARIO CCLII

AO N. 2 DO § 259

Se o depoimento, porém, fôr sobre facto antigo de que ¶existam vestigios e tradições, mas não coévo, tem esse depoimento toda a força probante.—Cardos. *Prax. verb.—testis.*, n. 84.

Assim tambem se depõem de ouvida propria e immediata, com outras provas administrativas.—Teix. de Freit. nota 512 a Per. e Souz.

8; L. 11, § 7º, ff *de interrogat. in Jur. faciend.* (C. CCLIV.)

5.º As que depõem cousas inverosimeis.—L. 3º, § 1º, ff *de testib.*; Barbos. á Ord. L. 3º, T. 55, concl. 7ª, n. 50.

6.º As que depõem animosamente.—Barb. á Ord. L. 3º, T. 55, conclus. 7ª, n. 85.

7.º As que depõem singularmente.—Barb. á Ord. L. 3º, T. 55, concl. 3ª, n. 1.

8.º As que depõem referindo-se, quando o referido nega o facto, ou declara ignoral-o.—Mend., part. 1ª, L. 3º, cap. 15, n. 8.

9.º As que depõem de um modo contradictorio, ou vario ; isto é, affirmando factos entre si repugnantes, ou diversos.

10. As que depõem além do conteúdo nos artigos.—Ord. L. 1º, T. 86, § 1º.

11. As que depõem com affectação.—Barb.

COMMENTARIO CCLIV

AO N. 4 DO § 258

A testemunha deve dar a razão de seus ditos, que é o elemento de credibilidade d'este ; não bastando dizer que sabe, porque vio, ouviu, mas sim faz-se preciso que explique as circumstancias, ou minudencias que souber, como o logar, o modo, o tempo.

ad. Ord. L. 3º, T. 55 pr., conclus. n. 87,
Per. e Souz. nota 487.

§ 259

Embora sejam as testemunhas defeituosas, devem, comtudo, ser inqueridas, e o Juiz lhes dará o credito que merecerem, segundo a prova, que se der a recusa d'ellas.—Ord. L. 3º, T. 56, § 10, e T. 58, § 5º.

§ 260

A parte que offereceu a testemunha não póde reprovar seu depoimento em feito algum, salvo para isso tendo motivo sobre vindo depois de seu offerecimento; mas póde arguil-o de falso, se o poder provar.—Ord. L. 3º, T. 55, § 12.

§ 261

A testemunha defeituosa póde ser contradictada verbalmente no começo da inquerição e contestada no fim d'esta, reduzindo-se a escripto, tanto a contradicta, como a resposta que lhe der a testemunha, e a contestação final.—Ord. L. 3º, T. 58pr.; Disp. Prov., art. 11; Cod. do Proc. Crim., arts. 262 e 264.

§ 262

As contradictas nas causas ordinarias poderão ser oppostas por artigos, se a parte não estiver presente ao depoimento, ou não as quizer fazer por palavra.—Ord. L. 3º, T. 58 pr.; Mello Freire L. 4º, T. 17, § 9º. (c. CCLV.)

§ 263

Processam-se os artigos de contradicta pelo seguinte modo :

1.º Serão apresentados ao escrivão do feito no dia da inquirição da testemunha, ou quando muito no seguinte: —Ord. L. 3º, T. 58 pr.

2.º Poderão, porém, ser apresentados pela parte, ou seu procurador, até o dia seguinte ou em que terminarem as inquirições, se a parte não estiver presente no lugar.—Cit. Ord. pr.

COMMENTARIO CCLV

AO § 262

As contradictas nas causas ordinarias só poderão ser postas, quando as testemunhas tiverem os defeitos mencionados nos §§ 245, 246, ns. 2, 3, 6 e 247, n. 1.

3.º Tambem depois de expirados os prazos marcados poderão ser apresentados os artigos de contradicta, se a parte jurar, que de novo sómente lhe vierem motivos para oppôl-as, ou, se, por ventura, quizer provar que a testemunha foi subornada.—Cit. Ord. § 2º.

4.º Nas inquirições feitas por precatória, as contradictas serão oppostas ante o juizo deprecado; mas, se estiverem presas as partes, poderão vir com os contradictos, ante o juiz do processo.—Cit. Ord. §§ 1º e 3º.

5.º Se os artigos forem por direito de receber, o juiz os receberá directamente, e mandará que a parte faça a sua prova dentro da dilação, assignada na precatória.—Cit. Ord. § 1º.

6.º Se a dilação estiver esgotada, ou fôr tão curta, que não baste, o juiz a poderá ampliar tanto, quanto necessario fôr, se reconhecer que não foi por negligencia da parte, que se não concluiu a prova dentro da dilação.—Cit. Ord. § 1º.

7.º A parte só poderá dar a cada um dos artigos tres testemunhas, ás quaes só serão admittidas contradictas nos casos de paren-

tesco até 2º gráo, contado por direito canonico, e de inimisade.—Ord. cit. § 4º.

8.º Deverão ser ordinariamente processadas as contradictas as testemunhas testamentarias.—Repert. das Ord. cit. *contradictas*, pag. 130 nota— i —

§ 264

As testemunhas devem ser inquiridas dentro da dilação probatoria, sob pena de serem nullos seus depoimentos.—Ord. L. 3º, T. 54, § 16.

Exceptuam-se :

1.º As que são inquiridas *ad perpetuam rei memoriam*.—Ord. L. 3º, T. 55, §§ 7º e 8º.
(c. CCLVI.)

2.º As inqueridas nos casos de excepções peremptorias.—Ord. L. 3º, T. 26, § 15.

COMMENTARIO CCLVI

AO N. 1 DO § 264

Quando a parte receia perder o depoimento, ou por molestia, ou por avançada idade da testemunha, ou porque esta esteja prestes a mudar-se para lugar muito longe, pelo receio neste caso de poder perecer em viagem tem lugar o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*.

3.º As que o são por consentimento da parte.

4.º Se o são para justificações.

§ 265

Regularmente fazem prova plena duas testemunhas contestes e concludentes, não defeituosas, produzidas dentro da dilação e inquiridas na fôrma da lei.—Ord. L. 1º, T. 18, § 98 ; T. 62, § 21 ; T. 78, § 4º ; Fr. 12 Dig. *de testib.*—22—,5.

§ 266

Uma só testemunha, jurando cumpridamente, e sendo maior de toda a excepção, não prova o facto, por maior que seja a sua dignidade ; faz, apenas —meia prova—, ou prova *semi-plena*.—Ord. L. 3º, T. 52 pr. ; Valasc. Cons. 73, n. 2.

Exceptuam-se os seguintes casos, em que faz prova plena :

1.º A que jura que conhece e sabe onde são moradoras as testemunhas que, não sendo conhecidas do escrivão, depõem sem ter sido a parte citada pessoalmente ; devendo esse depoimento ser escripto e assignado nos

autos pela testemunha.—Ord. L. 3º, T. 55, § 60.

2.º Se depõe de facto proprio, concorrendo legitimas conjecturas, e sendo a causa civil e modica.—Fr. 58, § 2º, Dig. *de edilit. e dict.* 21—, 1; Valasc. Cons. 73, n. 5; Mend. part. 1ª, L. 3º, cap. 12, § 1º, n. 5.

3.º Nas causas propostas pelos carnicheiros, padeiros ou taverneiros, para a cobrança do que lhes é devido por esses generos, não excedendo a divida de 3\$000.—Ord. L. 4º, T. 18; Alv. de 16 de Setembro de 1814, § 2º.

4.º Nas causas que respeitam ao officio da testemunha, sendo pessoa publica.—Mello Freir., L. 4º, T. 12, § 1º.

§ 267

Com quanto duas testemunhas contestes e habeis façam prova plena, comtudo casos ha em que se exige maior numero, como nos seguintes :

1.º Tres, pelo menos, para a prova da nomeação dos prazos, não havendo escriptura publica.—Ord. L. 4º, T. 37, § 3º; Ass. de 27 de Agosto de 1611.

2.º Tres para as hypothecas por escripto

particular, contrahidos antes da lei n. 1237, de 24 de Setembro de 1864.—Lei de 20 de Junho de 1774, § 33; Decreto n. 482 de 14 de Novembro de 1846, art. 7º; n. 3453, de 26 de Abril de 1865, art. 316.

3.º Cinco ou seis para os testamentos, segundo as suas differentes especies.—Ord. L. 4º, T. 80 pr. e §§ 1º, 3º e 4º. (c. CCLVII.)

COMMENTARIO CCLVII

AO N. 3 DO § 267

Inclusive as mulheres nos *nuncupativos* feitos á hora da morte.—Cit. Ord. L. 4º, T. 80, § 4º.

Nos testamentos *nuncupativos* devem as testemunhas estar simultaneamente presentes, e serem citados os interessados para a sua redução.

Assim decidio a Relação da Côrte, e o confirmou o Supremo Tribunal de Justiça, no seguinte Accordão :

— Para *redução do testamento nuncupativo*, na fórma da Ord. do L. 4º, T. 80, § 4º, é necessario que as testemunhas deponham concordes, e que estivessem simultaneamente presentes á declaração do testador.—Mafra, Jurisprud., 1º tom., pags. 299 e 300.

Accordão de 12 de Junho de 1851.—E' nulla a

4.º Tres ou quatro para os codicillos, conforme forem feitos nas cidades, villas e lugares de grandes povoações, ou fóra d'elles. —Ord. L. 4.º, T. 80, §§ 1º e 2º.

5.º Tres para o auto de renuncia do beneficio *Velleiano*, afim de que as mulheres possam ser nomeadas tutoras de seus filhos e netos. — Ord. L. 4.º, T. 102, § 3º.

6.º Tres para a prova de cada artigo de contradictas. —Ord. L. 3º, T. 58, § 4º.

§ 268

Não é permittido mais de 15 testemunhas para cada artigo ; ou de 20, quando a inquirição versar sobre um sómente, ou muitos da mesma substancia e caso.—Ord. L. 3º, T. 55, § 2º.

Nullos serão os depoimentos que excederem do numero legal, e por isso devem ser pelo escrivão riscados, de fórmula que se não possam ler. —Cit. Ord., § 5º.

reducção de testamento, quando feita sem citação de alguém que interesse tenha.—Mafra, Jurisprud., 1º tom., pag. 261.

§ 269

Na mesma audiência, em que for assignada a dilação probatoria, mandará o juiz ás partes, se estiverem presentes, que mencionem suas testemunhas, o que deverão fazer, offerecendo em cartorio o respectivo rol, até o dia seguinte, sob pena de lhe não serem mais recebidas.—Ord. L. 3º, T. 55 pr.

§ 270

Não se achando na audiência, a parte poderá nomear suas testemunhas enquanto durar a dilação, fazendo-o no cartorio; mas a parte contraria póde tambem requerer que a parte, que não esteve na audiência, mas que se acha no lugar, faça essa nomeação dentro de 24 horas, sob as penas do paragra-pho antecedente. —Ord. L. 3º, T. 55 pr.

§ 271

Se a inquirição tiver de ser feita por pre-catoria se procederá na fórma dos §§ 241, 242 e seg.

§ 272

As partes lançadas de nomear testemunhas na fórma dos paragraphos antecedentes, só

poderão nomear outras se jurarem que as houveram de novo. — Ord. cit. § 4º.

SECÇÃO XXXV

Das razões finais

§ 273

Razões finais são a dissertação escripta, feita pelos advogados, depois da prova, na qual demonstram o facto, a prova, o direito do constituinte e a lei que o reconhece. (c. CCLVIII.)

COMMENTARIO CCLVIII

AO § 273

Ellas têm lugar, tanto nas causas ordinarias, como summarias; e precedem as do author ás do réu, quer seja author o que iniciar a demanda, quer o que, pelo incidente n'ella suscitado, tornar-se tambem author, como *excipiente*, ou nas acções summarias o reu pelo recebimento de seus embargos.—Ord. L. 3º, T. 20, § 39; Franç. a Mend. T. 1º, L. 3º, cap. 15, n. 2; Silv. ad Ord. L. 3º, T. 20, § 39, ns. 1 e 2.

Não devem os advogados em taes razões tornar-

§ 274

Não são da substancia do processo, e por

se prolixos, nem indigestos, ostentando incommoda erudicção, e innumeradas e inuteis citações de Juristas, glosadores, decretos, etc.

Devem limitar-se o mais possível á narração succinta do factu, explical-o em todas as suas accepções, confrontal-o com o direito e a legislação e incluir, demonstrando, se o pódem, por meio de uma audiencia o direito de seu constituinte.

Não será, entretanto, condemnavel, que a proposito, e o que ás vezes cerca de certa aureola de prestigio suas razões, citem uma, ou outra das legislações estrangeiras e os direitos romanos, em que ás mais das vezes assenta o nosso, mas devem-no fazer com toda a cautella.

Comquanto não sejam da substancia do processo, todavia convém que os advogados não ommittam as razões finaes, (bem elaboradas) visto como facilitarão com ellas ao Juiz, o exame do processo, e o estado da legislação e do direito.

Desde que taes razões não são substancias, não prejudica a parte a confissão que n'ellas fizer seu advogado; sem dizer-se materia velha, o que fôr melhor deduzido.

isso pódem ser ommittidas, sem causarem nullidade a elle.—Ord. L. 3º, T. 20, § 42; Lei n. 2033, de 20 de Setembro de 1871, art. 27; Dec. de 22 de Novembro de 1871, art. 63, § 4º e art. 65; Dec. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, arts. 223 e 241.

§ 275

Para ellas se assigna prazo em audiencia, depois de lançadas as partes de mais prazo.—Ord. L. 3º, T. 20, §§ 40 e 42. (c. CCLIX.)

§ 276

Cada parte só poderá arrasoar uma vez, ainda que tenha constituído muitos advo-

[COMMENTARIO CCLIX

AO § 275

Esse prazo será de dez dias, conforme dispõe o art. 74 do Regul. n. 4,824, de 22 de Novembro de 1871.

N'elles poderá o advogado fazer as petições, que lhe parecerem necessarias á bem do direito do seu constituinte.

gados, porque só lhe será assignado um termo, e os advogados deverão combinar, assignando um d'elles as razões.—Ord.cit. § 41.

§ 277

O mesmo succederá quando muitas forem as testemunhas, ou vier a Juizo algum constituinte, ou chamado á authoria, que constituam o advogado differente dosdas partes.—Ord.L. 3º, T. 20, § 41; Silv. ad. Ord. cit., § 41, n. 4.

§ 278

No caso de procedimento diverso serão as razões desentranhadas do processo, condemnado em 12\$000 o advogado e o Juiz, responderá á parte contraria pelas custas, a que derem logar esse retardamento.—Ord. cit. § 41.

§ 279

Se o advogado, que arrasoar em ultimo logar juntar documentos, o Juiz mandará dar novamente vista ao outro advogado para dizer sobre o documento, o que tambem poderá fazer a respeito das razões da parte contraria. Isto, porém, só tem logar na 1ª ins-

tancia.—Repert. das Ord. verb.—*Escriptura de que a parte se quer ajudar.*

Not. do Senado—Themudo.

§ 280

O ter a parte necessidade de requerer antes que termine o feito, não obsta que as razões finaes sejam offerecidas no prazo, que lhe foi assignado, por quanto deverá no começo d'essas razões dizer o que precisa, e o Juiz resolverá como de justiça fôr, deferindo ou não o requerido, e julgando a final o feito.—Ord. L. 3º, T. 2º, § 42.

§ 281

Não arrasoando a parte no termo, que lhe foi assignado, será lançada das razões, e o Juiz despachará o feito como se arrasoado tivesse sido.—Cit. Ord. e §. (c. CCLX.)

COMMENTARIO CCLX

AO § 281

Esse lançamento deverá ser feito pelo advogado ou procurador da parte na primeira audiência posterior ao dia, em que terminar o prazo de dez dias assignados á parte contraria para arrasoar.

SECÇÃO XXXVI

Da conclusão

§ 282

Conclusão é o acto escripto por meio do qual o escrivão faz chegar os autos ao poder do Juiz, para despachal-os. — Ord. L. 1º, T. 84, § 28 ; L. 3º, T. 1º, § 15, e T. 26, § 30.

§ 283

Ella não é acto substancial do processo, e por isso sua omissão não o annulla. (c. CCLXI.)

§ 284

Não se abrirá a conclusão, ainda que a

COMMENTARIO CCLXI

AO § 283

Tem lugar a conclusão depois da discussão das partes, e do pagamento do sello respectivo: — Ord. L. 3º, T. 1º, § 15 e T. 20, § 30; Regul. n. 4505, de 9 de Abril de 1870, art. 13, § 1º, e art 23, n. 1 e

Nas causas de força nova não é necessario, como *ex vi* da Ord. L. 3º, T. 48, § 2º. 1

parte jure motivo superveniente, e portanto não se admittirá depois della allegações, nem provas se não nos seguintes casos: (c. CCLXII.)

1.º Se a causa superveniente fôr justa e juridica e tiver nascido depois de concluido o feito. — Ord. L. 3º, T. 63, § 1º; Mend., 2ª part. L. 3º, cap. 16, n. 2.

2.º Se a prova existir em confissão da parte.

3.º Para vistoria ou exame.

4.º Para juramento suppletorio, se foi pedido antes da conclusão.

5.º Aparecendo documentos de novo.

6.º Para renovação da instancia, por morte de algum dos litigantes, ou pela cessão do direito da causa.

7.º Por via de restituição.

COMMENTARIO CCLXII

AO N. 2 DO § 241

E' por meio de petição despachada pelo Juiz que a parte conseguirá abrir a conclusão, devendo requerel-a, nomeando qualquer das partes, que interesse tiver, o direito para deduzir *artigos de habilitação*.—Ord. L. 3º, T. 72, § 2º e T. 82 pr.

§ 285

Não ha conclusão para o Juiz, e por isso elle póde mandar abrir a conclusão para exigir provas, como vistoria, exame, depoimento de testemunhas, perguntas ás partes, ou mandar sanar qualquer nullidade, ou erro, que encontrar no processo, desde que fôr elle supprivel. —Ord. L. 3º, T. 20, § 30, L. 3º, T. 63, § 1º.

§ 286

Demorando as partes a conclusão do feito, póde o Juiz, independente do respectivo termo, havel-o por concluso e julgal-o, o que se entende não só com as causas ordinarias mas tambem com as summarias.

 SECÇÃO XXXVII

Do Juramento

§ 287

Juramento é o voto religioso, pelo qual, quem vai depôr invoca Deos, não só para testemunha da verdade do factó, que vai relatar, como tambem para vingador da fé violada, da promessa trahida—Toullier.—*Droit Civil*.

T. 3º, part. 2ª, secç. 5ª, § 343;—Domat. *Œuvres compl.*—Lois civ., L. 3º, T. 6º, secç. 6ª (c. CCLXIII).

§ 288

O Juramento por si só não produz obrigação propria, mas serve para dar força, para robustecer o vinculo da obrigação já contrahida.—Fr. II, § 2º. Dig. De Jur. jur. (XII,2), Const. 16 Cod. De non. numer. pec. (IV,30) (c. CCLXIV).

COMMENTARIO CCLXIII

AO § 287

O juramento data da época em que, cessando a boa fé, que entre os homens formava o vinculo dos contractos, das obrigações; a fraude e o artificio, annuviando-lhes o espirito, foram-lhes despertando a sêde do interesse e a necessidade de enganarem uns aos outros.

Não se deve jurar sem precisão, e nem consentir-se que se jure, quando poder-se temer o perjurio, e houver outro meio de prova.

COMMENTARIO CCLXIV

AO § 288

Assim, pois, é logico que o juramento não reva-
lida a obrigação quando esta é:

§ 289

Para que o juramento prestado em juizo seja obrigatorio, é preciso o seguinte :

1.º Que o que jura, esteja em pleno uso da razão.

2.º Que jure livremente, sem dolo e isento de erro.—Per. e Souza, not. 238.

3.º Que o juramento seja conforme a religião do que jura.—Fr. 5, § 1º, Dig. de Jur. jur. (XII,2) Cod. Proc. Crim., art. 86.

4.º Que seja prestado sobre factio proprio ; salvo quando fôr prestado pelo procurador sobre factio do constituinte, tendo para isso mandato especial.—Ord. L. 3º, T. 59, §§ 6º e 7º.—Fr. 9º, § 6º ; fr. 44, § 2º, Dig. De Jur. jur.

§ 290

O juramento divide-se em :

1.º Assertorio, ou declaratorio.

2.º Promissorio.

3.º Voluntario.

4.º Necessario.

1.º Nulla.

2.º Condicional, enquanto não se verifica a condição.—Per. e Souza, not 508.

§ 291

Juramento assertorio ou *declaratorio* é o que se refere a *factos passados*.—Ord. L. 3º, T. 20, § 15 ; T. 50, *verb. juramento*.

§ 292

Juramento promissorio é o que se refere aos factos futuros.—Ord. L. 4º, T. 73. (c. CCLXV).

