

THEORIA
DO
PROCESSO CIVIL E COMMERCIAL

(Continuação)

CAPITULO II

DAS PARTES LITIGANTES E SEUS AUXILIARES

SECÇÃO I

DAS PARTES LITIGANTES

§ 38

Noticia geral

Dissemos no § 9.º que toda acção tem seu germen em uma relação de direito pre-existente e sua negação. Mas não ha relação de direito sem um agente activo, que é o credor, e outro passivo, que é o devedor. Logo, toda acção presuppõe a presença de um credor, que pede a reintegração de seu direito, e de um devedor, contra quem aquelle pede a dita reintegração (1).

(1) Fr. 62, *de jud.* (V, I): *Inter litigantes non aliter lis expidiri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fungatur.*

—*Rem in iudicium deducunt litigatores: quorum alter ACTORIS, alter REI partibus fungitur*—Pothier, *ad Pand.*, vol. III pag. 506.

Quando a acção é posta em juizo, o titular da relação de direito se chama *auctor*, e o paciente, *réo*.

Mas, além destas duas figuras necessarias á actividade judiciaria da *acção*, outras accidentalmente apparecem, e tomam parte na formação da lide, ou porque tenham dado causa á obrigação do réo, ou porque tenham interesse seu ligado ao deste, ou finalmente porque tal interesse exclua o do auctor ou o do réo ou um e outro. Estes litigantes accidentaes são: o *chamado á auctoria*, o *assistente* e o *opponente*, como em detalhe adiante se verá.

§ 39

Do Auctor e do Réo

Chama-se *auctor* aquelle que, por meio da acção, pede que se lhe reconheça um direito (1); *réo*, aquelle de quem e contra quem se pede.

(1) Cod. do Proc. Civ. do Uruguay, art. 103: *Actor es la persona que pide alguna cosa, reo aquella de quien y contra quien se pide.*

A definição do texto comprehende tambem o *excipiente*, que o fr. 19 de *probat.* (XXII, 3) chama igualmente *auctor*. *In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere.* E dizemos *por meio da acção* porque a *excepção*, como veremos em tempo, é verdadeira acção—fr. 1 de *except.* (XLIV, 1): *Agere est is videntur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.*

Casos ha, como nos juizos divisorios, em que, segundo Gaio (fr. 13 de *jud.*, V 1), haveria embaraço em qualificar o auctor, já que a mesma é a condição dos litigantes—estes mutuamente pedem e se devem alguma cousa. Até pode succeder que aquelle que pediu a citação do outro venha afinal a ser condemnado. Mesmo assim, ensina aquelle jurisconsulto, é melhor chamar *auctor* aquelle que fez citar o adversario. *In tribus istis judiciis (fam. erc., com. div. et fin. reg.) quaeritur, quis actor intelligatur; quia par causa omnium videtur? Sed magis placuit, eum videri actorem, qui ad iudicium provocasset.* E' a sentença de Paulo (fr. 29 eod.): *Qui appellat prior, agit*; e pelo fr. 1.º de *edendo* (II, 13), *agere* significa *accionar*—Vid. Pothier, loc. cit.

Dos litis-consortes

Na mesma demanda podem varias pessoas ser *co-auctores* ou *co-réos*, intervindo simultaneamente em todos os termos da acção.

Este consorcio na lide tem logar:

a) quando ha entre ellas communhão de interesse com relação ao objecto do litigio, ou

b) quando o direito ou a obrigação tem o mesmo fundamento de facto ou de direito, ou, finalmente,

c) quando o litigio tem por objecto direitos e obrigações da mesma natureza e analogo fundamento de facto ou de direito (1).

Salvo disposição expressa em contrario, devem os litis-consortes ser considerados isoladamente em suas relações com o adversario, de sorte que o procedimento de um não aproveite nem prejudique ao outro (2).

Quando a questão litigiosa não pode deixar de ter solução uniforme a respeito de todos os litis-consortes, ou quando, por qualquer outro motivo, a communhão de interesse é necessaria, e sómente alguns dos co-interessados são reveis ou deixam de observar um termo, esses reputam-se representados pelos que foram diligentes (3).

(1) Cod. Proc. Civ. allemão, arts. 56 e 57.

(2) *Idem*, art. 58.

(3) *Idem*, art. 59.

Estas regras, condensadas do ultimo codigo do processo civil allemão, nos parecem fundadas na melhor theoria philosophica do processo.

A lei sobre o Processo Civil do cantão de Genebra (29 de Setembro de 1819) adoptou systema differente, como se vê do art. 135: «Si une demande, fondée sur le même titre et ayant le même objet, est formée contre

Da capacidade de estar em juízo

Salvo as modificações que possam vir do direito material ou substantivo, a capacidade das partes litigantes para estarem em juízo regula-se pelos princípios aqui expostos.

Podem ser *auctores* (1) todos os que são capazes de ser activamente sujeitos de relações de direito, e *réos* todos os que são capazes de o ser passivamente.

plusieurs parties, dont les unes fassent défaut et les autres comparaissent, le tribunal, s'il ne juge de suite, accordera acte du défaut et il remettra à statuer sur le fond pour prononcer à l'égard de toutes les parties par un seul jugement.» O art. 148 acrescenta: «Dans le cas de l'article 135, le jugement sur l'opposition profitera aux parties condamnées contradictoirement: s'il repose sur les moyens communs qui leur étaient inconnus, où dont la preuve dépendit des défailtants; si l'objèt de la condamnation est indivisible.

No direito francez, art. 153; no italiano, art. 382 *alin.*

(1) Alguns escriptores nossos, como Ramalho, *Praxe Brasil*, § 44; Pereira e Souza, N. 103; Souza Pinto, § 81, e outros, firmando a regra—que ninguém pode ser obrigado a propôr acções em juízo—da const. unica *Ut nemo invitus* (III, 7): *Invitus agere vel accusare nemo cogatur*—lhe abrem excepções que não se podem conter no direito actual.

A primeira dellas, unica, aliás, indicada por Pereira e Souza e Souza Pinto, tiram elles da Ord. L. 3.^o tit. 11 § 4.^o, que escriptores mais antigos, como Pegas, a esta Ord., n. 6, Valasco, Cons. 184 n. 3, Mendes de Castro, *Prat. Lus.*, P. 2.^a L. 3.^o C. 1.^o n. 17, Cabedo, Dec. 43, Gama, Dec. 202 n. 1 & &, com ampliações ainda menos justificaveis, assentam na const. 5.^a *de ingen. et manumis*. (VII, 14), conhecida pela denominação de lei *diffamari*. Por esta excepção *pode o diffamante ser obrigado pelo diffamado a vir a juizo provar a diffamação, si não quizer soffrer que se lhe imponha perpetuo silencio.*

Nada apadrinha esta doutrina, pura criação dos glosadores, como o proprio Ramalho confessa na not. a) daquelle §, e o diz Mello Freire, L. 4.^o tit. VII § 16.

