

ORGAMS DA FÉ PUBLICA

Tabelliães ou notarios. Escrivães e officiaes do Juizo.
Registradores. Archivistas

O direito, em sua realisação, é um acto do livre-arbitrio, fundado na lei moral, e, portanto, uma expansão da vontade determinada pela intelligencia. Na infancia dos povos, as acções symbolicas e os symbolos foram as fórmas mais imponentes da declaração da vontade juridica.

Depois, a palavra, a principio constituida no rigor da formula e mais tarde se emancipando desse rigor, foi o elemento frisante daquella declaração. O *uti lingua nuncupassit ita ius esto*, da Lei das Doze Taboas, já accusa um progresso relativo. Os direitos se exercitavam directamente, e em publico se tratavam os negocios que interessavam á convivencia social, taes como os contractos e testamentos. Nesse primeiro periodo da existencia da humanidade, si não bastassem a boa fé, o respeito á promessa e o testemunho dos particulares, sendo os negocios tão poucos e tão simples, o testemunho das assembléas po-

pulares, então de facil alcance pela concentração dos grupos que formavam as *phvatrias*, as *tribus* e as *ciudades*, satisfazia as exigências da vida juridica (1). Os actos e contractos eram feitos ás portas da cidade, que então offereciam um accesso mais facil e uma posição mais commoda para os contrahentes e litigantes; e este uso permaneceu, até certo ponto, entre os povos modernos, onde, em geral, a séde da administração municipal e da justiça, o paço municipal, é na praça publica, no logar mais frequentado (2): o *mallum*, *malhom* gèrmanico, o *malberg*, da Lei Salica, *Læberg*, dos povos scandinavos, o *Forum* romano, os *cóncelhos*, dos Foraes portuguezes, reunindo-se « aos carvalhos da egreja », etc., accusam essa origem commum (3). « Desenvolvendo-se as relações sociaes, novos conhecimentos, relações commerciaes mais diffusas, a variedade e complicação dos negocios trouxeram a necessidade de uma prova das convenções, menos fugaz do que a *palavra fallada* e menos transitoria ou mais segura do que a memoria das testemunhas; e, assim, as simples promessas verbaes foram substituidas por *documentos escriptos*. Para escrevel-os, surgiram os intermediarios, expeditos na arte calligraphica, os quaes, a principio, simples privados, tornaram-se mais tarde funcçionarios officiaes destinados a dar, em fórma solemne, aos actos que lavrassem a sancção da fé publica » (4): eis a genesis do notariado, segundo o doutor WLADIMIRO PAPPFAVA, notavel jurisconsulto, autor de varias obras sobre o notariado em geral e especialmente sobre o notariado austriaco. O illustre ministro italiano DE FALCO, no seu relatorio sobre o projecto de lei para reorganisa-

(1) FOUSTEL DE COULANGES, La cité antique, pags. 131 e seguintes.

(2) ROLLAND DE VILLARGUES, Code du Notariat, pag. 3.

(3) THEOPHILO BRAGA, Historia dos foraes, pag. 34.

(4) PAPPFAVA, Letteratura notarile, pag. 3.

ção do notariado na Italia, apresentado em 1866, assignalando que esta instituição passou por varias transformações á medida do desenvolvimento da civilização, diz o seguinte: «No antigo Oriente, o officio de *scriba* era mais uma emanação do poder sacerdotal. Entre os Romanos, o ministerio dos tabelliães, constituido por um collegio de pessoas livres, doudas e probas, elevou a instituição do notariado á maior dignidade. Mas, os actos do *scriba* do Oriente e do *tabellio* em Roma eram *escriptos privados* até que as partes contrahentes os tivessem exhibido, em presença de testemunhas, ao magistrado encarregado de imprimir-lhes o signal ou sello publico e de dar-lhes o character de autenticidade necessario para sua execução. Até a metade do seculo XIII não se acham notarios com a qualidade de *officiaes publicos*; mas, ás vezes, o officio de notario via-se confundido com o de juiz, por força das tradições historicas que, até aquelle tempo, tinham tornado necessario o ministerio do magistrado para dar character publico ao acto notariado. Entretanto, os juizes pela multiplicidade dos actos que deviam cumprir como notarios, começaram a delegar essas funcções aos seus escrivães e chancelleres, os quaes pouco a pouco foram se tornando peritissimos na sciencia das fórmulas e constituiram uma classe de officiaes publicos separada e independente. Operou-se, então, uma mudança substancial no character e na indole do officio notarial: o ministerio dos notarios não foi mais uma emanação da autoridade judiciaria, como nos primeiros tempos o tinha sido da autoridade sacerdotal, mas tornou-se uma delegação immediata do poder soberano. Os notarios foram os delegados directos e especiaes do governo, para tornar executorios os actos e contractos a que as partes devessem ou quizessem imprimir o character de autenticidade proprio dos actos de autoridade publica». Não ha,

le facto, divergencia entre a exposição do ministro taliano e a do jurisconsulto austriaco, a quem muito recorreremos no exame, que passamos a fazer, da instituição do notariado entre os principaes povos da antiguidade, entre os povos da idade media e nos saizes modernos.

■

Hebreos, Assyrios, Egypcios, Gregos e Romanos

1). HEBREOS. A simplicidade da organização social dos Hebreos era uma consequencia da simplicidade da sua vida privada. Cada um vivia dos fructos de seu campo e de seus rebanhos: o trigo que colheva, o leite e a carne de suas ovelhas, o fructo de sua vinha e de sua figueira, eis o alimento do Israelita; as mulheres de sua casa teciam o panno, cosiam os vestidos, fabricavam os calçados, preparavam o pão e o repasto. Póde-se dizer que não havia artes ou officios; não havia sinão agricultores ou pastores, que trocavam os excedentes de seus productos ou entre si ou com os ricos tecidos, armas e metaes dos Phenicios industriosos e das caravanas que atravessavam a Palestina. Quando se toram complicando as transacções, estas se faziam ás portas da cidade, sem intervenção de notario e sem escripto, mas diante dos habitantes do logar, que serviam de testemunhas. Foi ás portas da cidade que se concluiu o mais antigo contracto real de que a Escripura Sagrada faz menção (*Genesis*, XXIII, 8—18), isto é, aquelle pelo qual, no anno de 1850 A. C., Abraham comprou de Ephron um terreno para nelle sepultar sua mulher Sara, compra essa que foi feita, por quatrocentos siclos de prata, em presença das tribus de Heth, reunida ás portas da cidade. Assim Jacob compra por cem cordeiros

um campo onde quer levantar um altar (*Genesis*, XXIII 19—20). Igualmente, ás portas da cidade, Booz, asentado com dez anciãos de Israel, adquire, em seguida á renuncia de direitos feita por um mais proximo parente, uma parte do campo de Elimelech, vendido por Noemi (*Ruth*, IV, 1—11).

Exceptuado o acto de repudio, para o qual Moysés ordenára o *escripto* (*Deuteronomio*, XXIV, 1), que, segundo S. AGOSTINHO, deveria ser lavrado por um funcionario publico, os contractos e todas as outras disposições tinham lugar, como já foi dito, verbalmente e a prova delles fazia-se mediante testemunhas. Os primeiros actos escriptos que se encontram entre os Hebreos consistem em um contracto de Tobias, o Moço, com Raguel, sobre o qual diz a Escripura: *Accepta charta, fecerunt conscriptionem conjugii* (*Tobias*, VII, 16) e, em um documento de debito, a proposito do qual leem-se, entre outras, estas phrases que o pae dirigia ao filho: *Indico etiam tibi, fili mi, dedisse me decem talenta argenti, dum adhuc infantulus esses, Gabelo, in Ragis, civitate Medorum, et chirographum ejus apud me habeo* (*Tobias*, IV, 21).

Nos tempos posteriores, quanto a immoveis, não foi sufficiente, entre os Hebreos, a estipulação verbal nos contractos de compra e venda e introduziu-se a formalidade da immissão na posse; é, ao menos, o que resulta do contracto que Jeremias, na epocha do sitio de Jerusalem por Nabuchodonosor, no anno 620 A. C., emquanto se achava no carcere por ordem do rei Sedecias, estipulou com um filho de seu tio Salum, sobre a venda de um campo que tinha em Ananath, pelo preço de sete siclos e dez dinheiros de prata. O instrumento do contracto foi firmado pelos contrahentes e pelas testemunhas na presença do publico: *Et scripsi in libro, et signavi et adhibui testes et appendi ar-*

gentum in statera. Et accepi librum possessionis signatum, et estipulationes, et rata, et signa forinsecus; et dedi librum possessionis Baruch, filio Neri filii Massii, in oculis Hanameel patruelis mei, in oculis testium qui scripti erant in libro emptionis, et in oculis omnium Judæorum, qui sedebant in atrio carceris (Jeremias, XXXII, 9—13.) «E escrevi no livro e assignei e chamei testemunhas e lhe pezei o dinheiro na balança. E recebi o *livro da posse* assignado, com as estipulações e prescripções legaes e sello exterior; e dei este *livro da posse* a Baruch, filho de Neri filho de Massias, em presença de Hanameel, meu primo, e das testemunhas que estavam escriptas no *livro da compra*, assim como na presença de todos os Judeos que se achavam sentados no adro do carcere». Note-se que o termo *liber*, em sua significação propria e original, significa a pellicula entre o cerne e a casca do tronco de arvore, ou entrecasca, e por extensão applicou-se á taboa de escripta, ao pergaminho, ao papel e, só mais tarde, ao livro no sentido moderno ou folhas encaderadas. Aquelle contracto foi lavrado em dous exemplares dos quaes um foi conservado aberto e outro, fechado e sellado, e ambos foram, na presença de testemunhas, consignados a uma terceira pessoa, isto é, a Baruch, para que os guardasse. Esta pratica era seguida ordinariamente em todos os contractos escriptos e, no caso de contestação, o exemplar sellado fazia prova plena. *Et præcepi Baruch coram eis, dicens: Sume libros istos, librum emptionis hunc signatum, et librum hunc qui apertus est: et pone illos in vase fictili ut permanere possint diebus multis.* «E preveni a Baruch diante delles, dizendo: Toma estes livros, este *livro da compra* sellado e este outro que está aberto: e guarda-os em vaso de barro, para que possam durar muito tempo». Para bem comprehender-se este texto que os interpretes nem sempre re-

produziram com exactidão, é preciso estudar o processo então empregado para a confecção dos actos e também a missão ou função das testemunhas. O acto se lavrava entre as partes, isto é, aqui, entre o vendedor e o comprador; em seguida, dobrava-se a pelle ou o papyrus: as partes appunham o seu sello ou sinête na dobra em presença das testemunhas e estas assignavam sobre a parte que ficava apparecendo. Assim, as testemunhas não conheciam as clausulas do contracto, attestavam somente a identidade das partes e o facto da apposição dos sêllos ou sinêtes, quasi como acontece actualmente na approvação de um testamento cerrado; aliás, esta pratica era observada também mais tarde entre os Romanos, como se pôde vêr nas *Sentenças de Paulo*, V, 25, e no Dig. Liv. XXVIII, I, *Qui testam. facere poss.*, L. 22, § 7.º, sendo que o acto assim duplicado chamava-se *diploma* ou *diptichus*. (5)

Desde 600 annos A. C., o encargo de receber e sellar os actos e contractos, que deviam ser munidos do sello publico, competia a uma especie de notarios chamados *scribas*. Estes, na maior parte das convenções, faziam simples notas ou abreviaturas, cada uma das quaes significava uma palavra, e eram escriptas com toda a celeridade, como se deprehe de do versiculo segundo do *Psalmo XLIV*: *Lingua mea calamus scribæ, velociter scribentis*. Eram revestidos de character sacerdotal, tanto os *scribas* ou *doutores da lei*, que transcreviam e interpretavam a Sagrada Escrip-tura, como os *scribas do povo*, que occorriam ás necessidades quotidianas dos cidadãos, redigindo memorias, cartas e semelhantes documentos. *Penes sacerdotes, erat publica fides, annales temporum et regum. In manu Dei prosperitas hominis et super faciem scribæ*

(5) DARESTE, Histoire du Droit, pag. 33.

imponit honorem suum. Agri emuntur pecunia, et scribuntur in libro, et imprimetur signum, et testis adhibitur. (Jerem. XXXVI, 10, 12, 20, 23; IV Reis, XII, 10, XXII, 3, 8; I, Esdras, VII, 6, 11, 12; Math. II, 4, etc.)

Depois do anno 450 A. C., isto é, após a volta do captiveiro de Babylonia, construido o segundo templo e reconstruidos os muros de Jerusalem em consequencia do celebre edicto de Cyro, Jerusalem foi se tornando um mercado muito frequentado e um grande centro de negocios. A expansão da raça judia e o movimento de peregrinos que vinham visitar o novo templo, forneciam meios de communicacão regulares e seguros (6). Desenvolveu-se em larga escala o negocio bancario. Havia mesmo em Jerusalem, como em todas as praças da Grecia e do Oriente, um edificio publico (*grammatophilacio*), verdadeira bolsa do commercio, onde se vendiam e compravam titulos de credito e onde se conservavam esses titulos: o historiador JOSEPHO conta que, por occasião da grande revolta dos Judêos, esse edificio foi incendiado.

Ao lado da lei mosaica foram-se formando nessa epocha as instituções que constituem o *Talmud*, ultimo monumento do direito hebreo, obra composta do *Mischna* e da *Gemare* (7). No que diz respeito á forma dos actos escriptos, o *Mischna* estabelece regras importantes;—assim: distingue o escripto ordinario, não solemne, não lavrado em presença de testemunhas, e o acto de emprestimo, lavrado com intervenção de testemunhas; este ultimo é executorio por si mesmo e produz hypotheca com direito de sequela sobre os immoveis do devedor; a publicidade dada ao acto

(6) Cit. DARESTE, pag. 36 e seguintes.

(7) BRUNET, art. no Diccionario de DUCKET, verb. *Talmud*.

pela presença das testemunhas é sufficiente para o effeito em relação a terceiros.

Quanto ao processo, não descobrimos na legislação mosaica que os *scribas* se incumbissem de escrever os actos processuaes. A prova se fazia por audição de testemunhas e por juramento do accusado em certos casos; o *judicium Dei* (8) só era admittido no caso da mulher suspeitada de adulterio (*Numeros*, V, 11—31). Mas, na legislação talmudica, ha o processo executivo, cujos actos suppõem a necessidade do *scriba*: o devedor tem noventa dias para pagar; passado esse prazo, o credor se apresenta ao tribunal e troca o seu titulo por um *titulo de penhora ou apprehensão*; depois troca esse titulo por um *titulo de occupação*, e, por fim, troca este ultimo por um *titulo de adjudicação* após avaliação. Além disso, os tribunaes, inclusive o *synedrion*, tinham sempre um ou dois secretarios, incumbidos de guardar os instrumentos em taboa ou papyrus e de autenticar os julgamentos.

Não devemos terminar esta apreciação dos orgams da fé publica entre os Hebreos sem aproveitar algumas considerações que, a proposito da derivação etymologica das palavras—*nota* e *notario*, se encontram no prefacio de uma obra do advogado italiano Doutor LIMENIO STROPPA (9). Que, a palavra *notarin*, notario tenha sido usada por muitos autores desde a mais alta antiguidade, é o que se deprehe de um trecho

(8) O *judicium Dei*, dos costumes germanicos, era tambem uma correcção da vingança individual pelo principio theocratico; mas, consistia no *combate judiciario* ou duello das partes perante o juiz e nas *ordalias*, isto é, na experiencia da firmeza e paciencia do accusado em supportar a acção do fogo ou da agua. As ordalias consistiam ou em ficar um certo tempo em rios e mares sem submergir-se, ou em mergulhar o braço em agua fervendo sem mostrar soffrimento, ou em beber aguas amargas sem repugnancia, como no caso da lei mosaica.

(9) STROPPA, Repertorio della nuova legge 25 Luglio 1875 sul rioridamento del notariato, pag. 7.

de um antiquissimo commentario do *Pentateuco* (*Schemot-Raba*), onde, a proposito da usura, vem o exemplo de um homicida conduzido á presença do juiz quando foi chamado o *notarin*. Em outro logar, no *Talmud*, de igual antiguidade, lê-se que, depois da passagem do Jordão, Josué fez gravar ou esculpir sobre grossas pedras as palavras da lei, segundo as ordens de Moysés (*Deuteronomio*, XXVI): segundo a lei talmudica, Josué executou o mandado do legislador, esculpiu as palavras e fel-as depois cobrir com rebôco de cal; mas, os povos cananêos mandaram os seus *notarin*, que conheciam a lingua, tirar a cal e traduzir. A palavra — notario — parece, assim, derivada do hebraico, *notarios* ou *notarin* (forma plural), traduzida nos lexicons latinos por *notarii*, *scribæ judicenti*. Entretanto, Moysés não usa da palavra *notarin* usa da palavra *nôgsim*, referindo-se a intendentes de policia e assistencia publica, e da palavra — *sôterin*, referindo-se aos agentes judiciaes. As palavras — *sofer* e *scriba* são posteriores; e, nos *Talmuds*, quando se requer a presença do notario para lavrar ou rogar um acto, é sempre usada a palavra — *sofer*, que alguns ligam á origem egypcia.

Mas, não estariamos longe da verdadeira derivação etymologica, si ligassemos a palavra — notario — ao verbo hebraico — *natar*, que significa *observar* e *conservar*; de facto, o notario é não só a testemunha mais autorizada dos actos, como o conservador dos documentos.

Uma outra curiosa observação é feita na citada obra do Dr. STROPPA, a proposito da palavra greco-chaldaica — *notaricon*, derivada da raiz hebraica — *natar*, palavra aquella que significa — Symbolo artificial dos escreventes, *scribarum Symbolum artificiale*. Não é de extranhar isso no chaldaico, porque nessa lingua ha palavras cujas lettras têm cada uma um significado.

Ora, não estará longe da verdade quem veja analogia entre o *notaricon*, greco-chaldaico, e o *natar* hebraico.

Ao Doutor WLADEMIRO PAPPÁFAVA, porém, não parece exacto que o nome — *notarius* seja derivado da voz hebraica — *natar* (10). Os Romanos, como nação, não tiveram directamente contacto algum com os Hebreos sinão na guerra de Pompeu na Palestina, que, no anno 63 A. C., foi reduzida a provincia romana sob o governo de um *procurator*. Em geral, todos os povos da costa occidental da Asia menor, fallando o hebraico, o armenio, o syriaco, ou outra qualquer lingua semitica, não foram subjugados sinão nos ultimos annos antes e nos primeiros depois de Jesus Christo. Não é, pois, presumivel que os Romanos tenham tomado de tal povo a palavra *natar* e a tenham mudado em *notarius*. Quando os Romanos contrahiram relações com os povos do Oriente, tinham já, si não a palavra *notarius*, a palavra — *nota*, que é de origem grega ou commum com a grega. Os Romanos puzeram-se em contacto com as colonias gregas e com a cultura grega na Italia inferior (Magna Grecia) mais ou menos 400 annos A. C. Mas, a influencia grega no Lacio é muito anterior, como demonstram a constituição de Servio Tullio, a existencia dos jogos Romanos, a introdução dos livros sybillinos, etc. A palavra *nota* é de origem commum com o grego *gnót*, de *gnosko*, conhecer, porque a raiz *not* (*g-not*) é commum ás duas linguas irmãs do ramo indo-germanico, a grega e a latina. Da raiz *not* os Romanos formaram a palavra *nota*, e, com o suffixo — *rius*, formaram a palavra *notarius*. Mas, a palavra — *nota*, no sentido actual, restricto e especialissimo de significar os instrumentos publicos de actos e contractos, em contraposição aos

(10) PAPPÁFAVA, Delle opere che illustrano il notariato, pag. 340.

instrumentos publicos de actos processuaes nos juizos ou tribunaes, é introducção do Direito Canonico, como opportunamente provaremos.