§ 293

Juramento voluntario é o que por vontade das partes se defere, ou refere em juizo ou fóra d'elle, e para mediante elle decidir-se a questão.

§ 294

Juramento necessario é o que o juiz defere á parte em auxilio da prova, ou para deter-

COMMENTARIO CCLXV

AO § 292

A Ord. cit. L. 4º, e a do L. 1º, T. 78, pune o escrivão, que escrever taes juramentos.

—
Em relação aos factos successorios confirma veis, ou não confirmaveis, lêa-se Alm. e Souz.—Diss. 13, Appel. ás Seg. Linh.— e Ord. L. 4º, T. 70, §§ 3º e 4º.

minar-se o valor, ou quantidade, que faz objecto da questão.—Ord. L. 3º, T. 52, §§ 3º e 5º, T. 86, § 16. (C. CCLXVI).

§ 295

Divide-se o *Juramento voluntario* em :

- 1.º Extrajudicial.
- 2.º Judicial.

§ 296

E' *extrajudicial* o juramento que uma parte defere a outra fóra de juizo, e sem authoridade do magistrado ; não produzindo elle força probante, pelo que não tem uso no fôro.

§ 297

Judicial é o juramento prestado em Juizo, deferido pelo Juiz a uma das partes a reque-

COMMENTARIO CCLXVI

AO § 294

A qualificação de necessario a esse juramento provém, não de ser elle preciso para complemento de prova ou determinação do valor, ou quantidade do objecto da questão, mas sim porque é elle tambem deferido pelo Juiz *ex-officio*, e a parte a que se o defere não póde recusar-o, sob pena de ser havida por confessa, nem referil-o á outra parte.

rimento da outra ; ou uma parte a outra em juizo com consentimento e authoridade do Juiz.—Ord. L. 3º, T. 52, § 3º.

§ 298

O *Juramento necessario* divide-se em :

- 1.º Suppletorio.
- 2.º In litem.

§ 299

Juramento suppletorio é o que o Juiz defere á parte em auxilio da prova.—Ord. L. 3º, T. 52 pr.

§ 300

Juramento in litem é o que o Juiz defere á parte, para debaixo d'elle instruir-se a causa, sobre que se contende em juizo.—Ord. L. 3º, T. 52, § 5º, T. 86, § 16.

SECÇÃO XXXVIII

Do juramento judicial

§ 301

O *juramento judicial*, legitimamente deferido, não póde ser recusado, sob pena de ser

referido á outra parte.—Ord. L. 3º, T. 59, § 5º. (c. CCLXVII).

§ 302

O *juramento judicial* deve ser pessoal-

COMMENTARIO CCLXVII

AO § 301

O facto do réu não comparecer, ou, comparecendo, não querer prestar o juramento, de não responder ás perguntas do Juiz, manifesta acquiescencia de sua parte á que seja o juramento referido ao author, e por esse juramento é o mesmo réu condemnado.

Não se refere, porém, o juramento ao author, nem se condemna o réu á sua revelia, na primeira audiencia; mas sim deverá ficar elle esperado á seguinte.—Ord. L. 1º, T. 49, § 1º; Decreto de 15 de Junho de 1758; Decreto de 10 de Maio de 1790.

Não é permittido ao réu recusar o juramento, nem mesmo nos casos em que não se póde referir ao author, como acontece quando o author não tem razão para saber do facto; ou quando propõe a acção em nome alheio, como — tutor, curador ou procurador.

mente prestado ; exceptuam-se : — Ord. ,
Liv. 3º, T. 7º pr. (c. CCLXVIII).

1.º As pessoas egregias.

2.º As matronas honestas.

3.º Os impedidos por doença, ou outro motivo legitimo.

COMMENTARIO CCLXVIII

AO § 302

Para prestar o juramento por procurador devem os exceptuados requerer licença ao juiz.

—
A parte que deferir o juramento pôde revogalo enquanto a outra não aceitar-o, ou porque descobriu novas provas, ou porque tem justos motivos para temer o perjurio.

—
Neste caso fica o réu absolvido da instancia, mas pôde o author mandal-o citar para nova acção.

—
Revogado uma vez o deferimento, não se pôde deferir segunda vez o juramento.

—
Sendo referido o juramento pelo réu ao author, é este obrigado a jurar ; e se recusal-o é o réu absolvido.

—
O facto de recusar-se a parte a jurar, importa

§ 303

O *juramento judicial* póde ser deferido por quem tem a livre administração de seus bens, pelo que não o pódem fazer :

1.º O pupillo.

2.º O menor de 21 annos sem authoridade do seu tutor.

3.º O prodigo declarado tal por sentença.

4.º O fallido.

5.º O Procurador, ainda que offereça caução de estar pelo julgado ; salvo, tendo procuração especial ou geral para todos os negocios, ou fôr procurador em causa propria.

6.º O syndico, sem poderes especiaes.

§ 304

Póde esse *juramento* ser deferido a todos que para isso não são prohibidos, excepto portanto :

confissão da sua parte e prova para sua condemnação, salvo se tem o author justa causa para não aceitar o juramento.

—

Esse juramento tanto tem lugar nas causas civeis, reaes, ou pessoaes, como nas petitorias ou possessorias.

- 1.º Os que não tem uso livre de vontade.
- 2.º Os que provavelmente ignoram o facto.

§ 305

Póde o *juramento judicial* ser prestado pelas partes nos seguintes casos:—(c. CCLXIX).

COMMENTARIO CCLXIX

AO § 305

Em relação aos juramentos de calúnia, o Juiz *ex vi* da Ord., L. 3º, T. 43 pr. os deferia *ex-officio* tanto ao author, como ao réu logo que a acção fosse contestada. Esse juramento sendo universal para todo o feito, só era deferido na praxe ao author, quando pelo réu era requerido.

—

Foram abolidos pela Disposição Provisoria no art. 10, os que se davam no começo das causas ordinarias ou summarias, ou no decurso dellas a requerimento das partes.

—

Essa disposição só se refere aos juramentos universaes e não aos especiaes, que por lei, ou praxe se prestavam em certos casos, como para reforma de termos, vista para embargos de 3º, actos onde não póde haver prova, além do juramento da propria parte.

1.º Quando ella é citada para depôr aos artigos da parte contraria.— Ord., Liv. 3º, T. 43, § 9º, verb. :—Por que o depoimento foi introduzido para que, pela confissão feita por elle aos artigos, seja a parte relevada de dar a elles prova.

2.º Quando se lhe defere para completar a prova.

3.º Quando é prestado *in litem*.

4.º Quando o taverneiro, padeiro, e carnicheiro quer provar as dividas activas do seu negocio, que não excedem de tres mil réis, nem o prazo de um anno do ultimo acto do negocio, para o que se dispensa outra prova.—Ord., Liv. 4º, T. 18.

§ 306

Prestado ou referido o juramento, sobre elle profere-se a sentença, por que, embora tenha elle força de causa julgada, necessita ser confirmado por autoridade do Juiz. — Ord., L. 3º, T. 52, § 3º.

§ 307

O *juramento judicial* produz os seguintes effeitos :

1.º De força de transacção. (c. CCLXX).

COMMENTARIO CCLXX

AO N. 1 DO § 307

Produzido o juramento na convicção de estarem as partes pelo que nelle se affirma, segue-se que a sentença, que o confirma não pôde ser retractada :

1.º Nem por documentos achados de novo.— Ord., L. 3º, T. 52, § 3º.

2.º Nem a pretexto de perjurio. — Ord., L. 3º citado.

3.º Nem a seu respeito recebe-se accusação criminal.—Ord., L. 3º, T. 52, §§ 3º e 4º.

—
E porque as convenções só surtem effeito em relação ao objecto dellas e entre as proprias partes contractantes e seus herdeiros, o juramento da mesma fórma só tem força de transacção a respeito do objecto sobre que foi prestado, e entre as proprias partes e seus successores universaes, ou singulares.

Assim, pois, se um dos concredores deferir juramento ao devedor e este jurar que nada deve, fica desobrigado para com os demais concredores, por isso que o juramento equivale a solução.

—
Da mesma fórma fica desobrigado o fiador, jurando o devedor que nada deve ; e, prestado o

- 2.º De cousa julgada. (c. CCLXXI.)
 3.º De pagamento.
 4.º De produzir presumpção *juris et de jure*. (c. CCLXXII.)

juramento pelo fiador, desobriga o devedor se o juramento versar sobre a divida e não sobre a pessoa ; por quanto se o fiador só jurar que não affiançou o devedor, não fica este desobrigado.

O juramento deferido a um dos codevedores solidarios desobriga a todos os outros.

COMMENTARIO CCLXXI

AO N. 2 DO § 307

Por essa razão deferido o juramento, não se póde questionar mais sobre saber se se deve ou não, mas sómente se jurou.

Não obsta, porém, que tenha o *juramento judicial* a força de *cousa julgada* pois que se póde arguir contra elle, visto como só podendo elle produzir essa força, sendo validamente prestado, d'ahi a faculdade de poder demonstrar que elle não vale, ou que é lesivo, quem por elle fôr prejudicado.

COMMENTARIO CCLXXII

AO N. 4 DO § 307

O juramento judicial, portanto, exclue toda e qualquer ourta prova em contrario; tendo por

SECÇÃO XXXIX

Do juramento suppletorio

§ 308

Tem lugar deferir-se o juramento suppletorio.— (C. CCLXXIII)

isso mesmo mais força do que o juramento suppletorio, que admite prova instrumentaria em contrario.— Ord. L. 3º, T. 52, § 3º.

Deferindo-se este juramento judicial, deve-se estar pela qualidade com que se jura, ainda que esta esteja separada da confissão. — Ord., L. 4º, T. 52.

Se o réu comparece por procurador, mediante licença do Juiz, basta que a informação escripta do constituinte seja jurada, para que o julgador não se afaste da qualidade da confissão, a que ajuntou-se o juramento.

Nas acções de juramento d'alma a decisão é regulada ou pela confissão pura do réu, independente do juramento, ou pelo juramento validamente deferido, ou referido.

COMMENTARIO CCLXXIII

AO § 308

Se o author provar plenamente o seu pedido, não tem o juiz necessidade de recorrer ao jura-

- 1.º Existindo meia prova.
 - 2.º Com prévio conhecimento de causa.
- Ord. L. 3.º, T. 52.

§ 309

Faz-se meia prova. : — Ord. L. 3º, T. 52.

1.º Pelo depoimento feito conteste e cumpridamente por uma testemunha insuspeita, que dê boa razão de sciencia.

2.º Pela confissão extra-judicial, provada pelos depoimentos contestes de duas testemunhas em relação ao acto, lugar e tempo.— (c. CCLXXIV.)

3.º Pela escriptura particular justificada por comparação de letra, ou por testemunhas que a vissem escrever e reconheçam sua identidade.

mento suppletorio para condemnar o réu, assim como para absolvel-o, se este provar cumpridamente a sua excepção.

COMMENTARIO CCLXXIV

AO N. 2 DO § 309

Se as testemunhas, não fôrem contestes, ainda que sejam muitas, não fazem nem meia prova; assim como não fazem as singulares, sendo a singularidade obstactiva, ou diversificativa; não, porém, sendo adminiculativa.

§ 310

Constitue prévio conhecimento de causa o exame que deve fazer o Juiz no feito, afim de verificar se concorrem os seguintes requisitos legais :

1.º Se a parte a quem se defere o juramento é pessoa de boa fama e inteiro credito. — Ord. L. 3º, T. 52, § 2º. (c. CCLXXV.)

2.º Que tenha justa razão para saber do facto controverso. — Ord cit., L. 3º, T. 52, § 2º. (c. CCLXXVI.)

COMMENTARIO CCLXXV

AO N. 1 DO § 310

Deve jurar, porém, de propria sciencia, adquirida pelos seus sentidos, e não de méra credulidade. — Cit. Ord.

COMMENTARIO CCLXXVI

AO N. 2 DO § 310

D'aqui segue-se que não póde o juramento suppletorio ser deferido a herdeiros, nem a procuradores, syndicos, tutores, curadores, salvo se o herdeiro vivia com o defuncto, de fórma que fosse informado por elle do facto em questão. — Ord. cit., L. 3º, T. 52, § 2º, e T 59, § 7º.

Não se deve, porém, deferir juramento supple-

3.º Que a causa seja de valor modico, em relação aos litigantes.—Cit. Ord. L. 3º, T. 52, § 1º. (C. CCLXXVII.)

torio á mulher em demanda que versa sobre factos commerciaes, praticados pelo marido desde que este é fallecido, e ella declara em juizo, sob juramento, não ter conhecimento dos factos, que originaram aquella divida. — Rev. n. 8274; Accordo do Trib. do Commercio da Côrte; *Direito*, Rev., vol. 1º, pag. 326.

—

COMMENTARIO CCLXXVII

AO N. 3 DO § 310

A modicidade do valor da causa deve ser entendida de accordo com a Ord. L. 3º, T. 52, § 1º, que diz :

« E póde-se dizer quantidade, ou causa grande ou pequena, a respeito das pessoas litigantes, que taes pessoas pódem ser que um marco de prata será grande quantidade, e taes que cem crusados seria pequena ».

A quantidade do valor não se deve referir precisamente ao réu, ou ao author, mas sim áquelle a quem se tiver de deferir o juramento ; por isso que o pensamento do legislador foi evitar o perjurio. — Alm. e Souz. Seg. linh. Diss. 8ª.

§ 311

Não póde ser, porém, deferido o juramento suppletorio, ainda que sejam de valor modico, nas seguintes causas:

- 1.º Criminaes, civilmente intentadas.
- 2.º Matrimoniaes.
- 3.º Que tem por objecto contractos, que não se póde provar senão por escriptura publica.
- 4.º Que por direito exigem certo numero de testemunhas.
- 5.º Se a prova singular do author fôr elidida por prova do réu em contrario. (c. CCLXXVIII.)

COMMENTARIO CCLXXVIII

AO N. 5 DO § 311

Em uma palavra, todas as causas de que tratam os §§ supra reduzem-se ás seguintes:

1.º De nomeação de prazo, não havendo escriptura publica, para a qual se requer o numero de tres testemunhas pelo menos.—Ord. L. 4º, T.37, § 3º; Ass. de 26 de Agosto de 1611.

2.º De hypothecas por escripto particular, contrahidas antes da lei n. 1237, de 24 de Setembro de 1864, para a qual se requer tambem o numero de tres testemunhas.—Lei de 20 de Junho de 1774, § 33; Decreto n. 482, de 14 de Novembro.

§ 312

Fallecendo a parte pouco depois de se mandar deferir por sentença este juramento, se dá elle por prestado.—Fr. 9, § 6º, e Fr. 44, § 2º, Dig. *De jur. jur.*

de 1846, art. 7º; e n. 3453 de 26 de Abril de 1865, art. 316.

3.º Testamentos, segundo as differentes especies, para os quaes se requer cinco ou seis testemunhas.—Ord. L. 4º, T. 80 pr. e §§ 1º, 3º e 4º.

4.º Codicillos, segundo forem feitos nas cidades, villas e logares de grande povoação, ou fóra d'elles, para os quaes se requer quatro ou tres testemunhas.—Ord. L. 4º, T. 86, §§ 1º e 2º.

5.º Renuncia do beneficio do S. Cto. Velleiano, afim de que as mulheres possam ser nomeadas tutoras de seus filhos, para cujo acto se requer tres testemunhas.—Ord. L. 4º, T. 102, § 3º.

6.º Contradictas, para as quaes se requer numero igual de testemunhas.—Ord. L. 3º, T. 58, § 4º.

7.º Embargos de compensação, porque esta só se póde fazer com quantia liquida, e a divida que depende de juramento suppletorio não se póde considerar como tal.

8.º Para prova da quantia da divida, quando esta não está perfeitamente provada quanto á substancia.—Peg. a Ord. vol. 1º, pag. 52, n. 27-

§ 313

A sentença, que se dér, em virtude do juramento suppletorio, poderá ser revogada, se apparecer depois alguma escriptura publica em contrario.—Ord. L. 3º, T. 25, § 3º.

9.º Quando o réu confessa parte da divida, e o author não prova que a divida pedida seja maior do que a confessada.—Franç. a Mend., Arest. 74.

10. Quando o fiador quer repetir ao devedor a divida, que diz haver pago, mas só prova simplesmente a solução.

11. Quando se trata de provar a ingratição do doado, ou as causas de desherdação do filho.

12. A lesão, salvo quando se pede a restituição *in integrum* do menor, ou das pensões a este equiparadas.

13. Os interesses.—Barbos. á Ord. L.3º, T. 52 pr. n. 17; Val. Cons. 107, n. 8; Gama, Decis. 110, n. 16; Moraes, *De execut.* L. 2º, cap. 12, n. 70.

Neste caso se procederá a arbitramento por meio de peritos, além de cujo laudo não poderá ir a estimação do author.—Ord. L. 3º, T. 86, § 16.

14. A prescrição.

15. A doação.

16. O dolo.—Barbos. á Ord. L. 3º, T. 52, n. 30.

§ 314

O juramento suppletorio póde ser pedido tanto na primeira, como na segunda instancia, até a conclusão do feito; podendo o Juiz deferir-o *ex-officio* ainda depois d'ella. — Const. 12 pr., Cod. De reb. cred. (IV, I); Alm. e Souz., Diss. 8, suppl. ás Seg. linh.

§ 315

Por procurador só póde esse juramento ser prestado com poderes especiaes. — Silv. ad Ord. L. 3º, T. 52, fr. n. 49; Per. e Souz., not. 516 *in fine*.

 SECÇÃO XL
Do juramento *in litem*

§ 316

Tem logar o juramento *in litem*, quando o réu aliena maliciosamente a cousa litigiosa,

17. O erro do escrivão no instrumento.

18. A divida cujo titulo o credor rasgou, ou queimou por ira, ou paixão.

19. O impedimento que obsta a interposição, ou seguimento da appellação, ou a qualquer acto judicial, ou termo legal.

ou não a quer restituir, ou exhibir, e o exequente quer sómente o valor d'esta, não tendo sido este intimado na sentença.—Ord. L. 3º, T. 86, § 16. (c. CCLXXIX.)

§ 317

Tambem se deferirá este juramento :

1.º Quando o exequente quizer haver o

20. O dominio.

21. O costume, a recusação do Juiz, as disposições de ultima vontade, a cessão da divida, na inquirição *ad perpetuam rei memoriam*.

22. Na acção de rescisão da sentença.

23. Quando, se podendo provar por muitas testemunhas, só se provou por uma.

24. Nas causas matrimoniaes.

25. N'aquellas em que se trata do estado das pessoas, ou se trata da maior parte dos bens de um dos litigantes.

COMMENTARIO CCLXXIX

AO § 316

N'este caso se defirirá juramento ao exequente para determinar esse valor, procedendo-se ao seu arbitramento por meio de peritos, além do qual não poderá ir a estimação do author.—Ord. L. 3º, T. 86 cit., § 16.

valor de affeição da cousa maliciosamente alienada, o qual deverá ser depois taxado pelo Juiz.—Cit. Ord. § 16. (c. CCLXXX.)

COMMENTARIO CCLXXX

AO N. 1 DO § 317

O juramento de affeição não poderá ser deferido sem que concorram as seguintes condições:

1.^a A malicia do réu, isto é, que elle consumisse, ou occultasse a cousa, ou voluntariamente deixasse de a possuir.

2.^a Que a cousa não seja fungivel.

Mello Freire, L. 4.^o, T. 19, § 6.^o, acrescenta : ou immovel ; no que é confirmado pela doutrina de Godofredo, que no Fr. 1, § 15, *Dig. si quid in fraud. patron.*, mostra que se póde dar preço de affeição em immoveis, quer pela sua visinhança com outro, quer pelas tradições do passado, que a elles se ligam, ou por outro motivo semelhante.

Não é, entretanto, absoluta a prohibição do juramento *in litem*, para determinar valor de cousas fungiveis, por isso que em algumas póde dar-se—, como nos noticia Ribas—Consol. commentario c. CXCV ao art. 440.

3.^a Que o valor não tenha sido estimado na sentença.

4.^a Que o Juiz o taxe moderadamente, quando julgue excessiva a estimação do exequente.

2.º Aquelle, a quem alguma cousa foi furtada, ou roubada, para estimar a quantidade e valor della, ou os prejuizos que soffreu com o furto, ou roubo. — Ord. L. 3º, T. 52, § 5º. (c. CCLXXXI.)

§ 318

Não pôde ter lugar o juramento *in litem* contra o herdeiro, salvo se nelle verifica-se dolo, ou se a cousa foi contestada pelo defunto.— Const. 4 cod. De in litig. jurand.

O juramento de afeição, comquanto se possa dar *in infinitum*; — fr. 4º, § 3º. Dig. huj. tit., fr. 68, Dig. De reinvid., deve, comtudo, o Juiz moderar-o, desde que o achar excessivo.