Em primeiro lugar, nem a L. *Diffamari* firma a pretendida regra. Compreensiva tão somente daquelles que em Roma, irrogando injurias sobre o estado de ingenuidade de um cidadão, turbavam-no na posse da liberdade da qual emanava toda capacidade de direito e a personalidade civil, não conferia ao diffamado a faculdade de obter do presidente da provincia que obrigasse o diffamante a se fazer auctor em juizo ou acção de estado, sob pena de se lhe impôr perpetuo silencio e de decair de qualquer titulo ou direito, sinão, o que era justissimo, segundo reflecte Mancini, que cessasse de injuriar, *ab injuria temperari præcipiet*. Com o desaparecimento da distincção entre homens livres e escravos, ficou aquella lei sem applicação ou objecto; foi então que os glosadores e subseqüentes interpretes *«le attribuí-*

Entretanto, nem todos podem por si figurar em juízo, sinão por intermedio de legitimo representante.

rono un'estensione di significato e d'applicazione ripugnante non meno alla sua lettera que al suo spirito, e fondarono sulla medesima l'uso d'un procedimento, detto com latina denominazione di GIATANZA ovvero di DIFFAMAZIONE, dalla legge che n'era la fonte, mercè il quale fosse lecito a chiunque di chiamare in giudizio una persona che si vantasse di aver contro di lui facoltà e ragioni di qualunque sorte suscettive di giudiziale sperimento, e di obbligarla a proporre tali ragioni alla decisione del magistrato dentro un termine da prescrivarsi da quest'ultimo, sotto pena che in difetto, e trascorso codesto termine, la persona medesima s'intendesse decaduta da qualsiasi diritto, e dal giudicato le venisse imposto perpetuo silenzio.» Mancini, *Comment.*, I, n. 435.

Muitos escriptores familiares nossos, e dos melhores, adoptaram esta extensão: Accursio, *ad L. diffamari*; Bartholo, *ad l. Titia De accusat.*; Baldo, in L. un. C. *Ut nemo invitus ag. vel accus. cogat.*; Molina, *De primog. hispan.* cap. 14; Altimaro, *De nullit. sent.*, R. 12, Q. 16 n. 39 &. &. Voet (lib. V tit. I *ad tit. De jud. et ubi*, n. 21) chega a maravilhar-se de haver juriscônulto que dissinta de tal doutrina.

Mas porventura deverá a opinião dos juriscônultos prevalecer contra a lei?

Em segundo logar, si a *L. diffamari* passou do direito romano para a nossa Ord. L. 3.^o tit. 11 § 4.^o com aquella ampliação dos juriscônultos *antigos*, não pode soffrer duvida, não só o obsoletismo de tão esdruxulo texto, como a sua incompatibilidade com a nossa actual legislação criminal, que definiu a injuria e a calumnia, creou a competencia criminal distincta e separada da civil, e finalmente creou um systema de penalidade em cujos moldes não pode mais caber aquella Ordenação.

A segunda excepção, tambem arbitrariamente importada do fr. 28, de *fidejussoribus* (XLVI, 1) conhecido pelas palavras com que começa—*si contendat*—pretende aclimar no direito patrio a regra—*que o fiador pode fazer citar o credor para que accione o devedor, quando este se demora em pagar ou dilapida os bens*. Mas não só tal excepção não se contem no fragmento citado, pois é tambem pura ampliação dos interpretes allemães (Bonnier, *Traité des Preuves*, n. 255; Fœlix, *Tr. du Droit Inter. privé*, ed. de Demangeat, n. 189), como decididamente não se compadece com os principios organicos do direito judiciario.

Mello Freire, *loc. cit.*, tem ainda como excepção o caso seguinte:—*Fidejussor, similiter, cujus bona ad instantiam creditoris sequestro fuerunt supposita, contra eum recti agit, ut personalem instituat sub pœna remoti sequestri*.—Mas este procedimento, que até hoje *in foro utimur*, tem fundamento legal, pois tendo o sequestro analogia com o embargo ou arresto, deve-se-lhe applicar a regra do art. 331 § 2.^o do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, segundo a qual ficará o embargo de nenhum effeito si o embargante dentro em quinze dias não propozer a acção competente. Portanto, bem pode o fiador, cujos bens foram sequestrados, requerer a citação do credor para que proponha dentro daquelle termo a sua acção contra o devedor, sob pena de levantamento do sequestro.

E nresmo si não o requerer, este effeito virá *ex dispositione legis*.

Estão neste caso: I o louco; II o prodigo declarado por sentença (2); III o mudo e o surdo (3); IV o menor (4);

(2) Ord. IV, 103.

Vai muita diferença, com relação ás obrigações, e, portanto, respectivamente ás acções, entre o louco e o prodigo. A incapacidade do primeiro é natural e absoluta, e, pois, attinge até os actos anteriores á sentença de interdicção, a qual apenas proclama um estado pre-existente; a do segundo resulta exclusivamente da sentença, e, portanto, só se applica aos actos posteriores á declaração judicial da prodigalidade.

«*Inter prodigum et furiosum, ensina o grande Voet, illud intersit, quod contractus furiosi ipso jure nullus sit, utcumque celebratus, antequam ei quã tali curator datus est: at gesta a prodigo, patrimonium jam inutiliter consumente, antequam decretum prætoris est interpositum adeoque interdictione vetustiora, rata ac firma maneat, nulla sub obtentu prodigalitatùs restitutio ne concedenda—ad Pandectas, L. 27 tit. 10 § VII.*

—Pegas, For. 3, cap. III n. 16; Pothier, *Obligations*, n. 50 e 51; Teixeira de Freitas, *Consolidação*, N. ao art. 326.

(3) Pereira e Souza, N. 96.

Estes todos são representados pelo curador, que houver sido nomeado pelo juiz competente, e mais pelo curador á lide, nomeado pelo juiz da causa—Ord. III, 41 § 9.º

(4) Si o menor é impubere, por elle figura o pai, e na falta deste, o tutor; si é pubere, figura elle conjunctamente com o pai ou tutor—cit. Ord. § 8.º

Mas em qualquer dos casos, deve-se tambem nomear-lhes curador á lide—cit. Ord. § 9.º, sem que, entretanto, a falta desta nomeação importe nullidade ao feito. E assim pensamos por ser lição corrente, apoiada na historia do direito, continuada pelos mais eminentes praticos, que o tutor basta para complemento da pessoa do menor, qualquer que seja a relação de direito em que este se encontre.

«*Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi judicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus—fr. 1.º § 2.º de adm. tut. (XXVI, 7).*

«*Tutor potest agere et defendere pupillum per se, aut pupillo se defendenti auctoritatem præstare, nam judicium potest fundari in personam tutoris nomine pupilli, aut in personam pupilli cum auctoritate tutoris.*»

—Cardoso, *in Prax. vb. Tutella*, n. 19.

«A regra de direito segundo a qual o menor não será ouvido por si em juizo, entende-se, na lição de Silva—*ad Ord. III, 41 § 8.º—ut per se solum convenire non possit sine tutore.*

«Isto posto, commentando o cit. § 9.º, assentam os praticos na seguinte lição—que o curador á lide (o procurador da sua audiencia, na phrase do mesmo § 9.º) será *necessario* si o feito fôr tratado á revelia de algum menor, ou de seu tutor.

«Esta these é francamente apoiada na doutrina, na lei e na jurisprudencia.