2). ASSYRIOS, MEDOS E PERSAS.—E' sabido que a escripta dos Assyrios, dos Medos e dos Persas, era composta de figuras, em fórma de ferro de lança ou de prégo, primitivamente impressos em tabolêtas de argilla, especie de terra-côta, ou gravados em pedra, diversamente combinados: d'ahi o nome de *escripta cuneiforme* (11) Em 1876 entraram para o Museo de Londres cerca de dous mil e quinhentos contractos, — comprados por George Smith a um mercador de Bagdad:— eram lavrados em tabolêtas com caracteres cuneiformes, descobertas nas ruinas de Hillah, contendo documentos de interesse privado, dos quaes os mais antigos são considerados como do tempo de Sennacherib, rei da Assyria(712—707 A. C.) e os mais modernos são datados do reinado de Dario, filho de Hystaspe (521—485 A. C.), isto é, estes ultimos já do tempo em que a Assyria passou para o dominio persa, tempos posteriores ao anno 538 A. C. em que, sob a dominação de Cyro, a Assyria tornou-se uma provincia da Persia.

Os Assyrios não se serviam de tinta nem de pincel; elles não tinham papyrus como os Egypcios, nem pelles preparadas como os habitantes de Pergamo, os Gregos e os Romanos; os scribas assyrios desenhavam seus caracteres formaes em tijolos de argila, servindo-se de estyletes triangulares. Bem se vê quanto é difficil cogitar, com taes materiaes, de actos processuaes escriptos, quer da *causa*, quer do *expediente do juizo*. Mas, a conquista da Assyria por Cyro mudou a face das cousas. Sob a mesma dominação de Cyro, no anno 536 A. C., foram subjugados os

(11) VIGOUROUX, La Bible et les decouvertes modernes, I, 171 e IV, 528

Medos. As formas dos actos, portanto, devem em geral, ser apreciadas d'ahi em diante, segundo a civilização e as leis dos Persas; e, réferindo a descoberta das tabolêtas assyrias, não temos em vista si não mostrar o uso antigo da fórma escripta.

Os historiadores do direito persa anterior á dominação musulmana, vão buscar no *Zendavesta*, dentre os preceitos religiosos, as idéas jurídicas nelles contidas, e no *Gemare de Babylonia* muitas leis positivas. O *Gemare de Babylonia* foi a parte do *Talmud* constituindo a legislação dos Judêos que, não querendo se aproveitar do edicto de Cyro, não voltaram á Palestina, continuando a viver nas margens do Euphrates, submettidos a seus juizes nacionaes e governados por suas proprias leis, posto que sob a autoridade do monarcha persa. Os Persas, como em geral os antigos orientaes, ligavam grande importancia á prova escripta. Como os Judêos, elles lavravam actos duplicados com assignatura de tres testemunhas na dobra da pelle ou entrecasca (12). Estes actos tinham execução preparada e produziam o direito de sequela sobre os immoveis do devedor. Os Persas foram dos primeiros a estabelecer o *cadastro* e, desde então, a propriedade dos immoveis, não podia ser transmittida sem acto escripto. Quanto á venda de moveis, tornava-se ella irrevogavel, não pela apprehensão da cousa vendida, como entre os Judêos, mas pelo pagamento do preço. Tudo leva a crer que, ao menos para a confecção daquelles actos para os quaes *era necessaria a forma escripta*, houvesse uma classe de pessoas habeis, sinão por officio publico, ao menos por profissão.

Não pudemos descobrir, na investigação da pratica do fôro antigo da Persia, a existencia de escrivães judiciaes

(12) Cit. DARESTE, pag. 113.

e é de crer que não houvesse. Os juizes persas não motivavam suas sentenças; pois, conforme attesta RABBINOWIHS, *Legislation civil du Talmud*, citado por DARESTE, os juizes persas exerciam uma autoridade discricionaria e não motivavam suas sentenças. A prova se fazia por testemunhas que eram ouvidas e examinadas pelo proprio juiz; e, na falta de testemunhas, recorria-se á tortura e ás ordalias.

3). EGYPCIOS.— O antigo Egypto apparece na historia desde logo como uma sociedade regularmente organisada, submettida a uma monarchia apoiada, no regimen das castas e revestida de character sacerdotal. Só as castas superiores, isto é, dos sacerdotes e dos guerreiros, tinham o direito de propriedade e o direito de contractar; mas, no seculo VIII A. C. tendo o rei Bocchoris proclamado a liberdade dos contractos, começa no Egypto a vida juridica, sendo que, em geral, os contractos deviam ser provados por escripto. O escripto era lavrado pelas proprias partes, ou por um notario e, quasi sempre, em presença de cinco testemunhas; cada uma das testemunhas transcrevia por sua mão o contracto e assignava-o embaixo desta transcripção, de sorte que a mesma folha de papyrus reproduzia as mesmas disposições tantas vezes quantas testemunhas, sem contar o original assignado pelas partes. Isso explica-se pelo desenvolvimento da arte de escrever no Egypto: não faltavam alli materiaes, pedra, madeira, pergaminho, e, sobretudo, o *papyrus*: o signal caracteristico do Egepcio era, na phrase de VIGOUROUX, a *mania de escrever* (13).

Os contractos de transmissão de propriedade offerecem, entre os Egepcios, certas formalidades par-

(13) VIGOUROUX, obr. cit., II, 580—581.

ticulares, que importa assignalar e explicar, porquê, no direito, toda a formalidade, por accidental que seja, é a expressão de uma idéa que a sciencia tem de descobrir (14). A transmissão se operava em tres actos: o primeiro era o *acto por dinheiro*, isto é, o instrumento do accordo entre o vendedor e o comprador, designando o objecto vendido, o facto do pagamento integral do preço sem indicar a quantia ou cifra, a obrigação do vendedor entregar ao comprador os titulos anteriores e de garantil-o contra toda a evicção; o segundo era o *acto do juramento*, acto religioso, do qual se lavrava o respectivo auto; o terceiro era o *acto da immissão na posse* perante o juiz ou tribunal e cuja consequencia era a substituição do nome do vendedor pelo do comprador nos livros do *cadastro*, isto é, no livro em que eram alistados os immoveis, descrevendo-se a sua extensão, qualidade, caracteristicos, valor ou preço e nomes dos proprietarios. Destes tres actos, o segundo cahiu em desuso, restando apenas o primeiro como *acto de aquisição do dominio* e o segundo como *acto de posse*, isto é, a *venda* e a *tradição*, sendo que, mais tarde, no *acto por dinheiro* ou *acto de aquisição*, passou-se a fixar a cifra ou quantia do preço.

Quando, com os Ptolomeus, o hellenismo penetrou na civilização egypcia, os contractos principiaram a ser feitos perante os notarios gregos e os processos foram movidos perante os tribunaes gregos. E, então, os contractos, que importassem alienação, eram lavrados em presença de dezeseis testemunhas, que assignavam seus nomes no reverso do acto, mas já não o transcreviam. Para os actos menos importantes, por exemplo, um emprestimo ordinario, sem penhor ou hypotheca, bastavam seis testemunhas. Quando os

(14) DARESTE, cit., pag. 6.

indigenas se apresentavam para contractar perante os notarios gregos, tinham de declarar, não somente os seus nomes, como a filiação, profissão e residencia, assim como outros caracteristicos da identidade pessoal, precaução efficaz para garantir a substituição da pessoa.

O mais antigo *registro de transmissão* conhecido é do anno 185 A. C. sob o reinado de Epiphanio; pagava-se pelo *registro* o vigesimo do preço e logo, sob o reinado de Evergetes II (140—120 A. C.), foi elevado ao decimo; o pagamento estava a cargo do comprador. Esta formalidade do *registro* perpetuou-se até a dominação romana, porém menos complicada; o ultimo *registro* conhecido, na pratica antiga do Egypto, é do anno 154 A. C., não se sabendo nem quando, nem como foi supprimido este systema, quer como formalidade, quer como imposto.

Na praxe egypcia, pois, se encontram a *escriptura*, o *cadastro*, o *registro* e o *imposto de transmissão* ou *siza*, em sua origem historica. Encontra-se ainda o *archivo* ou *cartorio*, porque não bastava que os contractos fossem registrados; a lei exigia ainda que fossem transcriptos no cartorio do tribunal ou juizo e que fôsses depositados no cartorio do conservador dos contractos: era o uso de todos os paizes onde penetrára a civilização hellenica (15)

Parece que o direito egypcio, como todo o direito anterior ao romano, não conhecia o testamento (16).

Quanto ao processo parece que, mesmo antes da influencia hellenica, havia scribas incumbidos de autenticar os actos que se passavam em juizo, havia officiaes de justiça que collocavam diante dos juizes

(15) DARESTE, cit., pag. 13

(16) FOUSTEL DE COULANGES, cit., pag. 87.

o livro da lei; por escripto o accusador denunciava o crime ou qualquer outra violação de direito; por escripto replicava o accusado; emfim, sempre por escripto as duas partes se refutavam mutuamente; depois, os juizes ouviam testemunhas, liam instrumentos e proferiam suas sentenças silenciosamente significadas pela collocação da estatueta da Verdade sobre a cabeça da parte vencedora, estatueta que os juizes traziam sempre suspensa ao pescoço como insignia da dignidade. As confissões eram extorquidas por bastonadas (17). CHAMPOLLION e outros egyptologos fornecem-nos desenhos achados em *papyrus*, representando o *juizamento dos mortos* e a *diligencia das bastonadas*: naquella figura sempre, não só o juiz, como o scriba incumbido de autenticar os actos processuaes; com maioria de razão, o scriba deveria intervir nos julgamentos dos vivos.

Para concluir, diremos que o uso da escripta no Egypto tornou-se tão vulgar depois que se formou a *escripta demotica*. A *escripta hieroglyphica*, por imitação de objectos materiaes ou imagens tiradas dos seres da natureza, não era empregada sinão nos monumentos publicos ou privados e na transcripção de certos textos sagrados; para os usos da vida ordinaria, empregou-se a *escripta hieratica*, abreviação da *hieroglyphica* e a qual era escripta da direita para a esquerda; depois simplificou-se a *escripta hieratica*, resumiram-se os caracteres para commodidade das transacções e formou-se a *escripta popular* ou *demotica*. Mas, sob os Ptolomeus, o hellenismo entrou não só na administração como na vida civil, a tal ponto que os proprios egyptios voluntariamente contractavam perante notarios gregos e moviam seus processos perante os tribunaes gregos.

(17) LETOURNEAU, Evolution Juridique, pag. 136.

4). GREGOS.— O historiador HESÍODO, desnudando o caracter astuto dos gregos primitivos, assignala a cautela geral da intervenção de testemunhas em todos os actos e contractos, « mesmo entre irmãos ». Os Hellenos não habitavam somente a Grecia: colonos emigravam das pequenas cidades gregas, fundavam pequenos estados nas ilhas do Archipelago, nas costas na Asia Menor, em Creta, em Chypre, nas costas do mar Negro, na Thracia (hoje Turquia de Europa), até na Italia do Sul, etc., e isto desde 1000 até 500 A. C. Mas, as suas duas principaes cidades, os estados de origem, foram, como se sabe, Esparta e Athenas. Não ha necessidade de descermos até esses tempos em que as legislações de Dracon, Solon e Lycurgo dominavam. Observaremos, porém, que, no processo judicial dos antigos gregos, já encontramos a citação, os testemunhos escriptos, a producção das taboletas ou instrumentos, tudo isto devendo ser encerrado em uma *caixa sellada* e lido pelos juizes ou tribunaes (18). Quanto aos actos e contractos, basta que cheguemos aos tempos de Alexandre e ARISTOTELES (19). O Philosopho classifica entre os funcionarios *publicos* aquelles que lavram os actos e contractos dos particulares, assim como os que reproduzem as petições, citações, proposições das demandas, accusações, defezas, e as decisões dos juizes; accrescenta que, em alguns lugares, estas funcções dividem-se por diversos funcionarios, para significar ou a funcção de lavrar os contractos, ou a funcção de escrever os actos do processo judicial, ou a funcção de guardar e conservar os documentos publicos e particulares. Estes funcionarios denominavam-se *mnemons*, *epistates* e *hierommnemons*, que costumam a tra-

(18) LETOURNEAU, cit., pag. 347.

(19) ARISTOTELES, Politica, VI, cap. VIII. n. 6, edic. de EHRLE, IV.

duzir em latim—*notarii, actuarii, chartularii*, e em portuguez,—notarios, secretarios e archivistas. Depois que se desenvolveu a vida civil na Grecia, estes funcionarios foram crescendo na consideração publica. *Ad scribæ officium*, diz TIRAQUELLUS, *apud Grecos solum admittebantur qui honesto loco, fide et industria cogniti erant, cum necesse esset omnium consiliorum eos esse participes* (20).

No que diz respeito ás transmissões de immoveis, era necessaria não só a intervenção de notario, mas a do tribunal, porque, para isso, era exigida a duplicidade do acto, isto é, a *acquisição do dominio* e a *posse*; e quanto aos outros contractos, os Gregos os estipulavam algumas vezes na presença de outras pessoas, tambem de character publico, denominados *trapassitai*, banqueiros e cambistas, que faziam trafico de dinheiro e ao mesmo tempo manejavam os negocios dos particulares. Quanto aos testamentos, o direito atheniense, até Solon, o prohibia de modo absoluto; e Solon, mesmo, não o permittiu sinão áquelles que não deixassem filhos. Em Esparta, foi ignorado por muito tempo e não foi autorizado sinão depois da guerra do Peloponeso.

A verdade é que, em todos os paizes onde dominou a civilização hellenica, observa-se a existencia de notarios, incumbidos de dar aos contractos o seu testemunho *qualificado* e, ao lado dos tribunaes e juizes, um secretario, incumbido não só de escrever peças do processo, como de coordenal-as, guardal-as na *caixa sellada* respectiva e transmittir essa caixa ao juiz ou tribunal. A expressão—*mnemons*, litteralmente traduzida, bem explica que o fim principal do notariado é guardar a lembrança dos contractos, isto é,

(20) TIRAQUELLUS, *De moribus gentium*, V. pag. 83. Confira-se tambem CORNELIO NEPOTE, na vida de Eumenes de Cardia.

preconstituir prova. O citado capitulo do Philosopho, na *Politica*, é um quadro mais ou menos completo do regimen administrativo e judiciario dos povos que receberam o influxo da civilização hellenica.

A vista do juizo de HESÍODO sobre o caracter astuto e chicanista dos Gregos, não são extranháveis todas essas cautelas para memoria dos actos das partes e dos juizes. Si as testemunhas dos contractos gregos não transcreviam os instrumentos, como faziam as testemunhas egypcias, é isso devido não só a não serem os Gregos tão expeditos no escrever como os Egypcios e ao caracter accentuadamente official de seus notarios. Em todo o caso, o numero de dezeseis testemunhas, exigido nos actos de transmissão, já demonstra o meticulouso cuidado com que buscavam provar os seus negocios.

Um facto caracteristico na pratica do direito grego é a inexistencia de cerimoniaes e ritos. Os Gregos, quer nos actos extrajudiciaes, isto é, nos actos dos *mnemons* (notarios) *hieromnemons* (archivistas e registadores), quer nos actos judiciaes, isto é, no processo no juizo dos *Arbitros*, ou do *Tribunal dos Quarenta*, ou do *Tribunal dos Onze*, ou do *Tribunal dos Heliastas*, ou do *Areópago*, onde funcionavam *epistetas* (secretarios ou escrivães), jamais se preoccuparam de taes cerimoniaes. Não se dava isso entre os Romanos e a razão é assignalada por VICO (21): «A religião tinha entre os Romanos o lugar que tinha a metaphysica entre os Gregos. Entre os Romanos, os sacerdotes foram os primeiros professores do direito, ao passo que entre os Gregos foram os philosophos». Essa differença dá a explicação do facto de não ser transportado para a Lei das Doze Taboas o processo

(21) VICO, Opusc. sobre o principio e o fim do direito universal, introdução.

forense dos Gregos; aliás, o citado Vico contesta essa opinião geral de que os Romanos tenham emprestado ao direito dos Gregos os preceitos da Lei das Doze Taboas (22). A influencia grega no Lacio iniciou-se posteriormente pelas relações commerciaes e internacionaes e firmou-se pela reduccão da Grecia á provincia romana em 146 A. C.

5). ROMANOS.—Ninguem melhor do que o já citado jurisconsulto austriaco descreve a evolução do notariado entre os Romanos (23). Nos primeiros tempos de Roma, quando, no dizer de SENECA, *romani naturam incorrupte sequebantur*, naquelles tempos felizes em que a lei natural se fazia sentir em toda a sua força e a boa fé tinha seguro asylo nos corações, a simples palavra de um cidadão romano, como attesta DIONYSIO DE HALICARNASSO, fazia fé em Juizo. Depois, quando os vicios largamente se diffundiram e o luxo corrompeu os corações, manifestou-se a necessidade de imprimir vigor aos contractos e de collocar acima das paixões e dos tempos subversivos os actos mais importantes da vida civil, necessidade que se fez sentir cada vez mais, á medida que o *nexum*, a *mancipatio*, a *in jure cessio*, a *stipulatio*, as *legis actiones*, as *formulas das acções*, isto é, os actos sacramentaes e os rigorosamente formaes do direito antigo deixaram de satisfazer á obra fecunda da civilisação, pela multiplicação das relações civis, pelo progressivo augmento do commercio e da industria, e pela expansão do povo romano. A *escripta* veio, então, não só representar, como guardar a *palavra*: foi o primeiro effeito da diffusão do espirito grego no Occidente, que se manifestou muito antes da

(22) VICO, *De constantia jurisprudentis*, cap. XXXV.

(23) PAPPALAVA, *Letterat. notarile*, pags. 8 e seguintes.

reducção da Grecia á provincia romana da Achaia, isto é, muito antes do anno 146 A. C., e que, levada ao seu apogêo no seculo dos Antoninos, mais e mais se accentuou.

Logo que as letras foram introduzidas e a arte da escripta se desenvolveu, cada chefe de familia romano tinha o seu registro domestico, que tomava o nome geral de *codex* ou *tabulæ* (24). Para redigir exactamente suas *tabulæ*, os Romanos tomavam primeiramente suas notas em uma especie de *borrador* mensal, ao qual chamavam *adversaria*. As *tabulæ*, diz CICERO (25), *sunt eternæ, perpetue existimationis fidem et religionem amplectuntur*, emquanto que os *adversaria* eram despidos de auctoridade moral, *quia sunt menstruæ, parvi temporis memoriam*. Estas inscripções nos registros domesticos eram denominadas pelos Romanos — *arcaria nomina*, porque referian-se sempre a sommas numeradas, isto é, a sommas realmente entregues (*pecunia expensa lata*), ou a sommas realmente recebidas (*pecunia accepta relata*). E essa inscripção que originariamente não constituia a obrigação, porém dava testemunho de uma obrigação preexistente, resultante de um factio consummado, posteriormente, pelo accordo das partes dando o factio como consummado, deu nascimento ao contracto *litteris*. As partes suppõem o dinheiro pezado e dado por uma, pezado e recebido por outra : seu ponto de partida é a ficção do *nexum*, pezagem *per æs et libram* dos antigos tempos, a qual se dá como realizada. Feita esta supposição, existe a obrigação civil. D'ahi se derivam as expressões juridicas *nomen facere, nomina facere, expensum ferre, expensum referre, pecunia expensa lata, pecunia accepta relata* e a de *codex accepti et expensi*, e, por fim, *expensilatio*. A preposição *ex*, diz ORTOLAN, unida á palavra *pendere*, dá perfeitamente a idéa do caso.

(24) ORTOLAN, Explicat. des Instit., III, pag. 244.