COMMENTARIO CCLXXXI

AO N. 2 DO § 317

Este juramento, por ter sido instituido pelo Imperador Zenon, ficou-se chamando—zenoniano. —Const. 9 cod.—*Unde vi—(VIII, 4). Si non potuerit, qui vera sustinuit, quæ perdidit singula comprobare, taxatione a iudice facta pro personarum atque negotii quantitate, sacramento, estimationem rerum, quas perdidit, manifestet, nec ei liceat ultra taxationem a iudice factam jurare.*

(V. 53), e fr. 58. Hig. De oblig. et act. (XLIV 7); Guerr. Tr. 1, L. 4, c. 1, ns. 72 e 73.

§ 319

A jurar *in litem* é admittido não só o senhor, ou quasi senhor da cousa, como (se estão bem informados) o procurador com poder especial, o cessionario, o herdeiro, o tutor e o representante de pessoa juridica.— Rib. Consol., com. CCXCIII, *in fine*.

§ 320

Divide-se o juramento *in litem* em :

- 1.º Juramento de *verdade*.
- 2.º Juramento de *affeição*.

§ 321

Pelo juramento de *verdade*, taxa-se o preço ordinario e commum da cousa ; pelo de *affeição*, dá-se-lhe um preço superior em consequencia de algum motivo particular de estima que ennumera Guerr. Tr. 1º, L. 4º, c. 1, n. 98.—Rib., L. 3º, T. 86, § 16.

§ 322

O juramento *in litem* se difere nas causas reaes, nas pessoas reperseicutorias, nos interdicos, e especialmente nas seguintes :

1.^a De espolio, ou manutenção de posse, para avaliação do damno soffrido pelo esbulhado ou turbado.

2.^a *Ad exhibendum*, ou *de edendo* (Consol. de Rib., art. 893) para avaliação do damno causado pelo seu contendor em não exhibir a cousa, ou documento como foi condemnado.

3.^a De sonegação de bens pelo inventariante, não constando especificadamente a quantidade e valor delles. — Vol. De part. c. 8, ns. 36 e 37; Guer. Tr. 1, L. 1.^o, c. 1, ns. 70, 71 e 86.

4.^a *Rerum anotarum*, quando a mulher occulta em poder de terceiro cousas furtadas ao marido, ou as leva comsigo, ao divorciar-se d'elle. — Arest. em Peg. 7 — For. 2.^o, c. 243.

5.^a De deposito, convencional, ou judicial, para avaliação da cousa depositada, e da indemnisação pelo seu uso. — Rib. Consol. arts. 782 e 1.189; Guerr. Tr. 1.^o, L. 4.^o, c. 1, n. 87, e Tr. 4, L. 6.^o, Peg. 1, For. c. 3, n. 95 e seg.

6.^a De contas de tutela, ou quando o protutor em inventario assume a administração dos bens do menor.

7.^a De contas do mandatario, ou gestor de negocios, que abusar do mandato, ou gestão. — Guerr. Tr. 4. L. 1.^o, c. 2, n. 28, e L. 6.^o, c. 3.

8.^a De sociedade contra socio malversor.

9.^a Quando o credor vende por authoridade propria o penhor, ou uza d'elle. — Rib. Consol. art. 1192 e seg.

10. Da acção directa e contraria, nascidas do commodato. — Guerr. Tr. 1, L. 4.^o, c. 1, n. 117.

11. Das que nascem da locação e da compra, e sendo para qualquer dos contractantes.

12. Da *negatoria* e *confessoria*, para a avaliação, da caução pelos prejuizos, perdas e danos, que o réu foi condemnado a prestar.

13. De petição da herança, ou legado, quando o possuidor os não quer entregar.

14. De indemnisação dos danos causados pelos delictos. — Guerr. T. 1, L. 4.^o; c. 1.

§ 323

Em regra deve ser requerido pelas partes o juramento, tanto de *verdade*, como de *affe-*

ção; mas o Juiz póde deferir-o tambem *ex-officio*.— (C. CCLXXXII.)

§ 324

A sentença proferida sobre o juramento *zenóniano* não será revogada, nem mesmo se mostrando por documentos achados, de novo, não ser elle verdadeiro. — Ord. L. 3º, T. 52, § 5º.

§ 325

Ao author é tambem permittido deixar a decisão da causa ao juramento do réu, por meio da acção do juramento d'alma.

SECÇÃO XLI

Das presumpções

§ 326

Presumpções— são as provas resultantes das consequencias que o magistrado tira-

COMMENTARIO CCLXXXII

AO § 323

Neste caso a parte a quem o Juiz quizer *ex-officio* deferir o juramento, póde recusa-lo e sujeitar-se a ser julgada pela prova dos autos.

dos factos, das cousas e das pessoas. —
(C. CCLXXXIII.)

§ 327

As presumpções não fazem fé por si mesmas, como as outras provas; mas sómente por meio de deducções ou considerações tiradas de outras cousas. — (C. CCLXXXIV.)

COMMENTARIO CCLXXXIII

AO § 326

Presumere accipitur proprius sumere et ante capere, definem as presumpções — Per. Eluc. n. 1250; Alm. e Souza, Seg. Linh., not 522.

—

O Cod. Civ. Fr. no art. 1349 define-as — Consequencias que a lei ou o magistrado tira de um facto conhecido para outro facto desconhecido.

E Mello Freire, L. 4º, T. 16, § 6º, define-as assim: *conjecturæ ab eo, quod ut plurimum fit, deductæ.*

—

COMMENTARIO CCLXXXIV

AO § 327

Assim, por exemplo, a escriptura de quitação, como os depoimentos das testemunhas, que presenciaram o pagamento da divida, são prova exa-

§ 328

Dividem-se as presumpções em presumpções : (c. CCLXXXV.)

- 1.º De direito absoluto.
- 2.º De direito condicional.
- 3.º Simples e communs.

cta desse pagamento ; fazem, por isso, fé por si sómente ; mas, o ultimo pagamento de um arrendamento não prova que os anteriores fossem pagos senão por uma presumpção de que o ultimo pagamento suppõe terem sido feitos os anteriores.

E' justamente nisto que consiste a differença entre as presumpções e as outras provas.

COMMENTARIO CCLXXXV

AO § 328

Esta divisão é a que Ribas faz em a sua Consolid. art. 445, e que fazemos tambem nossa por parecer-nos mais racional.

Per. e Souz. e outros Praxistas dividem geralmente as *presumpções* em :

- 1.º Presumpção de direito.
- 2.º Presumpção de homem.
- 3.º Presumpção *juris*.

§ 329

E' *presumpção de direito absoluto*, aquella que a lei estatue, presumindo alguma cousa, e manda que seja essa *presumpção* acceita como verdade, para crear um direito certo. (C. CCLXXXVI.)

4.º Presumpção *juris et jure*.

Estas duas ultimas são subdivisões da *presumpção de direito*.

COMMENTARIO CCLXXXVI

AO § 329

Esta especie de *presumpção* é a que se denomina — *juris et jure* —, reputada hoje mais uma disposição de lei, do que uma especie de prova.

Teix. de Freit. em Per. e Souz. subdividio as *presumpções juris et jure* em *presumpções* :

- 1.º De direito geral.
- 2.º De direito especial.

As primeiras, aquellas que se tiram de factos geraes, e as segundas, as que se deduzem de factos circumstanciados.

Divide mais as *presumpções especiaes* em:

1.º Violentas.

2.º Leves.

São *violentas* as que formam o summo gráo de probabilidade ; e *leves* as que formam gráo mais fraco.

§ 330

As presumpções de direito absoluto excluem toda a especie de prova. (c. CCLXXXVII.)

COMMENTARIO CCLXXXVII

AO § 330

E', portanto, por sua natureza superior á prova litteral e á vocal, que pódem ser illididas, por prova contraria ; é até superior á confissão, que póde ser destruida por prova do erro, que a ella deu causa.

Comquanto seja tambem uma especie de presumpção *juris et jure* a que nasce do juramento *judicial*, ou decisorio ; comtudo a principal especie d'ellas é a que resulta da cousa julgada.

Não obstante as *ficções de direito* estabelecerem, como *presumpção de direito absoluto*, um direito certo ; todavia distinguem-se d'estas, em que as *presumpções* fundam-se na grande probabilidade de um factó, pelo que na maior parte das vezes succede *ex signis plerumque certis et necessariis* ; emquanto que as *ficções* estabelecem como ver-

§ 331

Comprehendem-se na classe das presumpções de direito absoluto :

1.º A que presume que foram comprados dos orphãos pelo respectivo Juiz, ou escrivão, quaesquer bens aos mesmos orphãos pertencentes, encontrados em poder delles, posto que não se prove, nem se alleguem, e que manda restituir estes bens ou sua estimação, tudo *annoveado*, declarando nullas as vendas. — Ord. L. 1º, T. 88, § 3o. (c. CCLXXXVIII.)

dade o que se sabe não ser verdade, mas que a lei, por motivo de ordem publica, quer que como tal seja tida. — Vicat. vocab. jur. verb. — *Fictio*.

COMMENTARIO CCLXXXVIII

AO N. 1 DO § 331

Tanto importa que os bens fossem comprados aos tutores, como arrematados em hasta publica, porque a arrematação é uma compra e venda judicial. — Per. de Carv., Linh. Orphanolog., nots. 27 e 56.

Tambem tem applicação essa regra aos provedores de residuos. — Ord. L. 1º, T. 62, § 38.

Igual prohibiçãõ e pena tẽm os tutores, curadores e testamenteiros, que, em qualquer tempo, e por qualquer titulo adquirirem bens de seus pupillos ou curatellados, ou das respectivas testamentarias, vendidos durante o tempo da sua administração. — Ord. L. 1º, T. 88, § 9º, e T. 62, § 7º.

A respeito de tutores, nãõ pòdem, por titulo algum, haver bens de seus pupillos; exceptua-se o caso de *successão*, que é confirmado pelo seguinte

Accordão da Relaçãõ da Còrte (sem data) que diz :

« A Ord. L. 1º, T. 88, § 29, prohibindo aos tutores comprar, ou adquirir bens dos pupillos por qualquer modo, exceptua-se o caso de *successão*: e Borg. Carn., além de outros, no seu Direito Civil, L. 1º, T. 27, § 240, diz que a palavra *successão*, comprehende tambem a testamentaria, nãõ havendo fraude. »

« Vai isto de harmonia com a Ord. L. 1º, T. 62, § 7º, onde, tratando-se de testamenteiros, a quem igualmente prohibe-se comprar ou adquirir, por qualquer modo, bens dos testadores, permite-se-lhes adquirir taes bens, uma vez que os testadores lh'os deixem em testamento, ou que lhes devam pertencer por serem herdeiros dos testadores. — *Dir.*, Rev. de Junho de 1876, pag. 328.

Em relação aos testamenteiros, temos os seguintes julgados:

Accordão da Relação da Côrte de 26 de Novembro de 1850, que diz :

« O testamenteiro pôde habilitar-se, como cessionario dos herdeiros do testador, uma vez que se prove que o contracto de cessão foi anterior á aceitação da testamentaria, embora a respectiva escriptura de cessão fosse celebrada posteriormente á referida aceitação, e assim pareça haver offensa da Ord. L. 1º, T. 62.

« Subsiste ainda o direito do testamenteiro, provando-se que a convenção fôra tratada anteriormente por vontade das partes, que, assignando e celebrando posteriormente a escriptura, nada mais fizeram que dar essa fôrma ao contracto já feito e por elles accordado. »

Neste caso não se dá a hypothese da cit. Ord. — Mafra, Jurisprud., 1º Tom., pags. 292 e 293.

Accordão da Relação da Côrte, de 23 de Agosto de 1861.

« O principio geral da Ord. é que os *testamenteiros* não possam haver por compra bens ou cousas, que ficarem por morte do testador.

« Estabelece, porém, a excepção em que lhes é licito possuir taes bens, a saber : por doação em testamento ou herança.

« Fôra destes casos a occupação é indebita, illegal ; e qualquer distincção em bens hereditarios e

bens da testamentaria é inteiramente graciosa, e contraria aos principios mais triviaes da hermeneutica.

« A citada Ord. no § 22 sancionou o mesmo principio de prohibição absoluta da compra pelo testamenteiro, quando determina, que os provedores, embora pelo lapso de vinte e cinco annos os testamenteiros não tenham mais obrigação de dar contas, lhes tomem quaesquer bens de raiz do acervo do testador, que em seu poder fôrem achados até quarenta annos contados da morte do testador, afim de venderem para residuos.

« De maneira que por este § 22 evidentemente se conhece que, ainda mesmo tendo expirado a *qualidade de testamenteiro*, subsiste todavia até quarenta annos a prohibição de os possuir, *excepto por justo titulo*.

« Este não pôde ser senão herança, ou testamento, como determina o § 7º, e *jámais compra*, por que lhe está vedada.

« O contrario é fazer distincção, onde não pôde havel-a ; é suppôr antinomias onde não existem ; é torcer á geito e feição disposições legislativas, cuja harmonia está ao alcance de todos.

« A razão dessa disposição é obvia ; é para que os *testamenteiros*, em cuja administração provisoria ficam os bens do defunto, não procrastinem a entrega delles. — Mafra, Jurisprud., 1º Tom., pags. 293 e 294.

2.º A que presume dolosa, annulla a venda ou troca que os ascendentes fazem a algum dos descendentes, sem o consentimento dos outros, e manda que por morte do vendedor seja a cousa vendida ou trocada, partilhada, como se estivesse em seu poder e fosse sua.—Ord. L. 4º, T. 12.

3.º A que presume feita maliciosamente e ennumera a doação, ou qualquer alheiação de bens, sendo feita pelo marido á barregã, ou a qualquer mulher, com quem tenha carnal affeição, e autorisa a mulher a havel-os judicialmente para si *in solidum*, ainda sem autorisação do marido. — Ord. L. 4º, T. 66.

4.º A que presume que o pai morto em estado de demencia, quer *ab intestato*, quer com testamento anterior á demencia, desherdaria, por ingratição, o filho que o não curou em sua enfermidade, se voltasse ao seu perfeito entendimento.—Ord. L. 4º, T. 88, § 14.

5.º A que presume da cousa julgada, depois de esgotados todos os recursos, e de confirmada por sentença proferida em acção rescisoria — *Res judicata facit de albo nigrum*. —Ansaldus, Decis. 20, n. 25.

6.º A que resulta do juramento zenoniano. —Ord. L. 3º, T. 52, § 5º, Const. 9 cod. Unde vi (VIII 4). *Si non potuerit, qui vim sustinuit,*

quæ perdidit singula comprobare, taxatione a iudice facta pro personarum atque negotii qualitate, sacramento, estimationem rerum, quas perdidit, manifestet, nec ei liceat ultra taxationem a iudice factam jurare.

§ 332

São presumpções de direito condicional, as que a lei approva e manda ter por verdade enquanto se não prova o contrario. — Ord. L. 3º, T. 53, § 3º; Leis de 6 de Junho de 1755, § 6º; 11 de Maio de 1770, § 5º; e 4 de Agosto de 1773. (c. CCLXXXIX.)

COMMENTARIO CCLXXXIX

AO § 332

Segundo Almeida e Souza, Segundas Linhas, notas 414 e 415, n. 20, e outros praxistas, são effeitos das presumpções de direito :

1.º Relevar do onus da prova a parte em favor de quem militam, e transferir a obrigação d'ella á parte contraria.

2.º Constituir prova plenissima.

3.º Só póderem ser illidadas com outras provas assim plenas e liquidissimas. — Ord. L. 3º, T. 53, § 3º.

—
Como as presumpções de direito fazem prova legal. — Lei de 6 de Junho de 1755, § 9º, e de 4

§ 333

As presumpções de direito condicional se dividem em geraes e especiaes, segundo a natureza especial dos factos de que decorram.

§ 334

São presumpções de direito geraes. — Dig. De probat. et presumpt. (XXII, 3); Mello Freir. L. 4º, T. 16, § 8º, Per. e Souz. nots. 425 a 428; Savigny, Tr. de Dir. Rom.; Mullenbruck, Doctr. Jud., § 146; Dunod. Tr. des prescr., L. 2º, cap. 7º.

1.º As qualidades inherentes ás cousas ou ás pessoas, presume-se: (c. ccxc.)

de Agosto de 1773 — d'aquí vem que não dependem do arbitrio do Juiz, que em falta de outras provas plenas e liquidissimas, deve por ellas decidir.

—

COMMENTARIO CCXC

AO N. 1 DO § 334

Assim, pois, presume-se:

1.º A piedade natural dos pais para com os filhos; salvo no caso de desherdação, ou quando aquelles passam a segundas nupcias. — Ord. L. 4º, T. 82, § 2º.

Por essa razão a obrigação de provar as causas da desherdação compete ao herdeiro instituído.

2.º A idoneidade das mãis, ou avós para a tutela de seus filhos, ou netos orphãos; salvo passando a segundas nupcias; caso em que deve ser removida a tutela.

3.º Que qualquer pessoa é mentalmente sã, mas uma vez provada a demencia, presume-se que esta continúa, até que se prove a sua cessação, ou lucidos intervallos. — Borg. Carn., Dir., Civ. cap. 259 e seg.

4.º A liberdade das pessoas e dos bens presume-se, salvo provando-se a quasi posse de servidão em contrario, porque d'esta resulta uma presumpção especial. Provando-se acharem-se os bens onerados, sempre se presume ser o onus o menor.

5.º Que o Juiz que uma vez aggravou uma parte, continuará a aggravar-a na mesma causa. — Ord. L. 1º, T. 5º, § 4º e L. 3º, T. 68 pr.

6.º Que o possuidor é senhor da cousa possuída, salvo o caso de esbulho conhecido.

2.º Que não se presume as cousas que são de facto. (c. ccc.)

7.º Que todos os instrumentos são verdadeiros e solemnes, e em geral validos todos os actos juridicos.

8.º O erro, allegando-se juramento indebito feito pela mulher, ou pelo rustico—Rib., Dir. Civ., T. 3.º cap. 4.º.

Não sendo nestes casos, o erro não se presume nos contratos; assim como não se presume o mêdo senão

9.º Quando o medico contracta com o seu doente.—Const. 9 Cod. De med. A. professor.

10.º O dolo ou má fé, por quem os costumam praticar. — *Nemo repente fit turpissimus, neque nemo potest quisquam repente vita mutari, aut natura convertit.*

COMMENTARIO CCC

AO N. 2 DO § 334

Assim, pois, não se presume :

1.º O pagamento, salvo se o titulo da obrigação tiver sido entregue pelo credor ao devedor, ou achar-se cancellado, ou rasgado.

Segundo Massé. — Dir. Com. n. 2581, admite

§ 335

Entre outras são presumpções de direito especiaes :

prova em contrario a presumpção de pagamento da letra, resultante da prescripção de cinco annos.

2.º A divida, salvo se se pagar os juros della.

3.º A addição da herança, salvo se o herdeiro se misturou com os bens do defuncto.

4.º A doação; salvo dos ascendentes para com os descendentes, ou se alguém pagou, sabendo não dever.

5.º A mudança de domicilio. — Ord. L. 2º, T. 46, e § 1º, salvo se se mudou com sua familia e todos, ou a maior parte dos seus bens, e ahi reside por mais de quatro annos. — Ord. L. 2º, T. 56, § 2º.

Em Guerr. Tr. 1º, Liv. 1º, cap. 3º, vê-se qual o domicilio do defuncto, para nelle proceder-se a inventario.

6.º A mudança de vontade do testador, ou doador; salvo se provar que aquelle abrio, ou rasgou o testamento, ou se ao doador sobrevieram filhos. — Ord. L. 4º, T. 65 pr.

Neste caso fica sempre revogada a doação, ainda que os filhos morram. — Val. Cons. 31.

7.º A morte; salvo do ausente que tem mais de setenta annos. — Per. e Souz. not. 526 e seg. — Rib. Dir. Civ. Brazil., T. 4º, cap. 3º, not. 31.

1.º Que o casamento é contrahido por carta de ametade. — Ord. L. 4º, T. 46.

2.º Que, enquanto não se provar o contrario, continúa no dominio da cousa aquelle que em algum tempo della foi senhor. — Ord. L. 4º, T. 82 pr. (c. cccí.)

3.º Que o pai, que no testamento apenas dispõe da terça, sem expressamente instituir, ou desherdar os seus filhos, quer instituil-os herdeiros nas duas terças partes de seus bens. — Ord. L. 4º, T. 82 pr.

4.º Que não é verdadeira, legitima e sufficiente a causa, ou razão pela qual o pai des-

COMMENTARIO CCCI

AO N. 2 DO § 335

Segundo Ribas, na acção de *sonegados*, não basta provar que o defuncto foi em algum tempo senhor da cousa, que se diz *sonegada*, mas sim é preciso que se prove que elle conservou o dominio della até á sua morte.