«a) Na doutrina—porque, conforme Silva, Moraes, Cardoso, já citados, e outros, o juizo fica perfeitamente constituído desde que o tutor é ouvido ou falla em nome dos menores—*si minores non possunt esse in judicio, nec audiri, sed tutore nomine illorum audiri debet*—Silva, loc. cit. n. 11.

«A incapacidade do menor é supprida pela intervenção do tutor; portanto, basta que este intervenha para ficar completo o juizo.

V o fallido, depois da sentença de abertura da quebra (5).

Outros ha que precisam ser auctorisados Taes são: I o filho familia, com auctorisação do pai (6);

b) «Na lei—porque explicita é a Ord., ibi:» *E sendo o feito tratado Á REVELIA DE ALGUM MENOR, OU DE SEU TUTOR OU CURADOR, o Juiz da causa dará um procurador da sua audiencia, que lhe melhor parecer, por curador á lide.*»

Portanto, vindo o tutor a juizo e fallando, por intermedio de procurador, em nome do menor, não ha necessidade de curador á lide. Tanto assim, que anteriormente, no § 8.º, dispuzera a Ord., ibi:» *E não tendo curador o Juiz, que da causa houver de conhecer, o notificará ao juiz dos orphams para lhe dar, E COM SUA PROCURAÇÃO, OU AUCTORIDADE, SEGUIR SUA DEMANDA.*» Logo, si houver tutor ou curador nomeado pelo juiz dos orphams, não será de necessidade a nomeação, pelo juiz da causa, de curador á lide.

«Tal é a interpretação que ao § 9.º dá um dos nossos mais auctorisados praticos:» *Si tutor pupilli non comparuit, dandus est minori curator ad litem; si vero tutor compareat, et procuratorem constituat, non est dandus novus curator ad litem; et hic est verus sensus textus ex supra dictis § 9.º Silva, loc. cit. n. 8.*

c) Na jurisprudencia—porque «o Supremo Tribunal decidiu que com o Tutor ou Curador, era valido o processo independente de curador á lide, não sendo á revelia do menor, caso em que, na forma deste § 9.º, se deve nomear aquelle curador (Gazeta dos Tribunaes, n. 51).» Candido Mendes, Cod. Phil. nt. 2 a esta Ord.

«Ainda a Relação do Rio, por accordam de 27 de Maio de 1873, decidiu que a falta de curador á lide não annulla o feito em que o pai do menor o tem representado, pois o seu direito foi perfeitamente defendido (O Direito, III, 83).

«E a razão, que é obvia, assenta nos mais logicos argumentos.

Assim, por exemplo, na obrigação que tem o tutor de promover em juizo as acções que forem a bem do menor, e de defendel-o em todas aquellas que contra elle fôrem intentadas—Mello Freire, II, XI § 15 sobre a Ord. I., 88 § 10, 13, 15, 16 e 18, e III, 41 § 8.º—; assim ainda, na responsabilidade do tutor pelo damno que, por sua inacção, causar ao pupillo—Lafayette, loc. cit. nt. 4 p. 315; Cod. Civ. Port. art. 248.»

E sobre estas nossas allegações, assim julgou a Relação de S. Paulo por accordam unanime de 2 de Março de 1888, na Rev. n. 58, entre partes José Francisco da Silva Filho e outros, recorrentes, e a Camara Municipal da cidade de Porto Alegre, recorrida.

(5) Este é representado pelos syndicos ou pelos administradores da massa fallida—Cod. Com. arts. 826 e 827; Reg. n. 738 de 25 de Novembro de 1850, art. 154; Dec. n. 916 de 24 de Outubro de 1890, art. 25 e outros.

(6) E' bem de vêr que o filho familia, maior de 21 annos, só precisa de auctorisação do pai nas cauzas em que este possa ser prejudicado, por exemplo: nas que interessarem o peculio profecticio, ou, em certos cazos, o adventicio.

Portanto, a respeito das outras relações pode estar só em juizo—Ord. III, 9 §§ 3.º e 4.º; fr. 4.º § 1.º de *castrensi peculio* (XLIX, 17); Nov. 117 c. 1.º § 1.º; Lafayette, *Dir. de Familia*, § 117 &. &.

II a mulher casada, com auctorisação do marido, verse embora a demanda sobre moveis (7); menos na acção de nullidade do casamento ou de divorcio (8); III o marido, com outorga da mulher, quando a demanda versa sobre bens de raiz ou direitos correlatos a taes bens (9).

§ 4²

Posição dos litigantes na formação e desenvolvimento da lide

Traçando os principios informativos do processo, ou sua legitimidade, apontámos, no § 5.^o n. II, dentre esses principios, o *juridico*, o qual consiste em *proporcionar aos litigantes igualdade na demanda e justiça na decisão* (1).

(7) Ord. III, 47; P. Baptista; § 66 n. 4.

Esta, e a incapacidade do filho familia maior, tendem cada vez mais a desaparecer.

Assim o moderno Cod. Proc. civ. allemão, dispondo no art. 51—que a capacidade de estar em juizo mede-se pela capacidade de se obrigar por contracto—acrescenta todavia: «A capacidade de estar em juizo não fica limitada, a respeito de uma pessoa maior, pela circumstancia de se achar a mesma pessoa sob o patrio poder; a capacidade de estar em juizo não fica limitada, a respeito de uma mulher, pela circumstancia de ser cazada. As disposições sobre a tutella das mulheres não são applicaveis em materia de processo.»

Consequencias logicas dos principios juridicos.

O patrio poder tem seu fundamento politico na deficiencia physio-psychica do filho; ora, esta deficiencia desaparece com a maioridade; logo, com esta deve tambem desaparecer a necessidade daquelle poder. De resto, já o proprio direito romano, por cujas instituições, de rigorismo sem igual, era a familia uma propriedade do chefe, que em sua auctoridade discricionaria absorvia todos os direitos pessoas dos respectivos membros, abria tantas excepções a esta incapacidade, que afinal a regra quasi se constituiu em excepção. Sem fallar do caso de *peculio castrense*, a cujo respeito era o filho havido como pai de familia, vide os frs. 9.^o e 18 *de oblig. et action.*

(XLIV, 7), 17 *de reb. cred.* (XII, 1), e outros citados por Pothier, *ad Pandectas*, vol. 3.^o pag. 510.

Quanto á mulher casada, essa não é menos do que socia do marido: a sua incapacidade civil é violencia biologica, psychologica e moral injustificavel.

(8) Decr. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 65; Ramalho. *Praxe*, § 43, ut. m).

(9) Ord. III, 47 pr.; Ramalho, loc. cit. nt. p).

(1) Mancini, *Com.*, I, p. VII; Pescatore, *Logica del diritto*, p. 70.

Daqui vem que:

- 1.º As leis judicarias não distinguem classes ou posições (2);
- 2.º São communs ao auctor e ao réo os mesmos direitos e as mesmas obrigações (3).