(25) CICERO, *Pro Roscio*, orat. 3, § 2.

A *expensilatio* não foi, entretanto, a primeira fórmula substitutiva do *nexum*. Antes della, já a *stipulatio* (*pecunia stipulata*), ou contracto *verbis*, ia dispensando o *libripens* e a balança. A *stipulatio* consistia na pergunta e resposta: *Spondes? Spondeo; Promittis? Promitto; Fidejubes? Fidejubeo; Dabis? Dabo; Facies? Facio*. Quando a estipulação era certa, dava lugar á *condictio certi* e, quando incerta, dava lugar á acção *ex stipulatu*. Essa denominação vem da palavra *stipulum*, que entre os antigos significava — *firme*. A *expensilatio* veio posteriormente e sempre dava lugar a uma *condictio certi*, porque suppunha *somma certa* dada ou recebida.

Explicam-se, pois, as seguintes phrases de ORTOLAN (25): «O *nexum*, pela passagem da solemnidade material ás palavras, engendra a *stipulatio*, e, pela passagem da solemnidade material á escripta, engendra a *expensilatio*».

Já estava, de facto, dispensado o *libripens*, que foi o primeiro orgam da fé pública entre os Romanos. Mas, a *expensilatio*, como a *stipulatio*, eram fórmulas civis e, por conseguinte, em sua origem, reservadas aos cidadãos romanos (*cives*;) posteriormente foram admitidas nos contractos com os estrangeiros (*peregrini*) a *stipulatio* e, relativamente á *expensilatio*, na opinião dos Sabinianos, era ella inapplicavel aos *peregrini*, e, na opinião dos Proculianos, era-lhes applicavel posto que com certas restricções. Seja como fór, a verdade é que, na epocha em que a *expensilatio* era reservada exclusivamente aos cidadãos romanos, havia para os estrangeiros uma outra forma de obrigação escripta: os *chirographæ* e os *syngraphæ*, que tinham effeitos analogos aos da *expensilatio* e que, portanto, geravam obrigações. Ao

(25) ORTOLAN, cit., § 1425.

mesmo tempo, outros escriptos se formaram para simples prova, escriptos que se continham na denominação generica *instrumenta* ou *cautiones*. *Chirographum* era o escripto emanado somente da mão da pessoa obrigada; *syngraphæ* eram escriptos assignados por diversas partes e dados em exemplares differentes a cada uma dellas.

Talera a situação em que se achavam os Romanos quando surgiram pessoas que se incumbiam de *instrumenta conficere*, isto é, os *exceptores*, os *actuarii*, os *notarii*. Estes ultimos eram assim chamados, porque, á semelhança dos scribas hebrêos, costumavam a escrever com as *notas*, quasi como os modernos stenographos. SENECA, referindo-se a elles, diz: *Celeritatem linguæ manus sequitur*. E no Dig. L XXIX, tit. I, L. 40, lê-se: *Titius miles notario suo testamentum scribendum notis dictavit, et antequam litteris prescriberetur vita defunctus est*. As *notas* consistiam, ás vezes, na simples indicação das iniciaes das palavras, outras vezes em abreviaturas, e tinham significações conhecidas na praxe. Assim, por exemplo, as notas I. T. C. exprimiam — *Intra tempus constitutum*; C. R. C. P — significavam — *cujus rei causa promittit*. Taes *notas* eram transcriptas em bellos caracteres por alguns copistas chamados *librarii* ou *calligraphi*; e, pelo que narra MURATORI, chegaram ao numero de cinco mil (26).

Alguns historiadores, entre os quaes POLIDORO VIRGILIO, attribuem a invenção dellas a Tulio Tirão, liberto de Cicero, do qual Tirão tiraram o nome de *notas tironianas*; outros as attribuem a Ennio e outros

(26) Confira-se MURATORI, *Antiquit. italica*, no opusculo *Modus legendi abreviaturas*, etc., e outro intitulado — *Explicatio litterarum et notarum frequentius in antiquis romanorum monumentis occurrentium*. Confira-se tambem CARNEIRO, Programma da cadeira de Diplomatica da Universidade de Coimbra, edic. de 1855, pag. 52, §§ 156 a 159.

a Marcenas. Essas notas foram registradas por VALERIO PROBO e por GRUTERO.

Os Romanos, á semelhança dos outros povos da antiguidade, escreviam com um estylête de ferro em taboletas de madeira e de marfim, ás vezes cobertas de cêra, assim como tambem escreviam em folhas de palmeira, em entrecasca de troncos de arvore, em pelles de animaes e, mais geralmente, em folhas de papyro, planta que crescia abundantemente nos paúes do Egypto, diligentemente preparadas, ou em membranas formadas de pelles de ovelha, carneiro ou cabrito, as quaes se preparavam no reinado de Pergamo, donde tiraram o nome de pergaminho (27). Aliás, ainda não ha cinco seculos que cessou de todo, mesmo nos paizes modernos, o uso do *estylô* e das *tabolêtas*, como se deduz de um trecho de BARTOLO, jurisconsulto do seculo XIV, assim concebido: *Notarius potest scribere in tabelis de cæra et ligno.*

Os mencionados confeccionadores de instrumentos de actos e contractos eram «escravos do publico»: *erant servi, qui ad scribendum operas locabant* (CUJACCIO, in *Lib. VIII Cod.*, vol. X, col. 70 B. etc.) Elles podiam estipular por outro: *Servus ut acquirere, ita etiam stipulare pro domino potest et servus communis cuique dominorum.* Mas, as funcções que exerciam não tinham character publico algum e os instrumentos que lavravam, ainda que firmados por testemunhas, eram e permaneciam documentos privados.

Havia, entre os Romanos, os *argentarii* ou *nummularii*, chamados tambem *mensarii*, das mezas ou bancos que tinham posto no *Forum*. Eram uma especie de banqueiros, que procuravam dinheiro por

(27) PEDRINELLI, Il notario instruito, trecho citado por PAPPALAVA, obr. cit., pag. 259. Confira-se MAFFEI, Storia diplomatica.

emprestimo para particulares e confeccionavam os contractos de mutuo. Elles conservaram, posto que alterado, o systema dos *nomina* da *expensilatio*, por isso que escreviam o nome e cognome do devedor no seu *Diarium*, chamado *Kalendarium*: e esta simples inscripção chamava-se—*litterarum seu nominum obligatio*. Tal maneira de contractar cahiu depois em desuso no tempo de Justiniano (*Instit.*, L. III, tit. XXII, princ.) Convem ler, a proposito, o commentario de (28) ORTOLAN. No *Kalendarium*, vinha, *singulis kalendis*, annotado o pagamento dos juros ou interesses que se venciam no principio de cada mez. Esse Diario fazia fé em juizo e, pelo que observa CUIACCIO, á L. II, *ad Legem Aquil.*,—o *argentarius* era obrigado a conservar-o diligentemente e a dar vista delle ás partes interessadas nos pontos que lhes dissessem respeito.

Comquanto os *notarii* tivessem dado o nome á nossa moderna instituição, todavia as suas funcções, por isso que não eram revestidos de character publico, não tinham a minima semilhança com as do notario de hoje, como tambem muito pouca semilhança tinham as dos *argentarii*, por se limitarem aos contractos de mutuo.

Maior semelhança achamos nos *tabelliones*, chamados tambem *nomici*, imitação dos *symbolatographos* gregos, e que já encontramos no tempo de ULPIANO. Delles disse FIRMICO: *litteris quærunt vite subsidia, civitatum contractus scribunt, omnes civium tabulas conficiunt*.

Os *tabelliones*, assim chamados porque escreviam seus actos em tabolêtas de madeira emplastradas de cêra, a principio exercitavam cumulativamente com os

(28) ORTOLAN, Explicat. Histor. das Institutas, III, pags. 243 e seguintes.

exceptores, os *actuarii* e os *notarii*, as suas funcções. Eram imperitos no direito, porém, pessoas livres: *Tabelliones*, diz PEREZIO, ao tit. X, Liv. X do Cod. Just., *erant liberi homines et poterant ad decurionatum adspirare*. Mas, nos seculos IV e V, os *exceptores*, os *actuarii* e os *notarii* mudam de natureza, isto é, passam a exercer funcções especiaes e distinctas, segundo observam SAVIGNY e CONTI; em tal epocha, com o nome de *exceptores* são designados os secretarios das autoridades administrativas e das mais elevadas autoridades judicarias (29); com o nome de *actuarii* são designados os escrivães dos juizes e empregados de menor escala (30); e com o nome de *notarii* eram designados os escrivães da chancellaria imperial.

Havia tambem os *tabularii*, que alguns confundem com os *tabelliones*. *Tabellio* era aquelle que lavrava ou escrevia, a pedido das partes, os contractos; os *tabullarii*, porém, que foram introduzidos sob Marco Aurelio, eram empregados fiscaes, *civitatum et provinciarum rationes tractabant*, isto é, tinham a seu cargo a direcção do censo, a escripturação e guarda dos registros hypothecarios (*tabularia civitatum*) etc. (31) A exactidão com que os *tabularii* satisfaziam a taes encargos e guardavam taes livros, contribuia para que adquirissem muita confiança entre o povo, que por isso recorria a elles para a confecção de documentos legaes, pois para isso eram em alguns casos autorisados, por exemplo, quando uma das partes era analphabeta, quando se tratava de lavar o testamento

(29) Cod. Theod. XII., tit. I, *De divers. offic.*, Const. 17; Cod. Just., XII, tit. I, *De Numer.*, Const. 5; Cod. Theod., XII, *De Decurion.*, Const. 151; Cod. Just., XII, tit. XIX, *De proxim. sacr. scrin.* Const. 12 § 1.º

(30) Cod. Just., XII, tit. I, *De Numer. Actuar et Chartul. Adjut.* etc., Const. 7 e 9.

(31) GODOFREDO, *ad leg.* 3 Cod. Theod. *De Decurion.*; CUJACCIO, *in Lib.* VIII, Cod., vol. X, col. 74 B.

de um cego, ou de lavrar um contracto de penhor etc. Diversos dos *tabularii* eram os *tabellarii*, com cujo nome são indicados, durante a Republica e nos primeiros tempos do Imperio, os porta-cartas dos magistrados, especialmente entre as provincias e Roma.

Os *tabularii*, ao envez dos *tabelliones*, eram escravos do publico *erant servi civitatis aut reipublicæ Reipublicæ et fisco adscripti et deputati, ad rationes conficiendas et supputandas*. Mas, depois, o Cod. Theodoz., VIII. 2, 5, e o Cod. Just. X, 69, 3, estabeleceram que, para esse officio, sómente pudessem ser admittidos homens livres: *liberi homines ordinentur, neque ulli deinceps ad hoc officium patescat aditus qui sit obnoxius servituti*.

Voltando ao tabellionato, notaremos que os imperadores Arcadio e Honorio o nobilitaram, collocando-o entre os officios municipaes (32); e, á semelhança destes, devia ser exercitado gratuitamente por todo o cidadão intelligente, probo e honesto. Como taes officios requeriam o emprego de muito tempo e fadiga, acontecia que os cidadãos procuravam excusar-se ou eximir-se delles, assentando praça como soldados ou fazendo-se officiaes da casa imperial; e surgindo d'ahi muitos inconvenientes, o imperador Constantino, e depois os imperadores Constancio e Constante providenciaram a isso com as LL. 18 e 20 do Cod. L. X, tit. XXXI, *De Decurion. et fil. eorum.*, obrigando-os a tomar o seu posto.

Este era o estado da instituição do notariado, quando os Barbaros invadiram o Occidente, no seculo V.

(32) CUJACCIO, loc. cit.; PEREZIO, ad L. X tit. X, Cod. Justinian.

II

Legislação justiniana e byzantina.—Legislação barbara.—
Legislação canonica.—Costumes feudaes.

1). LEGISLAÇÃO JUSTINIANA E BYZANTINA.—No seculo VI, os imperadores Leão I e Justiniano, já reduzidos ao Oriente, voltaram os seus cuidados para a instituição e fizeram-n'a adquirir maior dignidade e importancia. Os *tabelliones* formaram uma corporação, presidida por um *primicerius* (*primus in cæra*), e por esta corporação collegial eram creados outros *tabelliones* de reconhecida probidade e peritos na arte de dizer e de escrever. *Certum*, diz CUIACCIO, o illustre chefe da escola historica, *certum tabellionum corpus sub primicerio, a quo ex collegii sententia tabelliones quique creabantur, non nisi homines probæ fidei et scribendi loquendique peritissimi* (33).

A criação dos *tabelliones* devia ser insinuada perante o prefeito da cidade. O aspirante era conduzido ante elle com o ornamento da toga, e os tabelliães eleitores deviam jurar que nem ambição, nem favor, nem interesse privado os tinham suggerido para essa eleição. Prestado este juramento, seguia-se a promoção do candidato e o prefeito consignava-lhe um anel com sinêta ou sêllo (*sigillum*), afim de que se servisse delle nos actos que tivesse de lavar.

Os *tabelliones* deviam estar em um logar publico, *statio*, estações ou officio, onde com rito solemne eram introduzidos pelo *magister censualis* ou pelo prefeito, *prefectus urbis*. Elles escreviam, na presença de testemunhas, com abreviaturas, as clausulas ou artigos projectados de seus documentos, em uma minuta, cha-

(33) CUIACCIO, *ad Lib. X Cod. et Exp. Novel.* 44, vol. II, col. 906 E e 1092 D.

mada *scheda* (IZIDORO, L. VI. cap. XIV); e d'ahi passavam a limpo, o que era chamado — *in purum se in mundum instrumenta redigere*, ou então — *completi contractus*. Os instrumentos *in purum vel mundum redacta*, eram, depois da previa leitura, leitura que devia constar do mesmo instrumento pela formula — *his relectum est*, firmados pelas partes e pelas testemunhas; e, depois de acrescentada a formula — *post roboratum a testibus traditam complevi et absolvi*, o tabelião punha a sua assignatura e juntamente o seu monogramma. Todo o instrumento devia começar com invocação do nome de Deus, com a indicação do nome do Imperante e do anno do seu reinado, e d'ahi tempo em que era lavrado o instrumento, com a declaração do mez, dia e anno da indicção (*Novel. XLVII*)

Vem a proposito, posto que incidentemente, observar que a indicção se renovava de quinze em quinze annos, os quaes, segundo os Romanos, começavam a 1.º de Janeiro e, segundo os Gregos, a 1.º de Setembro; o primeiro dos quinze annos chamava-se primeira indicção, o segundo — indicção segunda e assim de seguida até o anno decimo quinto, depois do qual se renovava. A indicção tira a origem de Cesar Augusto, que tendo dividido as provincias romanas em tres partes, para exigir dellas de quinze em quinze annos os tributos, indicou quaes dellas deveria em cada anno consignar taes tributos aos exactores publicos. E como tal ordem foi expedida tres annos antes do nascimento de N. S. Jesus Christo, assim para conhecer-se a indicção decorrida, bastava dividir por 15 os annos da era, e ao resto acrescentar tres e este numero era o da indicção determinada pelo quociente.

O imperador Justiniano, com a Novella XLI expediu excellentes disposições sobre a instituição e

tabellionato. Elle ordenou que nenhum tabellião pudesse delegar a um substituto, nem a seus discipulos as funcções de estipulação dos actos e contractos, isto é, a confecção do original ou minuta; e que mesmo não pudessem os seus ajudantes ou discipulos, fóra de sua presença, *in purum* ou *mundum redigere*, isto é, completar os instrumentos, assim como exhibil-os ás partes. Entretanto, quanto aos tabelliães de Constantinopla, permittiu que cada um delles tivesse um substituto, nomeado de accordo com o *magister census, gestis solemniter celebratis*, e somente ao qual podiam delegar as funcções de lavrar os instrumentos. *Melius sit pauca agere cautè quam multis interesse periculose... et documenta sub cautela facient*, dizia o imperador ao terminar o cap. I dessa Novella.

No cap. II da mesma Novella XLIV, Justiniano refere-se ao *protocollo*, isto é, determinou que os tabelliães não lavrassem instrumentos sinão em papel que tivesse a marca do nome do *comes sacrarum largitionum* e da epocha da fabricação, marca esta que era o que se chamava —*protocollo* e que não deveria jamais ser cortada. *Illud quoque presenti addicimus legi, ut tabelliones non in alia charta pura scribant documenta, nisi in illa quæ in initio (quod vocatur protocollum) per tempora gloriosissimi comitis sacrarum nostrarum largitionum habeat appellationem, et tempus quo charta facta est, quæcumque in tilibus scribuntur: et ut protocollum non incidant sed insertum relinquunt: novimus enim multas falsitates ex talibus chartis ostensas et prius et nunc: ideoque licet aliqua sit charta (nam et hoc censimus) habens protocollum non ita conscriptum, sed aliam quamdam scripturam gerens, neque illam suscipiant, tanquam adulteram, et ad talia non opportunam, sed in sola tali charta qualem dudum diximus, documenta scribant.* Termina a Novella com a declaração de que essa exigência refere-se somente aos

tabelliães de Constantinopla, *ubi plurima quidem contrahentium multitudo, multa quoque chartarum abundantia est, et licet legali modo interesse negotiis, et non dare occasionem quibusdam falsitatem committere.*

Bem se vê que o *protocollo* era uma especie de imposto indirecto, semelhante ao actual imposto do *sello do papel* e certamente a sua origem historica mas tambem era um meio apto para tornar mais difficeis as falsificações, como transparece claramente dos motivos pelos quaes foi determinado o seu uso: *novimus enim multas falsitates ex talibus chartis ostensas, e prius et nunc. non dare occasionem quibusdam falsitatem committere*, etc. Por isso disse CUJACCIO (34) «Que é o *Protocollo*? Uns entendem que é a carta ou papel regio e maior; outros entendem que é a cedula ou minuta escripta com menor diligencia (*negligentius*); outros entendem que é o exemplar das formulas tabelliôas. Todos erram. Assim como os papeis têm hoje uma marca, pela qual se conhece o seu fabricante, assim tambem outr'ora os papeis tinham uma breve annotação, pela qual se declarava sob que *comes largitionum* (a cujo cargo estava a papelaria para uso official), em que tempo e por quem foram preparados. Vi arguida uma falsidade, arguida no fôrc de Paris (*Lutetia*), e o Tribunal declarar suspeito um *chirographo ex die in eo adscripto*, por isso que nessa data, segundo a nota do papel, ainda não tinha sido feita a fabricação delle». Como CUJACCIO, pensavam GODOFREDO e outros.

Segundo a opinião commum, esta palavra compõe-se das vozes gregas *proto*, primeiro, e *kolla*, que exprime colla, cêra ou qualquer outra materia glutinosa com que preparavam as antigas taboas encera-

(34) CUJACCIO, ad cit. Novell. XLIV.

das para a escripta. Outros derivam a palavra - *protocollo*—de *proto*, primeiro, e *kolon*, que significa «membro»; e, então, dizendo que *protocollo* é o *primeiro membro* da escriptura que ainda tem de ser *in mundum redacta*, querem que se escreva a palavra *protocollo* com um só *l* e não com dous *ll*. Nem a primeira, nem a segunda derivação convem ao texto da Novella (35); tanto assim que alguns, no capricho de conciliar a etymologia com a significação, imaginam uma derivação mixta, isto é, *proto*, voz grega, que significa *primeiro*, e *collum*, voz latina, que significa «collo, alto do corpo», e, por analogia, o alto, a extremidade superior do papel, em cuja extremidade era posta aquella annotação ou marca. Por fim, PANCIROLO imaginou que *protocollum* vem de *proto*, primeiro, e *collatio*, collação, producção, contribuição, conferencia, porque significa a *primeira confecção das letras no papel*. ACCURSIO, depois de expor essas divergencias, classifica-as de—*meras nugas*. No sentido moderno, que é muito differente do antigo, posto que ligado a elle por identidade dos motivos, *protocollo* é o livro encadernado em que primeiro são escriptos ou averbados os actos do fôro extrajudicial ou judicial, para depois serem trasladados para as *escripturas*, para os *registros* ou para os *autos do processo*. Tudo se explica pela consideração de que antigamente outra era a disposição e dimensão do pergaminho, do papyrus ou do papel. Os instrumentos eram feitos sobre o comprido e escriptos de um só lado do papel: raros eram os escriptos opistographos. O papel não era disposto em *folhas* mas em *rôlos*, de sorte que o actual systema de cadernos com folhas iguaes e dispostas, formando *volumes*, de *volvendo*, isto é, facilitando-se o serviço pelo voltar das folhas, veio posteriormente.