Assim tambem em relação á posse, provada a sua aquisição é presumida a sua continuação, enquanto se não provar o facto do espolio que a fez cessar. — Peg. *De interd.*, cap. 397, e 2º tom., cap. 11, pag. 919.

herdou o filho, pelo que deve ser provada tal pelo herdeiro instituído no testamento, para que possa este haver a herança. — Ord. L. 4º, T. 82, § 2º.

§ 336

São presumpções simples, ou communs, as que se fundam no que ordinariamente acontece; e que devem ser apreciadas pelo Juiz com a maior prudencia e discernimento. — Fr. 3, § 2º, Dig. De test. (XXII,5); Per. e Souz., not. 524.

§ 337

Por si só estas presumpções não fazem prova, apenas ajudam a que já exista por ventura; salvo quando concorrem em certo numero e com os caracteres de gravidade, precisão, clareza e uniformidade. — Arg. de fr. 26, Dig. De Probat. (XXII,3); Const. 5 e 6, Cod. De Prob. (IV,191); Const. 22, Cod. De agric. censit. (XI,48.) (c. cccii.)

COMMENTARIO CCCII

AO § 337

Tem lugar applicar-se aqui o aphorismo de direito, tirado das Const. 5 e 6 cod. De Probat. (IV,19), Const. 2 cod. de Agric. et cens. (XI,48),

SECÇÃO XLII

Do arbitramento

§ 338

Arbitramento — é a estimação dada por louvados nomeados pelas partes e o Juiz, ás

e fr. 57, Dig. De rit. napt. (XIII,2.) — *Singula quæ non possunt, multo collecta jvant.*

Esta regra, de que notavel exemplo dá Papi-niano no fr. 26, Dig. cit. (IV,19) tem lugar ser applicada a respeito de cada uma das presumpções simples ou communs.

Se a presumpção fôr violenta *et alio munita adminiculo*, basta a existencia de uma só para que seja a prova completada pelo juramento suppletorio, que deverá ser deferido. — Silv. á Ord. L. 3º, T. 52 pr. e n. 10; Guerr. á Ord. pag. 74, n. 6.

Nas escripturas de *hypotheca* pódem determinar sua nullidade provas conjecturaes e presump-tivas de simulação. — Acc. da Rel. da Côrte e Sup. Trib. de Just., no Dir. Rev. vol. 2º, pag. 187, vol. 3º, pag. 73; Rev. civ. n. 8936; Acc. da Rel. do Recife e Sup. Trib. de Just., citados no *Dir. Rev.* vol. XI, pag. 546.

cousas consistentes em facto, e sobre a qual firma o Juiz a decisão da causa. (c. CCCIII.)

§ 339

O arbitramento tem lugar :

1.º Nos casos expressos na lei.

2.º Quando o Juiz, para apreciar exactamente o facto de que depende a decisão final da causa, carece de informações, avaliação ou parecer de pessoas peritas. (c. CCCIV.)

§ 340

Os arbitradores, peritos ou louvados de-

COMMENTARIO CCCIII

AO § 338

Fer. Borg. no seu Dicc. Jur. Com. e Moraes Carv. na sua Prax. Ferens. entendem que a palavra *arbitramento* designa com mais propriedade a sentença dos arbitros; assim como a palavra *louvação* designa a sentença dos louvados.

—

Na lei não encontramos semelhante distincção, ella chama arbitramento á louvação.

COMMENTARIO CCCIV

AO § 339

Sendo o *arbitramento* um meio de prova extraordinario, um meio subsidiario, a elle sómente

vem ser escolhidos livremente pelas partes, ou nomeados pelo Juiz á revelia destas, e tantos quantos fôrem os objectos de diferentes naturezas que houverem de se avaliar.— Ord. L. 3º, T. 17, §§ 1º e 3º; Leis de 20 de Junho de 1774, § 11, e de 14 de Outubro de 1773. (c. CCCV.)

se deve recorrer, quando não houver meio ordinario de prova, ou fôr esta insufficiente. — Rev. Civ. n. 9202; Acc. da Rel. Revisora da Bahia. *Dir. Rev.* vol. XXII, pag. 716.

Por essa mesma razão de ser o arbitramento um meio de prova subsidiario, ninguem pôde ser obrigado a convir que as liquidações e avaliações se façam por arbitradores, independentemente de artigos e provas.— Alm. e Souz. Seg. Linh., not. 534, ns. 2 a 3; Mor. Carv. Pr. For. § 627.

Pela definição que demos de arbitramento, comprehende-se que os arbitradores só conhecem do facto, differençando-se assim dos arbitros propriamente ditos.

COMMENTARIO CCCV

AO § 349

Isto demonstra que os peritos por sua experiencia e profissão devem ter bom conhecimento

§ 341

Na praxe, em falta de lei patria que lhe regule a marcha, a nomeação dos louvados far-se-ha do seguinte modo : (c. CCCVI.)

da materia do facto, que faz objecto das decisões a proferir.

Assim, pois, se o objecto que se tiver de avaliar fôrem terras, fazendas, terrenos, etc., devem ser de preferencia escolhidos para peritos os agricultores.

Se fôrem edificios, os architectos, mestres de obras, pedreiros, carpinteiros, etc.

Se fôrem firmas a se reconhecer, os tabelliães, escrivães, etc.

COMMENTARIO CCCVI

AO § 341

Segundo é o estylo, e ensina Ramalho, Prax. Brazil, § 208; Per. e Souz. not. 535; Moraes Carvalho, Prax. For., §§ 118 e seguintes, e seprehende da Ord., L. 3º, T. 17, nullo é o processo de arbitramento, desde que na petição inicial não se derem as necessarias bases e informações para o pretendido arbitramento, nem os arbitradores reunirem-se para conferenciar, e ver se combinam no mesmo; e nem este é feito por

1.º Ordenado o arbitramento pelo Juizo, a parte fará citar a outra para nomear e approvar louvados, sob pena de, á sua revelia, serem approvados os que por ella forem apresentados. — Alm. e Souza., § 29, Diss. 14 Supl. ás Seg. Linh.; Trat., Prat. das Aval., § 122.

—

2.º Accusada a citação em audiencia, proporá cada uma das partes tres pessoas com as habilitações legaes, das quaes a parte contraria escolherá uma. — Alm. e Souza., cit. Diss. 14, § 26 cit. Trat., Prat. das Aval., § 123; Corr. Tell., Dig. Port., L. 1º, T. 12, ns. 1 e 495.

—

3.º Se alguma das partes não comparecer, ou não quizer nomear, ou escolher o louvado, o Juiz o nomeará e escolherá, á revelia, *ex-officio*. — Alm. e Souza., §§ cit. na nota antecedente.

termo assignado pelo Juiz, arbitradores e interessados. — Appell. civ. n. 106, Acc. da Rel. de S. Paulo; *Dir.*, Rev., vol. IX, pag. 536, e Appell. civ. n. 128, Acc. da mesma Rel., *Dir.*, Rev., vol. XI, pag. 594.

4.º Os louvados serão juramentados em presença das partes, depois do que não poderão mais escusar-se; salvo por novo motivo superveniente.—Alm. e Souz., cit. Diss.; Alm. e Souz., cit. Tr. das Aval., §§ 27 e 29.

—

5.º Em acto successivo offerecerão as partes os quisitos sobre que deve versar o arbitramento.—Alm. e Souz., cit. Tr. das Aval., § 131; Guerr. Tr. 4, L. 5º, cap. 6º, n. 14.

—

6.º Os louvados não deverão exceder os justos limites, que forem prescriptos ao seu arbitramento, sob pena de nullidade.—Alm. e Souz., cit. Tr. das Aval., § 135.

—

7.º Se os dous louvados não concordarem, proceder-se-ha a nova citação para as partes, em audiencia nomearem um terceiro.—Ord. L. 3º, T. 17, §§ 2º e 4º. (c. CCCVII.)

COMMENTARIO CCCVII

AO N. 7 DO § 341

Póde, entretanto, o terceiro louvado escolhido concordar *in partibus* com ambos os louvados discordados, pronunciando-se a favor de um sobre

taes e taes pontos, e a favor de outros sobre taes e quaes outros pontos.

A respeito d'essa fórma de se proceder á avaliação e de decidir-se o empate dos arbitros ou peritos, divergem os praxistas, julgando alguns absurdo que o terceiro desempatador esteja adstricto a um dos laudos dados.

O conselheiro Paula Baptista, que muita inclinação tinha para vêr a materia civil regulada pela legislação commercial, no que não andava mal avisado, é de parecer que, para obviar os inconvenientes, que resultam d'essa posterior nomeação de um louvado, melhor seria applicar-se no civil a disposição do art. 192 do Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, nomeando-se logo os tres peritos, que conferenciem conjunctamente, fundamentando o seu voto o divergente.

Realmente, é esta hoje a praxe adoptada.

Outro, porém, é o nosso parecer.
Parece-nos que deveria ser preferivel que, ao

8.º Para este fim cada uma das partes apresentará tres nomes, e dos seis propostos o Juiz escolherá um.—Ord. L. 3º, T. 17, § 2º; Alm. e Souz. cit., Diss. 14, § 26.

9.º O terceiro louvado se conformará precisamente com um dos dous laudos antece-

envéz de se nomear terceiro desempatador, o Juiz, tomando o valor maior por maximo, e o menor por minimo, decretasse por preço da avaliação o médio d'esses valores, repondo do maximo no minimo o que necessario fôsse para igualar os dous valores.

Por esta fórma evitar-se-hia a chicana e o ardil, procurando-se por meio de empenhos e muitas vezes de peita, obter a decisão d'esse terceiro em favor de qualquer dos laudos.

Nenhum perigo haveria n'esse systema nosso, porque não se podendo combinar as partes litigantes, nem tão pouco os seus louvados, não poderiam ser *a priori* conhecidos os seus laudos, de fórma que podesse um ser muito elevado, e outro muito pequeno, para dar a favor de ambos o preço desejado pela parte interessada.

dentes, e não poderá dar novo laudo. — Ord. L. 3º, T. 17, § 2º. (c. CCCVIII.)

§ 342

Devem os louvados formular seus laudos e fundamental-os convenientemente. — Alm. e Souza., Seg. Linh., not. 535, n. 8.

§ 343

Quando em seus laudos houver algum ponto, que precise ser esclarecido, o Juiz *ex-officio*, ou a requerimento da parte, poderá, a todo o tempo, ordenar aos louvados que o esclareçam; sem que, comtudo, seja a estes licito alteral-o no que fôr claro. — Alm. e Souza., it. not. 534, n. 9.

§ 344

Do arbitramento se dará vista ás partes que a requerem. — Alm. e Souza., cit. not. 534, n. 10. (c. CCCIX.)

COMMENTARIO CCCVIII

AO N. 9 DO § 341

Vide o commentario ao n. 7 d'este paragrapho.

COMMENTARIO CCCIX

AO § 344

Entendem Praxistas, como Guerreiro e outros,

§ 345

A parte que sentir-se lesada pelo arbitramento, póde requerer sua reducção a arbitrio de boa razão :

1.º Dentro de um anno se a lesão fôr ao menos na sexta parte. — Ord. L. 3º, T. 17, §§ 3º, 4º, 6º e 7º e L. 4º, T. 96, § 19.

2.º Dentro de quinze annos, se a lesão fôr enorme, isto é, maior da metade do justo preço da cousa. — Arg. da Ord. L. 4º, T. 13, §§ 5º e 6º; Per. e Souza., not. 535. (c. cccx.)

que os louvados estão obrigados a apresentar seus laudos dentro do prazo que o Juiz marcar, sob pena de prisão.

Nós, porém, seguindo a opinião de Paula Baptista, entendemos que a pena applicavel aos louvados omissos é a multa de 50\$000 a 100\$000 estabelecida pelo Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850.

COMMENTARIO CCCX

AO N. 2 DO § 345

Ribas, no art. 460 da *Consolidação*, faz o seguinte commentario :

« O conselheiro Paula Baptista entende que é absurda a redução do arbitramento a arbitrio de boa razão; visto que o Juiz não está adstricto áquelle; observando que entende provir do erro de se considerar o arbitramento como sentença, ou ao menos como prova irrecusavel.

« As difficuldades, porém, da interpretação e applicação da Ord. L. 3º, T. 17, § 3º e seg. provém das alterações sobrevindas na organização judiciaria e da nova praxe, que em consequencia se veio a estabelecer. »

O uso d'esses dous paragraphos foi cahindo, porém, em desuso, como nos attesta Terr. de nov. apéc., Per. e Souz., Alm. e Souz., Moraes Carvalho e outros, sendo elles substituidos pela praxe de se proceder a novo arbitramento, ou de o modificar o Juiz na sentença como lhe parecer justo, e é a praxe da Relação da Côrte, como nos affirma Ribas. — Consol. de Proc. Civ., com. n. 342.

Comquanto o Dec. Reg. n. 5135 de 19 de Novembro de 1872, mandando applicar á avaliação dos escravos para a alforria os artigos do Dec. n. 737 de 25 de Novembro de 1860, omitisse o art. 200, que declarou que o Juiz não é adstricto

§ 346

A parte que, sentindo-se lesada, pretender a redução do arbitramento, deverá mandar citar a parte contraria para nomear novos lousados, afim de que reformem, no prazo que lhes fôr marcado, o arbitramento, se o julgarem lesivo á parte. — Alm. e Souza., cit. not. 534.

ao arbitramento, e o autorisa a mandar proceder a segundo no caso de divergencia dos tres arbitadores, todavia, não nos parecendo intencional essa omissão, não póde ella prejudicar a doutrina que vimos de expender e que é seguida pelos mais notáveis Praxistas.

Do arbitramento não cabe o recurso de appellação, nem de embargos ; estes porque o art. 14 da Disp. veda quaesquer embargos ; antes de sentença definitiva, a não serem os que servem de contestação á acção, e o arbitramento não é acção summaria, que se conteste por embargos, mas sim um meio de prova ; e appellação não cabe porque o arbitramento não é nem nunca foi sentença definitiva, ou interlocutoria com tal força, e assim o ensina Silv. á Ord. L. 2º, T. 17, § 1º, n. 13 ; Valasc. de part , c. 9º, n. 41 ; Cons. Paul. Bapt., Prat. do Proc. Civ., § 155, not. 1.

§ 347

Sendo nullo o primeiro arbitramento, ou não comprehendendo elle todas as questões sobre que devêra ter recahido, poderá haver segundo. — Per. e Souz., not. 537.

§ 348

Sendo nullo o segundo arbitramento, ou restando ainda alguma questão, que não tenha sido decidida nos dous primeiros, pôde-se dar terceiro arbitramento. — Alm. e Souz., not. 537, n. 12.

§ 349

Pódem ser recusados pelas partes, ou averbados de suspeitos, os louvados, quer por estas nomeados, quer pelo Juiz *ex-officio*, nos mesmos casos, em que as testemunhas são considerados inhabeis, ou defeituosas. — Ord. L. 3º, T. 17, § 1º; Alm. e Souz, cit. Diss. 14, § 25.

§ 350

Depois de approvados os louvados não pódem ser recusados pelas partes, senão por motivo legitimo sobrevindo de novo. — Alm. e Souz., cit. Trat. das Aval., § 127.

§ 351

Quando o arbitramento fôr a requerimento de parte, a esta incumbe fazer as despesas do preparo ; e quando tiver elle lugar por determinação *ex-officio* do Juiz, fará esse preparo quem maior interesse tiver na causa. — Per. e Souza., not. 537; Alm. e Souza., cit. Diss. 14, §§ 41 a 43.

§ 352

O arbitramento, como as demais provas, será prudentemente apreciado pelo critério do Juiz. — Alm. e Souza., cit. Diss. 14, § 40, e o cit. Trat. das Aval., § 138.

SECCÃO XLIII

Da vistoria

§ 353

Vistoria é o acto judicial pelo qual o Juiz do feito se convence da verdade dos factos por meio da inspecção occular. (c. CCCXI.)

COMMENTARIO CCCXI

AO § 353

A vistoria é de todas as provas a mais plena, porque *quod oculi vident, nemo fideliter negat*;

§ 354

Terá lugar a vistoria sempre que houver um facto controvertido, que precise ser inspeccionado occularmente pelo Juiz.—Alm. e Souz., cit. Dis. 14, § 1º.

§ 355

Em regra deve sempre o Juiz assistir ao acto da vistoria, excepto :

1.º Se a cousa sobre que ella tem de versar se acha em lugar differente, porque então

e não póde ser o Juiz illudido com provas testemunhaes, perjuras muitas vezes.

Segundo Domat a *vistoria* não é senão o que é:— *n'est outre chose que ce qui est.*

Por meio da vistoria, diz Bordeaux, o Juiz se põe em contacto com a realidade :

*Segnius irritant animos demissa per aurem
Quam quæ sunt oculis subjecta fidelibus.*

A vistoria feita pelo Juiz, continúa Bordeaux, é uma prova real immediata; emquanto que a feita por peritos, comquanto ainda real, é, comtudo, transmittida.

far-se-ha por meio de precatória ao Juiz sob cuja jurisdição estiver. — Per. e Souza, Prim. Linh., not. 540.

2.º Se a vistoria é decretada pela Relação, pois que n'esse caso é feita pelo Juiz inferior competente, para cujo fim descerão os autos da Relação. — Regul. de 3 de Janeiro de 1833, art. 46. (c. CCCXII.)

COMMENTARIO CCCXII

AO N. 2 DO § 355

Se, porém, a cousa não estiver no territorio do Juiz de quem se appellou, deverá a Relação mandar fazer a vistoria pelo Juiz *rei sitæ*, ou pelo Juiz *a quo*, que n'este caso deprecará áquelle para esse fim.—Moraes Carv. Prax. For. not. 365.

Tanto uma como outra hypothese, embora differentes, parece-nos ter verdadeira solução :

1.º Se o Juiz *rei sitæ* estiver debaixo da jurisdição da Relação que decretou a vistoria, deve esta devolver os autos áquelle, para que elle a cumpra.

2.º Na hypothese contraria, deverão elles ser devolvidos ao Juiz *a quo* para que este depreque ao Juiz *rei sitæ*.

§ 356

A vistoria só deve ser concedida, quando se tratar de factos presentes, e que sejam sujeitos á inspecção occular.—Alm. e Souza., Supp. ás Seg. Linh., T. 14, § 9º.

§ 357

Póde ser ella arguida em qualquer tempo; antes da demanda, durante a dilação probatoria, na conclusão da causa, na appellação e na execução. — Per. e Souza., Prim. Linh., § 260; Alm. e Souza., Suppl. ás Seg. Linh., T. 14, § 6º.

§ 358

Se fôr feita a vistoria antes das razões finaes, não sé dará d'ella vista ás partes. — Per. e Souza., cit. not. 541; Alm. e Souza., cit. § 36; Moraes Carvalho, Prax. Forense, § 646, e not. 366; Paul. Bapt., Comp. da Pratica do Processo, § 158.

§ 359

Da mesma fórma não se dará vista de autos de vistoria, requerida antes de iniciar-se a acção em juizo, sendo appellavel, o despacho que a nega. — Aggr. do Tr. da Rel. da Côrte; *Dir.*, Rev., vol. VII, pag. 56.

§ 360

No Juizo deprecado não se pôde offerecer e receber embargos de nullidade de vistoria, realisada em virtude de precatoria. — Acc. da Rel. da Côrte; *Dir.*, *Rev.*, vol. IV, pag. 374. (c. CCCXIII.)

§ 361

A vistoria tem lugar especialmente nos seguintes casos. — Alm. e Souza., cit. Diss. 14, § 11 e seg.; Per. e Souza., not. 538. (c. CCCXIV.)

COMMENTARIO CCCXIII

AO § 360

Para que a vistoria possa ter lugar antes de preposta a acção em Juizo, preciso é que se demonstre a necessidade da immediata execução da diligencia, que terá de ser aproveitada, como convier ao interesse da parte. — Acc. da Rel. da Côrte, na App. Civ. n. 1327; *Dir. Rev.*, vol. XIII, pag. 524.

COMMENTARIO CCCXIV

AO § 361

Tratando-se da verificação de limites é a vistoria indispensavel, porque é de todas as provas, a mais plena, como já dissemos.

- 1.º Nos de lesão, para se provar o verdadeiro valor da cousa.
- 2.º Na nunciação de obra nova.
- 3.º Nas questões de confins de terras.
- 4.º Na caução de *damno infecto*.
- 5.º Nas causas de *servidões rusticas*, ou urbanas, especialmente nas de aguas.
- 6.º Na liquidação de bemfeitorias e danos.
- 7.º No exame da prenhez para a imissão da posse em nome do ventre.
- 8.º Na de qualquer escripturação, ou comparação de letra.

§ 362

A vistoria não terá, porém, lugar. — Alm. e Souz., cit. Diss. 14, §§ 8º a 16.