(2) Tão longe os romanos levaram este principio, que a const. 7.^a *de postulando* (II, 6) impunha aos *juizes* a obrigação de fazerem com que os dous litigantes fossem defendidos com igual empenho por dous advogados de valor igual; o que passou para a nossa Ord. L. 3.^o tit. 20 § 14, digna de se relêr: «Mandamos, que se dous Procuradores mais avantajados forem na Côrte, e huma parte tomar ambos, não lhe seja consentido, mas escolha hum delles e deixe o outro a seu adversario, se o quizer. O qual será constringido procurar por elle, posto que da outra parte tenha sabido os segredos da causa, e recebido algum salario; e tornará a parte que o tinha tomado, o dinheiro, que já della tinha recebido. E isto se fará geralmente em todos os feitos, de qualquer substancia que sejam, para que as partes não percam seu direito por desigualdade dos Procuradores.» Mello Freire, IV, III, X: «*ut in dandis Advocatis iudex permisceat veteres, quorum fama celebrior est, cum junioribus, sen tronibus, ne peritissimi ab una sint parte, Ord. lib. 3. tit. 20 § 14, deducta ex l. 7 C. de postul.*»

Entretanto, como affirma Glück, *Com.* § 366, sobre Voet. *Comm. ad Pand.*, h. t. § 11, e outros D. D., de ha muitos taes preceitos caíram em desuso.

(3) Vid. Manfradini, obr. cit. n. 97.

A lição de alguns escriptores, segundo a qual se pretende que o réo é mais favorecido do que o auctor, não tem fundamento legal ou philosophico, tomada em absoluto. Nem os textos do direito historico lhe prestam apoio.

Assim é que, si Gaio (fr. 125 *de div. reg. jur.*, L. 17) pretende que *favorabiliores rei potius quam actoris habentur*—d'onde, como corollario, o fr. 41: *non debet actori licere, quod reo non permittitur*—e os mais referidos por Pothier, obr. cit., XXIV, 1486—segundo Paulo (fr. 83 § 1.^o de V O., XLV, 1): *actori potius credendum est*—e segundo Ulpiano (fr. 66, de jud., V, 1) a acção, si duvidosa interpreta-se em favor do auctor. A unica vantagem pratica que proporciona a posição de reo e essa imposta pela propria força das circumstancias, está em que deve elle ser absolvido, posto que nada prove, si o auctor tambem nada provou. «O reo tem a seu cargo defender-se, e não é necessaria a defesa enquanto não houver ataque; finalmente, o reo tem por si (em regra) a presumpção de estar no gozo do seu direito, e esta presumpção não pode ser illudida senão por provas ou presumpções em contrario.»—Lopo Vaz, *Bases para uma theoria de provas judiciaes em causas civéis*—Coimbra, 1869, pag. 27. Mas em principio, tanta obrigação tem o auctor de provar os artigos da acção quanto o reo os da defesa. Tanto que, como ainda diz o escriptor citado: «logo que o auctor prova os factos, que allegou, ou os allega taes, que tenham por si uma presumpção mais forte do que a do réo, a presumpção em favor deste acabou, e por isso necessita demonstrar os factos ou omissões occasionadores do seu direito, bastando que destrua a verdade dos factos allegados contra elle, porque, 'provaada a sua falsidade, recomeça de novo em seu favor a presumpção legal.»

SECÇÃO II

DOS AUXILIARES DAS PARTES LITIGANTES

§ 43

Noticia geral

São auxiliares das partes litigantes:

- a) o *advogado*,
- b) o *solicitador* e
- c) o *procurador*,

cujas funcções podem ser exercidas cumulativamente pelo advogado.

Artigo 1.º

Do advogado

§ 44

Definição

Advogado (do latim *ad*, para, junto, e *vocatus*, chamado) é o *jurisconsulto que aconselha as partes litigantes, esclarece os juizes, e dirige a causa, allegando de facto e de direito quanto convier aos interesses do constituinte* (1).

(1) *Advocatus* Hubero in *Preelect. ad tit. de postulando* est: *Vir bonus, juris peritus, a litigantibus rogatus, ut voce, vel scripto causam suam judici exponat, probet atque ex arte defendat, ad hoc officium publica auctoritate admissus. Quæ definitio legibus nostris satis convenit*,—Mello Freire, IV, III § X.

«Postulare, diz Ulpiano (fr. 1.º § 2.º de *postul.*, III, 1), *autem est, desiderium suum vel amici in jure apud eum, qui jurisdictioni præest, exponere vel alterius desiderio contadicere*»; isto é, postular significa expôr em juizo as proprias pretenções ou as do proprio cliente e refutar as do adversario.

Os que exercem a profissão de postular, ensina Glück (*Pandekt.* § 358),

chamavam-se *advocati*, e é por isso que no titulo de *postulando* se falla preferentemente dos advogados. O advogado é nas Fontes tambem chamado *patronus* (a) ou *patronus causarum* (fr. 1.º § 4.º h. t. const. 4.ª e 6.ª *cod.* (II, 6), const. 1, 5 e 14 *De advoc. divers. judiciorum* (II, 7); chamam-n'os tambem *togatus* (const. 3, 6, 8 e 9 *eod.*) e ainda *scholasticus* (const. 2.ª *de lucris advoc.*, XII, 62); e porque os advogados costumavam arengar por seus clientes, delles se dizia *quod causas orarent* (fr. 2.º § 43 *de orig. jur.*, II, 1), e se lhes deu o titulo de *oratores* (const. 33 § 1.º *De episcop. et cler.* I, 3). Finalmente tambem pelo qualificativo *disertissimus*, isto é, eloquentissimo, se designava o advogado (const. 13 *de advoc. div. judiciorum*).

«Em principio os *patronos* se distinguíam dos advogados; cfr. Pseudo —Asc., *in Div.*, 4. 11: *qui defendit alterum in judicio aut patronus dicitur, si orator est, aut advocatus si aut jus suggerit aut praesentiam... commodat amico*, cfr. Cic., *de Or.* I, 37-2, 74.— Com o andar do tempo (e o provam os textos acima citados) as duas profissões fundiram-se em uma só. O autor do dialogo de *causis corruptæ eloquentiæ* diz a proposito: cap. 1: *horum temporum disertis causidici et advocati et patroni et quidvis potius quam oratores vocantur*. Veja-se Rudorff, *Riv. della scienga storica del diritto* (ted.º) XIII, p. 61.—Ihering, *Spir. del dir. rom.* (ted.º) vol. II pag. 436.» n. a) de Contardo Ferrini ao cit. § 358 de Glück.

Poucas paginas qualificarão melhor o advogado do que esta, de Boncenne, *Théorie de la Proc. Civ.*, 1.ª vol., 618:

«L'ordre des avocats appartient à l'organisation judiciaire.

«Consideré dans l'exercice de sa profession, un avocat n'appartient qu'à lui-même; son indépendance est la meilleure garantie de sa bonne foi.

«L'indépendance de l'avocat n'est point ce titre banal que prend une fastueuse oisiveté ou la turbulence d'un esprit fort, ni cette insultante pédanterie qui songe moins à défendre une cause qu'à attaquer des vérités constantes et précieuses: ce n'est ni l'affranchissement des devoirs du citoyen paisible, du sujet fidèle, ni le mépris des convenances, ni cette liberté farouche qui brave la justice et ses ministres et dont les accents ressemblent au bruit d'une émente.

«Celui qui ne rend compte qu'à lui même de ses travaux et de ses loisirs, qui peut arriver à une glorieuse élévation sans perdre aucun des droits de sa première liberté; celui que la sagesse fait noble sans la naissance, riche sans de grands biens; celui qui voit les grands déposer chez lui l'éclat de leur rang, et attendre de ses conseils la paix et le repos de leurs familles; celui dont les occupations ne sont que des exercices de droiture, de justice et de religion, celui—là peut s'enorgueillir de son indépendance: c'est la nôtre.»