(35) STRICKI, de Jure Protocolli.

Já vimos em que consistia o *protocollo*, a que se refere a Novella XLIV, cap. fin. Vejamos, agora, como com o tempo foi-se transformando a significação desta palavra.

Na praxe franceza actual, denominam-se *protocollo*— as formulas preambulares e de encerramento dos actos notariados;

Na praxe italiana, denomina-se *protocollo* o livro em que o notario registra as minutas:

Nas praxes hespanhola e portugueza, denomina-se *protocollo* o livro das escripturas originaes, o livro dos requerimentos de audiencia e os livros dos primeiros apontamentos dos registros.

—Em França, alguns notarios tentaram escrever as minutas em livro encadernado; mas, em 15 de Fevereiro de 1809, o ministerio de justiça decidiu que os notarios « não devem escrever suas minutas em registros, mas em *folhas isoladas* e que, portanto, um notario não pode brochar e menos encadernar as minutas de um anno»; entretanto, ainda ultimamente, a corte de Alger, por aresto de 5 de Junho de 1886, decidiu: 1.º que as minutas dos actos notariados, devendo ser exhibidas no cartorio do escrivão (*au greffe de la cour*), para ahi serem comparadas em uma instancia de verificação de escriptura, não pode o notario, detentor das minutas, recusar-se a essa exhibição sob pretexto de estarem essas minutas ligadas a outras em diversos volumes; 2.º que as partes, em cujo interesse é ordenada a exhibição, *devem indemnizar o notario das despezas occorridas pelo desmancho e recomposição das ligaduras* (CLERC, DALLOZ ET VERGÊ, II, 685, pag. 120).

—Na Italia, já nos Estatutos do conde de Saboia, de 1265, era estabelecido que os notarios *habeant*

breviaria sua seu libros in quibus ponant imbreviaturas suas. *Imbreviatura* ou *abreviatura* era o acto primeiramente inscripto em resumo, para depois ser lavrado mais desenvolvidamente; ou como diz BALDO, *imbreviatura* é a escriptura contendo a substancia da cousa, da causa e do negocio, com a determinação do tempo e logar. Os italianos, distinguindo *imbreviatura* de *protocollo*, diziam que *imbreviatura* é a minuta em que summaria e abreviadamente era exposta a vontade dos contrahentes, ao passo que *protocollo* é o livro em que o notario passa a limpo e estende o instrumento feito em primeira nota abreviada. D'ahi o principio *Imbreviatura non facit fidem, quia est incompleta et non publica, sed protocollum facit fidem*. Esta faculdade das *imbreviaturas* deu logar a muitos abusos, porque os notarios se julgavam autorizados a desenvolver nas expedições, não só as *imbreviaturas* como a escriptura já protocollada. «Havia a duvida, diz STRICKIO, si o notario podia, nos traslados, exprimir melhor aquillo que viu e ouviu, o que deu logar ás opiniões de BALDO e FARINACIO, isto é, que o notario podia, nos traslados, accrescentar as clausulas consuetudinarias, mas não as clausulas insolitas». Para cortar duvidas, determinou-se que não podiam ser usadas palavras *cæteratas* nas minutas e sim deviam ser escriptas sempre phrases e palavras *iteratas*: antes, chamava-se *protocollum cæteratum* aquelle que era lavrado em notas e palavras abreviadas, e *protocollum iteratum* aquelle que era lavrado por extenso e claramente sem abreviaturas, repetindo as lettras das palavras das clausulas. Em posteriores estatutos, se prescreveu que: 1.º a *imbreviatura* seja *plenamente* incorporada e completada no *protocollo*, e deste é que se tira o instrumento em forma publica; 2.º que as *imbreviaturas* podem colleccionar-se *supersutis*, isto é, uma sobre a outra. Tudo isto ficou melhor

determinado nos Estatutos de Amadeu VIII, promulgados em Chambery em 17 de Junho de 1430. Mas em 1573, determinou-se que os notarios fizessem assignar pelas partes a minuta ou *imbreviatura*; em 1667, determinou-se que as minutas fossem cosidas em forma de livro, uma depois da outra, e insertas no volume dentro de vinte e quatro depois da estipulação do acto; já em 1624, se tinha determinado que se numerassem as folhas do minutarío (volume das minutas) e que as minutas não fossem dadas ás partes. Estas disposições foram tornando dispensaveis os protocollos, que se substituíram pelos registros, por isso que da propria minuta passavam a ser extrahidas as expedições, isto é, a redução *in mundum* se fazia no extrahir da minuta a expedição, de sorte que a minuta passou a servir de original e por isso foi d'ahi em diante lavrada por extenso, isto é, textualmente ou sem abreviaturas. O registro confundia-se com o protocollo.

Na praxe hespanhola bem define MORCILLO Y LEON o que se chama protocollo: « El protocolo es el grande libro que encierra en su seno el rico tesoro de las convenciones humanas, como expresion práctica del derecho privado; es el grande libro destinado á perpetuar la memoria de los lazos juridicos con que en sus relaciones civiles se ligan las personas; es el grande libro, que en sus eternas paginas presenta al través de los siglos la historia de la propiedad; es el grande libro que, entre sus hojas, esconde á veces misterios profundisimos, producto de todos los estudios, fruto de todas las experiencias, resumen de todos los trabajos, concentracion de todas las fuerzas que, en su movilidad constante, desarrolla la actividad humana; es el grande libro, en fin, de que, cual arca santa, sólo al sacerdote destinado á su culto le es permitido tocar la cerradura». (Manual de teoria y practica notarial, I, 110).

Nas praxes portugueza e brazileira, os *protocollos* são livros em que se lavram as escripturas publicas, originaes ou primordiaes dos contractos e disposições de ultima vontade (tambem denominados — livros de notas), os primeiros apontamentos dos registros, os requerimentos de audiencias que têm de ser transportados ou trasladados para os autos.

Terminemos aqui a digressão.

Justiniano, melhor compenetrado do que seus predecessores de importancia do officio dos tabelliães, quiz que estes fossem peritos no direito (36); concedeu aos tabelliães a faculdade de subscrever actos lavrados por seus escreventes (Novel. LXXIII, cap. VII, § 1.º); ordenou a sua intervenção nos inventarios (Cod., *De jure deliber.*, L. 22 § 2.º); estabeleceu que subscrevessem as denuncias feitas para o fim de interromper-se a prescripção, nos logares em que faltassem magistrados; e comminou a pena de falsidade ao tabellião que não tivesse redigido um acto de ultima vontade conforme as expressas declarações do testador (L. 29 *in fine*, *De hered. instituendis*). Em summa, em relação ás condições do exercicio do tabellionato e forma dos actos, o ultimo estado da legislação romana é determinado pelas citadas Novellas, XLVI, LXVI e LXXIII.

Quanto á força probatoria e executoria dos instrumentos, divergem os jurisconsultos. Uns sustentam que eram de character meramente privado, isto é, que serviam somente de ajuda de prova que podia ser fornecida por meio das testemunhas que intervieram no acto; e que, no caso unico de terem fallecido o tabellião e as testemunhas, ou si a inquirição destas, por qualquer razão, se tornasse impossivel, taes instrumentos valeriam como *documenta ex se ipsis credibilia*.

(36) GODOFRED, ad Novel. LXVI, cap. I.

Outros, entre os quaes Cujaccio, sustentam que esses instrumentos tinham o valor de simples escriptos privados emquanto não eram exhibidos, em presença de testemunhas, ao *censualis*, ao *apparitor censualis*, ao *magister census*, ou, em geral, a um magistrado encarregado de attribuir-lhes a fé publica mediante a formalidade do sello publico e da transcripção *ad acta*, isto é, em registros apropriados (*in publica monumenta*): citam em seu apoio o Cod., *De re judicata*, L. 6,— *Gesta quæ translata sunt in publica monumenta habent firmitatem perpetuam*.

Mas, quem attende para a investidura official dos *tabelliones* e para a expressão—*instrumenta publicè confecta*, com que a Novella LXXIII, cap. V, distingue os instrumentos lavrados por tabelliães dos instrumentos de mutuo ou de outro qualquer contracto, do qual a parte *noluerit in publico confiteri* (cit. Novel. cap. II), bem vê que, entre as proprias partes contractantes, o instrumento lavrado por tabellião, comquanto não tivesse execução preparada, tinha força probatoria como *acto publico*. E, quanto á transcripção nos *publica monumenta*, não era esse o caracteristico da *fé publica*, mas o caracteristico da *firmitatem perpetuam*, para effeitos em relação a terceiros. Por isso, muitos jurisconsultos sustentavam com vantagem que os instrumentos dos tabelliães faziam *prova plena* em juizo e citam em seu apoio o Cod. Liv. VI tit. XX, *De fide instrum.*, Const. 17, assim concedida: *Contractus venditionum, vel permutationum, vel donationum, quos intimari non est necessarium: dationis, etiam arrharum vel alterius cujuscumque causæ, quas tamen in scriptis fieri placuit: transactionum etiam, quæ in instrumentis recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata; et si per tabellionem conscribantur (instrumenta), etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint: ut nulli liceat prius,*

quam hæc ita præcesserint, vel a scheda conscripta (licet litteras unius partis vel ambarum habeat) vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum vel absolutum, aliquod jus sibi ex eodem contractu et transactione vindicare; adeo ut nec illud in hujusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest ei persolvere.

A verdade é que o acto do tabellião, por si só, não fazia fé; dependia ainda da insinuação *apud magistrum census, vel magistratus municipales, vel defensores plebis*. O acto do tabellião devia ser provado em juizo com a *comparatio litterarum* (firmas), com a *comparatio notarum* (letras) e com os depoimentos contestes de duas testemunhas, ao menos. *Tabellionis solius fides non sufficit: forense instrumentum publicum testimonium non ita videtur, hoc jure censetur id solum quod actis insinuatum est apud magistrum census, vel magistratus municipales, vel defensores plebis* (CUJACCIO, ad Novel. LXXIII; cit. Novel., caps. V, VI e VII. (37)

Quanto aos testamentos, notaremos que as formas testamentarias do ultimo estado do direito romano ligam-se como evolução, ás antigas do *testamentum calatis comitiis*, do *testamentum per æs et libram*, do direito civil, e á do *testamentum septem testium signaculis signatum*, do direito pretoriano, isto é, o testamento escripto, cerrado e sellado com o *sinete* de sete testemunhas, e á *unitas actus*. Sob os imperadores, deu-se o mesmo valor ás declarações de ultima vontade nos registros judicarios: *actis judicis nel municipum testamentum publicare*. Este modo, que foi chamado — *testamento publico*, precedeu, certamente, a redacção do testamento annotado pelos *tabelliones*, os quaes redi-

(37) ED. DURANDO, Il tabellionato, etc., pag. 46.

giam os testamentos mas não lhes conferiam o caracter autentico, que só adquiriam após o alludido registro. *Publicatio* era a declaração de ultima vontade feita pelo testador perante o juiz, formalidade distincta da *recitatio* ou leitura que tinha lugar cinco dias depois da morte do testador. E quanto ás doações, a formalidade da insinuação *apud acta* era necessaria, sob pena de nullidade, sobretudo no interesse de terceiros (38). Tudo isto demonstra que, não os *tabelliones*, mas os magistrados municipaes e provinciaes eram os archivistas dos actos mais importantes da vida civil.

Todos estes actos, quer os praticados perante os juizes, quer os registros dos magistrados municipaes, quer os dos *tabelliones*, *sive in judiciis*, *sive ubicumque conficiuntur acta et tabelliones qui omnino qualibet forma documenta conscribunt*,—princípiavam com a formula preambular que já referimos, determinada pela Novella XLVII, cap. I e II... *hoc modo incipere in documentis: «Imperii illius sacratissimi Augustis imperatoris anno toto: et post illa inferre consulis appellationem, qui in illo anno est: et tertio loco indictionem, mensem et diem: sic enim per omnia tempus servabitur.... Et inchoetur mox auctore Deo.* E, os contractos dos analphabetos, qualquer que fosse a natureza delles, contractos que eram, em geral, redigidos pelos *tabularii*, como já fizemos ver, deveriam ser lavrados na presença de cinco testemunhas.

Bem se comprehenderá, pois, que a confecção dos actos, o registro, a conservação, tudo isso encontrou seu desenvolvimento historico nas indicações que acabamos de fazer.

(38) Confram-se SAVIGNY, Hist. do Dir. Romano na idade media, I, 84; SERRIGNY, Droit Administratif romain, I, 159 e seguintes e MACKELDEY, Dir. Rom., § 665.

Precedentemente observámos que nos seculos IV e V da nossa era, eram designados com o nome de *notarii* os empregados da chancellaria imperial; — e observaremos que tambem estes, á semelhança dos *tabelliones*, constituíam uma corporação chamada — *militia*, á cuja testa estava um *primicerius*, que devia ter um registro, chamado *laterculum*, de todos os officios civis e militares e dos respectivos estipendios. Vinham depois os *tribuni notariorum*, que exerciam as funcções de primeiros secretarios dos principes. De todos esses o imperador Zenão diz: *gloriosis obsequiis nonnihil Reipublicæ commoditates afferunt et decoris* (39). Encontramos, além disso: os *notarii militantes*, que constituíam uma especie de commissarios de guerra; os *notarii prætoriani*, ou empregados addictos ás repartições do officio do prefeito do pretorio; os *notarii frumenti*, addictos ao prefeito dos viveres; os *notarii decurionum*, que compilavam os livros do censo; os *notarii scriptuarii*, que tinham o encargo de vigiar sobre a conservação dos nomes das cidades e provincias; e muitos outros notarios que eram designados com vocabulos gregos, taes como os *symbolographi*, os *hypomnematographi*, os *mediogrammatei*, os *grammatophilaces*, etc.. o que tudo indica que o vocabolo *notario* era o termo generico empregado para significar todos os escreventes que exerciam funcções publicas ou officiaes.

Vejamos, agora, no ultimo estado do processo judicial romano, isto é, sob o regimen do processo extraordinario, quaes eram os officiaes publicos addictos aos juizes. Havia, em primeiro logar o *vaior*, que redigia a *litis denuntiatio*, e o *executor*, que se incumbia de dar ao réo conhecimento do *libellus conventionis* (Cod., Liv. II, tit. II, *de in jus voc.* Const. 4. Depois,

(39) Cod. Just., *De primic. et secund.*, L. 1; Novel. XII, cap. V.

os imperadores Valente, Valentiniano e Graciano, no anno 371, determinaram que os juizes escrevessem as suas sentenças e as lessem. Mas, já desde os tempos anteriores, havia nos tribunaes tomadores de notas ou escrivães, encarregados de reproduzir as declarações das partes e os ditos das testemunhas, sendo que, algumas vezes, os proprios juizes se incumbiam dessa tarefa. (40) Esses escrivães eram organisados e denominados *notarii, scribae, exceptores* ou *amanuenses*, e, em alguns casos—*referendarii*; não eram revestidos de character publico, reproduziam os discursos dos advogados por meio de processo stenographico; é a elles que se applica o distico de MARCIAL:

Currant verba licet, manus est velocior illis.

Para bem ser apreciado o estado da escripta forense judicial nessa época, ha necessidade de fazermos um retrocesso. Os Romanistas, em geral, classificam os actos forenses do direito antigo pela categoria das pessoas que concorriam para solemnisa-los. Assim, IHERING fez as classificações seguintes: actos com o concurso do povo, como o *testamentum in calatis comitiis*, a *arrogatio*, o *testamentum in procinctu* e a *adoptio pro concione*, actos com o concurso das autoridades, taes como a *manumissio censu*, as *legis actiones*, excepto a *pignoris capio*, a *in jure cescio*, a *manuamsio vindictas*, a *in adoptionem datio*, a *emancipatio*, a cessão da tutela e da *hereditas legitima*; actos com o concurso das autoridades religiosas, como a *confarreatio*; actos com o concurso de testemunhas, como a *confarreatio*, o *nexum*, a *mancipatio*, a *coemptio*, o *testamentum per aes et libram*, a *cretio*, etc. O uso das testemunhas era tão frequente e importante, que a incapacidade de testemunhar era uma das mais

(40) DUMAZEAU, Le barreau romain, pag. 189; SAVIGNY, Hist. do Dir. Rom. na idad. med., I § 16, pag. 60.

graves do direito, porque o *instestabilis* nem mesmo podia contractar por sua propria conta. Ora, nos actos do processo, as testemunhas eram os orgams da fé publica, mesmo para as funcções dos magistrados e dos juizes.

As acções da lei, como sabemos, eram cinco: a *actio sacramenti*, a *judicis postulatio*, a *condictio*, a *manus injectio* e a *pignoris capio*. Neste systema era caracteristica a separação entre o *jus* e o *judicium*, o *magistratus* e o *judex*. Ora, o primeiro acto destas acções era a *in jus vocatio* ou citação, da qual se incumbia o proprio autor, que chamava o réo, dizendo-lhe—*In jus ambula, sequere*, ou *In jus i, in jus te voco*, pois taes eram as formulas consagradas; si o citado se recusava a ir a juizo, o adversario recorria a testemunhas do facto da recusa, pronunciando as palavras—*Licet te antestari* e tocando-lhes o fundo da orelha: era a *antestatio*; feita a *antestatio*, o citante tinha contra o citado uma *manus injectio* extrajudicial, que consistia em leval-o ao tribunal á força (*in jus rapere*) pelo pescoço (*obtorto collo*); só depois de dar um *vindex*, que tomasse a defesa de sua causa, podia o citado ser dispensado de comparecer. Comparecendo perante o magistrado, as partes expunham livremente, sem formulas sacramentaes, o objecto do litigio e procediam, em seguida, segundo o rito consagrado, ás formalidades da respectiva acção da lei. Na *actio sacramenti*, os actos praticados *in jure* eram o combate simulado, que se compunha da *manuum conseratio* e da *vindicatio*, a constituição dos *prædes sacramenti*, a attribuição das *vindiciaæ* e a constituição dos *prædes litis et vindiciarum*, a *addictio* ou *datio judicis*, a *comperendinatio* e constituição do *vadimonium*: todo este processo, perante o magistrado (*in jure*), para organizar-se a instancia, era feito sem qualquer autenticação escripta, em presença de testemunhas de ambas

as partes, *utriusque superstitionibus presentibus*, ás quaes as partes solemnemente diziam—*Testes stote*, formada assim a *litiscontestatio*. Terminado o processo *in jure*, os litigantes instauravam a instancia *in judicio* pela *causæ collectio* ou *conjectio* (breve exposição oral), seguindo-se a producção das provas, depois a *peroratio causæ* (discussão oral) e, por fim, a *sententia*, que consistia em julgar *justum* ou *injustum* o *sacramentum*. A outra acção da lei, a *judicis postulatio*, destinada aos pedidos illiquidos ou de *incerta res*, dispensava o *sacramentum* e consistia principalmente na *postulatio judicis*, que alguns pensam que era feita com a formula—*Judicem arbitrumve postulo uti des*, que, nas *notæ* de VALERIO PROBO, está assim expressa—J. A. V. P. U. D., á qual o réo correspondentemente respondia—*Similiter ego judicem arbitrumve postulo uti des*; e a missão do *judex* não era aqui, como na *actio sacramenti*, restricta a determinar si o *sacramentum* era *justum* ou *injustum*. A *manus injectio* e a *pignoris capio* eram antes meios de execução do que propriamente acções. A *condictio*, que appareceu já no quinto seculo da fundação de Roma, veio simplificar ainda mais os ritos e as formulas da *actio sacramenti*.