Se entender o Juiz que a vistoria, a que se procedeu é incompleta, cumpre-lhe providenciar de fórma a proceder-se a outra, que melhor satisfaça seu fim, e tomar essa prova insufficiente para fundamento de sua decisão. — App. Civ.; Acc. da Rel. de Porto Alegre; *Dir.*, Rev., vol. XV, pag., 660.

Comquanto seja verdadeira e juridica a doutrina d'este Acc., todavia no *Dir.*, Rev., vol. XI, pag. 417, encontra-se um julgado em contrario.

1.º Quando já houver prova sufficiente para a decisão da causa.

2.º Quando o aspecto do lugar ou da cousa, já se houver mudado. (c. CCCXV.)

3.º Quando ella fôr inutil em relação á questão controvertida.

4.º Nas causas muito modicas, relativamente ás despesas da vistoria. (c. CCCXVI.)

§ 363

Na vistoria devem intervir, além dos

COMMENTARIO CCCXV

AO N. 2 DO § 362

Restando ainda vestigios do antigo estado da cousa, ou do lugar, deve-se proceder á vistoria. — Alm. e Souz., Coll. de Diss. XIV. § 9º.

COMMENTARIO CCCXVI

AO N. 4 DO § 362

Não terá, porém, lugar a disposição do texto, se a parte que requerer a vistoria, se obrigar a não repartir as despesas, quando seja vencedor. — Arest. em Peg. á Ord. vol. 1º, pag. 329, n. 78.

Juizes, peritos de arte, e, quando fôr necessario, testemunhas informantes, e por ellas deve ser assignado o respectivo auto. — Alm. e Souza., cit. Diss. 14, §§ 1º, 23 a 26 e 31; Per. e Souza., not. 540 e § 263.

§ 364

Na nomeação d'estes peritos proceder-se-ha da mesma fórma que para o arbitramento, sendo-lhes applicaveis as disposições do § 341 e seus numeros. — Alm. e Souza., cit. Diss. 14, *pass.* (c. CCCXVII.)

COMMENTARIO CCCXVII

AO § 364

Deve ser pessoal, sob pena de nullidade, a citação da parte para assistir á vistoria. — Per. e Souza., Prim. Linh., not. 541.

Póde-se proceder á terceira vistoria, quando alguma questão, que depender de observação occular, não tiver sido resolvida nas duas anteriores, da mesma fórma por que se procede nos arbitramentos, como o ensina Alm. e Souza., not. 537, n. 12.

Não importa que contra esta nossa theoria, tenha a Relação da Côrte proferido seu Acc. na App. Civ. n. 13189, como se vê no *Dir.*, *Rev.*, vol. III, pag. 81, por isso que as Ord. L. 3º, T. 17, § 3º, e T. 98, § 2º, não confirmam de fôrma alguma a jurisprudencia de semelhante Accordão.

Se nullo o arbitramento segundo, procede-se a terceiro, porque razão nulla a segunda vistoria, não se ha de proceder a terceira, maxime sendo esta a prova mais plena em que pôde o Juiz firmar sua decisão?

Se pôde o Juiz pela terceira vistoria chegar ao completo conhecimento da verdade, esclarecendo-se perfeitamente á respeito da controversia, que lei, razão juridica, ou bom senso, será este, que obste assim a completa distribuição da justiça, obstando que o Juiz conheça intimamente a verdade, por meio de terceira vistoria?

Conforme foi decidido pelo Juiz de Direito de Pelotas, é nulla a vistoria quando no mandado não se designa a hora da audiencia, e a clausula de nomear-se peritos á revelia do citado. — *Dir.*, *Rev.*, vol. IX, pag. 545.

SECÇÃO XLIII

Da Sentença

§ 365

Sentença é o acto escripto, por meio do qual o Juiz decide a controversia, ou especie, submettida á sua apreciação. — (c. CCCXVIII.)

COMMENTARIO CCCXVIII

AO § 365

Diversas têm sido as definições dadas á sentença.

—

Heinec. definio-a : *Controversæ decisio a Judice facta.*

—

Wierfell : *Determinatio ejus quod justum est, in casu aliquo præsentis, a Judice cognita causa facta.*

—

Brisson : *Pronuntiatio Judicis, finem controversiæ imponens absolute, vel condemnatione.*

—

Achando o Juiz que a causa está em termos de ser decidida, examinará attentamente todo o processo, e dará a sua sentença definitiva, segundo

§ 366

A sentença é acto que tem lugar depois das provas e da conclusão. — (c. CCCXIX.)

o que achar allegado e provado de uma e da outra parte, ainda que a consciencia lhe dicte outra cousa, e elle saiba que a verdade é o contrario do que no feito foi provado.— Ord. L. 3º, T. 66 pr.

E' a sentença acto escripto, porque ainda aquellas que se proferem verbalmente em audiencia, são tomadas por termo, que o Juiz assigna, com o escripto.

COMMENTARIO CCCXIX

AO § 366

Na expressão — sentença — comprehende-se a decisão dos *arbitros*, se bem que impropriamente, uma vez que, dependendo ella de homologação do Juiz, não tem força obrigatoria, e por conseguinte não póde ser denominada sentença.

Quando o julgamento fôr proferido em segunda instancia, ou no Supremo Tribunal de Justiça,

§ 367

No Juizo civil divide-se a sentença em :

§ 1.º Definitiva.

§ 2.º Interlocutoria.

§ 3.º Mixta.

§ 368

Definitiva é a sentença, pela qual se decide a questão fundamental, depois de esgotados os termos regulares da causa.

§ 369

Interlocutoria é a que decide sómente algu-

com pluralidade de Juizes, procede-se como determinam as leis e regulamentos, que lhes são peculiares. A Relação é regida hoje pelo Decreto de 2 de Maio de 1874, e o Supremo Tribunal de Justiça ainda pela lei de 28 de Setembro de 1828 e mais disposições ulteriores.

—

Não é sem motivo que dissemos, que a sentença vem depois da *conclusão* e das *provas*, porque, depois da conclusão, também pôde o Juiz proferir decisão, que não seja sentença, como por exemplo, pôde ordenar *vistoria*, *exame*, *arbitra-*

ma questão incidente, ou emergente do processo, e só relativa á ordem deste.

§ 370

Mixta é a que participa da natureza de ambas, porque, decidindo uma questão incidente, ou emergente, prejudica ao mesmo tempo a questão fundamental, e põe fim ao Juizo e á instancia.

§ 371

As sentenças *definitivas* e *mixtas* dividem-se em :

§ 1.º Absolutorias.

§ 2.º Condemnatorias.

§ 372

Absolutoria é a sentença que isenta o réo do pedido e custas, ou illidindo a acção e a instancia, ou sómente esta.

§ 373

Condemnatoria é a que declara o réo obri-

mento, juramento e outra qualquer especie de *prova*, que póde ser deliberada *ex-officio*, sendo por essa razão que depois da *conclusão*, fizemos collocar essas especies de *provas*.

gado ao pedido de custas, quer no todo, quer em partes.— (c. CCCXX.)

COMMENTARIO CCCXX

AO § 373

Entre essas duas especies de sentenças ha uma differença sensivel, quanto ao seu conteudo diz Ribas :

A sentença condemnatoria contém directa e necessariamente o reconhecimento do direito litigioso na pessoa do autor, e a necessidade de um acto, ou abstenção da parte do réo.

A sentença absolutoria é, pelo seu conteúdo, inteiramente negativa; não reconhece o direito litigioso na pessoa do réo; apenas nega a sua existencia na pessoa do autor.

Pelo que a sentença condemnatoria dá ao autor uma acção para tornal-a effectiva, e ao mesmo tempo uma excepção para della usar quando convier; emquanto a sentença absolutoria nenhuma acção dá ao réo, e sim apenas uma excepção.

Com effeito, por meio da acção o autor pede ao Juiz que o auxilie a mudar um estado de

causas, que elle pretende não estar de conformidade com o direito.

Pela sentença o Juiz concede ou nega o auxilio pedido.

E' certo que muitas vezes o réo não se limita a combater os argumentos e provas do autor, e sim procurar provar que o direito litigioso lhe pertence.

Porém, ainda n'este caso a solução é a mesma.

A sentença absolutoria apenas o isenta da acção actual, ou de outra identica que pelo mesmo autor lhe seja proposta; mas não lhe póde dar uma acção, nem a excepção *rei judicatae* em relação a outra acção, que para o futuro lhe venha a ser proposta por terceiro sobre o mesmo objecto.

E' esta a doutrina de Gaió (Fr. 15 Dig. De except. rei judic. XLIV, 2) ... *interest utrum meam, esse, nocebit tibi rei judicatae exceptio: quia eo ipso, quo meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse.*

Si vero meam non esse, *nihil de tuo jure judi-*

§ 374

Tambem proferirá o Juiz a sentença, ainda que o processo esteja mal ordenado, ou errado, ou falte n'elle alguma solemnidade, embora substancial, como nos seguintes casos: — Ord., L. 3º, T. 66 pr.

1.º Se não foi offerecido libello na fórma devida.

2.º Se não foi ainda contestada.

catum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua.

No caso, porém, do juramento d'alma succede o contrario, *se o réo jura que é proprietario da cousa em litigio*; porquanto, visto este juramento ter os effeitos da transacção, o réo adquire, em virtude d'elle, não só sua excepção, como sua acção.

Ulpiano, Fr. 11 pr. Dig. *De jurejur.* (XII,2) *sed si possessor fuerit jus jurandum delatum, juraverit — que rem petitores non esse... exceptione jurisjurandi utetur... actionem non habebit.*

Cit. Fr. 11, § 1º, Dig. cit. (XII,2) Proinde si, cum possideret, deferente petitore, *rem quam esse*

3.º Se não foi a sentença definitiva publicada pelo Juiz.

4.º Se não forem assignados os termos da lei para a parte vir com artigos.

§ 375

Se forem taes erros e outros allegados antes da sentença, poderão ser suppridos pelo Juiz; não o podendo ser, e sendo valiosa a sentença se forem elles allegados depois.

§ 376

Assim tambem nos seguintes casos fará o Juiz supprir os erros mencionados, assignando para isto os termos conducentes e proseguirá no feito : — Cit. Ord., § 1.º.

juravit, consequenter dicamus... actionem in factum ei dandam.

Se a sentença absolutoria, porém, pelo *seu positivo* não póde dar directamente ao réo acção contra o autor se a cousa em litigio vier a cahir em poder d'este, póde dal-a indirectamente pela força dos seus *motivos objectivos*, se n'estes fôr reconhecida a propriedade d'aquelle; vindo, n'este caso, a absolvição do réo, quanto ás suas vantagens praticas, a equivaler a condemnação do autor. — Vid. Savigny, *Dir. Rom.*, § 298 e seg.

1.º Se nas causas sobre bens de raiz não interveio procuração, ou outhorga da mulher, sendo o marido autor, ou a citação d'ella, sendo elle réo.

2.º Se se tratar o feito sem procuração do menor pubere, sendo autor, ou sem a sua citação, ou do seu curador, sendo réo.

3.º Se o procurador tinha poderes insufficientes.

§ 377

Suppidos esses erros, se a pessoa que tivesse procuração sufficiente, ou que de novo foi citada, quizer allegar alguma cousa de novo, que fôr de receber-se, ou dar mais testemunhas, além das inquiridas, será a isso admittida, jurando que allega sem malicia. — Cit. Ord., § 3º.

§ 378

Se a mulher, ou outra pessoa cuja procuração sufficiente se mandou vir, não a quizer dar, o Juiz absolverá o réo da instancia, ficando obrigado ás custas o Juiz, ou Juizes que processaram o feito. — Cit. Ord., § 4º.

§ 379

Se, porém, parecer ao Juiz que a mulher, sem justa causa, recusa a outhorga, ou pro-

curação, autorisará o marido a proseguir no feito sem ella. — Cit. Ord., § 4º.

§ 380

Em qualquer parte ou qualquer Juizo em que sejam allegados não serão suppridos e consequentemente julgado nullo o processo e obrigado ás custas o Juiz, que processou o feito, os erros mencionados nos numeros seguintes. — Ord. cit., § 5º. (c. CCCXXI.)

COMMENTARIO CCCXXI

AO § 380

As nullidades, que são vicios resultantes das infracções das leis concernentes ao regimen judiciario, conforme ensina Per. Bapt., Theor. e Prat. do Proc. Civ., § 67, dividem-se em — *legaes*, *substantiaes* e *accidentaes*.

—

São *legaes* as expressamente determinadas por lei.

—

Substantiaes as que não sendo expressas na lei, affectam a substancia do acto.

—

Accidentaes as que não affectam a substancia, mas unicamente as formulas accidentaes do acto.

1.º Se faltar a citação da parte. (c. CCCXXII.)

— Per. Bueno, Form. do Proc. Civ., T. Prelim., §§ 2º e 3º.

COMMENTARIO CCCXXII

AO N. 1 DO § 380

Quer seja a citação *geral* para a propositura da acção, quer a *especial* para o caso, que a lei exige.

— Consolid. de Rib., art. 219 pr. e art. 220.

Tem tambem applicação a disposição do texto, se tratando o litigio de bens de raiz, deixar de ser citada a mulher, ou de exhibir-se outhorga, ou procuração d'ella. — Ord., L. 3º, T. 47, § 2º; T. 87, § 1º.

Da mesma fórma tem ella applicação se a sentença foi dada contra o morto, constando a morte em Juizo, porquanto, pela morte do litigante passa a instancia do feito aos seus herdeiros no *ponto e estado em que fôr achada ao tempo do seu fallecimento*. — Ord., L. 3º, T. 82 pr. — Não se tendo, portanto, citado os herdeiros para a renovação da instancia, a sentença dada contra o morto vem a ser dada contra a parte não citada. — Peg. 5, For. C., q8.

2.º Se a citação fôr nulla, como a de citar o impubere, em vez de citar-se o seu tutor. —(C. CCCXXIII.)

COMMENTARIO CCCXXIII

AO N. 2 DO § 380

Esta disposição tambem se estende á citação dos puberes menores de 21 annos, sem a assistencia de seus pais, tutores, ou curadores, quando a sentença é dada contra elles. — Ord. L. 3º, T. 29, § 1º e T. 41, § 8º.

Confirmando a theoria em relação aos *puberes* temos os seguintes arestos :

Accordão do Sup. Trib. de Justiça de 14 de Julho de 1825, que diz:

« A nullidade fulminada pela Ord. L. 3º, T. 41, § 8º, só diz respeito ao *menor pubere, que deixou de ser citado*, e não póde aproveitar aos outros litisconsortes, em relação aos quaes a causa correu regularmente, e com observancia das formalidades legaes. Sendo divisivel a cousa pedida, a nullidade imposta pela cit. Ord. não póde ter uma intelligencia tão lata, estendendo-se a todo o processo. — *Dir.*, Rev. de 1875, vol 8º, pag. 281. »

Revista de 19 de Outubro de 1875, que diz :

« A falta de *citação pessoal do menor pubere*

3.º Se o feito foi tentado com falso procurador. (c. CCCXXIV.)

§ 381

O Juiz deve formular a sentença de fórma que ella seja :

1.º Clara. — Ord., L. 3º, T. 66, § 6º. (c. CCCXXV.)

invalida sómente o processo na parte que a esse menor diz respeito, desde que o pedido é divisivel. — *Dir.*, Rev. de 1875, vol. 8º, pags. 262 e 263; *Gaz. Jur.*, de Maio de 1876, pags. 218 a 220. »

COMMENTARIO CCCXXIV

AO N. 3 DO § 380

Tanto faz que o procurador seja *falso* como *illegitimo*.

Póde, entretanto, o pretendido mandante ratificar o processo e a sentença, se esta lhe fôr favoravel, ou se lhe convier.

COMMENTARIO CCCXXV

AO N. 1 DO § 381

Póde a sentença ser declarada pelo Juiz que a proferio, ou por seu successor, nos pontos em

2.º Certa. — Ord., L. 3º, T. 66, § 2º.
(c. CCCXXVI)

que fôr obscura, dubia, ou ambigua, comtanto que não a altere na substancia, de fórma alguma, nem augmentando, nem diminuindo: — *nihil addat, neque minuat, et nullaterus mutet in substancia.*

Essa declaração, que depois da sentença só póde ter lugar por via de embargos, póde ser feita ainda mesmo depois de se ter appellado. — França a Mendes, P. 1ª, L. 3º, c. 18, ns. 18 a 20.

Se o Juiz exceder os justos limites de sua declaração, póde a parte appellar da nova sentença.

COMMENTARIO CCCXXVI

AO N. 2 DO § 381

Basta que essa certeza seja em relação aos autos, ou que a condemnação possa liquidar-se na execução da sentença, como seja nas acções universaes, quaes as de petição de herança e a de partilhas. — Ord. L. 3º, T. 66, § 3º; ou nas geraes, como as de tutela, dote, etc., ou como nas accessorias, fructos e interesses. — Cit. Ord., L. 3º, T. 66, § 2º.

Ainda tambem, deve ser pura, e não condicional a sentença, salvo se a condição cumprir-se logo, como se o Juiz condemnar o réo no que o autor jurar que este deve, não excedendo ao pedido. — Cit. Ord., L. 3º, T. 66, § 4º.

E tambem nos seguintes casos, mencionados por Altimar. — De Nacrit. V. 2; Rubr. 13, Q. 25, n. 7.

1.º Se o Juiz condemnar o réo a largar o predio para que o autor o usufrua, sob a condição d'este prestar prévia caução de *bene utendo*.

2.º Se condemnar o réo a entregar o predio ao autor, sob a condição d'este pagar as bemfeitorias.

Da mesma fórma e pela mesma razão não deve a sentença ser alternativa, salvo :

1.º Se a qualidade da acção assim o exigir, como nos casos da Ord. L. 4º, T. 13, § 1º, e T. 3º pr.

2.º Se ao réo competir o direito de escolher.

Eis os casos da citada Ord.:

1.º Da acção hypothecaria contra o adquerente do immovel, transmittido a terceiro, e não revendido, no qual póde o autor pedir que seja o réo condemnado ou a entregar o dito immovel, ou a remil-o, pagando a divida. — Ord. L. 4º, T. 3º pr.

3.º Conforme ao libello. — Ord., L. 3.º, T. 66, § 1.º. (C. CCCXXVII)

2.º Da acção de recisão do contracto por lesão enorme, em que fica a arbitrio do réo (comprador, ou vendedor) desfazer o contracto, ou refazer ao autor o justo preço da coisa comprada, vendida, ou havida por concedimento, aforamento, escaimbo, transacções e *quaesquer outras convenções, em que se dá ou deixa uma coisa por outra.* — Ord. L. 4.º, T. 13, §§ 1.º e 6.º.

Nos casos em que o libello póde ser alternativo, a sentença tambem o póde ser.

COMMENTARIO CCCXXVII

AO N. 3 DO § 381

O Juiz dará a sentença condemnando, ou absolvendo, em todo, ou em parte, conforme achar provado nos autos, sem poder julgar mais do que o pedido pelo autor, quanto ao principal.

Póde, entretanto, o Juiz condemnar o réo nas cousas, que virtual e tacitamente se comprehendem no pedido do autor, segundo a natureza da acção, embora n'elle não fossem expressas, como sejam :

1.º A estimação da cousa pedida, quando esta perece durante a lide.—Moraes, *De Execut.*, L. 2º, c. 10, n. 1 e seg.

2.º A restituição do penhor, a que o autor deve ser condemnado, quando o réo é condemnado ao pagamento da divida pignoratícia. — Vid. a Ord. L. 3º, T. 66, § 1º, n. 21.

3.º A caução de *non turbando* na acção confessoria, ou negatoria. — Paul., Fr. 7, Dig. — *Si servit. veindic.* (VIII,5).—*Harum actionum eventus his est, ut victori officio judicis, aut tres prestatetur, aut cautio.*

4.º As perdas e danos na acção de força. — Moraes, L. 2º, c. 13, n. 20; Alm. e Souza, *Interdict.* §§ 289 e 320.

5.º Fructos e rendimentos na acção de petição de herança.

6.º Nas causas que pertencem ao officio do Juiz, como custas, fructos, interesses e mais accessões da contestação da lide em diante. — Ord., L. 3º, T. 66, § 1º.

Na expressão — *fructos* — comprehendem-se os premios, os juros de dinheiro, que são *fructos civis*. — Consol. das Leis Civ., not. ao art. 45.

—
Deve o Juiz proferir a sentença sobre toda a questão, sendo nulla a que só decidir em parte,

4.º Conforme ás leis. — Ord., L. 3º, T. 75, e Lei de 3 de Novembro de 1768. (c. CCCXXVIII)

salvo se tiver diversos artigos, porque então virão a ser tantos os julgamentos quantos os artigos, ou se a acção contiver objectos diversos.

COMMENTARIO CCCXXVIII

AO N. 4 DO § 381

A sentença que não é proferida conforme as leis, torna-se nulla, ou injusta.

E' nulla quando decide contra direito em these, como se julgar que o impubere póde fazer testamento, que o magistrado póde ser tutor, etc.