Já na const. 14 *de Advocatis diversorum judiciorum* (II, 7), haviam dito os imperadores Leão e Antemio: «Não julguem pensarmos que no nosso imperio somente militam aquelles que se fazem fortes nas espadas, nos escudos e nas couraças, mas tambem os advogados, porque estes, munidos da força de eloquencia, protegem os que soffrem, alimentam-lhes a esperança, defendem-lhes a vida e os filhos.» *Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladius, clypeis, at thoracibus nituntur: sed etiam advocatos militant nam que patroni causarum, qui gloriosæ vocis confisi minimè, laborantium spem, vitam, et posteros defendunt.*»

Vide o nosso artigo de *Introdução à Revista de Jurisprudencia do Instituto dos Advogados de S. Paulo*, de 15 de Janeiro de 1892.

(a) É interessante acompanhar a dissidencia dos escriptores na determinação etymologica das palavras *patronus* et *cliens*.

§ 45

Quem pode advogar

Para ser advogado é preciso ser formado em direito (1)

Segundo Plutarco, *Vir. illustr. in Romulus*, XV, logo após a edificação da cidade, Romulo dividiu todos os homens validos em varios corpos militares, que se chamaram *legiões* para designar que se havia escolhido (*à legendo*), entre todos os cidadãos, os habeis para a guerra; dos outros, que faziam a funcção do povo, tomou cem dos mais consideraveis e com elles formou um conselho, dando-lhes o nome de patricios, e á *collectividade* o de *senado*, isto é, *conselho dos velhos*. Esta palavra *patricio* teve origem no *patronato*, ou *protecção* que os *poderosos dispensam aos fracos*; e *patronato* por sua vez viera de Patron, um dos companheiros de Evandro, homem prestavel e zeloso protector dos fracos. Entretanto, acrescenta o grande historiador romano, seria mais verosimil dizer que Romulo assim os chamára porque os mais poderosos deviam ter, para com os pequenos, cuidado e solicitude paternaes, e ao mesmo tempo ensinava que os ultimos não deviam temer os poderosos nem se agastar com as honrarias delles, mas, ao contrario, ter-lhes respeito e affeição do povo, tomou cem dos mais consideraveis e com elles formou um conselho, dando-lhes o nome de patricios, e á *collectividade* o de *senado*, isto é, *conselho dos velhos*. Esta palavra *patricio* teve origem no *patronato*, ou *protecção* que os *poderosos dispensam aos fracos*; e *patronato* por sua vez viera de Patron, um dos companheiros de Evandro, homem prestavel e zeloso protector dos fracos. Entretanto, acrescenta o grande historiador romano, seria mais verosimil dizer que Romulo assim os chamára porque os mais poderosos deviam ter, para com os pequenos, cuidado e solicitude paternaes, e ao mesmo tempo ensinava que os ultimos não deviam temer os poderosos nem se agastar com as honrarias delles, mas, ao contrario, ter-lhes respeito e affeição do povo, tomou cem dos mais consideraveis e com elles formou um conselho, dando-lhes o nome de patricios, e á *collectividade* o de *senado*, isto é, *conselho dos velhos*.

Segundo outros, *pátronus* vem de *pater*; no sentido juridico da palavra, isto é, designando o chefe de familia, que dispõe livremente de sua fortuna e de sua pessoa (fr. 195 § *de verb. sign.* L., 16), e de *cliens* (do verbo archaico *cliere* ou *cluere*, que significa *audire, esse obedientem alicui*)—Vid. Henry Buteau, *L'ordre des avocats*, Paris, 1895, nt. 2 á pag. 4.

Grellet-Dumazeau, *Le barreau romain*, sobre Heinccio, *Ani. rom.* I, II § 18, pretende que *cliens* vem de *colens*, denominação que tem origem, para Dumazeau na concessão de terras cultivaveis feita pelos patronos, e a traduz por *cultivador, colono*, mas para Hemeccio, que se atem ao sentido figurado do verbo *colere*, aquella palavra designa a posição differente do cliente em relação ao patrono, vistos os deveres de respeito a que está obrigado para com elle—*ibid.* nt. 3.

A seguinte passagem de Horacio (*Epist.*, II, 1):

Romæ dulce diu fuit et solemne, reclusa
Mane domo, vigilare, clienti promere jura—

parece a outro erudito pesquisador das antiguidades romanas se referir à *époque où c'étaient les patriciens eux-mêmes qui se faisaient jurisconsultes et mettaient leurs lumières et leurs conseils à la disposition de tout venant, afin de se procurer une nombreuse clientèle et d'augmenter leur crédit par la reciprocité de services que le patron était en droit d'attendre de ses clients*—Eug. Heriot, *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome*, vol. 3, pag. 78.

(1) Ord. I, 48, pr.; Av. de 25 de Agosto de 1836; L. estadual n. 18 de 21 de Novembro de 1891, art. 60; Dec. n. 123 de 10 de Novembro de 1892, art. 88. Os formados pelas universidades ou faculdades estrangeiras só podem advogar mediante licença concedida, precedendo exame, pelo Presidente do Tribunal de Justiça—Dec. n. 5618 de 2 de Maio de 1874, art. 14 § 10, combinado com o cit. art. 60 da L. n. 18 de 1891.

Infundada e anarchica é a opinião que se vê no art. 72 § 24 da Const. de 24 de Fevereiro de 1891 aberta a profissão da advocacia a *qualquer pessoa, independente de qualquer titulo de habilitação official, independente de qualquer titulo escolastico, academico ou outro qualquer, seja de que natureza fôr*—como se lê no projecto n. 24 de 1891 da Camara dos Deputados Federaes (*Annaes*, 1891, vol. 1.º pags. 360-361), e tambem pareceu á commissão de justiça, legislação e jurisprudencia do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros—parecer, que, felizmente, não foi approved pelo Instituto.

A disposição constitucional republicana, garantindo o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial—não podia ter em vista aquella conclusão. O espirito do texto não pode ser outro senão este: a qualquer pessoa é licito exercer qualquer profissão; observadas, para o respectivo exercicio, as condições que a lei ordinaria determinar. Assim sempre se entendeu no tempo da constituição do imperio, em cujo art. 179 § XXIV foi calçado o actual art. 72 § 24, assim se entende nos paizes cultos, onde a liberdade, por ser o primeiro dos direitos, não se confunde com a licença, que é a mesma anarchia. Como! para ser cocheiro, por exemplo, é preciso prestar exame, porque a impericia do conductor de um cavallo pode occasionar desgraças, mas todo o mundo poderá ser medico ou advogado, mate embora o cliente ou arruine-lhe a propriedade ou a honra!!

Do resto, o elemento historico daquelle artigo da Constituição nos fornece argumento irrespondivel.