Nesse tempo é que principiam a apparecer empregados assalariados para auxiliar a acção dos magistrados e juizes, quer em diligencias, quer escrevendo ou transcrevendo os seus actos: eram genericamente chamados *apparitores*, preparadores, e comprehendiam-se nessa denominação os *scribæ*, os *accensi*, os *lictors*, os *viatores* e os *præcones*, cujas funcções se accentuaram na pratica pretoriana, que introduziu o processo formulario, mais tarde legislativamente installada pela lei *ÆBUTIA* e pelas leis *JULIÆ judiciariæ*, com as respectivas *partes formularum*, isto é, a *demonstratio*, a *intentio*, a *adjudicatio* e a *condemnatio*, com as *adjectiones*, isto é, a *præscriptio*, a *exceptio*, a

replicatio, a *duplicatio*, a *triplicatio*, etc. Ora, no processo formulario, a *in jus vocatio* passou a tornar-se effectiva mediante remedios pretorianos; o uso do *vindex* foi substituido pela *fidejussio*; o autor poude, já na *in jus vocatio* ou ao mesmo tempo, fazer a *actionis denuntiatio*; o rito sacramental das acções da lei, foi substituido pela designação da acção ou de sua formula, isto é, pela *actionis editio*, que podia ser feita ou por simples referencia ao *album prætoris* ou por escripto (*per libellum*); o réo tinha tambem o prazo para a defesa (*vadimonium purum*, *vadimonium iurejurando*, *vadimonium cum satisdatione*, *vadimonium recuperatoribus suppositis*); depois havia a *interrogatio in jure* e a redacção da formula, isto é, a *actionis impetratio*: a *litiscontestatio* já não ficou, pois, dependendo da invocação de testemunhas, porque a formula fixa os termos da demanda e a formula era escripta. Terminado assim o processo *in jure*, começava elle *in iudicio* com as *probationes*, seguindo-se a *peroratio causæ* e, por fim, a *sententia*, que devia ser proferida publicamente e de viva voz (*pronuntiata*), ou escripta e recitada, *scriptasque ex libello partibus legant* (Cod. Liv. VII, tit. XLIV, Const. 2), a menos que o juiz, abstendo-se de decidir, declarasse por juramento que o negocio não lhe parecia sufficientemente esclarecido, *sibi non liquere* (41).

Pouco a pouco foi-se introduzindo o processo extraordinario, a *cognitio extraordinaria*, consagrada legislativamente por Diocleciano (Cod., Liv. III, tit. III, const. 2), no anno 294, abolindo-se a *ordo iudiciorum*, isto é, desapparecendo essa distincção entre o *jus* e o *iudicium*. A *in jus vocatio* passou a ser feita em um *libellus conventionis*, entregue ao citado por um *executor* ou *viator*, posto que, em alguns casos particulares, se

(41) AULLO-GELLIO, Noites atticas, XIII, 13.

pudesse fazer *sine scriptis*. Desappareceram a *actionis editio*, a *actionis impetratio*, a *actionis denuntiatio*, porque tudo isso se fundia no *libellus conventionis* da *in jus vocatio*; a *litiscontestatio* firma-se, então, *cum iudex per narrationem negotii causam audire cæperit* (Cod., Liv. III, tit. XX, Const. 1); a *sententia* deveria ser escripta e recitada, como vimos da cit. constituição de Valente, Valentiniano e Graciano, no Cod. Liv. VII, tit. de *sententiis ex periculo recitandis*, constituição essa que mais tornou necessario o ministerio dos escrivães e secretarios judiciaes e a instituição dos *acta* ou *actos forenses* no tempo dos jurisconsultos e imperadores. *Acta erant libri forensium sive judicialium scribarum, in quibus iudicum pronunciata, vel quæ in jure aut coram iudice peragebantur scribebant* (42). Assim se dizia: APUD ACTA *cavere* ou *scribere*, funcção do ministerio dos *scribæ* nos autos dos processos judiciaes; APUD OFFICIUM *cavere* ou *scribere*, funcções dos *tabelliones, notarii, tabularii* e mesmo dos *scribæ* nos cartorios, lavrando actos do fôro extrajudicial. Mas, os escrivães judiciaes eram addictos aos magistrados ou juizes, nem sempre necessariamente, porque os *actos* eram ás vezes redigidos pelos proprios juizes; a intervenção official e *necessaria* do escrivão judicial só accentuou-se por influencia do Direito Canonico.

Quanto ao processo criminal, sem nos contermos no tempo dos Reis e do poder illimitado dos Consules, notaremos que, no processo feito perante os comicios, havia a *acquisitio* (accusação *per trinundinam*), a *diei dictio* ou citação do accusado, o *veto* do tribuno do povo ou a proposta do *iudex*, a caução (*vadem*), a nomeação dos *custodes*, a *divinatio*, as provas (*altercationes, testes, quæstio* ou tortura, *litteræ et tabulæ*, as *altercationes* dos advogados, o *Dixerunt* do *lictor*, o *vo-*

(42) VICAT, Vocab., I, 12.

tum. Quando se foi introduzindo o processo das *quaestiones perpetuae*, pela impossibilidade das reuniões populares, preenchidas as formalidades da citação, as partes compareciam perante o *quaestor* no dia aprazado, produziam suas provas e procediam ás *altercationes*; e, depois, os *judices selecti* (jurados escolhidos pelo pretor) *in consilium ibant*, donde traziam os votos escriptos em tabolêtas com as iniciaes ou A. (*absolvo*), ou C. (*condemno*), ou N. L. (*non liquet*), que indicavam duvida e accarretavam novo debate (*ampliatio*). Sob os imperadores, as *quaestiones perpetuae* foram cahindo em desuso, para dar logar ao processo extraordinario; mas, ahi é que, sob a administração dos prefeitos, apparecem os *officiales*, que redigem os actos processuaes, o *commentariensis* ou director das prisões e os mais *apparitores*. (43) Como não está no nosso programma o estudo do processo sinão no que diz respeito á sua autenticação escripta, limitamo-nos a estas considerações.

2). LEGISLAÇÃO DOS BARBAROS. — Os Barbaros, antes de sua irrupção no Sul da Europa, estipulavam os seus contractos por palavra, mediante ritos e symbols, que se podem ver enumerados na *Historia dos foraes*, do sr. THEOPHILO BRAGA, em HEINECCIO e outros. Elles desconheciam o uso da escripta; pois, foi só no seculo IV que o bispo Ulphilas inventou os caracteres gothicos, isto é, as letras para os Godos. Assim, si tratavam de um contracto de compra e venda, consignava o vendedor ao comprador um ramo de arvore, ou uma faca em cujo cabo era gravado o signal do vendedor, uma palha ou talha de fuste,

(43) DU BOYS, Droit criminal des anciens, pags. 488 e sg.; MAINZ Droit romain, I, pags. 106 e sg.

pedacinhos de madeira, moedas, bastões, um torrão e, ás vezes, com um arbusto plantado, symbolos estes que operavam a tradição. Outras vezes, praticavam alguns ritos significativos, taes como darem-se as mãos os contrahentes (*manuum datio*), estender o pollegar da mão direita, dar um beijo, tocar uma corneta, entrar na porta, passear no terreno, mover a terra, etc. *Conferebantur prædia nudo verbo absque scripto vel charta, tantum cum domini gladio, vel cornu, vel cratera, et plurima tenementa cum calcari, cum strigili, cum arcu et nonnulla cum sagitta.* Estes mesmos costumes, estes ritos, foram conservados pelos Germanos, quando invadindo as terras romanas, fundaram novos reinos sobre as ruinas do imperio dividido; assim como, no processo judicial, conservaram o *judicium Dei*, ora sob a forma de *combate judiciario*, ora sob a forma de *ordalia*, cujos resquícios não deixaram de permanecer até passarem aos foraes lusitanos (44).

Depois, as relações mais variadas, mais extensas e duraveis por elles contractadas sobre as terras adquiridas, não tardaram a fazer-lhes sentir a vantagem e a necessidade dos instrumentos escriptos. Dominados pelo ascendente da civilisação, das leis, das usanças e da administração bem ordenada dos Romanos, ao mesmo tempo que abatiam-lhes a organização politica, admiravam a sua organização social e procuravam imital-a, fazendo deste modo refulgir brilhantemente a superioridade intellectual do genio latino. Os Barbaros, rusticos e ainda novos na humanidade legislativa, não destruíram o direito dos vencidos, solemne monumento da razão e do senso commum, mas respeitaram-n'o e deixaram-n'o subsistir ao lado de suas leis, conservando muitas instituições romanas, entre as quaes o notariado que adquiriu sempre maior estimação e importancia.

(44) THEOPHILO BRAGA, *Hist. dos foraes*, pags. 37 e seguintes.

Na idade media, diz SAVIGNY, (45) o espirito das leis pessoasas reinava entre as tribus germanicas: Francos, Borguinhões, Godos e Lombardos, viviam no mesmo solo, cada um conforme seu direito. Assim se explica o trecho de uma carta de Agobardo a Luiz, o Deobario: «Vê-se muitas vezes conversarem cinco pessoas, das quaes nenhuma obedece ás mesmas leis». Este principios das leis pessoasas, soffreu excepção somente entre os Ostrogodos, como veremos.

Na partilha do imperio romano, coube a Lusitania aos Alanos, Suevos e Vandalos, cujas leis se desconhecem; mas, estes foram repellidos pelos Visigodos, que já se tinham apossado da França meridional e depois se apossaram de toda a peninsula iberica e, por consequencia da Lusitania: os Visigodos, menos selvagens que os anteriores invasores, traziam já leis que datavam do seculo V e que, reformando-se, produziram no seculo VII, em virtude da confirmação do Concilio de Toledo, o famoso *Codigo Visigothico*. Já antes disso, Alarico, rei dos Visigodos, mandára formar para uso dos povos vencidos um novo codigo, extrahido dos Codigos Gregoriano, Hermogeneano, e principalmente Theodosiano, de algumas Novellas, das Institutos de Gaio e das Sentenças de Paulo: nesse codigo, conhecido por *Breviarium Anniani* ou *Alariciani* e publicado na Gasconha, na cidade de Aire, em 2 de Fevereiro de 506, Alarico presume reduzir e aclarar as leis romanas. No Codigo Visigothico, Liv. II, tit. V, L. 1, falla-se em escripturas e nos que as confeccionam: (46) *Scripturæ quæ diem et annum habuerint evidenter expressum atque secundum Legis ordinem conscriptæ noscuntur, seu conditoris, vel testium signis fuerint roboratæ, omni habentur stabilis firmitate*. E na L. 10.ª:

(45) SAVIGNY, cit., I, § 30, pag. 90.

(46) Vide a *Memoria* de A. C. do AMARAL, inserta no tom. VI, pag. 117 das Memorias da Academia Real de Sciencias de Lisboa.

illi qui plus conficit, per scripturæ seriem, quam oportuit, hoc solum accipiat, quod auctoritas legis demonstrat, et reliqua hi quibus legitime debentur, vigore justitiæ consequantur. E outras disposições relativas á confecção das escripturas mostram-se em todo o tit. V do L. I do dito Código, *de scripturis valituris et infirmandis*, algumas das quaes não passaram para o *Fuero Jusgo*. Note-se que o confeccionador das escripturas não é chamado *notarius* nem *tabellio*, mas *conditor*, o que indica que não era official publico.

Estes *conditores* eram quasi sempre, clérigos (por serem então quasi que as unicas pessoas que sabiam escrever), e isto não obstante as determinações dos concilios que prohibiam aos clérigos as funcções notariaes em negocios de leigos.

No tomo VI das Memorias de Academia Real de Sciencias de Lisboa, vem uma, de José Verissimo ALVES DA SILVA, sobre a fórma dos juizos nos primeiros tempos da monarchia portugueza, na qual, além do acima exposto, vem o seguinte:

«Quando os homens quizeram conservar alguma cousa em lembrança, em todos os tempos as escripturas foram sempre havidas pelo meio mais adequado: o que mesmo testificam as escripturas dos primeiros tempos, muitas dos quaes principiam de tal modo: *In nomine Dei. Quoniam et consuetudine quæ pro lege suscipitur, et legis auctoritate dedimus quod acta Regum et Principum scripto commendari debeant, at commendata ab hominum memoria non decidant et omnibus proventi aliter consistant.*

«Os instrumentos daquella primeira idade eram feitos por clérigos e poucos se acham feitos por seculares; seguiram-se depois os tabelliães, e a estes os Escrivães. Pelas Leis Gothicas, para um instrumento

ser publico, não era preciso ser feito por official publico, mas qualquer particular o podia fazer, comtanto que observasse certa norma. Devia contar o dia e anno em que era feito, as testemunhas, e partes deviam firmal-o com os seus signaes; não devia ser feito por servo; e si a parte estava doente, podia assignar uma testemunha em seu nome; porém esta testemunha dentro em seis dias devia apresentar a escriptura deante de um sacerdote, presentes outras testemunhas. Além disto, os instrumentos deviam ter uma pena convencional á parte que os quebrasse. Para que os instrumentos se não falsificassem, usavam de cartas partidas pelo A—B—C, e por meio destas se partia o papel ou pergaminho; e cada parte levava o seu instrumento. Quando se duvidava da legitimidade de algum, ajuntavam-se ambos para ver si as metades das letras A—B—C, juntas, fariam justas figuras.»

Relativamente ao processo, eis o que diz:

«Gravissimos autores pensam que a palavra *sigillare*, que se encontra no Codigo dos Visigodos, L. II tit. I § 18, tratando das citações, vem a dizer o mesmo que carta ou alvará. Si a nossa palavra *sigillare*, que no mesmo ponto de Direito se explicam os Foraes, e em outras partes *Signal do Juiz*, é deduzida nesta parte de *sigillum*, que usa o Codigo dos Visigodos, então ella não significa alli carta, mas sim ramo, ou palha, rito frequente, com que os povos, que vieram do Septentrião, faziam as citações. Os logares parallelos dos mesmos Foraes provam isto. Este *signal* é o que usa uma lei de D. Affonso II, se chama *fuste* e é o ramo, que os nossos Porteiros trazem na mão, quando nas execuções andam proclamando aquella antiquissima fórmula:—*Affronta faço que mais não acho*, etc., cujo ramo deu origem á nossa palavra *arrematação*, que era o direito *adramitio* dos povos septen-

trionaes. Os Francos, de quem no principio da monarchia, recebemos muitos usos, tinham o costume de citar por *palha stipula*. O Autor, presentes algumas testemunhas lançava uma palha, varinha, ou ramo pequeno ao Réo; si este estava pela citação, lançava tambem ao Autor outro raminho: no dia aprazado, o Réo vinha a juizo, e então se dizia que o Réo *placitum custodivisse*; si não vinha era esperado tres dias, depois dos quaes era condemnado em quinze soldos; e assim á proporção que desobedecia mais vezes, a multa ia crescendo. Si o Réo não vinha, quando era chamado para estar a direito, então ia o Porteiro com *fuste*, tirava-lhe penhores para vir estar a juizo; e deste modo era castigada a contumacia do Réo. Esta é a origem da citação por palha, de que fallam as Ordenações Affonsinas. As citações feitas por tabellião e por editos são posteriores. Depois de examinados e propostos os pontos em questão, segue-se a prova, a qual nos primeiros tempos foi tambem por testemunhas e instrumentos. Os Portuguezes, á semelhança dos Francos, e outros Povos que tiveram a mesma origem, tratavam todo o processo no Concelho, o qual era feito nos adros e outros logares publicos: os Francos chamavam estas audiencias *inter Leones*, leões estes que se acham ainda em muitos adros das nossas igrejas. As testemunhas depunham na presença de todos. No antigo modo de processar, o juiz, ouvidas as testemunhas, procurava aos Alvazis ou membros do Concelho, o seu juizo. *Comes auditis testibus et rem presentem contemplatus interrogavit ipse scabinos, quid illi de hac causa judicasse voluissent; at illi dixerunt secundum istorum hominum testimonium, et secundum vestram inquisitionem judicamus, ut sicut divisum et finitum est, ita in proprium habeant, absque contradictione*
«O conde, ouvidas as testemunhas e contemplando o «negocio presente, pede aos officiaes do Conselho os

«seus votos: elles respondem: segundo o que dizem «estas testemunhas e segundo a vossa inquirição, nós «julgamos que permaneça como está dividido e limitado, de modo que tenham como proprio, sem contradicção» Taes eram as fórmulas mais antigas das sentenças».

Os Visigodos, no seu processo, tinham, além dos *arbitros*, autoridades taes como o *dux*, o *comes*, o *asser-tor pacis*, o *thiufadus* e outros. Os officiaes de justiça eram os *sayones*, *sayões*, que correspondiam aos *apparitores* romanos: intimavam os mandados, davam execução ás sentenças e tinham parte nas multas (45).

Já no Codigo de Justiniano havia varias leis, permitindo aos litigantes preferir o arbitrio dos bispos aos litigios forenses (Cod. Just., *De episcop. audient.*, L. 7; Novel. XII); não é de extranhar, pois, que, entre os Godos mais se accentuasse essa influencia, attendendo a que os bispos concorriam até para a eleição dos reis barbaros. Os bispos eram, principalmente entre os Visigodos, inspectores e fiscaes dos magistrados; muitas leis do Codigo Visigothico dão a permissão de escolher para a decisão da causa o bispo, o Juiz ou o senhor da terra (Liv. VII, tit. I, L. 1; Liv. VIII, tit. V, L. 6, etc.) Havia no officio do Paço o *Comes notariorum*, á semelhança do *Primicerius notariorum* romano. Os condes e os duques eram os juizes naturaes e ordinarios nos seus districtos: mas, além delles havia outros juizes e officiaes, entre os quaes o referido *asser-tor pacis*, juiz incumbido de pacificar as partes e que, ao que nos parece, é a origem da instituição dos juizes de paz, radicada nos nossos costumes. O official desses juizes, os *sayões*, continuaram na legislação posterior, isto é, no *Fuero Jusgo*, nos *Fueros de Leon* e nas *Sete Partidas*, com os *Mayorinos* ou *Meirinhos*.

(45) COELHO DA ROCHA, Hist. do governo e legislação de Portugal, § 34 e nota; Cod. Visigot., L. II. tit. I, L. 26.