E' injusta se decide contra direito em hypothese, contra direito da parte, como se julgar que ao menor não assiste o beneficio de restituição.— Ord., L. 7º, T. 75, § 2º; Lei de 3 de Novembro de 1768.

Deve igualmente ser a sentença proferida segundo o estylo, por isso que, na falta de lei expressa, sendo elle antigo e racionavel, tem fo rça de lei. — Ord., L. 3º, T. 64 pr.; Lei de 18 de Agosto de 1769, § 14.

5.º Conforme aos autos. — Ord., L. 3º, T. 66 pr. (c. CCCXIX)

COMMENTARIO CCCXXIX

AO N. 5 DO § 381

Deverá o Juiz regular-se e julgar pelo que provado estiver, ainda que o contrario saiba, ou lhe dicte sua consciencia; só referindo-se aos autos, no que vio como Juiz, e não como particular, salvo se já a parte tiver allegado isso na causa, e a parte foi lançada de juntar o respectivo documento.

Examinará o Juiz, entretanto, todo o processado, visto como, não só assim o doutrinam a Ord., L. 3º, T. 34, § 12; T. 60, § 5º; T. 95, § 8º; Cod. do Proc. Civ. Fr., art. 268, como porque a sentença, dada sem serem vistos e examinados os autos, é reputada proferida, sem conhecimento de causa, e, portanto nulla, como o é também a proferida com precipitação, isto é, em espaço de tempo tal que ao Juiz seja impossivel examinar e pesar as diversas circumstancias do processo, como nos ensinam Barb. ad. Ord., L. 3º, T. 75 pr., n. 13; Peg. ad. Ord. Tom. 1º, pag. 190, n. 5; Reynos. Observ. 3o, ns. 7 e 8.

Não pódem os Juizes ser demandados pelas

6.º Fundamentada. — Ord., L. 3º, T. 66,
§ 7º. (C. CCCXXX)

sentenças que derem, ainda que por ellas as partes se julguem prejudicadas. — Ass. de 28 de Novembro de 1634.

—
COMMENTARIO CCCXXX

AO N. 6 DO § 381

Devem os Juizes, quer da primeira, quer da segunda instancia, ou do Supremo Tribunal de Justiça, expôr especificadamente os fundamentos das sentenças que proferirem. — Repert. vb — *Desembargadores que não põem, etc.*

« O verdadeiro e legitimo meio da solida e exacta applicação das leis ás causas forenses consiste precisamente na boa applicação das regras e principios de direito ao facto, depois de se terem bem explicado e comprehendido todas as circumstancias especificas d'ellas, depois de se haverem escrupulosamente confrontado com as circumstancias das ditas regras e das leis, de que ellas foram deduzidas, e com todas as determinações individuaes e especificas das mesmas leis; e depois de se ter bem reconhecido a identidade de todas as ditas circumstancias das leis e dos factos por meio de um bom e exacto raciocinio. » —

Estatutos da Universidade de Coimbra ; Alv. de 28 de Agosto de 1777, L. 2º, T. 3º, c. 8º, § 5º.

—

A legislação patria emendou n'este ponto o direito commum.

—

Não importa nullidade da sentença, a falta d'esses fundamentos, nem mesmo responsabilidade para o Juiz.

—

Entre nós a maneira de redigir as sentenças é recapitular o Juiz os factos e allegações das partes, e depois aprecial-as com a lei e o direito, usando de periodos que começam por — *Considerando*, como no estylo francez.

—

Os Juizes, quer da primeira, quer da segunda instancia, devem proferir suas sentenças definitivas no prazo de dous mezes, que se contam da data em que assignam a carga no protocolo do escrivão. — Dec. n. 4824, de 22 de Novembro de 1871.

—

Comquanto os termos se costume contar da data da vista, ou conclusão, todavia, como podem os autos ser apresentados ao advogado, ou Juiz, muitas vezes no ultimo dia do prazo, tal seja a conveniencia d'isto, por esta razão dissemos nós

7.º Escripta. — Ord., L. 1º, T. 1º, § 13;
T. 6º, § 16. (c. CCCXXXI)

8.º Publicada. — Ord., L. 1º, T. 5º, § 15;
L. 3º, T. 19, § 1º; T. 66, § 6º. (c. CCCXXXII)

que esses prazos só começam a correr da data da carga no protocollo. —

COMMENTARIO CCCXXXI

AO N. 7 DO § 381

Deve a sentença ser escripta, não só para se conhecer seus fundamentos, mas ainda porque, podendo haver necessidade de recorrer-se a ella depois de certo tempo, preciso é que ella materialmente permaneça, o que só póde ter lugar, sendo escripta, por isso que — *verba volant, escripta manent*. —

Nas sentenças verbaes proferidas em audiencia, basta que o Juiz as subscreva. —

Devem as sentenças ser escriptas pelo punho do proprio Juiz que a proferio, e não por letra de outrem, e em portuguez. —

COMMENTARIO CCCXXXII

AO N. 8 DO § 381

A publicação das sentenças é solemnidade in-

dispensavel, e cuja preterição, se bem que não importe nullidade, torna inexecutable a sentença, suspendendo seus effeitos até que se cumpra o preceito da lei.

E' por isso que se lê na Ord., L. 1º, T. 5º, § 15:—*E publicará todas os sentenças*; no L. 2º, T. 19, § 1º:—*Publicará todos os feitos*: e no T. 63 pr.:—*Ou não fôr a sentença definitiva publicada pelo julgador*.

Não obstante parecer determinar essas Ordenações que essa publicação seja feita pelo proprio Juiz, todavia póde este ordenar que tenha ella lugar em mão do escrivão.—Per. e Souza, not. 570; Cunha Salles, Fôro Civil, Com. xxxvi ao § 3º do art. 37; Mello Freire, L. 4º, T. 21, § 10, em que diz:

«*Consuetudine autem introductum est ut pro recitata et publicata apud scribam judicialem, qui eam partitus denunciare debet, haberi possit.*»

Parece-nos, entretanto, que não foi só o uso e estylo que introduzio essa especie de publicação, mas sim que ella tem assento na Ord., L. 3º, T. 66, § 6º, em que se lê:—*ou dêr ao escrivão dara lhe pôr o termo de publicação*.

§ 382

São effeitos da sentença definitiva :

Hoje, porém, conforme as disposições do art. 63, § 4º, e 64, § 3º, do Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871, devem as sentenças ser publicadas pelos Juizes; publicando os Juizes municipaes as que foi proferidas pelos de Direito; mas o que é certo é que essas disposições não têm sido observadas, e continúa a pratica das publicações em cartorio.

E na realidade, não encontramos vantagem alguma em serem as sentenças publicadas pelos Juizes em audiencia, por isso que, se as partes não estão presentes na audiencia, necessario se faz serem ellas intimadas da sentença, para que possa sortir os seus effeitos.

Publicada a sentença definitiva, não póde mais o Juiz revogal-a nos mesmos autos, salvo por meio de embargos, sob pena de ficar nulla a segunda sentença. — Ord., L. 3º, T. 65 pr.; T. 66, § 6º.

A este respeito diz Ulp., Fr. 55, Dig. *De re judic.* (XL. 11, 1.)— *Judex posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit.... semel enim male seu bene officio functus est.*

1.º Produzir hypotheca judiciaria nos bens do condemnado. — Ord., L. 3º, T. 84, § 14; Lei n. 1237, de 24 de Outubro de 1864, art. 3º, § 12; Regul. n. 2452, de 26 de Abril de 1865. (c. CCCXXXIII)

2.º Produzir cousa julgada. (c. CCCXXXIV)

COMMENTARIO CCCXXXIII

AO § 382

A hypotheca juridica, nascida da condemnação, tambem assenta na Ord., L. 3º, T. 84, § 14, que foi reconhecida pela lei hypothecaria de 1864.

Inscripta a condemnação, póde correr a execução nos bens assignados nos extractos para a inscripção.

COMMENTARIO CCCXXXIV

AD N. 2 DO § 382

Para que produza a sentença definitiva cousa julgada, é preciso: — na *primeira instancia*, que ella não seja appellavel; ou que, sendo, deixou de ser embargada, ou appellada, ou esgotára-se esse recurso; — na segunda instancia, se a appellação foi julgada deserta, ou decidida em primeiro accordão não embargado em tempo, ou foi decidida em segundo accordão sobre embargos.

3.º Fazer direito entre as partes. — Ord., L. 3º, T. 81 pr. ; Fr. 3º pr. ; Dig., *De Agnos. et alend lib.* (XXV 3º); Fr. 65, § 2º; Dig., *Ad Len. Cons. Trebe. I* (XXXVI 1º), *Const. 1*, *Cod. Re. Jud.* (VII 52.) (c. CCCXXXV)

COMMENTARIO CCCXXXV

AO N. 3 DO § 332

Todo o processo tem por origem a controversia das partes sobre um direito.

—

Ao Juiz, portanto, compete fazel-a cessar, declarando a qual d'ellas pertence o direito, proferindo sua decisão, que a tornará effectiva, mesmo contra a vontade da parte vencida.

—

Como, porém, póde o Juiz, ou por erro na apreciação do direito e das provas, ou por prevaricação, peita, ou suborno, proferir uma decisão injusta, procurou-se saber qual se deveria preferir : — intentar nova acção, ou considerar irretractavel a sentença do Juiz ?

—

A experiencia dos seculos reconheceu que se devia preferir a irretractabilidade da sentença,

4.º Ser tida por verdade. (c. CCCXXXVI)

modificando-se os seus effeitos por meio dos recursos e dos diversos grãos de jurisdicção; sendo d'ahi que proveio a *autoridade da cousa julgada*.

Os fundamentos d'esta instituição encontra-se no seguinte fragmento de Gaio. — 6, De exc. rei judic, XLIV 2.

« Singulis controvertiis singulas actiones, unemque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur. Parere ergo exceptionem rei judicatæ frequens est. »

Veja-se Savigny, § 280; Per. e Souz., Ord. de Teix. de Freit., not. 593.

COMMENTARIO CCCXXXVI

AO N. 4 DO § 382

Desde que a sentença passa em julgado, ou porque a parte não usou dos *recursos*, ou porque *estes* se esgotaram contrariando-a, é claro que ella é uma verdade; do contrario teria sido reformada, ou sendo, é uma verdade a doutrina prefe-

5.º Ser irretractavel. — Ord. L. 3º, T. 65 pr.; T. 66, § 6º. (c. CCCXXXVII)

rida, razão por que passou-se a ter o apophtegma latino — *res judicata pro veritate habetur*.

Veja-se Per. e Souz., Ed. de Teix. de Freit., not. 594.

COMMENTARIO CCCXXXVII

AO N. 5 DO § 382

Findando com a sentença definitiva o officio do Juiz, não pôde ella ser revogada, julgasse elle bem ou mal, salvo por meio de embargos oppositos em tempo util, isto é, nos dez dias depois da intimação, ou publicação em audiencia na presença das partes. — Cit. Ord. L. 2º, T. 65 pr.; T. 66, § 6º; T. 87.

A sentença interlocutoria pôde ser revogada pelo Juiz em qualquer tempo até á definitiva. — Cit. Ord. L. 3º, T. 65 pr., e § 2º, quer seja o Juiz que a proferio ou o seu successor. — Cit. Ord. § 6º.

Não tem isto, porém, lugar :

1.º Se a sentença tem força de definitiva. — Ord. L. 3º, T. 65, § 1º.

6.º Constituir nova causa de obrigação.

7.º Terminar o officio do Juiz.—Ord. L. 3º, T. 66, § 6º.

§ 383

Não produzem os effeitos do paragrapho antecedente :

1.º A sentença nulla.—Ord. L. 3º, T. 75 pr.; e T. 87, § 1º; Tr. 17, Dig. *De Appellat.*,

2.º Se já foi revogada uma vez.—Cit. Ord. § 7º.

A sentença definitiva ou interlocutoria com tal força, que houver passado em julgado, não se retracta nem mesmo por documentos achados de novo, salvo:

1.º Se fôrem esses documentos a favor do publico.

2.º Se fôrem a favor de pupillos.

3.º Se a sentença tiver sido dada por provas privilegiadas, como o juramento necessario, ou suppletorio.—Ord. L. 3º, T. 52 § 3º.—Não assim o juramento judicial.

4.º Se os instrumentos foram occultados com dóllo máo, ou furtados.

5.º Se provar logo a nullidade da *sentença*, como se contém outra antecedente, a que é contradictoria.

Fr. 1º, § 2º, Dig. Quæ sent. *sine appellat.*; Cons. 4º Cod. *De sent. et interl.*; Const. ult. cod. *De sent. ex-preric*; Const. 2 cod. *Quando provoc. non est necess.* (c. CCCXXXVIII.)

2.º A méra interlocutoria. — Ord. L. 1º, T. 5º, § 9º, L. 3º, T. 65 pr. e §§ 2º e 6º.

3.º O mandado do Juiz, sem prévio conhecimento de causa; por não haver n'elle nem a imperfeita discussão dos processos summa-

COMMENTÁRIO CCCXXXVIII

AO N. 1 DO § 383

E' nulla a sentença proferida contra o julgado em grão de revista. — Rev. n. 8,371; Acc. do Sup. Trib. de Just., *Dir.*, Rev., vol. 1º, pag. 375.

Os casos em que a nullidade da sentença é manifesta se acham mencionados nas Ords. L. 2º, T. 95 pr., e se acham especificados no nosso volume dos Recursos civeis na secção da *Revista*.

Ha outros casos em que a lei qualifica de *duplicamente nulla* a sentença.

Vide de Per. e Souz., Edicç. de Teix. de Freitas, nota 529.

rios, como nos mandados de pagamento por motivos de condemnação de preceito.

4.º A sentença dada, em Juizo summario, salvo se se tratar de novo a mesma questão em outro Juizo.—Per. e Souza., Edicç. de Teix. de Freitas., not. 602; Alm. e Souza. not. 581, n. 23; Rib., Consol., comm. 347 ao art. 500, § 2º.

5.º A sentença de absolvição da instancia.—Ord. L. 3º, T. 14 pr. (c. CCCXXXIX.)

6.º A sentença pendente por embargos, appellação ou agravo.—Ord. I.. 3º, T. 73 pr.; T. 84, § 14. (c. CCCXL.)

COMMENTARIO CCCXXXIX

AO N. 5 DO § 383

Só na parte relativa á perempção e á absolvição da instancia; e não quando ficam peremptas a instancia e á acção.

No primeiro caso ha uma interlocutoria simples, e no segundo uma interlocutoria com força de definitiva.

COMMENTARIO CCCXL

AO N. 6 DO § 383

Os effeitos do paragrapho antecedente pertencem ás sentenças irretractaveis, pelo que, pendendo

§ 384

A sentença só pôde prejudicar ás partes, contra quem fôr proferida, e nunca a terceiros.—Ord. L. 8º, T. 81 pr.; Savigny, Dir. Romano, § 130; Mullenbruch, Doctr.; Pand., § 153. (C. CCCXLI.)

§ 385

Devem as sentenças ser entendidas restrictamente, isto é, segundo o que as suas palavras sôam e declaram. — Arg. do Fr., 10,

por embargo, appellação ou agravo qualquer decisão, não é immutavel, é apenas provisoria, e por isso não pôde produzir taes effeitos.

Veja-se Ribas, Consolid. do Proc. Civ.—Comm. 348 ao § 4º do art. 500.

COMMENTARIO CCCXLI

AO § 384

As excepções desta regra, veja-se em Ribas, Consol., art. 1241, § 2º e seguintes, e art. 501, §§ 2º e 3º; assim como commentarios 349, 350, 351 e 352.

Dig. De his qui sui, vel alien. jur. sunt. (1 6),
e Ass. de 24 de Março de 1753. (c. CCCXLII.)

§ 386

Tem força de sentença definitiva, e como tal é considerada a interlocutoria, quando por ella fôr o feito acabado de modo que o Juiz, que a deu, não possa mais proceder n'ella por aquella citação, nem dar sentença definitiva, ou principal. — Ord., L. 3º, T. 69 pr. (c. CCCXLIII.)

COMMENTARIO CCCXLII

AO § 385

A este respeito diz Teix. de Freit. em Per. e Souz., not. 605 :

« Não póde, pois, estender-se além do que suas palavras contêm e declaram.

« Devem taes palavras accommodar-se ao sentido de direito, a que sempre se presume que o Juiz conformou-se.

« Entende-se, todavia, comprehendido na sentença o que d'ella se deduz por necessaria antecedencia, ou consequencia, de modo que, sem essa intelligencia, sua decisão tornar-se-hia illusoria.

COMMENTARIO CCCXLIII

AO § 386

Segundo Per. e Souz., not. 562, tambem se

§ 387

Essas sentenças são :

- 1.º A que absolve o réo da citação da acção.
- 2.º As que julgam a citação nulla, e determinam que o réo não ha de ser citado, ou que não é obrigado a responder á acção.
- 3.º As que julgam que o autor não é parte legitima, para mover a acção, ou que o libello ou a petição não procede.
- 4.º As que contêm damno irreparavel.
(C. CCCXLIV.)

consideram interlocutorias com força definitiva, as seguintes sentenças :

- 1.º A que recebe a appellação da sentença definitiva, por isso que o Juiz não a póde revogar, não succedendo o mesmo com a que denega a appellação, pois o Juiz a poderá revogar a todo o tempo, enquanto a sentença não fôr entregue á parte. — Ord., L. 3º, T. 65, § 1º.
- 2.º A que revoga o attentado.

COMMENTARIO CCCXLIV

A O N. 4 DO § 387

Contém damno irreparavel a sentença que, não sendo appellada, seria executada antes que o Juiz

proferisse a definitiva, e por esta ou pela appellação que d'ella fôsse interposta, se não poderia reparar o damno, que em parte tivesse soffrido pela execução da interlocutoria. — Ord., L. 3º, T. 69, § 1º.

—
N'este caso está a sentença que manda :

1.º Citar alguém de fóra de sua jurisdicção para comparecer em lugar em que haja grande peste, ou em que a vida do citado corra perigo. — Cit. Ord., § 2º.

2.º Restituir, ou não a mulher ao marido, ou o filho ao pai, no caso de sevicias. — Silv. ad Ord., L. 3º, T. 48, Rubr. n. 95 e 96 ; L. cit. *De gravam.* Q. 3º.

—
3.º Em negar alimentos provisionaes ao autor. — L. cit., Q. 3º.

—
Segundo Silv. ad Ord., L. 3º, T. 69, § 1º, a irreparabilidade do damno dá-se :

1.º Se para a reparação ha grande difficuldade, ou prejuizo da parte.

2.º Se a reparação não póde ser total. — Lobão, Seg. Linh., Tom. 2º, pag. 180.

SECÇÃO XLIV

Do processo summario

§ 388

Não se tratando de bens de raiz, o processo para as causas summarias, cujo julgamento pertence aos Juizes municipaes nas comarcas geraes, é o consignado nos arts. 237 a 244 do Regul. n. 737, de 25 de Novembro de 1850; Reg. de 22 de Novembro de 1871, art. 65, e exposto na nota 13 supra.

§ 389

O processo da execução nessas causas, quanto a embargos offerecidos, será identico ao da acção.—Cit. Regul., art. 65, § 1º.

§ 390

Se a sentença exequenda fôr de Juiz municipal, sem ter havido appellação, serão por elle decididos os embargos, dando ás partes os recursos, que no caso couberem.—Cit. Reg. e art., § 2º.

§ 391

Nestas acções só tem lugar as excepções de incompetencia e suspeição do Juiz, que serão

processadas na fôrma seguinte.— Reg. de 22 de Novembro de 1871, art. 65, § 3º.

§ 392

A excepção de incompetencia 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.— Reg. cit. de 22 de Novembro de 1871, art. 63, § 9º.

§ 393

A excepção de suspeição será tambem opposta em audiencia por escripto, ou verbalmente ; se o Juiz não reconhecer de suspeito, depositada a caução, subirá o processo com a resposta do Juiz recusado ao Juiz de Direito, que ouvirá verbalmente e de plena as testemunhas offerecidas pelo recusante e pelo juiz recusado, citadas umas e outras préviamente para deporem. (c. CCCXLV.)

A decisão do Juiz de Direito sobre a sus-

COMMENTARIO CCCXLV

AO § 393

Vide nota 152 ao n. 1 do § 132.

peição é peremptoria.—Cit. Regul. de 22 de Novembro de 1871, art. 63, § 10.

§ 394

Todas as demais excepções, menos a de incompetencia e suspeição, constituem materia de defeza e devem ser allegadas na contestação, ainda que a acção verse sobre bens de raiz, comtanto que o seu valor não exceda de 500\$000.—Cit. Regul., art. 65, § 3º.