Nem o primeiro projecto, que o governo provisório publicou pelo Dec. n. 510 de 22 de Junho de 1890, nem o seu substitutivo, publicado pelo Dec. n. 914 A de 23 de Outubro do mesmo anno, continham disposição expressa sobre a liberdade profissional, sinão este principio geral, sem duvida comprehensivo daquelle liberdade: «*A especificação dos direitos e garantias expressos na constituição NÃO EXCLUE outras garantias e direitos NÃO ENUMERADOS, mas resultantes da forma de governo que ella estabelece e dos principios que consigna.*»

Eleita, pelo congresso constituinte, a commissão dos vinte e um, a quem foram apresentadas muitas emendas ao projecto do governo, não deu ella assentimento á seguinte emenda do deputado Julio de Castilhos ao art. 72 § 24 do projecto da commissão: «Depois do § 24 acrescente-se: *E' garantido o DIREITO de todas as profissões de ordem moral, intellectual e industrial.*» Foi, ao contrario, approved o additivo da mesma commissão, que tal qual se converteu na disposição ora em vigor (*Diario do Congresso*, anno I, n. 7 p. 93).

Em sessão de 13 de Dezembro, o deputado Demetrio Ribeiro, em nome de Apostolado Positivista, produziu uma especie de catholicismo politico, entre cujas idéas, propostas como outras tantas modificações ao projecto do governo, encontra-se isto: «§ 2.º *A Republica não admite, tambem, privilegios philosophicos, scientificos, artisticos, clinicos ou technicos, SENDO LIVRE NO BRAZIL O EXERCICIO DE TODAS AS PROFISSÕES, INDEPENDENTEMENTE DE QUALQUER TITULO ESCOLASTICO, ACADEMICO OU OUTRO, SEJA DE QUE NATUREZA FÔR.*» *Diar. do Cong.*, n. cit. p. 117.

Na discussão, apresentaram-se varias emendas sobre este ponto:

1.º Acrescente-se: «Independente de titulos ou diplomas de qualquer natureza, cessando desde já todos os privilegios que a elles se liguem ou delles dimanem.»

2.º «E' livre o exercicio de todas as profissões, independentemente de qualquer titulo escolar, academico ou outro qualquer.»

ou provisionado pela auctoridade judiciaria competente (2).

§ 46

Deveres do advogado

São principaes deveres do advogado: 1.^o) ser probo, diligente, delicado e discreto (1); 2.^o) não

3.^a «E' garantido o *direito* de todas as profissões, etc.»

4.^a «A Republica não admite, tambem, etc., (como acima).»

Todas estas emendas estão claramente demonstrando, que no additivo da commissão, tal qual é hoje o art. 72 § 24, não se comprehendia a liberdade professional como a queriam os discipulos de Augusto Comte; emendas, que foram successivamente rejeitadas, approvado unicamente o referido additivo da commissão dos 21.

Renovada a tentativa positivista na 2.^a discussão vieram novamente emendas:

1.^a «independente de qualquer titulo de habilitação especial», Diar. ann. 2.^o n. 25 p. 305.

2.^a «independente de titulo ou diplomas de qualquer natureza» idem p. 268.

Lidas, apoiadas e conjunctamente discutidas com o projecto, taes emendas foram, umas regeitadas, e outras prejudicadas na sessão de 11 de Fevereiro—*Diar.*, anno 2.^o n. 36 p. 421, 2.^a col.

Portanto, não pode soffrer duvida o verdadeiro sentido da nossa lei Constitucional: não temos, felizmente, a liberdade de profissão como a pregam os sectarios de A. Comte, sinão como aconsellham os verdadeiros principios de direito. A liberdade civil é a liberdade natural restringida pelas conveniencias sociaes.

Eis aqui uma lição de Glück (*com.*, § 361), segundo a traducção de Contardo Ferrini: «Dal momento che il beneficio de'cittadini dipende in gran parte da un'ordinata, sicura e legale condotta de gli afari giudiziarii, no può essere cosa indifferente per lo Stato quali nomini vengono scelti a patrocinatori legali; ma esso ha un dovere di scegliere a tal uopo come gente, a cui esso si può volgere con sicurezza nelle sue private emergenze».

No tempo do imperio romano, o numero dos advogados era até fixo, havendo a *matricula advocatorum*—frs. II, 13, 15—17 *h. t.* Perante o prefeito havia 150 advogados—c, 8, II § ult. cod; Donellus, *com.*, XVIII, 3 pag. 1018; junto da corrente do imperio, 12—Ferrini, nt. 83 ao cit. § 361 de Glück.

(2) Cit. Dec. n. 5618 art. 14 § 10, modificado pelo Reg. n. 123 de 10 de Novembro de 1892, arts. 89 e segs.

Os advogados provisionados só devem exercer a advocacia nos lugares onde houver falta de letrados—cit. Reg. n. 5618, art. 43.

Não havendo advogados no auditorio, ou estando impedidos os que houver, podem as partes litigantes advogar a propria causa, precedendo licença do juiz. e assignatura de um termo de sujeição—Av. de 11 de Janeiro de 1838.

(1) Probidade, diligencia, delicadeza e discrição, eis as qualidades que simbolisam o verdadeiro advogado.—Vid. Boucher d'Argis, *Histoire abregée*

de l'ordre des avocats, c. III; Buteau, obr. cit. pag. 78. Só quando as enfeixar em pratica insistentemente invariavel, é que o advogado poderá dizer de si que exerce, como repete Jules Simon, *a mais nobre das profissões*—Pref. dos *Grands avocats du siècle*, de Allou e Chenu—Paris, 1896—p. XI.

A probidade consiste na *boa fama e consciencia*, que a Ord. L. 1.^o tit. 48 § 1.^o exigia *alem das lettras e sufficiencia. Multum prodest bona fama*, dizia Pegas acerca do advogado; *vir probus dicendi peritus*, já havia dito Cicero.—Mercantilismo repulsivo, a venalidade forense é o ultimo periodo da decomposição social—dissemos no nosso citado artigo da *Revista do Instituto dos Advogados de S. Paulo*, I, p. X.

A diligencia, recommenda-a escrupulosamente a const. 14 § 1.^o de *judiciis* (III, 1) nas palavras: *nihil studii relinquentes quod sibi possibile est*; donde vem que o advogado responde por qualquer gráo de culpa—Cocceius, *Jus civ. controv., de postul.*, qu. 7.^a—e até pela ignorancia—Ord. I, 48 §§ 10 e 17; Pereira e Souza § 62 e nt. 152. «*Dal momento che ha posto sotto un atto il «CONCEPT» col suo nome, deve rispondere anche per l'opportunità e la legalità del contenuto* (Boelmer, *consult et decisio.*, tom. II part. I resp. CVIII nr. 5), e non, può porsi a carico de suoi clienti s'egli é ignaro del diritto comune e del modo di trattare gli affari forensi.» Glück, trad. de Ferrini. § 364.

A delicadeza é assignalada na const. 6.^a § 1.^o de *postulando* (II, 6) na Ord. L. 3.^o tit. 20 § 34; consiste na abstenção absoluta de qualquer expressão ou conceito que possa roçar pela injuria ou vilipendio contra o juiz, a parte contraria ou seu patrono—como se lê na cit. const. 6.^a § 1.^o de *postulando*, que aqui deixamos em vulgar: «*Antes de tudo, que os advogados se limitem a defender as causas de que se encarregam, de modo que nada façam além do que for exigido pela utilidade das causas que defendem, e se abstenham da temeridade de maldizer. Nada desprezem do que for util a causa, mas evitem a injuria, pois que aquelle que for bastante impudente para acreditar mais valerem injurias do que razões, soffra a pena de infamia. Nem se deve tolerar que um advogado, mesmo depois de finda a lide, continue, ás claras ou subrepticamente a injuriar o seu adversario.*» Entre nós, a transgressão deste dever constitue o crime figurado no art. 323 Cod. Pen.