O processo judicial principiava pela citação, que se fazia *per epistola vel sigillum judicis et coram ingenuis personis*; seguia-se a audiência das partes, não devendo o juiz *dilatare causas* (Liv II, tit. I, L. 18 e 27); depois vinham as provas, ou por testemunhas ou por escripturas, e na parte probatoria era quasi todo o officio do juiz (cit. Mem.); por fim, era proferida a sentença. Acerca do que deve ser escripto no processo, diz a Lei 24, *Si de facultatibus, vel rebus maximis*, etc., o juiz deveria, elle proprio, escrever dois exemplares, tratando-se de cousas graves e importantes, dos quaes dava um a cada uma das partes, e nas causas modicas, escrevia dous exemplares não de todo o processo, mas das *conditiones ad quas juratur pars*; a sentença, porém, era sempre escripta em dous exemplares, dos quaes um era dado á parte vencedora e outro ficava com o juiz, *ne fortasse quaelibet ad futurum ex hoc intentio moveatur*. Não havia, pois, escrivão judicial; o *sayão* era quem, além de ser um executor qualificado, auxiliava o juiz na confecção dos exemplares dos processos. *Si de facultatibus, vel rebus maximis, aut etiam dignis negotium agitetur, judex presentibus utrisque partibus duo judicia de re discussa conscribat, quæ simili textu, et subscriptione roborata litigantium partes accipiant. Certe si de rebus modicis mota fuerit actio, solæ conditiones, ad quas juratur, apud eum, qui victor extiterit, pro ordine judicii habeantur. De quibus tamen conditionibus et ille, qui victus est, ab eisdem testibus roboratum exemplar habebit. Quod si pars, quæ pro negotio quocumque compellitur, professa fuerit apud judicem non esse necessarium à petitore dari probationem, quamlibet parvæ rei sit actio, conscribendum est à judice, suaque manu judicium roborandum, ne fortasse quaelibet ad futurum ex hoc intentio moveatur. Judex sanè de omnibus causis, quas judicaverit, exemplar penes se pro compescendis controversis reservare curabit.*

Quanto ao processo criminal, trata-se delle no Liv. VI, tit. I, *de accusationibus criminum* e em outros; mas, os actos processuaes eram: a *accusatio*, a citação *per jussionem aut sayonem*, a *custodia*, a *discussio*, a *cognitio criminis*, etc., a defeza, as provas (confissões, testemunhas, instrumentos, tormentos, agua quente (46) e a sentença, que deveria ser executada publicamente. O juiz era quem escrevia o processo.

-- Na França septentrional, a principio, foi o direito romano só o admittido ao lado do direito franco; mais tarde, quando os Carlovingios submeteram os Visigodos, os Borguinhões, os Allemães, os Bavaros e os Saxonios, o direito destas diversas tribus foi reconhecido no imperio franco, do qual elles faziam parte.

-- Na Italia, sob os reis lombardos, o direito romano foi o unico admittido em vigor ao lado do direito lombardo; ha uma conhecida lei de Luitprando, rei lombardo, determinando que os notarios devem redigir os actos conforme a lei lombarda ou conforme a lei romana, e não conforme a lei de qualquer outro dos povos: *De scribis hoc prospeximus, ut qui chartam scripserit, sive ad legem Langobardorum, quæ aptissima (alguns — apertissima), et pene omnibus nota est, sive ad legem Romanorum, non aliter faciant, nisi quomodo in illis legibus continentur*, etc. A verdade é que, entre os Lombardos, o character publico do *scriba*, incumbido de redigir os actos e contractos, foi accentuado: nos capitulos do rei Rachis, já elle é chamado *scriba publico*. O rei Astolpho conferia aos notarios dos bispos e abbades a attribuição de lavrar actos e contractos, contra os quaes excepção alguma podia ser opposta, como se pode vêr dos capitulos do mencionado rei, n. 16.

(46) Vejam as formulas destas provas, *apud Lidenbrog*, na collecção de CINCIANI.

Mas, os Ostrogodos, que, antes dos Lombardos, dominaram na Italia, foram os que, sob a influencia do seu rei Theodorico e do grande ministro CASSIODORO, mais se aproximaram do direito romano, a ponto de conservarem toda a sua organização politica e administrativa. CASSIODORO chegou até a dar maior importancia ao officio de notario do que ao cargo de juiz: os juizes, dizia elle, decidem as lides; os notarios evitam as lides, prevenindo-as por actos contra as quaes não haja reclamação (47). Depois dos Ostrogodos, a Italia foi, em meados do VI seculo, dominada pelos Gregos, isto é, pelo imperio grego do Oriente: Justiniano em 554 expediu a *sanctio pragmatica* sobre a administração da Italia, em que nada se alterou quanto ao notariado. No seculo VIII, os Gregos foram despojados pelos Lombardos de suas possessões no centro da Italia, e, como os Lombardos, no anno 752, ameaçassem Roma, o Papa chamou em seu auxilio o rei dos Francos, Pepino, o Breve, o qual, vencedor dos Lombardos, manteve o Papa na posse da soberania temporal sobre Ravenna e Roma, isto é, sobre o Exarchado e a Pentapole. A influencia dos Papas foi cada vez mais se impondo; e quando Carlos Magno, no anno 800, tomou o titulo de imperador, transmittiu ao Papa o titulo de Patricio de Roma: o Imperador e o Papa governavam conjunctamente, governo conjuncto este que foi expressamente reconhecido, no anno 824, por uma Const. de Lothario I.

— Em summa, na idade média o notariado tomou um novo aspecto, tornou-se uma profissão nobre, exercitada pelas pessoas mais cultas e mais doutas do tempo, foi um degráo para as mais altas honras, e na cidade eterna entrou na nova e esplendida côrte

(47) Vejam-se a *formula notariorum* e a *formula referendariorum*, de CASSIODORO, anneaxs aos *Edicta regum ostrogothorum*, em CANCIANI, *Leges Barbarorum*, I, pags. 27 e 30.

dos Papas (48). CONTI, recapitulando uma lição de SAVIGNY sobre os orgams da fé publica na idade media, diz o seguinte: «Reduzindo a termos breves o que escreveu SAVIGNY, eis o resultado a que chegamos: 1.º O *exceptor*, tambem na idade media, é um escrivão da curia; 2.º O *notarius*, no seculo VI, é um official da chancellaria ecclesiastica; 3.º O *tabellio*, no seculo VI, é um profissional, que se diz tambem *Fo-rensis*, que se occupa de lavrar contractos e testamentos; 4.º Tanto os *notarii*, como os *tabelliones*, constituíam uma corporação; 5.º Mais tarde *notarius* e *tabellio* significam a mesma cousa. E, então, um e outro tinham a qualidade de officiaes publicos, de modo que os actos por elles lavrados tinham o character de autenticidade necessario para sua execução. (49)

A influencia do clero nos costumes dos conquistadores muito se accentuou, principalmente pelo facto de serem as formulas compostas por clerigos. MARCULPHO era um monge e as formulas de GOLDAST quasi todas são compostas por clerigos. Uma particularidade notavel é que, nas leis dos Visigodos, se denomina *scriptura* o acto escripto pelo *conditor*; nas lei lombardas e francas o acto escripto pelo *scriba* — denomina-se *charta* genericamente, porém, os jurisconsultos, que as commentaram, denominaram — *autenticum exemplar*; d'ahi decorre a razão pela qual, nos povos de origem visigothica, conservou-se para os instrumentos publicos o nome *escriptura*, ao passo que, nos povos de origem franca ou lombarda ou ostrogothica, mantem-se o nome — *acto autentico* (50). A palavra —

(48) CONTI, *Comm. teorico-pratico della nuova legge sul notariato italiano*, I, pags. 26-33.

(49) CONTI, cit. pags. 26-33. PAPPALAVA, cit., pags. 65-66.

(50) CINCIANI, *Leges Barbarorum* I, pag. 223, cap. *Questiones ac monita veterum jurisperitorum*, onde vêm as formulas de encerramento dos actos notariados, annexos ás leis lombardas. Confrim-se SCIARRETA, *Formulario*

escriptura, para significar, não *id quod coventum est* mas *id quod actum est* e que o *tabellio* attesta *propriis sensibus visus et auditus*, é empregada no Direito Romano: *Fiunt scripturae, ut quod ACTUM EST per eas facilius probari possit*. A expressão *acto autentico* é toda das legislações posteriores, que deram ao acto notariado, não só esse valor probatorio, como a execução preparada. Surge d'ahi outra observação historica: os povos, que conservaram o nome — *escriptura*, conservaram tambem o nome *tabellio*, e não deram ao instrumento dos tabeliães o procedimento executivo, ao passo que os povos, que usaram da expressão — *acto autentico*, empregaram o nome *notarius* para designar o official publico que lavrava contractos e testamentos, e deram aos seus instrumentos o mesmo character, a mesma força, os mesmos effeitos de uma sentença passada em julgado.

No seculo VIII, com os capitulares de Carlos Magno, mais se accentuou esse vigor e importancia dos notarios. Assim, elle declarou expressamente a força executiva dos actos notariados. Compenetrado da utilidade do ministerio dos notarios, ordenou aos seus enviados (*missi regii*) que instituissem notarios, em cada logar: estes *missi regii*, ou os condes, nas assembléas provinciaes, os propunham ao povo, que os nomeava, como do mesmo modo nomeava os escabinos e os advogados. Ordenou tambem que os bispos, os abbades e os condes tivessem o proprio notario: *Unusquisque Episcopus et Abbas, et singuli Comites suum notarium habeant* (51). Os notarios, além de lavrar os instrumentos dos contractos e testamentos, assistiam aos grandes juizos nas côrtes dos escabinos:

degli atti e contratti notarile, pag. 7, e 9 art. da *Gazeta de Turin*, citados por PAPPALAVA, obr. cit., pag. 311-313, sobre a differença entre *acto, contracto, convenção, titulo, acto publico e acto autentico*.

(51) Capitular *De causis admonendis*, III, annexa ás Leis Salicas, CANNICIANI, cit. II.

era função dos notarios registrar as sentenças e outros actos, que de ordinario subscreviam com a formula: *Ego N., notarius, ex jussione N., comitis et missi, et admonitione prædictorum judicum pro securitate et firmitate scripsi.* (53) O bisneto de Carlos Magno, Lothario I, entre outras mais disposições concernentes aos notarios, fixou-lhes os honorarios, isto é, *dimidia libra argenti de majoribus scriptis, de minoribus infra dimidiam libram, quantum rei assimilari possit et iudicibus rectum videatur*; e dos incapazes e dos orphans estabeleceu que — *in providentia comitis sit ut nequaquam inde aliquid ab eis recipiant.*

Outra particularidade a attender é que, nas *Formulæ alsaticæ*, nas *Formulæ Goldastinæ* e outras annexas ás leis dos Francos Ripuarios e ás leis visigoticas, a formula preambular dos *actos publicos*, em geral, é esta: *Notum sit omnibus hoc publicum instrumentum visuris*, com algumas variantes, taes como *Notum sit presentibus atque superventuris*, *Notum sit omnibus Santæ Dei Ecclesiæ fidelibus*, etc. Nas *Formulæ Sirmondicæ*, nas *Formulæ Baluzii*, nas *Formulæ Marculphi*, annexas ás Leis Salicas e ao *Edictum Theodorici*, a formula é em geral esta: *Anno illo, mense illo, die illo, loco illo, regnante illo rege*, ou *Regnante in perpetuo Domino Nostro Jesu Christo, loco illo, anno illo, mense illo, die illo, etc.* Os povos descendentes dos primeiros ou conservaram o principio da liberdade de forma, ou não deram aos *actos notariados* a força executiva; os povos descendentes dos segundos foram os que denominaram *acto autentico* o *acto notariado* e os que deram a este a força executiva.

«Os contrahentes romanos, diz EDUARDO DURANDO, na sua obra *Il tabellionato*, etc., nas convenções que

(53) Vide, nas *formulæ Goldastinæ*, formula XCIX, a de um processo *actum curte ad campos mallo publico*, onde apparece um encerramento assim: *Ego itaque Vauco rogitus scripsi et subscripsi.*

estipulavam, figuravam dictarem elles proprios ao tabellião ou escriptor do documento as palavras do contracto, e assim era o vendedor, isto é, o contrahente, que assumia a obrigação, quem alli fallava em seu proprio nome. Este uso continuou na Italia até quasi ao seculo XIII, e o vendedor, por exemplo, se exprimia assim, em latim rustico, no contracto de venda: *Accepi ad te.. argentum denarios... finitum precium pro pecia de terra... quæ tibi vendo trado et mancipio ut facias deinde tu et cui tu dederis tuique heredes proprietario nomine quidquid volueris.*

«A razão disto é dada pelo *Cartularium lombardo*, donde se vê que o contracto se compunha das respostas que, com palavras prescriptas e quasi sacramentaes, eram dadas ás perguntas dirigidas para obter os consentimentos essenciaes a toda a especie de contracto. Estas perguntas eram por um terceiro, intermediario entre os contrahentes, chamado nas formulas 16 e 24 *orator*, e que podia ser o proprio notario, repetidas ás partes contrahentes. O notario, depois de reproduzidos os consentimentos, encerrava o acto com a formula: *Et ego scripsi, post traditam (cartam) complevi et dedi.* Este *post traditam* designa a approvação segundo o *costume* romano dada pelo toque do papel e pela subscripção.

«Os Romanos, para confirmar o escripto, tocavam o papel com a mão e assim tambem faziam os Lombardos; mas, os Francos Salianos, os Francos Ripuarios, os Godos e Allemães punham o papel no chão e sobre o papel o signal symbolico da investidura ou tradição e o calamo, e em signal de approvação tambem o erguiam (formula IV).

«...A principio, seguindo o exemplo das escripturas romanas, tanto as partes, como as testemunhas, que costumavam a ser cinco, além de assignarem o nome, declaravam a que acto por ellas estipulado e presen-

ciado subscreveram. Depois só os contrahentes fizeram essa declaração. Depois mesmo isso não mais se fez.»

A Italia teve, porém, de passar pelo cadinho dos Romanos, dos Ostrogodos, dos Lombardos e dos Francos. Os Ostrogodos eram muito inclinados a ter muitos *apparitores* ou secretarios e a dar-lhes attribuições (54); e os Francos, como se pôde vêr. das Leis Salicas e dos Capitulares, comquanto muito se apropriassem do tabellionato romano, maior valor davam aos actos dos secretarios ou notarios dos condes, bispos e abbades do que aos actos dos outros notarios. Os Lombardos eram mais dispostos a dar fé aos actos notariados; diz-se mesmo que, antes da conquista da Italia por Carlos Magno, os Francos ainda não tinham conhecido propriamente o notario distincto do secretario do juiz ou do senhor.

Segundo as Leis Salicas, os secretarios (*graphiarii*) escreviam contractos para os particulares (Leis de Dagoberto, LIX, 2 a 7), mas no *mallum* ou *malberg*, onde se reunia o povo e se fazia justiça sob a presidencia do principe; já nesse tempo os scribas lombardos lavravam testamentos e contractos como profissionaes, independentemente da presença do juiz.

«.....Nos seculos XI e XII os redactores de qualquer escripto se chamáram universalmente notarios; e o facto de ser dada a faculdade de lavar os actos a este official tão importante junto ao conde que tinha a autoridade suprema, elevou muito o ministerio do scriba e conferiu aos actos notariados plena fé. Foi esta grande autoridade adquirida assim pelos notarios que mereceu-lhes tal confiança que seus actos se tornaram obra sua exclusiva sem necessidade de serem firmados nem pelos contrahentes nem pelas testemunhas.»

(54) *Omnes apparitores decet habere judices suos*, diz uma formula de CASSIODORO, annexa ao *Edicta Regum Ostrogothorum*.

Foi uso na idade media, especialmente entre os secretarios dos principes, acompanhar a assignatura de desenhos phantasticos, difficeis de imitar-se; é provavel que a este modo de diffcultar as falsificações já recorressem os reis lombardos. (55)

Os povos germanicos, para fazerem valer os seus contractos, punham-lhes a obrigação de que aquelle que faltasse seria penhorado pelo outro a quem fosse devedor. Este direito se acha tambem em alguns foraes portuguezes; o devedor podia convencionar ser penhorado pelo credor. Já então, entre outros povos da Europa, os instrumentos dos notarios passaram a tomar o character de *instrumenta guarentigiata*, isto é, a declaração do devedor perante o notario foi equiparada á *confessio in iudicio*, principalmente e primeiramente na Toscana, onde o notario não só inseria no contracto a confissão do devedor como si fôra feita em juizo, como tinha tambem a faculdade de emitir a declaratoria de preceito (que equivale ao nosso mandado de preceito) para o pagamento. Nem é de estranhar que a acção do tabellionato ou notariado tivesse sido tão decisiva na Toscana, quando se considera que o grande IRNERIO alli esteve muito tempo como conselheiro da celebre condessa Mathilde. Em outros lugares da Italia, ora era maior ora menor a efficacia dos actos notariados; mas, nestes quando não havia o *preceptum guarentigie*, costumava-se a incluir a renuncia de todas as excepções que podiam embaraçar a execução.

O processo executivo é, pois, posterior ao Direito Romano e iniciou-se na Italia; porquanto, por maior que fosse a autoridade do instrumento notariado entre os Romanos, jamais foi equiparado, em seus effei

(55) Vid. os *fac-similes*, de pag. 116 a 117 da cit. obra de ER DURANDO.

tos, á cousa julgada, á *confessio in judicio* ou ao juramento decisorio.

—O vocabulo—*acto*, em sua significação legal, significa o escripto que prova o facto da convenção entre as partes, a que o official, incumbido de lavral-o, assiste *propriis sensibus visus et auditus*. Philologicamente fallando, é *autentico* todo o acto que realmente emana daquelle a quem é attribuido, e, nesse sentido, até o escripto privado pode ser *autentico*; philologicamente fallando é *publico* todo o acto feito *coram populo*, e, nesse sentido, até o escripto feito por pessoas sem character official—pode ser *publico*. Mas, na technica forense, se diz *autentico* o escripto quando ha a *certeza legal* de que é emanado da pessoa a quem é attribuido; e essa *certeza legal* só se adquire quando um organ da fé publica, como o notario ou tabelião, incumbidos de supprir o testemunho geral, assim o attesta ou no mesmo acto, *in forma autentica*, ou, *ex intervallo*, com acto posterior: neste sentido se diz, na nossa technica, *acto publico*, *escriptura publica*, o acto lavrado *in forma autentica* por official publico; e *acto autentico* qualquer escripto reconhecido por official publico, ainda que lavrado por pessoa privada. Nas technicas italianas e franceza, não ha essa distincção, porque alli chama-se *acto autentico* o acto lavrado por official publico e com as formalidades legais; e, por isso, ha alli necessidade de distinguir a *autencidade* em *autencidade inicial* e *autencidade successiva*, sendo esta a dos escriptos privados posteriormente reconhecidos por official publico. Ora, o instrumento publico ou acto lavrado por notario ou tabelião é, por motivos de ordem publica ou por considerações de ordem pratica, exigida *ad substantiam* ou *ad solemnitatem* para certos actos juridicos, de sorte que, sem escriptura publica, taes actos não produzem acção em juizo; mas, para outros actos, o ins-

trumento publico, ou acto lavrado por tabellião ou notario, é exigido *ad probationem tantum*, isto é, somente para prova, de sorte que, mesmo sem essa escriptura, estes actos produzem acção em juizo, por isso que podem haver outros meios de prova que suppram a escriptura, taes como a confissão judicial, etc. Em todo o caso, o instrumento lavrado por official publico e com as formalidades legais, é, como diz MASCARDUS, *probatio probata et non probanda*. Mas a *autenticação successiva* das letras e firmas de um escripto particular, em regra, não é requerida nem *ad substantiam actus*, nem *ad probationem*, porém simplesmente para effeitos em relação a terceiros, quando se quer tornar certa a respectiva data.