SECÇÃO XLV

Do processo summarissimo

§ 395

Este processo tem lugar para as acções, cujo valor não exceder a 100\$000, salvo as fiscaes, as de bens de raiz e as que tenham por lei processo especial.—Decreto n. 5467, de 12 de Novembro de 1873, art. 28; Av. de 29 de Outubro de 1874; Reg. de 22 de Novembro de 1871, art. 63.

§ 396

Seu curso é o seguinte :

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

A—O contracto, transacção, ou facto, de que resultam o direito do auctor e a obrigação do réo, com as necessarias especificações e estimativa do valor, quando não fôr determinado.

B—A indicação das provas, inclusive o rol das testemunhas.—Decreto de 22 de Novembro de 1871, art. 63, § 1º. (c. CCCXLVI.)

COMMENTARIO CCCXLVI

A' LETTRA B DO § 396

O Juiz de paz, ao despachar a petição, deverá ter o cuidado de examinar:

1.º Se a parte juntou documento conciliatorio; porque assim o prescrevem e exigem o art. 161 da Const. Pol. do Imp.; art. 23 do Regul. de 25 de Novembro de 1850; e especialmente o art. 63 do Decreto de 22 de Novembro de 1861.

2.º Se a importancia do pedido está na sua alçada; porquanto, póde ser o pedido da importancia de 100\$000, e entretanto não estar elle em sua alçada, por versar a questão sobre bens de raiz, ou ser a causa fiscal, ou ter processo especial.—Decreto de 12 de Novembro de 1873, art. 28; Av. de 29 de Outubro de 1874.

3.º Se a petição está assignada pela propria parte; porque, não estando, verificará se o assignatario juntou procuração e se esta é legitima,

e tem poderes sufficientes para evitar nullidades, como prescreve a Ord. L. 1º, T. 48, § 19—*ibidem*—*tendo poder das partes para por ellas procurar*, mandando o Juiz que traga procuração em ermos, regeitando a mal ordenada.—Ord. L. 3º, T. 20, § 10.

4.º Se na petição se declarar o contracto, transacção, ou factó, de que resultou ao auctor o direito de pedir; porque, sómente em vista do documento é que o Juiz poderá conhecer se lhe tcompete ou não despachar, para tomar conhecimento, visto como, se por ventura, o contracto fôr de honorarios de advogado, embora seja do valor de 100\$000, não lhe cabe conhecer, porque tem a causa processo especial *executivo*.

5.º Se ha valor determinado, ou estimativo, porque não havendo, mandará o Juiz que a parte o estime nos termos do art. 35 do Regul. de 15 de Março de 1842, e 2ª parte do § 1º do art. 63 do Reg. de 22 de Novembro de 1871.

6.º Finalmente, se na petição fez-se indicação das provas, e juntou-se rol das testemunhas; porquanto, desde que na mesma audiencia para que fôr o réo citado, deve este produzir sua defeza, e consistindo esta, não sómente na exhibição de provas de sua parte, senão tambem na impugnação das do auctor, é necessario que o réo de antemão saiba quaes as provas e testemunhas do autor, para poder preparar e oppôr-lhe as contra-

§ 397

Verificando o Juiz de paz a falta de algum desses requisitos, mandará por seu despacho que, preenchida ella, volte a parte, querendo, procedendo assim de conformidade com a Ord. L. 3º, T. 20, § 10; e T. 63, § 1º.

§ 398

Citado o réo a que 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, ouvirá as testemunhas de uma e outra parte, mandando tomar por termo os seus depoimentos.— Decreto de 22 de Novembro de 1871, art. 63, § 2º. (C. CCCXLVII.)

dictas e improcedencias; sendo tanto esta a razão de semelhante disposição e recommendação nossa, que o citado Decreto de 22 de Novembro de 1881 determina no art. 63, § 2º: — que ao réo se dê cópia da petição inicial.

COMMENTARIO CCCXLVII

AO § 398

Da letra dessa disposição infere-se que, não

§ 399

A citação da testemunha só será ordenada se a parte a requerer. — Cit. Dec. de 22 de Novembro de 1871, art. 63, § 3º.

§ 400

Concluidas as inquirições, e tomando o

comparecendo o réo na audiência para que fôra citado, o Juiz o considerará revel e procederá na instrucção do feito.

Parece-nos de demasiado rigor um tal procedimento.

Mais prudente e consentaneo com os principios da equidade e boa razão juridica, parece-nos que é, não comparecendo o réo n'essa audiência, ficar esperado á seguinte, na qual não comparecendo, independente de nova citação, será então considerado revel, e o Juiz proseguirá no feito, fazendo assim extensiva ás pequenas demandas a disposição do Dec. de 17 de Maio de 1790.

Esta nossa opinião encontra apoio não sómente na Prov. de 24 de Maio de 1826, e art. 262 do Dec. de 35 de Novembro de 1850, como tambem em Merlim — *Repert. de Jurisprud. v. — Contumace*, e em Alm. e Souz. nota 234, em que diz : — que a *revelia só póde ser verificada pela obstinação do réo, em não comparecendo á seguinte audiência.*

depoimento, ou o juramento de qualquer das partes, se fôr requerido, ou ordenado pelo Juiz, segundo os principios geraes do processo, serão elles ouvidos 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. (c. CCCXLVIII.)

COMMENTARIO CCCXLVIII

AO § 400

Esse processo comquanto deva ser feito em audiencia, todavia é processado em autos, como todos os outros, fazendo-se apenas no protocolo das audiencias menção do comparecimento das partes.

A discussão oral será *resumidamente* tomada por termo.

Por essa mesma razão, e porque o apanhado da discussão oral, na ausencia de tachygrapho, deve ser mais, ou menos fiel, recommendamos aos advogados e procuradores das partes, que quando praticarem esse acto, o façam com toda a precisão e calma, dando lugar a que com fidelidade possam suas expressões ser transcriptas pelo escrivão, incumbindo aos oradores observarem o — *esto brevis* de Horacio ; não se illudindo em pensarem

§ 401

Nessas causas não são admissiveis embargos á sentença—Decreto de 12 de Novembro de 1873, art. 29.

§ 402

Haverá, porém, appellação para o juiz de direito.—Lei n. 2023, de 20 de Setembro de 1871, art. 22.

§ 403

No caso de appellação não ficará traslado, se o juiz de direito residir no mesmo lugar ; todavia, convindo as partes, não ficará tras-

que esses requisitos de tanto primor e importancia na tribuna, possam prejudicar a necessidade e conveniencia de dizerem tudo quanto vantajoso lhes pareça ao direito de seus constituintes, por quanto, aquelle grande vulto da tribuna Romana dava depois aos homens, que a buscavam, o sabio e tradicional conselho—*esto brevis et placebis, quid quid precipies, esto brevis.*

A necessidade de tomar-se por escripto a discussão, provém do interesse que ha de ser essa apreciada e considerada em grande appellação pelo juiz da segunda instancia.

lado, quando o juiz da appellação resida em lugar diverso.—Decreto de 22 de Novembro de 1871 art. 63, § 5º. (c. CCCXLIX.)

§ 404

A appellação tem effeito suspensivo, e será tomada por um simples termo, notificada a parte contraria.

As partes arrasoarão em uma, ou outra instancia, onde lhes convier, dando-se cinco dias improrogaveis a cada uma.—Cit. Decreto de 22 de Novembro, art. 63, § 6º.

§ 405

Para a execução bastará o simples mandado, contendo a substancia do julgado.—Av. de 26 de Setembro de 1872; Decreto n. 5467, art. 3o.

O processo de quaesquer embargos á execução se fará summarissimamente, apresen-

COMMENTARIO CCCXLIX

AO § 403

Deve-se entender por *lugar diverso* termo a que não pertença a freguezia em que o Juiz de paz tem jurisdicção.

tando o embargante seu requerimento, com exposição do que julgar a bem do seu direito; e ouvida a parte contraria em 48 horas, o Juiz decidirá afinal, com appellação para o Juiz de Direito.—Cit. Decreto e art., § 7º.

§ 406

Nessas acções só as excepções de incompetencia e de suspeição suspendem o curso da causa até a sua decisão final.

As demais excepções constituem materia de defeza, que deverá ser allegada na contrariedade, e serão apreciadas na sentença definitiva.—Decreto cit. n. 4824, art. 63 cit., § 8º. (c. CCCXLX.)

§ 407

Ha agravos do despacho pelo qual o Juiz de paz julgar-se competente, ou incompetente.—Cit. Decr., art. 39.

COMMENTARIO CCCXLX

AO § 408

Quanto ao processo d'essas excepções, vejam-se os §§ 392 e 393 d'esta obra.

§ 408

Esta fórma de processo não é applicavel, nem ás acções sobre bens de raiz, nem ás que lhes são dependentes, como obra nova, interdictos possessorios, etc., muito embora o seu valor não exceda a 100\$000.—Av. de 29 de Outubro de 1874.

FIM

INDICE

PROLOGO	I
---------------	---

CAPITULO II

Do processo e seus termos

SECÇÃO I. — DO PROCESSO

	§§	PAGS.
—O que é processo.....	1.º	2
—De que actos se compõe o processo civil....	2.º	19
—Quaes são os actos essenciaes e indispensaveis ao processo.....	3.º	12
—Quaes os actos supervenientes e não constitutivos do processo civil.....	4.º	18

SECÇÃO II. — DA DIVISÃO DO PROCESSO

—Como se divide o processo quanto ao seu fôro	5.º	18
—Como se divide o processo secular.....	6.º	19
—Como se divide o processo civil em sua forma.....	7.º	19
—O que é processo ordinario.....	8.º	19
—A que causas cabe o processo ordinario....	9.º	20
—Como começa o processo ordinario.....	10	21
—O que é processo summario.....	11	21
—A que causas cabe esse processo.....	12	21
—As causas summarias pôdem ser tratadas tambem ordinariamente.....	13	39
—O que é processo summarissimo pelo seu valor.....	14	40
—O que é processo summarissimo por sua natureza.....	15	41
—A que causas cabe processo summarissimo.	16	41

SECÇÃO III.—DA CITAÇÃO

	§§	PAGS.
—O que é citação.....	18	44
—A citação é a base de todo o processo ordinario, summario e summarissimo.....	19	48
—O comparecimento expontaneo da parte em juizo sana a nullidade proveniente da falta, ou vicio da citação.....	20	50
—A primeira citação não póde ser renunciada.	21	51
—Não póde mesmo ser difficultada com a clausula depositaria.....	22	54
—Em que differe a citação da intimação.....	23	55
—Em que differe a citação da notificação.....	24	55

SECÇÃO IV.— DA DIVISÃO DA CITAÇÃO

—Como se divide a citação.....	25	55
—Como se divide a citação quanto á sua natureza.....	26	55
—Como se divide a citação quanto á sua extensão.....	27	56
—Como se divide ella quanto á sua qualidade	28	56
—Como se divide ella quanto ao seu modo...	29	56

SECÇÃO V.—DA CITAÇÃO PESSOAL E INTERMEDIARIA

—Em regra a primeira citação deve ser pessoal, sob pena de insanavel nullidade....	30	56
--	----	----

SECÇÃO VI.—DA CITAÇÃO GERAL E ESPECIAL

—Para que actos se exige citação especial....	32	59
—Quando para esses actos é dispensada a citação especial.....	33	73
—Quando para esses casos póde ser ella feita na pessoa do procurador.....	34	73

SECÇÃO VII.—DOS MODOS DA CITAÇÃO

—A citação póde ser feita por quatro modos.	35	74
---	----	----

SECÇÃO VIII.—DA CITAÇÃO POR DESPACHO

	§§	PAGS.
—Nestas citações o official lerá a petição e o despacho.....	36	75
—Nas citações para o Juizo de Paz o official dará copia da petição inicial ao réu.....	37	76
—De qualquer citação, se o citado pedir contra-fé, deve dal-a o official.....	38	77

SECÇÃO IX.—DA CITAÇÃO POR MANDADO

—Quando terá lugar a citação por mandado.	39	78
—Para passar-se o mandado deve ser a petição distribuida e authoada.....	40	78
—Que requisitos deve conter o mandado.....	41	79

SECÇÃO X. — DA CITAÇÃO POR PRECATORIA

—Quando tem lugar a citação por precatória.	42	80
—A que juiz se dirige a carta precatória.....	43	81
—Que requisitos deve conter a carta precatória.....	44	82
—Em que tempo póde o citado vir com embargos á precatória.....	45	83
—Quando tomará o Juiz deprecado conhecimento dos embargos.....	46	84
—Da decisão do Juiz deprecado, mandando ou não remetter os embargos ao Juiz deprecado, cabe agravo de petição ou de instrumento.....	47	
—Se o citado não comparecer no prazo marcado na precatória, será esperado mais vinte dias.....	48	85

SECÇÃO XI. — DA CITAÇÃO SUBSTITUTIVA, OU COM HORA CERTA

—Quando terá lugar a citação com hora certa	49	85
—O que é preciso para ser determinada a citação com hora certa.....	50	86

	§§	PAGS.
—Como deverá ser ella effectuada.....	51	87

SECÇÃO XII.— DA CITAÇÃO POR EDITOS

—Em que casos tem lugar a citação por editos.....	53	89
—O que é preciso para ser ordenada a citação por editos.....	54	92
—Como procederá o official, ou porteiro na citação por edito.....	55 e 56	94
—Quando se usa especialmente da citação por editos.....	57	95
—Em que acções tem lugar essa citação.....	58	96

SECÇÃO XIII.— DOS REQUISITOS INTERNOS DA CITAÇÃO

—Que requisitos deve conter não só a petição inicial, mas tambem a citação, por qualquer de seus modos.....	59	96
---	----	----

SECÇÃO XIV.— DOS REQUISITOS EXTERNOS DA CITAÇÃO

—Quaes são os requisitos externos de que necessita a citação.....	60	98
---	----	----

SECÇÃO XV.— DAS CONDIÇÕES DE TEMPO DA CITAÇÃO

—Quaes são essas condições.....	62 a 64	103
---------------------------------	---------	-----

SECÇÃO XVI.—DOS EFEITOS DA CITAÇÃO

—Que effectos produz a citação validamente feita.....	65	104
---	----	-----

SECÇÃO XVII.— DOS QUE PODEM FAZER CITAR

—Quem póde fazer citar.....	66	107
—Quem não póde fazer citar sem pedir venia.	67	108
—Em que casos não é necessaria a venia.....	68	110

SECÇÃO XVIII.— DOS QUE PODEM SER CITADOS

	§§	PAGS.
—Quem é que póde ser citado.....	69	111

SECÇÃO XIX.— DOS QUE DEVEM SER CITADOS

—Quem deve ser citado.....	70	112
----------------------------	----	-----

SECÇÃO XX. — DOS QUE NÃO PODEM SER CITADOS

—Quem não póde ser citado por considerações de interesse e ordem publica.....	71	117
—Quem não póde ser citado em sua propria pessoa.....	72	120

SECÇÃO XXI. — DA CONTUMACIA E REVELIA

—O que é contumacia.....	73	122
—Como se divide a contumacia.....	74	124
—Quando dá-se a contumacia <i>in non comparendo</i>	75	125
—Quaes são as penas applicaveis a essa contumacia.....	76	125
—Quando dá-se a contumacia <i>in non respondendo</i>	77	128
—Qual a pena estatuida para esta especie de contumacia.....	78	128
—Quando dá-se a contumacia <i>in faciendo</i>	79	129
—Quaes são as penas impostas a tal contumacia.....	80	129
—Quando dá-se a contumacia <i>in non faciendo</i>	81	129
—Quaes são as penas estatuidas para ella.....	82	130
—O que é revelia.....	83	130
—O que é preciso para que se verifique a revelia.....	84	130
—O citado que não comparece á audiencia para que fôra citado, deve ficar esperado á primeira.....	85	132

SECÇÃO XXII.—DA INSTANCIA

	§§	PAGS.
—O que é instancia.....	86	133
—Como começa a instancia.....	87	135
—A que está sujeita a instancia.....	88	136
—Quando acaba-se a instancia.....	89	136
—Quando suspende-se a instancia.....	90	141
—Quando renova-se a instancia.....	91	146
—Como renova-se a instancia.....	92	147

CAPITULO III

Do processo ordinario

SECÇÃO XXIII. — DO LIBELLO

—Em que causas tem lugar o processo ordinario.....	93	149
—O que é libello.....	94	149
—O que deve conter o libello.....	95	151
—Como devem ser as premissas do libello...	96	154
—Como deve ser a condição do libello.....	97	159
—Quando deve ser offerecido o libello.....	98	167
—Na audiencia em que o author offerecer o libello assignará duas audiencias para o réu contrarial-o.....	99	169
—Emquanto não fôr contestada a lide póde o author addir uma, ou mais vezes aos artigos do seu libello.....	100	171
—Para addir o author o seu libello deve solicitar licença aos juizes.....	101	172
—Só póde mudar de libello, se desistir da acção, com o protesto de intentar outra....	102	172
—Com o libello deve o author offerecer os documentos, de que n'elle fizer menção.....	103	174
—Se, propondo o author novamente acção, por ter sido o réu absolvido da instancia, deixar de juntar outra vez ao libello os documentos, terá de ser o réu absolvido de toda a causa.....	104	177

	§§	PAGS.
—Como poderá o juiz ver junto o documento necessario.....	105	178
—Como pôde ser o libello offerecido.....	106	179
—Como procederá o juiz se o réu, antes de contrariar o libello, arrasoar contra elle al- legando ser inepto.....	107	180
—Verificando o Juiz que o libello é inepto, ab- solverá o réu da instancia.....	108	180
—Quando é inepto o libello.....	109	181
—Se o Juiz verificar que o libello não é inepto, mandará que venha o réu com a sua con- trariedade.....	110	182
—Quando deve mandar o juiz que o author re- ctifique a sua acção.....	111	182
—Offerecendo o author segunda vez libello ine- pto, será o réu absolvido de toda a causa.	112	183
—Em que causas deve o Juiz nomear curador á lide.....	113	183
—Em que penas incorre o author que se ex- cede no pedido em seu libello.....	114	186
—Quando não terá logar taes penas.....	115	187
—Essas acções pôdem ser accumuladas no mesmo libello.....	116	187

SECÇÃO XXXIV.— DA CONTESTAÇÃO DA LIDE

— O que é contestação da lide.....	117	189
— Como se divide a contrariedade.....	118*	191
— Quando é geral ou especial a contrariedade	119	192
— Quando é ella affirmativa.....	120	192
— Quando é real a contrariedade.....	121	193
— Que effeitos produz a verdadeira contestação.	132	195
— Que actos produzem effeitos da verdadeira contestação á lide.....	123	200
— Vindo o réu com a sua contrariedade em tempo, o Juiz a receberá e mandará dar vista ao author para replicar.....	124	200

	§§	PAGS.
— Não a offerecendo em tempo será lançado d'ella.....	125	202
— Com a contrariedade deve o réu offerecer os documentos que houver mencionado.. . .	126	205

SECÇÃO XXV. — DA REPLICCA

— O que é replica.....	127	206
— Deve ser ella offerecida no prazo de uma audiencia.....	128	207
— Não sendo offerecida em tempo é d'ella o author lançado.....	129	207
— Replicar só tem lugar nos feitos ordinarios.	120	208

SECÇÃO XXVI. — DA TREPLICCA

— O que é treplica.....	131	209
— Deve ser offerecida no prazo de uma audiencia.....	132	210

SECÇÃO XXVII. — DAS EXCEPÇÕES

— O que é excepção.....	133	210
— Como se divide as excepções.....	134	213
— Quaes são as excepções dilatorias.....	135	214
— Em quantas classes se dividem as excepções dilatorias.....	136	215
— Que excepções pertencem á primeira classe.	137	215
— Que excepções pertencem á segunda classe.	138	226
— Que excepções pertencem á terceira classe.	139	247
— Que excepções pertencem á quarta classe..	140	254

SECÇÃO XXVIII. — DAS EXCEPÇÕES PEREMPTORIAS

— Quaes são as excepções peremptorias.....	141	253
— Em quantas classes se dividem as excepções peremptorias.....	142	259
— Que excepções pertencem á primeira classe.	143	260
— Quaes são as que pertencem á segunda classe.....	144	270

SECÇÃO XXIX.—DO PROCESSO DAS EXCEPÇÕES

	§§	PAGS.
— Quando e em que ordem devem ser oppostas as excepções dilatorias.....	145	279
— Quando devem ser offerecidas as excepções peremptorias.....	146	280
— Que excepções pódem ser oppostas depois da contestação da lide.....	147	280
— Todas as excepções, menos a de libello inepto, devem ser offerecidas por artigos.	148	281
— Póde o Juiz receber ou regeitar qualquer excepção dilatoria, mas em regra deve mandar dar vista.....	149	281
— Como deve o Juiz conhecer das excepções <i>declinatorias</i>	150	281
— Julgando o Juiz provadas as dilatorias, como procederá.....	151	281
— Qual o processo das excepções peremptorias.....	152 156	282 284
— Da sentença que julga não provada a excepção peremptoria cabe agravo no auto do processo.....	157	284
— Cabe appellação da sentença que julga provada excepção peremptoria.....	159	284
— Se a sentença, que julga provada a excepção peremptoria, for reformada na instancia superior, descerá o feito ao Juizo inferior...	159	284
— Póde a excepção ser recebida como começo de contrariedade.....	160	285
— As excepções devem ser allegadas pelo réu, e nunca suppridas pelo Juiz.....	161	285
— Não tem lugar excepções em causas summarias e summarissimas.....	162	285