Mas qual o limite daquella *utilitas litis*, ou *libertas conviciandi*, como diziam os antigos praticos, é ponto difficil de ser praticamente traçado—cit. Ferrini, nt. a (ao § 367 de Glück, pap. 12 do 3.^o vol. Vide mais Puccioni *com.* vol. IV p. 654; Carrara, *Prog. del corso di dir. crim.*, § 1761; Pereira e Souza, Nt. 132.

A discrição, como qualidade essencial no advogado, tem sua fonte no fr. 1.^o § 6.^o de *lege Cornelia de falsis* (XLVIII, 10), e está consagrada explicitamente nas Ords. L. 1.^o tit. 48 § 13 e L. 3.^o tit. 26 pr. Os romanos tinham em tão elevada conta esta qualidade, que consideravam falsario o advogado indiscreto: *Is qui deposita instrumenta apud alium ab eo prodita esse adversariis suis dicit, accusare eum falsi potest*—cit. fr. 1.^o § 6.^o Vid. Pothier, *ad Pand.*, 1.^o vol. p. 17; Viguani, *Raccolta delle principali massime del corpo del Dir. Rom.*, vb. *Avvocato*.

Tambem a nossa Ord., cit. § 13. considerava falsario o advogado, *que tendo sabido os segredos de um dos litigantes, advogava, procurava, ou aconselhava, publica ou secretamente, pelo adversario, mandando degradal-o para sempre para o Brasil, e que nunca mais usasse do officio.*

A Res. de 20 de Dezembro de 1865 declarou derogada esta pena, em vista do art. 310 do Cod. Crim. de 1830, competindo á jurisprudencia dos tribunaes a applicação da que coubesse á vista do mesmo codigo contra o advogado que infringiu o preceito da Ordenação. Mas o Cod. Penal vi-

requerer contra lei expressa (2); 3.º não reter o feito em seu poder além do termo legal (3); 4.º não desamparar, salvo motivo legítimo, a causa cuja defesa uma vez aceitou (4); 5.º indemnisar o prejuizo que causar ao constituinte por dolo, culpa ou ignorancia (5).

gente define este crime no art. 209, e pune-o com a privação do exercicio da profissão por 2 a 4 annos e multa de 200\$000 a 500\$000, alem das mais em que o advogado incorrer pelo mal que causar.

(2) Ord. I, 48 §§ 6 e 7; Alv. de 6 Dezembro 1774 § VIII; L. 18 Agosto 1769, §§ 7 e 10; Reg. 15 Março 1842, art. 26; Cod. Pen., art. 410.

Nem todas estas disposições estão em vigor, mas de todas se deduz a regra exarada no texto. A L. de 18 de Agosto não pode deixar de estar revogada nesta parte: 1.º) porque, attento o regimen politico e judiciario actual, já não ha possibilidade de se tomarem os assentos de que ali se falla; 2.º) porque ha manifesta impossibilidade da applicação das penas ali impostas.

Neste ultimo caso está tambem a citada disposição do Alv. de 1774.

Mas a prohibição de requerer contra lei expressa perdura; e sua infracção é punida com as penas da Ordenação, hoje somente applicaveis pelo Tribunal de Justiça, e pelo maximo de 6 mezes—cit. Reg. n. 5618, art. 10 § 6.º Os juizes da 1.ª instancia applicam a pena do art. 26 do Reg. de 15 de Março de 1842. Quanto aos *raciocinios frivolos e sophismas*, de que falla a L. de 18 de Agosto, comprehende-se que só devem ser punidos quando importarem em algum dos casos das citadas Ords. ou do Reg. de 1842.

— Este dever do advogado tinha, no direito romano, muito mais larga extensão. ia ao ponto de confinar com o de explicar, clara e exactamente, ao constituinte, as disposições das leis e exhortal-o a não transgredil-as nem descuidal-as como ainda prevenil-o de outros damnos e prejuizos. «Deve, portanto, instruil-o com sinceridade sobre a justiça ou injustiça da sua causa e sobretudo eximir-se de tomar a defesa de uma causa manifestamente injusta, para se não deixar servir de instrumento de dolo, intrigas ou outros manejos illicitos semelhantes.» Glück. cit. § 367 sobre a const. 6.ª §§ 3 e 4 h. t. e 13 § 9. 14 § 1.º de *judiciis* (II, 1). Conf. Donellus, *Com. XVIII* cap. 3 pag. 1009 e Strychius, *Diss. de conscientia advocat.*

Ah! que si todos os advogados observassem escrupulosamente este preceito, como fôra bella e suave a profissão da advocacia!

(3) Já o direito romano impunha que *nemo ex industria protrahat jurgium*—const. 6.ª § 4.º, *de postul.* (II, 6). Não tem prohibidade o advogado que de industria protraher a causa e sem duvida é protraír a causa reter os autos alem dos termos assignados. Por isso a lei pune similhante improbidade—Ord. III, 20 § 45; Carta regia de 16 de Maio de 1840; Reg. n. 737 de 1850, arts. 713—715; Cod. Pen. art. 209 n. 4.

(4) Ord. I, 48 § 8.º; III, 26; Ass. 27 Março 1821; const. 7.ª *de postulando*.

Mas porque o advogado não deve patrocinar causa manifestamente injusta (const. 14 *de judic.*, III, 1), tem o direito de renunciar ao mandato logo que se convença da injustiça notoria das pretensões do seu constituinte.

Eis a lição de Pothier, calcada sobre aquella const.: «*Denique causam tuendam suscipere non debet causarum patronus quam iniquam novit: et si postquam eam suscepit id perspexerit, debet ab ea tuenda desistere—ad Pand.*» III, 18.

(5) Ord. L. 1.º tit. 48 §§ 10 e 17.

Direitos do advogado

A classe dos advogados sempre foi tida como das mais nobres e consideradas. Na antiga Roma era o *forum* chamado o viveiro das honras: *Est corpus advocatorum seminarium dignitatum*. Cicero fez a confissão de que não entrára naquella laureada carreira sinão por ambição, e que, si ainda lhe supportava os labores, era para melhor salvaguardar, pelo favor que tal carreira proporcionava, as altas dignidades que nella adquirira (1). Na Grecia, homem algum logrou jamais accumular a grande somma de poder de que dispôz Demosthenes: por largos annos foi o arbitro dos destinos hellenicos, e muita vez, só pela força persuasiva da sua palavra maravilhosa, suspendeu as armas macedonianas (2). Na Grã Bretanha, a terra classica das instituições, os melhores juizes, desde Coke e Blakstone, entre os antigos, até Erskine e Campbell, entre os modernos, são tirados da classe dos advogados (3). E' do *barreau*, a mais nobre das associações nacionaes (4), que a França tem até hoje colhido seus melhores homens, como Dupin e outros; só na constituinte de 1789, presidida por um advogado, Thouret, havia, alem deste, seis mem-

(1) Henriot, *Mœurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome*, 3.^o vol. p. 99.