—Mas desde o seculo VIII os sarracenos dominaram a Hespanha, dominio que continuou, como sabemos, durante os seculos IX e X, ou antes, que permaneceu até o seculo XV: os Visigodos vencidos, refugiaram-se nas montanhas das Asturias e da Cantabria. Mas, os povos conquistados ficaram sob as suas leis pessoaes, os Visigodos continuando a regular-se pelo Codigo Visigothico e os sarracenos pelas suas leis arabes e musulmanas. Emquanto Carlos Magno e os carlovingios impunham leis no centro da Europa e na Italia, a dominação sarracena continuava na Hespanha. Mas, a separação dos direitos e o principio da applicação da lei pessoal, que constituiu a politica dos sarracenos, não teve alteração alguma no regimen do tabellionato e escripturação judicial, que permaneceu mesmo na denominação dos officiaes. Isto se explica, não só por essa politica dos sarracenos, como principalmente pela consideração de que o direito musulmano não exigia a redacção de um escripto ou a presença de testemunhas sinão para os contractos de casamento e de venda a termo (*salam*), contractos esses que, em suas particularidades, só interessavam

aos proprios sarracenos (56). Realmente, si alguns juizes e funcionarios administrativos tomaram denominações arabes, não aconteceu outro tanto com os tabelliães. Na lucta contra os Arabes, a Hespanha foi se dividindo e formando diversos reinos christãos, entre os quaes o de Portugal, sempre regendo-se pelas leis visigodas ou por Foraes que, em relação ao tabellionato ou notariado, não se affastavam muito do molde geral no tocante á fórma dos actos. Tambem se fazia uso das Canones dos Concilios, do *Fuero de Leon*, decretado no tempo de Affonso V, no Concílio de Leon, em 1020, sendo que os Foraes posteriores tomaram, em geral, deste o modelo. Fundada a monarchia portugueza em 1139 e tendo D. Affonso Henriques se declarado feudatario da Santa S^ç, continuou alli a influencia canonica até o seculo XIII. No seculo X já principiára a decadencia da lingua latina: os proprios clerigos, então quasi sempre incumbidos de lavrar os contractos, querendo conservar o costume de os escrever em latim e perdendo gradualmente o conhecimento dessa lingua, substituiam a muitas palavras latinas as do idioma patrio; e, assim, formou-se o *latim rustico*. Por outro lado, desde o seculo XI, por iniciativa do Concílio de Leon, do anno de 1090, foi abolido o uso dos *caracteres gothicos* ou *letras toletanas* e passou-se a empregar *letra semi gothica* ou *mixta* e depois geralmente a *letra francesa*.

—Opportunamente, quando nos referirmos ao systema feudal, diremos o conveniente sobre as Leis dos Anglo-Saxões.

(56) DARESTE, cit., pag. 57.

3). LEGISLAÇÃO CANONICA.—Na ordem ecclesiastica, desde os primeiros tempos da Era Christã, achamos alguns officiaes que traziam o nome de—*notarii*. Eram estes os *notarii regionarii*, notarios regionaes, instituidos pelo Papa S. Clemente, no anno 98, os quaes eram distribuidos pelas sete regiões ecclesiasticas, e tinham o encargo de receber os actos dos martyres, de annunciar ao povo as procissões, as preces, etc.; os *notarios do thesouro da Igreja*, chamados tambem *scrinarii*, e os *protonotarios apostolicos*, instituidos pelo Papa Julio I na primeira metade do seculo IV. Estes ultimos se chamavam—*participantes*, si gozavam de algum privilegio, como por exemplo, do direito a uma parte das taxas pagas á chancellaria romana pela expedição dos actos e *ad instar participantium*, si este titulo era concedido por mera honorificência. Eis a formula preambular das cartas de constituição do notario apostolico: *Collegium protonotariorum SS. D. N. Papæ et S. Sedis apostolica, de numero participantium romanæ curiæ. Venerabili viro cuiquamque in dignitate ecclesiastica constituto, cui presentes nostræ litteræ, extra tamen urbis districtum, presentabuntur, salutem in Domino sempiternam.*

Desde o seculo III, tornou-se ordinaria, nos actos ecclesiasticos, a formula—*Regnante Domino Nostro Jesu-Christo* antes da nota chronologica.

No seculo V, estes *notarii* da chancellaria pontificia e das outras chancellarias ecclesiasticas, formavam uma corporação, chamada *escola*, presidida por um *primicerius*, a cujo lado estava um *secundicerius*.

Quando os Barbaros invadiram o Occidente, já encontraram desenvolvida a influencia dos Papas e do Direito Canonico, que cercava as attribuições dos *notarii* de grande prestigio

No ultimo estado da legislação romana, como vimos, o meio de dar effectos completos aos actos dos *tabelliones* era a *insinuatio*, que consistia em depor nos *acta publica*, isto é, nas mãos do *magister census*, em Roma e Constantinopla, e dos magistrados municipaes, nas provincias, os *instrumentos*, que só tomavam o nome de *scripturæ publicæ* depois desse deposito nos *publica monumenta* (Cod. Just., *De donat.*, L. 31; Nov. XV, cap. V, § 1). E' verdade que, no Cod. Just., *De fide instr.*, L. 20, denominam—*publice confecta* os actos dos *tabelliones*; mas, a palavra—*publice* é tomada ahi em sentido material, para significar os actos feitos no *forum*, e não no sentido technico, significando actos da autoridade publica. Os actos do *tabellio*, simples *scripturæ forenses*, não offerciam ás partes sinão uma garantia imperfeita, porque era preciso que elle viesse reconhecer o escripto e, si estivesse morto na occasião da necessidade de usar da escriptura, chamavam-se as testemunhas que assistiram o acto e procedia-se á verificação (Novls. XLIV e LXXIII, cap. VIII). Era afinal a prova testemunhal applicada ao acto, sobre o qual vinham o tabellião e as testemunhas depor como si se tratasse de qualquer facto. Neste mesmo sentido, se distinguiam as *notitiæ privatae* e as *notitiæ publicæ*, sendo aquellas escripturas mesmo escriptas por *tabelliones* mas não insinuadas ou depositadas nos *acta publica*, e estas as escripturas dos *tabelliones* e mesmo os escriptos por outros, porém insinuados nos archivos ou redigidos em presença do juiz ou do bispo. Nesse tempo, os mesmos *notarii* que minutavam os actos dos funcionarios ecclesiasticos ou leigos, tomaram o habito de redigir igualmente as convenções das partes: este habito de lavrar contractos sem a presença do juiz vulgarisou-se a principio com a permissão dos juizes e depois por delegação; e, em regra, a formulã de taes contractos continha—*que as partes comparecem*

perante o notario como em direito ou em juizo, e, em outros - que são julgados e condemnados por seu consentimento ao conteúdo no contracto, e isto foi a origem da execução preparada em França.

Mais tarde, no Direito Canonico, não se diz — *instrumenta publicè confecta*, mas *instrumenta publica manu confecta*. As Decretaes trazem muitos canones confirmando o que dissemos. Assim, Alexandre III, no can. *Scripta vero*, L. II, tit. XXII, *de fide instr.*, de 1166, determinando que, mortas as testemunhas, o instrumento decahe, salvo si tiver sido lavrado *per manum publicam*; Innocencio III, no can. *Quoniam contra*, cit., diz — *publicam personam*: Gregorio IX, no can. *Cum tabellio*, L. II, tit. XXII, *de fid. instr.*, emprega legislativamente pela primeira vez a palavra — *nota*, para designar a escriptura primordial e original, — *instrumenta in notam redacta*, — *in publicam formam redigere, habitura pro hoc perpetuam firmitatem*, e no can. *Si instrumenta*, diz — *per publicam personam*; o mesmo Papa, no canon *Cum bonæ memoriæ*, tit. *de probat.*, referindo-se aos *acta judicii*, firma a distincção e os effeitos dos *acta ordinatoria litis* e *acta decisoria litis*, assim como a fé publica que merecem, etc. Por outro lado, a administração dos sacramentos do baptismo, matrimonio e extrema-uncção, principalmente os dous primeiros, davam logar aos assentamentos a cargo dos curas d'almas, assentamentos que foram os prodromos do actual Registro do Estado Civil, isto é, de nascimentos, casamentos e obitos. As regras do tombamento de bens ecclesiasticos deram desenvolvidos modelos para o registro da propriedade. Em summa, o Direito Canonico, aproveitando do Direito Romano as melhores disposições, auxiliando os golpes no feudalismo, guardando, durante as Cruzadas, as formas forenses, animando a revolução communal e o espirito municipal, preparou a nova phase.

Sobretudo, o Papa Innocencio III, que fôra gloriador em Bolonha, deu um passo de gigante, expedindo, em 1216, o celebre canon *Quoniam contra*, inserto no Liv. II, tit. XIX, *de probat*, assim concebido: *Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare: cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio: ne falsitas veritati præjudicet, aut iniquitas prevaleat æquitati: Statuimus, ut tam in ordinario iudicio, quam extraordinario, iudex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universi acta iudicii conscribant: videlicet citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renunciationes, conclusiones, et cætera, quæ occurrerint, competenti ordine conscribendo, loca designando, tempora et personas. Et omnia sic conscripta partibus tribuantur, ita quod originalia penes scriptores remaneant: ut si super processu iudicio fuerit solerta contentio, per hoc possit veritas declarari: quatenus hoc adhibito moderamine, sic honestis et discretis deferatur iudicibus, quod per improvidos et iniquos innocentium justitia non lædatur: iudex, autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare, si propter ejus negligentiam quid difficultatis emergerit, per superiorem iudicem animadversione debita castigetur, nec pro ipsius præsumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis.*

Foi d'ahi em diante que os actos processuaes do fôro judicial foram sempre divididos em *acta causæ* e *acta iudicii*, subdivididos aquelles em *acta argumenti* e *acta probationis*, e estes em *acta decisoria*, *ordinatoria* e *probatoria*. E a influencia do clero, que tanto se accentuava pela ignorancia das letras por parte dos

leigos, mais se desenvolveu pela superioridade das formas processuaes canonicas.

Os actos processuaes foram por alguns commentadores dos canones *Quoniam contra* e *Forus*, dos Decretaes, e *Saepe contingit*, das Clementinas, assim classificados :

1.º *Actos da causa e actos do juizo.* São *actos da causa* aquelles que dizem respeito ao facto e ao direito, que fazem objecto da relação litigiosa ; são *actos do juizo* aquelles que dizem respeito á disposição e expediente dos actos do processo (57).

2.º Os *actos de causa* se subdividem em *actos de argumento* e *actos de prova*. São *actos de argumento* a proposição da acção por *petição* ou por *artigos*, as excepções, a contrariedade, a replica, a treplica, estas devendo ser por *artigos*, as antigas *interrogationes et responsiones*, os *interlocutiones*, as razões finaes ou *allegações*, assim como as *cotas*, as *posições*, as *presumpções* e a *sentença*. São *actos de prova* a confissão, o juramento, os depoimentos de testemunhas, a producção de instrumentos e as vistorias.

3.º Os *actos do juizo* se subdividem em *actos decisorios*, *actos ordinatorios* e *actos probatorios*. São *actos decisorios* os despachos e sentenças do juiz relativos á decisão da causa ; são *actos ordinatorios* os despachos do juiz relativos á disposição dos actos processuaes, taes como a citação, a notificação, a intimação, a assignação de dilações, etc. ; são *actos probatorios* os *termos*, *autos*, *assentadas* e *certidões* e mais formas do expediente do feito a cargo dos escrivães. Outros commentadores dos mesmos canones apenas classificam os actos processuaes em *actos ordinatorios*, *actos*

(57) Inst. Jur. Can., de LANCELOTTO, L. III ; Glos. do Abb. PANORMITANO e o *Speculum*, de DURAND, e outros.

probatorios e *actos decisorios*; para estes, são *actos ordinatorios* os *actos de argumento*, taes como o libello, a contrariedade, a replica, a treplica; são *actos probatorios* os *actos de prova*, taes como depoimentos de testemunhas, producção de instrumentos, etc.; são *actos decisorios* os despachos e sentenças que se referem á relação de direito litigiosa. Estes commentadores, porém, só consideram os *actos das partes* e os *actos do juiz*.

Ora, no systema anterior ao canon *Quoniam contra*, os escrivães eram simples secretarios dos juizes, simples *apparitores*, em tudo subordinados a elles; mas, actualmente, os escrivães, comquanto obrigados a sujeitar-se a cumprir os despachos legaes dos juizes, exercem juncto destes tambem um papel de fiscalisação *para prova* dos actos por elles praticados e *para prova* dos actos das partes perante elles, pela razão dada— *Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare*. O canon *Quoniam contra* está no tit. *de probationibus* (L. II tit. XIX).

Em summa, o *graphiarius*, escrivão de hoje, não é o mesmo *apparitor*, do tit. *De asses., domesticis et cancellariis* doCodigo de Justiniano; e, aliás, *hodie, praesertim subalternis, graphiarii adsectorum et consiliarum vicem fere sustineant; frequenterque iudicis ab ipsis instructionem accipere debent*, diz VAN ESPEN;... (58) *scriba antiquus digitus est curiae egregius*, diz BACON.

Si, para o processo civil, tal é a missão do Escrivão, maior importancia adquire ella no processo criminal, cujos *acta causae* os referidos commentadores sub-dividiram em *actos de inquirição*, *actos de accu-*

(58) VAN-ESPEN, cit., III, IV, cap. IV, ns. 17 e 18; Concil. de Latrão, II, *de Rescriptis*, in 6.

sação e actos de dejeza, classificando entre os *acta judicii*, além dos do processo civil, a prisão e outros.

4). COSTUMES FEUDAES.—O Feudalismo, que se organisára definitivamente no seculo XI, veio conter algum tanto o character publico da instituição notarial. Si antigamente existiam alguns actos que não podiam ser validos sem o concurso da suprema autoridade, o regimen feudal instituiu outros mais. A investidura que dava o suzerano ao seu vassallo e a homenagem que este prestava, nada mais era do que um contracto entre dous individuos, o qual estabelecia entre elles uma nova relação; mas, aquelle que dava o feudo, para manter a sua posição, mostrava o novo vassallo aos antigos, provando-lhes que não exigia condições mais onerosas do novo feudo, nem concedia-lhe qualquer favor fóra do uso; e, por occasião desta investidura, havia côrte plenaria e o vassallo prestava fé e homenagem em presença de um parlamento ou dos Estados do suzerano. Ora, toda a alienação ou mudança de propriedade de um feudo, todo o desmembramento dava lugar a uma nova homenagem e, por consequencia, a uma convocação de vassallos; e mesmo o suzerano fazia-lhes algumas perguntas para saber si tinha sido omittida qualquer condição ou formalidade. Esta assembléa de vassallos, este parecer que davam sobre clausulas ou formalidades da investidura, assemelha-se, quanto á forma, a uma corte senhorial de justiça, de sorte que, confundiram-se logo as idéas, e a alienação total ou parcial de um feudo, ou qualquer outra disposição relativa, tornou-se objecto de transacção judiciaria. E assim, onde os immoveis eram reputados *feudos*, ou ao menos os *feudos* eram mais frequentes, qualquer disposição relativa a immoveis era reservada aos tribunaes, aos vassallos ou outros repre-

sentantes do antigo tribunal, os quaes ou serviam de testemunhas instrumentarias ou pronunciavam uma renuncia, uma cessão, ou outra formula solemne que transferia a propriedade (59).

— A Inglaterra ainda hoje soffre as consequencias do regimen feudal. E' verdade que, quer na velha legislação do paiz de Kent (seculos VI e VII), sob os reis Ethelberto, Chlotario, Odred e Witred, quer nas leis de Ine, rei de Wessex, (seculos VII e VIII), quer, depois da formação do reino de Inglaterra, no codigo de Alfredo, o Grande, (seculos IX e X), e nas leis de seus successores immediatos (seculos X e XI), assim como nas leis de Canuto, o Grande, não encontramos o *notario* como official publico, incumbido de lavrar contractos entre particulares. Do mesmo modo, depois da conquista normanda, nem nas leis de Guilherme, o Conquistador, nem nas de Henrique I e de Eduardo, o Confessor, (seculos XI e XII), encontramos cousa alguma que nos autorise a affirmar a existencia de taes officiaes entre os Inglezes. Mas, no fim do reinado de Guilherme, o Conquistador, foi creado o *Domesdaybook*, registro territorial, primitivamente estabelecido para o lançamento do imposto. Logo depois da conquista normanda, uma grande parte das terras foi confiscada em proveito dos vencedores e distribuida pelo rei entre os seus companheiros de armas a titulo de feudo. Este systema feudal de *tenures*, estendeu-se pouco a pouco ao resto do solo, de sorte que a noção da propriedade absoluta, tal como a concebe o Direito Romano, é extranha ao direito inglez, desde que se trata de immoveis: o possuidor de terras é reputado como tendo um direito derivado, um feudo ou da corôa ou de um suzerano intermediario. D'ahi, a terminologia juridica ingleza resentindo-se dessa differença que todos notamos.

(59) MEYER, Esprit, origine et progrès des Institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe.

A transferencia fazia-se por meio de uma investidura e immissão na posse (*livery of seisin*), nos tempos antigos em forma sacramental e em presença de testemunhas, mais tarde por escripto sellado (*deed, factum*) e cortado, no alto, em forma de dentes de serra, donde vem o nome de *indenture*; opportunamente veremos a evolução desta forma. A conquista normanda foi tornando desusada a lingua anglo-saxonia e depois a lingua latina, para introduzir-se a franceza.

— O systema feudal, em summa, tendia successivamente a aniquilar o notariado, apezar do privilegio concedido pelos imperadores aos condes palatinos, e grandes feudatarios da corôa, de nomear notarios, privilegio de que, principalmente na Allemanha, tanto abusaram que derivou-se d'ahi o inconveniente de crescer o numero de notarios além do necessario e de ser incumbido este officio a pessoas ignorantes. O feudo, por outro lado, aniquilou a transmissão do dominio pleno, porque eram poucos os bens allodiaes ou livres. Os combates judicarios substituiram a *disputatio fori*. A cavalaria constituiu os nobres mais homens de guerra do que homens de paz: não raro se encontra nos documentos a declaração de que—*F. deixa de assignar, porque, attenta a sua qualidade de gentil-homem, não sabe ler nem escrever.*

III

Nacionalisação da linguagem foreuse e predominio das formas canonicas. — Italia. — Allemanha. — Paizes Baixos.
— Inglaterra. — Russia. — Dinamarca. — Suecia e Noruega.
— Hespanha. — Portugal. — França. — Encerramento deste periodo na epocha da Revolução de 1789.

O seculo XIII assignala um periodo de reconstrucção para o notariado e, em geral, para as funcções dos orgams da fé publica.

As Cruzadas, si por um lado iam preparando a morte do feudalismo e a revolução que produzia o regimen communal, mais accentuava o estado de ignorancia a que nos referimos; todavia, os conventos, que então estavam cheios de copistas, e os clerigos, em geral, se incumbiam de lavrar os instrumentos de actos e contractos. Estabelecidas as communas, os Papas e os Reis, encontrando nellas apoio para conter o feudalismo, puderam restabelecer o imperio da forma escripta.

Vem a proposito notar que os instrumentos publicos dessa epocha eram, em geral, escriptos em um latim rustico e em estylo recheado de solecismos; attribuem esse facto não só ás traducções das formulas de MARCULFO, publicadas por MABILLON, das de BOUQUET, GOLDAST, SIRMOND e LINDENBROG, como á necessidade de lavrar os contractos nesse latim corrupto, afim de serem lidos ás partes em linguagem intelligivel. Nesses seculos contava-se o tempo por *calendas, nonas e idos*; as datas eram caprichosamente expressas; ás vezes vinham acompanhadas dos dias da *lua*, ou da *epacta*, ou da *ferias*, ou dias da semana, ou dos dias das *festividades*: os tabelliães faziam mesmo um certo garbo dessa *sciencia das datas*, inventando os *concurrentes* e outros semelhantes caprichos (60). Na Lusitania, assim como em toda a peninsula iberica, os annos eram contados pela Era de Cesar ou hispanica, que precede 38 annos á vulgar, data em que Cesar Augusto reduziu a Hespanha a provincia romana; mas, pouco a pouco, foi-se abandonando essa era, para contarem-se os annos pelos de Nosso Senhor Jesus-Christo, ou indefinidamente com a expressão -- *Anno Domini Nostri Jesu-Christi*, ou com referencia ao *nascimento*, á *circumcisão* ou á *ascenção*.

(60) MICHELE CUSA, *Dell' origine e dell' uffizio del notariato*.