SECÇÃO XXX.—DA RECONVENÇÃO

— O que é reconvenção.....	163	286
— Quando deve o réu offerecer seus artigos de reconvenção.....	164	286

	§§	PAGS.
—O prazo para o author supplicar o libello e contrariar a reconvenção, e ao réu para triplicar a contrariedade e replicar a reconvenção, é de uma audiencia.....	165	287
—Quando póde ser a reconvenção offerecida	166 e 167	287
—A citação para a reconvenção deve ser pessoal.	168	288
—Emquanto durar a demanda, não póde o réu demandar o author em outro juizo	169	288
—Se o author, não citado para a reconvenção contrariar esta, fica sanada a falta da citação.....	170	290
—Para a reconvenção não é necessaria a tentativa conciliatoria.....	171	292
—Tem lugar a reconvenção em todas as causas ordinarias, reaes e pessoas.....	172	292
—Quem não póde reconvir	173	293
—Não póde o réu demandar ao author, quando este vai a Juizo em nome alheio.....	174	294
—Quaes são os fins e effeitos da reconvenção..	175	294

SECÇÃO XXXI.— DA DILAÇÃO

—O que é dilação e suas especies	176	295
—O que é dilação no sentido restricto.....	177	296
—Como se divide em relação ao seu fim a dilação legal, ou judicial	178	296
—As dilações são peremptorias	179	293
—A dilação peremptoria é concedida para terra e para fóra.....	180	299
—Quando não correm as dilações	181	304
—Quaes são os effeitos da dilação probatoria..	182	307
—Quando é que as ferias supervenientes interrompem a dilatação probatoria.....	183	309

SECÇÃO XXXII.—DAS FERIAS

—O que são férias	184	311
—Como se dividem as férias.....	185	312

	§§	PAGS.
—Que funcções e actos suspendem-se durante as férias.....	186	313
—Quando pôdem os magistrados durante as férias residir fóra do lugar em que dão audiencia	187	313
—Durante as férias devem os juizes comparecer uma vez ao menos por semana no lugar em que costumam despachar.....	188	314
—Quem não gosa de férias, sem licença dos Juizes ou Presidentes dos tribunaes.....	189	314
—Como e por quem deve aos officiaes de justiça ser distribuido o serviço do Juizo.....	190	314

SECÇÃO XXXIII.— DAS PROVAS

—O que é prova em materia juridica.....	191	314
—O que constitue meios de provas.....	192	315
—Como se divide a prova.....	193	315
—O que é prova plena.....	194	315
—O que é prova semi-plena.....	195	315
—O que é prova judicial.....	196	322
—Que requisitos deve conter a prova para servir de fundamento á decisão do Juiz.....	197	322
—O onus da prova incumbe a quem affirma...	198	325
—Não provando o author sua intenção deve ser o réu absolvido, ainda que nada tenha provado.....	199	326
—Nas excepções ao réu incumbe a prova.....	200	327
—E tambem quando a presumpção de direito é a favor do author.....	201	327
—Todo facto sobre que versar o litigio é susceptivel de ser provado.....	202	327
—Em que casos o direito é tambem objecto de prova.....	203	327
—Quaes são os efeitos da prova.....	204	328

SECÇÃO XXXIV.— DA CONFISSÃO

—O que é confissão.....	205	328
—Quem pôde confessar validamente.....	206	329

	§§	PAGS
—Quem não póde confessar.....	207	329
—Que requisitos deve conter a confissão para ser valida.....	208	330
—Como se divide a confissão.....	209	331
—Qual é a confissão judicial.....	210	331
—Qual a extrajudicial.....	210	331
—Como póde ser a confissão judicial.....	211	334
—Qual é a confissão expressa.....	212	334
—Qual é a confissão tacita.....	212	334
—A confissão judicial faz prova plena, e por que modos póde ser feita.....	213	325
—Quando faz prova plena a confissão extrajudicial.....	214	343
—Que effeitos produz a confissão.....	215 e 216	343
—A confissão só prejudica a quem a faz e aos seus herdeiros.....	117	343
—A confissão não suppre a falta da escriptura publica, quando esta é da essencia e substancia do contracto.....	218	345
—A confissão de devedor, acompanhada de juramento a requerimento do credor, é inseparavel da qualidade, na clausula em que foi feita, embora essa qualidade não seja connexa ao acto.....	219	346

SECÇÃO XXXV.— DOS INSTRUMENTOS

—O que são instrumentos.....	220	346
—Como se dividem os instrumentos em razão de sua causa efficiente.....	221	347
—Quaes são os instrumentos publicos.....	222	347
—Que requisitos exigem os instrumentos publicos para serem validos, e terem força probante.....	223	356
—Quaes são as solemnidades legaes de que se devem revestir os instrumentos publicos, para poderem fazer prova plena... 224 e	225	359
—Quando o traslado de instrumento publico faz prova plena.....	226	359

§ § PÁGS.

—Em que casos o instrumento particular prova contra quem o escreveu.....	227	366
—Instrumento publico só faz prova contra os contractantes e seus herdeiros, e não contra terceiro.....	228	367
—O que é instrumento particular.....	229	367
—O que tambem se considera instrumento particular.....	230	368
—Instrumento particular só prova contra quem o escreve.....	231	369
—Deve ser produsido dentro da dilação probatoria.....	232	369
—Quaes os exceptuados.....	232	369
—Como se illide a fé do instrumento.....	233	373
—Em collisão o instrumento prefere as testemunhas.....	234	373
—Que mais póde conter o instrumento.....	235	374
—Tambem se illide a fé do instrumento por vicios externos, que são logo vistos.....	236	375
—Em que casos a escriptura publica é da substancia dos contractos.....	237	376
—De que quantia é necessaria a escriptura publica para prova do contrato.....	238	377

SECÇÃO XXXVI. — DAS TESTEMUNHAS

—O que é testemunha.....	239	378
—Quem póde ser testemunha.....	340	379
—Que requisitos se devem observar na inquirição das testemunhas.....	241	378
—Citada a testemunha para depôr em Juizo deve comparecer pessoalmente, no lugar, dia e hora que lhe forem indicadas.....	242	385
—Não comparecendo póde ser trasida debaixo de vara e punida correccionalmente.....	243	385
—Que pessoas não podem ser obrigadas a depôr.....	244 a 246	385

	§§	PAGS.
—A parte que requereu a inquirição da testemunha é obrigada a indemnizar esta das despesas de vinda, estada e volta, se ella o requerer.....	247	388
—Quem por natureza é absolutamente prohibido o ser testemunha.....	249	389
—Quem é relativamente por natureza prohibido de ser testemunha.....	250	390
—Quem por lei é absolutamente prohibido de ser testemunha.....	251	390
—Quem relativamente é por lei prohibido de ser testemunha.....	252	391
—Porque causas se torna a testemunha defeituosa e inhabil para depôr.....	254	394
—Qual é a testemunha defeituosa por falta de boa fama, etc.....	255	395
—Quaes são as testemunhas suspeitas de parcialidade.....	256	395
—Quaes são as defeituosas por suborno.....	257	398
—Quaes são as suspeitas por vicios nos seus depoimentos.....	258	399
—Embora defeituosa, deve o Juiz inquirir a testemunha e dar-lhe o valor que seu depoimento merecer.....	259	402
—Não póde reprovar o depoimento a parte que offereceu a testemunha.....	260	402
—A testemunha defeituosa póde ser contestada verbalmente no começo da inquirição, e contestada no fim desta.....	261	402
—As contradictas nas causas ordinarias podem ser oppostas por artigos.....	262	403
—Comose processar os artigos de contradictas	263	403
—As testemunhas devem ser inquiridas dentro da dilação probatoria.....	264	405
—Regularmente duas testemunhas fazem prova plena, sendo contestes e conclusivos.....	265	406

	§§	PAGS.
—Uma testemunha faz apenas meia prova, sendo maior a toda excepção.....	266	406
—Em que casos se exige para a prova mais de duas testemunhas.....	267	407
—Para cada artigo não se permite mais de 15 testemunhas.....	268	409
—Assignada em audiencia a dilação, devem as partes offerecer em cartorio o rol de suas testemunhas até o dia seguinte, sob pena de não serem mais recebidas.....	269	410
—Não estando a parte na audiencia em que fôr assignada a dilação, póde a parte contraria requerer que seja ella intimada para offerecer o rol de suas testemunhas dentro em 24 horas.....	270	410
—Como se procederá se a inquirição tiver de ser feita por precatória.....	271	410
—Lançada a parte de nomear testemunhas, só podel-o-ha fazer, jurando que as houve de novo.....	272	410

SECÇÃO XXXV. — DAS RAZÕES FINAES

—O que são razões finaes.....	273	411
—Não são da substancia do processo.....	274	412
—Para ellas se assigna prazo em audiencia...	275	413
—Cada parte só poderá arrasoar uma vez só, ainda que tenha muitos advogados.....	276	413
—No caso de procedimento contrario serão as razões desentranhadas do processo, e condemnado o advogado a 12\$, e o Juiz sujeito ás custas do retardamento a que tiver dado logar.....	278	414
—Se o advogado que arrasoar em ultimo logar juntar documentos, o juiz mandará dar vista novamente ao advogado contrario para dizer sobre elles.....	279	414
—Isto só tem logar na 1ª instancia ; podendo		

	§§	PAGS.
por essa occasião dizer o advogado sobre as razões contrarias.....	279	414
—Devem as razões ser offerecidas no praso, ainda que a parte tenha que requerer antes que termine o feito, o que deverá fazer no começo de suas razões.....	280	415
SECÇÃO XXXVI. — DA CONCLUSÃO		
—O que é conclusão.....	282	416
—Não é acto substancial do processo.....	283	416
—Não será aberta nem mesmo jurando a parte motivos supervenientes.....	284	417
—Em que casos se abre a conclusão.....	284	417
—Não ha conclusão para o Juiz.....	285	418
—Demorando as partes a conclusão do feito, póde o juiz havel-o por concluso, independente do respectivo termo.....	286	418
SECÇÃO XXXVII — DO JURAMENTO		
—O que é juramento.....	287	419
—Por si só não produz obrigação.....	288	419
—O que é preciso para que o juramento prestado em juizo seja obrigatorio.....	289	420
—Como se divide o juramento.....	290	420
—O que é juramento <i>assertorio</i> ou <i>declaratorio</i>	291	421
—O que é juramento <i>promissorio</i>	292	421
—O que é juramento <i>voluntario</i>	293	421
—O que é juramento <i>necessario</i>	294	421
—Como se divide o juramento <i>voluntario</i>	295	422
—O que é juramento <i>extrajudicial</i>	296	422
—O que é juramento <i>judicial</i>	297	422
—Como se divide o juramento <i>necessario</i>	298	423
—O que é juramento <i>suppletorio</i>	299	423
—O que é juramento <i>in litem</i>	300	423
SECÇÃO XXXVIII.— DO JURAMENTO JUDICIAL		
—O juramento <i>judicial</i> , legitimamente deferido, não póde ser recusado, sob pena de ser referido.....	301	424

	§§	PAGS.
—Deve ser pessoalmente prestado.....	302	424
—Que pessoas se exceptuam desta regra.....	302	425
—Quem não pôde deferir o juramento judicial.	303	426
—A quem não pôde ser elle deferido.....	304	427
—Em que casos pôdem os peritos prestar tal juramento.....	305	427
—Prestado ou referido, sobre elle profere-se a sentença	306	428
—Que effeitos produz o juramento judicial....	307	428

SECÇÃO XXXIX. — DO JURAMENTO SUPPLETORIO

—Em que casos tem lugar deferir-se o juramento suppletorio.....	308	431
—Quando se faz meia prova.....	309	432
—O que é que constitue prévio conhecimento da causa.....	310	433
—Em que causas não se difere o juramento suppletorio.....	311	435
—Fallecendo a parte pouco depois de por sentença se ter mandado deferir o juramento suppletorio, é elle havido por prestado	312	436
—Pôde a sentença que se dêr sobre o juramento suppletorio ser reformada, apparecendo escriptura publica em contrario..	313	437
—O juramento suppletorio pôde ser pedido tanto na 1ª como na 2ª instancia, até a conclusão do feito.....	314	438
—Pôde o juiz deferir-o depois da conclusão...	315	438

SECÇÃO XL. — DO JURAMENTO IN LITEM

—Quando tem lugar o juramento <i>in litem</i> 316, 317 e.....	318	439
—O juramento <i>in litem</i> não pôde ter lugar contra o herdeiro, e quaes as excepções...	318	441
—Quem é admittido a jurar <i>in litem</i>	319	442
—Como se divide o juramento <i>in litem</i>	320	442

	§§	PAGS.
—Pelo juramento de <i>verdade</i> taxa-se o preço ordinario e commum da cousa.....	321	442
—Pelo preço de <i>affecção</i> dá-se-lhe um preço superior em consequencia de algum motivo particular de estima.....	321	442
—Em que causas se defere o juramento <i>in litem</i>	322	442
—Em regra o juramento tanto de <i>verdade</i> como de <i>affeição</i> deve ser requerido pela parte..	323	444
—Póde tambem o juiz deferir-o <i>ex-officio</i>	323	444
—A sentença proferida sobre o juramento Zenoniano não será revogada, nem mesmo se mostrando por documentos achados de novo, não ser elle verdadeiro.....	324	445
—Ao author é tambem permittido deixar a decisão da causa ao juramento do réu, por meio da acção do juramento d'alma.....	325	435

SECÇÃO XLI. — DAS PRESUMPÇÕES

—O que são <i>presumpções</i>	326	445
—As <i>presumpções</i> não fazem fé por si mesmas.	327	446
—Como se dividem as <i>presumpções</i>	328	447
—Qual é a <i>presumpção</i> de direito absoluto....	329	448
—As <i>presumpções</i> de direito absoluto excluem toda a especie de prova.....	330	449
—Quaes são as <i>presumpções</i> que se comprehendem na classe do direito absoluto....	331	450
—Quaes são as <i>presumpções</i> de direito condicional.....	332	455
—Como se dividem as <i>presumpções</i> de direito condicional.....	333	446
—Quaes são as <i>presumpções</i> de direito geral..	334	453
—Quaes são as <i>presumpções</i> de direito especiaes.....	335	459
—Quaes são as <i>presumpções</i> simples ou communs.....	336	461
—Por si só estas <i>presumpções</i> não fazem prova.....	337	461

SECÇÃO XLII.—DO ARBITRAMENTO

	§§	PAGS.
—O que é arbitramento.....	338	462
—Em que casos tem logar o arbitramento...	339	463
—Devem os arbitradores ser livremente escolhidos pelas partes.....	340	463
—Como se deverá fazer a nomeação dos louvados.....	341	465
—Devem os louvados formular seus laudos e fundamental-os convenientemente.....	342	470
—Em todo o tempo pôdem os louvados acclarar qualquer ponto duvidoso de seus laudos, mandando o Juiz.....	343	470
—Do arbitramento se dará vista ás partes que o requerem.....	344	470
—Quando pôde a parte que se julgar lesada requerer redução do arbitramento a arbitrio da bôa razão.....	345	471
—A parte que requerer a redução do arbitramento deverá mandar citar a outra para nomear novos louvados.....	346	473
—Quando se procederá a segundo arbitramento.....	347	474
—Nullo o segundo arbitramento pôde-se proceder a terceiro.....	348	474
—Os louvados, quer nomeados pelas partes, quer pelo Juiz, pôdem ser recusados ou averbados de suspeitos pelas partes.....	349	474
—Quando, depois de offerecidos pelas partes pôdem os louvados ser por estes recusados.....	350	474
—Quando o arbitramento fôr requerido pela parte a esta incumbe fazer as despezas...	351	475
—O arbitramento será prudentemente apreciado pelo criterio do Juiz.....	352	475

SECÇÃO XLIII.—DA VISTORIA

—O que é vistoria.....	353	475
—Quando tem logar a vistoria.....	354	476

	§§	PAGS.
—Em regra deve o Juiz assistir ao auto da vistoria.....	356	476
—Que excepção tem esta regra.....	355	476
—Sobre que factos se concede a vistoria.....	356	478
—Póde ser ella requerida em qualquer tempo	357	478
—Sendo feita antes das razões finaes não se dá vista della ás partes.....	358	478
—Requerida a vistoria antes de iniciar-se a acção não se dá vista della tambem ás partes.....	359	478
—No Juizo deprecado não se póde offerecer, nem receber embargos de nullidade de vistoria.....	360	479
—Em que casos tem a vistoria especialmente logar.....	361	479
—Quando não terá logar a vistoria.....	362	480
—Que pessoas devem intervir na vistoria....	363	481
—Na nomeação dos peritos para a vistoria, proceder-se-ha como na dos peritos para o arbitramento.....	364	482

SECÇÃO XLIV.— DA SENTENÇA

—O que é sentença.....	365	484
—A sentença tem logar depois das provas e da conclusão.....	366	485
—Como se divide a sentença no Juizo civil..	367	486
—Qual é a sentença definitiva.....	368	486
—Qual é a interlocutoria.....	369	486
—Qual é a sentença mixta.....	370	487
—Ccomo se divide as sentenças definitiva e mixta.....	371	487
—O que é sentença absoluta.....	372	487
—O que é sentença condemnatoria.....	373	487
—Quando o Juiz profere a sentença ainda que o processo esteja mal ordenado, errado, ou faltar-lhe alguma solemnidade.....	374	490
—Se taes erros forem supprimeis e allegados, antes da sentença, o Juiz os supprirá....	375	491

—Em que casos não supprirá o Juiz os erros do processo.....	376	491
—Suppridos os erros nesses casos, como procederá o Juiz, se a parte quizer dar mais testemunhas.....	377	492
—Se a mulher ou outra pessoa, de que se mandou vir a procuração, não a quizer dar, o Juiz absolverá o réu da instancia, e obrigará ás custas o Juiz que fez o processo.....	378	492
—O Juiz autorizará o recorrido a proseguir esse feito sem procuração da mulher, se lhe provar que esta a recusa sem justa causa.	379	492
—Esses erros não serão suppridos em Juizo em parte alguma em que sejam allegados....	380	493
—Como deve o Juiz formular a sentença.....	381	496
—Quaes são os effeitos da sentença definitiva.	382	507
—Que sentenças não produzem os effeitos mencionados.....	383	512
—A sentença só póde prejudicar a parte contra quem fôr proferida e nunca contra terceiro.....	384	515
—Devem as sentenças ser entendidas conforme suas palavras soam e declaram.....	385	515
—Quaes são as interlocutorias que têm força definitiva.	386, 387 e	516 517

SECÇÃO XLV.—DO PROCESSO SUMMARIO

—Que processo têm as causas summarias cujo julgamento pertence ao Juiz Municipal, não se tratando de bens de raiz.....	388	519
—Qual o processo da execução nas causas, quanto a embargos.....	389	519
—Os embargos serão decididos pelo Juiz com excepção, se a sentença depender deste e não tiver havido appellação.....	390	519
—Que excepções têm lugar nessas acções.....	391	520
—Como será opposta a excepção de incompetencia.....	392	520

	§ §	PAGS.
—Como será opposta a de suspeição.....	393	520
—Todas as demais excepções constituem materia de contestação.....	394	521
SECÇÃO XLVI.—DO PROCESSO SUMMARISSIMO		
—Em que acções tem lugar o processo summarissimo.....	395	521
—Qual o curso do processo summarissimo....	396	521
—Como procederá o Juiz de Paz, verificando a falta de algum desses requisitos.....	397	524
—Como se procederá na audiencia para que fôr o réu citado.....	398	524
—A citação das testemunhas só será ordenada se a parte a requerer.....	399	525
—Quando deverá o Juiz proferir sua sentença.	400	529
—Nas causas summarias não são admittidos embargos á sentença.....	401	527
—Nellas ha appellação para o Juiz de Direito.	402	527
—Quando não ficará traslado no caso de appellação.....	403	527
—A appellação tem effeito suspensivo.....	404	528
—Pódem as partes arrasoar em uma ou outra instancia, onde lhes convier, no prazo de cinco dias.....	404	528
—Para a execução basta o simples mandado contendo a substancia do julgado.....	405	528
—Como se fará o processo de quaesquer embargos á execução.....	405	528
—Que excepções suspendem nessas acções o curso da causa.....	406	523
—Ha aggravos do despacho pelo qual o Juiz de paz julgou-se competente ou incompetente.....	407	529
—A que acção não é applicavel esta fórma de processo.....	408	530