(2) Latino Coelho, *Oração da corôa*, Introd. p. VIII.

(3) Karcher, *Institutions de l'Angleterre*, p. 171.—«Lord Brongham, o infatigavel octogenario, era mais conhecido e popular como o simples advogado «Harry Brongham» do que quando depois entrou para a augusta Camara dos lords.» «Na Inglaterra, a magistratura não é uma carreira; é o merecido premio da alta reputação adquirida na advocacia. O juiz respeita a sua propria pessoa e sua profissão no «confrade» que pleiteia diante d'elle, porque o advogado é verdadeiramente seu confrade, e mesmo officialmente elle chama os *serjeants at Law* «meu irmão,» *ibid*, pag. 172.

Ah! como ás vezes as distancias geographicas separam tambem os sentimentos sociaes!...

(4) Liouville, *De la profession d'avocat*. p. 94.

bros do *barreau* de Paris: Tronchet, Target, Camus, Treilhard, Martineau e Samson, então *batonnier* em exercicio (5). O *batonnier*, chefe da Ordem dos Advogados, é um verdadeiro poder, assim como a Ordem a unica instituição que até hoje tem resistido aos varios elementos da contemporanea decomposição social (6). Gustavo, Hugo e Savigny, na Allermanha, Marini-Serra e Carrara, na Italia, Valasco e Caldas, em Portugal, Nabuco e Teixeira de Freitas, no Brasil, foram advogados.

Eis porque a legislação de todos os povos sempre se occupou cuidadosamente dos advogados. Pela nossa antiga legislação, de varios privilegios e honra gozavam elles: eram nobres; não eram obrigados a jurar fóra de suas casas (7); gozavam de homenagem (8) e de todos os privilegios militares (9); eram isentos das collectas, e onus reaes dos conselhos (10); não lhes eram tiradas suas casas para alojamento de soldados (11); tinham aposentadoria activa (12); e si eram advogados da casa da supplicação, tinham di-

(5) Dalloz, *Répert. ob. Avocat.* n. 43.

(6) Ainda a proposito da ultima eleição de M.^o Pouillet, o actual *batonnier* da Ordem dos advogados de Paris, escreveu Albert Bataille um magnifico artigo no jornal *Le Figaro* de 12 de Julho de 1895, em que se lê a seguinte passagem: «Par ce temps d'universelle débâcle, à une époque où les corps les plus constitués perdent chaque jour une plume de leur panache, c'est un spectacle qui n'est pas sans grandeur que celui qui nous est offert par l'Ordre des avocats.

«Sans appuis du dehors, sans avoir pour se défendre une armée de fonctionnaires ou de soldats, sans recourir en rien à cette mise en scène bruyante derrière laquelle tant de ruines font semblant de se survivre, il demeure, au milieu de l'effondrement général, la seule grande force morale du temps présent.»

(7) Ord. I, 5 § 14; 7 § 25; 26 § 5.^o; 78 § 3.^o e 84 § 10; fr. 15 *de jure jurando* (XII, 2).

(8) Costa, *Estylos*, Annot. 17 n. 14.

(9) Cod. *de Advocat. divers. jud.* Liv. 14,

(10) Ord. I, 66 § 42.

(11) Per. e Souza, *Prim. Lin.* N. 150.

(12) Dec. 8 Outubro 1701.

reito, depois de quatro annos de exercicio, a serem despachados desembargadores da Relação do Porto (13).

Mas si estão hoje abolidos taes privilegios, incompativeis com os principios constitucionaes em vigor (14), conserva ainda o advogado alguns direitos expressos em lei vigente, necessarios ao brilho e importancia de sua elevada profissão. Assim, tem o advogado o direito de: 1.º escrever nos autos as cotas marginaes, que forem a bem da causa de seus constituintes (15); 2.º tomar assento, nas audiencias, á direita dos juizes da primeira instancia (16); 3.º falar na audiencia, segundo a ordem da respectiva antiguidade, posto que outros mais modernos tenham chegado antes (17); 4.º tomar assento dentro dos cancellos dos tribunaes (18); 5.º receber honorario pelos serviços prestados (19); 6.º guardar os segredos da profissão (20).

Artigo 2.º

Do solicitador

§ 48

Definição

O *solicitador* é o que auxilia o andamento das causas, constituido para requerer quanto convier á marcha formal do processo.

(13) Ord. I, 35 § 2.º

(14) Const. Pol. art. 72 § 2.º

(15) Ord. I. 48 § 14.

(16) Reg. n. 120 de 31 de Janeiro 1842 art. 195.

(17) Souza Pinto, § 108, 2.º

(18) Dec. 23 Novembro 1844, art. 2.

(19) Dec. n. 5737 de 2 Setembro 1874, art. 202; Dec. estadual n. 178 de 6 de Junho de 1893.

Entendemos que estão revogadas as Ords. L. 1.º tit. 48 § 11 e L. do 1.º de Agosto de 1774, quanto á prohibição dos chamados contractos de *quota litis*. O arbitramento, e a faculdade de contractar honorario, derrocaram o systema das leis anteriores.—Vide a respeito a erudita dissertação inserta n' *O Direito*, vol. 25 p. 369, pelo illustre magistrado Macedo Soares.

(20) Glück, loc. cit.; Desembargador Aureliano Coutinho, *Segredo profissional*, *Rev. da Faculdade*, vol. 3.º pag. 36 ns. XX—XXVII.

Os solicitadores são nomeados pelo presidente do Tribunal de Justiça, depois do legalmente *habilitados* (1)

§ 49

Seus direitos e obrigações

Compete aos solicitadores requerer em audiência tudo quanto fôr a bem da causa que patrocinem; accusar citações; fazer louvações; assignar petições e peças do processo, que não forem da exclusiva competencia dos advogados; inquirir testemunhas; em geral, quanto a pratica forense lhes tem consentido (1).

Percebem, por seus serviços, os salarios taxados no regimento de custas (2).

Artigo 3.º

Do Procurador

§ 50

Noção do Procurador judicial

O *procurador judicial*, no sentido particular, unico em que aqui o consideramos, é aquelle *que tem poder das partes litigantes para por ellas procurar em juizo*—Ord. I. 48 § 19. Pode praticar todos os actos que, por disposição de lei, não forem privativos do advogado ou do solicitador (1).

Dr. João Monteiro.

(Continúa)

(1) Reg. n. 5618 de 2 Maio 1874, art. 14 § 10; Dec. estadual n. 123 de 10 de Novembro de 1892, art. 90. A habilitação consiste no exame de que falla este ultimo art. As respectivas provisões serão passadas pelo tempo de dous a quatro annos, podendo ser renovadas si os provisionados apresentarem attestados de abonação dos juizes perante quem serviram—art. 91.

(1) L. n. 18 de 21 Novembro 1891, art. 60.

(2) Dec. n. 178 de 6 Junho 1893, art. 153.

(1) Qualquer dos tres auxiliares *supra* não pode figurar em juizo sem procuração da parte constituinte. Relativamente ás procurações, devem ser observadas as regras do direito civil acerca do mandato.—Per. e Souza, N. 153.