Mas, no seculo XI, principiára o movimento, não só para a uniformidade do calendario, isto é, para contarem-se os annos do *Nascimento* de Nosso Senhor Jesus-Christo, como para substituir o latim rustico, (que, como dissemos, era a lingua universal diplomatica mesmo entre os barbaros),—pela lingua nacional de cada povo. Os Inglezes, que aliás desde o seculo VII tinham adoptado para os actos sellados ou formaes a Era Christã, foram tambem os primeiros que adoptaram para estes actos, no seculo XI, a lingua do seu paiz, isto é, a lingua anglo-saxonia; só no seculo XIII, identico progresso se manifestou na Allemanha, na França, na Italia, em Hespanha e em Portugal.

Principia, então, uma phase nova para os orgams da fé publica. Até essa epocha, os limites da jurisdicção ecclesiastica e da secular eram mal definidos: havia gente que indifferentemente litigava perante qualquer das jurisdicções e, em regra, preferia-se a justiça ecclesiastica. Em taes circumstancias, quando os tribunaes seculares quizeram recuperar a autoridade, já encontraram uma prática conhecida e que, no processo, tiveram muito de aproveitar (61). Quando o Direito Romano teve o seu renascimento, cujo signal foi a descoberta do Digesto. em 1137, na cidade de Amalphi, já o Direito Canonico tinha dado golpes nos combates judiciarios, nas ordalias, nos prudhommes, regularizando a forma escripta, quer no fôro extrajudicial, quer no fôro judicial. Aliás, os proprios Papas tratavam de affastar o clero dos negocios profanos; e os leigos, não só por essa razão, como pela natural expansão dos negocios, como pela nacionalisação da linguagem forense, recuperaram as funcções de auxiliares e serventuarios da justiça, conservando, entre-

(61) * MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, L. XXIII, capt. 60 e 61.

tanto, as formas do processo com as correcções introduzidas pelo Direito Canonico.

As formas canonicas prevalecem na Italia, na França, na Hespanha, em Portugal, na Allemanha e, em geral, entre os outros povos, excepto na Inglaterra, onde prevalecem as formas romanas.

Mas, já desde Ethelberto, diz o veneravel BEDA (62), *inter cætera bona, que genti suæ consulendo conferebat, etiam decreta illi judiciorum juxta exempla Romanorum constituit*, isto é, foram introduzidas, no processo judicial inglez, as formas do processo romano. No seculo XII, Henrique II acabou com os combates judicarios como meio de prova, instituiu a *Grande assise*, jury official em materia probatoria, dividiu o paiz em circuitos com juizes itinerantes, incumbidos de pronunciar sentenças fóra da corte do rei (*aula regis*). Ricardo Co-ração de Leão creou depois a *Court of common pleas*, permanente para os negocios civis. No seculo XIII, assignala-se a *Magna Charta*, de João Sem Terra, assegurando que *communia placita non sequantur aulam nostram, sed teneantur in aliquo loco certo*, proscreeve a prisão sem condemnação por pares e assegura a liberdade testamentaria. Notaremos que na Inglaterra prevalece a regra tradicional — *Ad quæstionem facti non respondent iudices, ad quæstionem juris non respondent juratores*. Desde Henrique II, como dissemos, no intuito de acabar com o duello judicario, foram expedidos os *Writs*, com as *formulas das acções*; concurrentemente appareceram os *records*, ou protocollos das deliberações e sentenças das jurisdicções reaes, e os *reports*, com os pontos de facto e de direito necessarios para precisar a jurisprudencia: assim formou-se a *common law* ingleza em contraposição á *statute law*.

(62) BEDA, Hist. Eccl., II, V: CANCIANI, cit., IV, 210.

Já as leis dos Anglo-Saxões fallavam em *apparitores* que eram os officiaes, hoje *clerks*, das diversas cortes, quer reaes, quer dos condados; os *registrars*, encarregados de registrar as decisões, vieram posteriormente. Tal era o amor á tradição que, até não ha muito tempo, continuava o systema do *vadimonium* romano sob a ficção dos personagens John Dõe e Richard Rõe (*common bail*); e o *original writ*, carta mandatoria do rei, indicando a *formula da acção*, só foi dispensado em 1852. A palavra ingleza que designa o processo escripto é - *pleadings*, péças escriptas estas que se trocam entre as partes desde a citação até o julgamento e cujo fim é precisar rigorosamente as questões de facto. Os actos do processo, em geral, denominam-se—*suit*. O processo criminal, em regra principiava pela accusação (*indictment*). Opportunamente seremos mais extensos.

Agora, passemos a rever a marcha do notariado e do secretariado nos diversos povos que, nessa epocha, ficaram constituídos.

1). ITALIA.—A arte notarial tomou tal incremento na Italia, que na Universidade de Bolonha instituiu-se para isso curso especial; e já no seculo XII se fallava nos *legentes* e depois *doctores notariæ*. D'ahi tambem a influencia que os notarios dessa epocha tiveram nos negocios das *communas* e como arbitros dos interesses dos particulares. IRNERIO, que tinha sido o fundador da Escola dos glosadores, já tinha composto o *Formularium tabellionum*, citado por ACCURSIO e por outros; RAINERIO DE PERUGIA compoz a *Ars notariæ*; MARTINO DE FANO compoz o *Formularium super contractibus et libellis*; ODOFREDO compoz *De ordine judiciaris seu opus artis notariæ*; PEDRO DE UNZOLA, PEDRO BOATERIO, BALDO DE PERUGIA, e, sobre todos, o grande

mestre ROLANDINO PASSAGERIO, autor da *Summa totius artis notariæ*, da *Aurora*, do *Tractatus notularum*, da *Flos testamentorum* e do *De officio tabellionatus in villis et castris*.

Destas obras se vê que, no seculo XIII, as attribuições dos notarios comprehendiam, não só os contractos e testamentos, como os actos judicarios e os actos das communas. Fixaram-se, então, os principios relativos ás condições do exercicio e ás formalidades dos actos desses officiaes publicos (63), principios e formalidades deduzidos parte dos costumes, parte das leis lombardas, parte do Direito Romano e parte do Direito Canonico. A *ars notariæ* reuniu-se á *ars dictaminis*, como se póde ver das obras de GUIDO FABA, *Summa dictaminis*, e de outros. A litteratura fez ninho na classe notarial: COLA DI RIENZO, PETRARCA, pae do cantor de Laura, BRUNETTO LATINI, mestre de Dante, e outros escriptores celebres foram notarios.

Concurrentemente appareciam os estatutos notariaes, taes como: os de Vercelli, confeccionados em 1241; os de Nizza, Ravenna e Pavia, confeccionados em 1255; os de Napoles e de Sicilia, sob o dominio dos principes normandos; os do conde Pedro de Saboia, de 1265; os do conde Amadeu VI, chamado Conde Verde, de 1379; os de Amadeu VIII, de 1430 (64). No seculo XV apparecem estatutos em Roma, Bolonha, Feltre, Padua, Verona e Belluno; e, em 1539, em Lucca em cujos estatutos era ordenado o seguinte: cada côrte ou officio publico, tanto administrativo como judicario, teria os seus proprios notarios, os quaes *teneantur et debant fideliter scribere et in libro ponere et transferre feriatim et successive omnia et singula acta, quæ in dicta curia quomodolibet tractarentur*, e a estes

(63) ED. DURANDO, cit., pags. 126 e seguintes.

(64) ED. DURANDO, cit., pags. 157 e seguintes, traz todo o titulo — *De tabellionibus et notariis*, desses Estatutos de Amadeu VIII.

unicamente *plenam probationem credebatur*. Segundo as normas fixadas por estes estatutos, não podiam ser notarios sinão homens probos, honestos e de legitimo nascimento. O candidato devia prestar exame de idoneidade e prestar juramento, promettendo, entre outras, lavrar os instrumentos em papeis novos e limpos.

non faciant instrumenta in papyro, nec in charta veteri et abrasa, sed in membrana munda et nova. Era depois solemnemente investido no officio *per pennam et calamarium*. com as palavras: *Accipe potestatem condendi chartas publicas secundum leges et bonos mores* (65). Todo o notario deveria pertencer a um *collegium notariorum*. Os membros de taes collegios se chamavam *socii* ou *fratres* e os seus chefes *rectores*. Estes ultimos tinham a vigilancia, que competia tambem a algumas autoridades publicas, sobre a gestão officiosa de cada um dos membros, tinham o dever de acautelar a boa conservação dos actos dos notarios defunctos e fixavam os honorarios notariaes. Todo o collegio tinha direito de confeccionar seus estatutos e de impedir no lugar de sua residencia o exercicio do notariado a quem não fosse membro do collegio. No Piemonte, então, desde o duque Emmanuel Felisberto até Carlos Emmanuel, que expediu a constituição de 1770, foi o notariado sempre progredindo. Foi na Italia, na Saboia, sob Victor Amadeu II, em 1694, que se restaurou o uso do papel sellado (*carta bollata*), quer como signal de autenticidade, quer como imposto, comquanto se diga que, na Hespanha e na Provença, já estivesse sendo como tal aproveitado. Aquella Constit. de Carlos Emmanuel III, datada de 9 de Novembro de 1770, é de grande merecimento: regula e distribue os collegios notariaes, dá regras para o exame de habilitação, determina todas as condições do

(65) MURATORI, *Antiquitates italicæ mediæ ævi post declinationem romani imperii ad annum 1500*, vol. I, Diss. XII, pag. 122.

exercício do officio e mostrava o intento de abolir a alienabilidade dos officios; eram minuciosas as *caulellas* e *formalidades* dos contractos, assim como as regras sobre a conservação das minutas, minutarior, fasciculos (*filze*) e protocollos; a superintendencia e fiscalisação dos actos era dada a um magistrado superior, etc. Já, antes disso, em 1610, Carlos Emmanuel II havia ordenado que todas as escripturas publicas e sentenças judiciaes e os actos notariados, quer contractuaes quer testamentarios, fossem sujeitos á insinuação, isto é (acceitando-se aqui a palavra *insinuação*, no sentido do Direito Romano),—ordenou que as cópias de todos esses actos fossem depositados no *archivo de insinuação*, onde havia tambem um *livro de registro*, para inscrever-se a data, a taxa, os nomes dos contrahentes, o notario, e mais caracteristicos do documento.

Quanto aos actos do expediente do processo judicial, prevaleceram alli os preceitos do cit. canon *Quoniam contrà*, denominando-se os *graphiarii* ou *secretarii*, *cancelliere*, e *usciere* o official para execução das diligencias, os quaes só mais tarde tiveram regulamento completo para as funcções de seus officios.

2). ALLEMANHA.—Na Allemanha, como dissemos, o dominio feudal e o privilegio dos condes palatinos e grandes feudatarios da corôa, tornaram menos influente o ministerio dos notarios e diminuíram a confiança nos actos notariados. No seculo XIII, quando alli começou a ser estudado o Direito Romano, para o exercício do notariado eram exigidos os mesmos requisitos prescriptos para os notarios italianos; mas, por outro lado, não só não eram instituidos os collegios ou corporações de notarios, como era o seu officio muito dependente dos juizes e tribunaes. Os ac-

tos notariados eram subscriptos pelas partes e pelo notario, mas não tambem pelas testemunhas, que se limitavam a pôr o seu sinete ou sello: as testemunhas attestavam o instrumento, mas não attestavam o contracto ou acto. Todo o instrumento era por extracto referido em um regísto, chamado—*cartularium, breviarium, quadernum* ou tambem—*protocollum*, o qual, na presença das testemunhas, era firmado pelas partes e pelo notario. Muitos jurisconsultos, advogados e mesmo juizes, muitas vezes, em summa, reclamavam uma reforma radical do notariado, porque essa instituição, como estava, não correspondia ao seu importantissimo fim. Foi então que appareceu a Constituição do imperador Maximiliano I, publicada em Colonia, a 8 de Outubro de 1512.

Nessa constituição foram declarados incapazes de exercer o officio de notario as pessoas menos probas; foi determinada a forma dos actos notariados e imposta aos notarios a obrigação de fazer menção dos cancellamentos, interlinhas e postillas; foi prohibido lavrar os instrumentos com palavras abreviadas ou obscuras; foi prescripta a intervenção de testemunhas em todos os actos; foram estabelecidas algumas normas para estipulação de actos de pessoas privadas do ouvido; foi indicado o modo de substituição no caso de legitimo impedimento do notario; foram estabelecidas diversas disposições relativas aos testamentos e recommendada aos notarios a sua exacta confecção, *propter magna ex illis imminencia prejudicia*, etc. Finalmente, bem comprehendendo quanto seja necessaria a instrucção theorica e pratica para o exercicio do notariado, o imperador Maximiliano I, sabiamente prescreveu que não pudessem ser nomeados notarios sinão pessoas peritas no direito. *Et in summa sciant et advertant omnes notarii, quod ipsi debent esse jurisperiti in his saltem quæ notariatus officium respiciunt,*

hoc est summa notariae ad hoc ut sciant partes coram se contrahentes, seu agentes de solemnitatibus et clausulis ad contractus, et actus hujusmodi, earumque validitatem requisitis certificare, et se a contractibus et actibus a jure reprobatis et prohibitis abstinere.

Mas, no seculo XVIII, foi o notariado decahindo cada vez mais, a tal ponto que, mesmo na Austria, segundo o regulamento do processo civil de 1 de Maio de 1781, os protestos de cambio foram os unicos actos notariados classificados entre os documentos publicos.

Justamente nesse seculo formou-se o reino da Prussia e, em 1751, foi promulgado o Codigo Frederico, organizado pelo celebre chanceller Coccêo, mantendo-se o principio da liberdade da forma, de sorte que a intervenção dos notarios prussianos não é necessariamente prescripta para acto algum.

Convém, todavia, notar que o registro territorial na Allemanha é subordinado a certas tradições que é util recordar. Em Direito Romano, a transmissão da propriedade immovel e a constituição dos outros direitos reaes não eram subordinadas a nenhuma formalidade sacramental, destinada a assegurar a publicidade; na Allemanha, porém, onde, desde tempos mui remotos, a propriedade territorial era não somente a parte mais importante do patrimonio do individuo, mas ainda a base da organização communal, assim como dos direitos e deveres publicos, onde mesmo a propriedade individual não tomou provavelmente nascimento sinão no dia em que se decidiu partilhar entre os diversos membros da comunidade uma parte do solo pertencente collectivamente a esta comunidade, a transmissão das terras e predios deveria naturalmente ter logar com concurso e verificação da comunidade interessada: não era valida sinão com

a condição de ter sido consummada por um acto solemne e publico. Na origem, a transmissão exigia dous actos successivos, designados sob os nomes de *sala* e *investidura*: *sala* era a declaração feita pelo vendedor de que cedia sua propriedade ao adquirente e corroborada por um certo numero de praticas symbolicas que variavam segundo as localidades; *investidura* era a immissão na posse material do adquirente pelo vendedor, segundo uma forma sacramental (*cum baculo, incurvatis digitis*, etc.) Os dous actos tinham por consagração a presença de numerosas testemunhas e provavelmente do magistrado local. Mais tarde, foram sufficientes uma tradição symbolica perante o tribunal do logar da situação do immovel e uma homologação judiciaria (*gerichtliche Auflassung*: e depois substituiu-se este processo oral por inscripção em registros, presididos geralmente por um juiz; de sorte que, em Direito Germanico, jamais bastou uma simples convenção, nem mesmo com immissão na posse, para validar uma transmissão de propriedade immovel. O que dissemos desta operação se applica tambem á constituição de hypotheca ou, para dizer melhor, da antichrese; em virtude da *Satzung*, que se operava em juizo como as alienações propriamente ditas, o credor era materialmente installado no immovel do devedor e percebia-lhe os fructos; mais tarde dispensou-se essa posse immediata, substituindo-a por solemnidades em juizo, para assegurar a publicidade; depois substituiu-se a forma oral da hypotheca em juizo por uma inscripção em registros publicos.

Estas tradições juridicas se mantiveram na Alemanha, não obstante a influencia immensa do Direito Romano e deram nascimento á instituição do registro territorial e hypothecario, que hoje allí impera e do qual opportunamente nos occuparemos.

— Quanto aos auxiliares do processo judicial, isto é, aos escrivães (*gerichschreiber*), officiaes de justiça (*gerichtsvollzieher, gerichtsvögte*) e outros, já dissemos que o processo allemão adoptou as formas canonicas (66).

3). PAIZES BAIXOS.— Nos Paizes Baixos, ao que parece, o notariado foi instituido pelos soberanos da casa de Borgonha; e desde o anno de 1494 uma Ordenança do Archiduque Felippe faz menção dos notarios. (67). O imperador Carlos V, pelo edicto de 10 de Maio de 1529, deu ao notariado uma organização mais regular; mas, este edicto era anterior á incorporação do ducado de Ghelkia aos Estados do imperador, e não pode reparar o descuido dos duques. Esta provincia, como a do Over-Isel, viu-se privada do notariado, o qual foi estabelecido só em 1808. Si o notariado era exercido nos restantes lugares dos Paizes Baixos, os notarios não gozavam daquella confiança que só podia conceder um grande soberano e que os limites alli restrictos da autoridade communal não permittiam ceder a um official especial, sem reduzir muito evidentemente as attribuições dos magistrados. As communas dos Paizes Baixos, ciosas de tirar aos notarios uma porção da jurisdicção voluntaria, nunca admittiram a supressão completa do notariado; mas, investiram os tribunaes de muitas dessas attribuições, estabelecendo a regra fixa de que nenhuma alienação de immovel pudesse ser feita sem a presença de um magistrado administrativo ou judicial; reservaram aos notarios muitas outras especies de actos e deram geralmente aos secretarios dos tribunaes o direito de lavrar instrumentos cumulativamente com os notarios. Na Hollanda, os juizes eram testemunhas

(66) STRICKIO, *De jure protocollis*, Disp. IX, cap. V.

(67) PAPPAFAVA, cit.

instrumentarias. Esta concurrencia, maximé nas communas ruraes, entre os secretarios dos tribunaes e os notarios, devia equivaler á exclusão dos notarios, que não podiam, por causa do ciume e mutua independencia das communas, exercer o officio além dos limites da communa para a qual eram nomeados, e tinham de ficar sem serviço, porque as relações do secretario, que era ao mesmo tempo balio senhorial, a necessidade de recorrer a elle nos casos em que se tratasse de actos reservados ao conhecimento do magistrado, as vantagens que elle tinha, ou como chefe da justiça communal, ou como chefe da administração, determinavam por elle a preferencia. Por outro lado, os actos notariados, nos Paizes Baixos, não tinham execução preparada, de sorte que, sobre a forma privada, nada mais tinham do que a autenticidade. Na pratica, as partes resolviam remetter ao juiz um acto notariado, no qual consentiam fazer-se condemnar voluntariamente e, então, pediam ao juiz ratificação: esta sentença da ratificação, que podia ser dada ou não, e que tornava executorio o acto notariado, era pelos praticos chamada—*willige condemnatio* (68).

4). INGLATERRA. A Inglaterra, mais do que nenhuma outra nação, continuava aferrada aos costumes e tradições anglo-saxonios, normandos e feudaes (69). O notariado ahi não podia, pois, ter desenvolvimento algum: basta considerar que o principio fundamental do direito inglez, em materia de propriedade immovel, é que todas as terras dependem da corôa mediata ou immediatamente; o soberano tem o dominio directo e

(68) MEYER, *Esprit, origine, et progrès des Institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe.*

(69) LEHR, *Elements de Droit Civil Anglais*, ns. 368 e seguintes.

absoluto, os possuidores effectivos têm apenas o dominio util; as terras são, em suas mãos, simples feudos da corôa. E' verdade que, actualmente, este dominio util confere quasi tantos direitos como o dominio pleno; os *freeholders* não têm mais necessidade da investidura e, quando vendem, não precisam da confirmação da corôa. Entretanto, para explicar a exclusão do notariado, precisamos entrar na apreciação das formas antigas: A forma mais antiga é a da imissão na posse effectiva (*feoffment with livery of seisin*). O systema feudal jamais cessou de reger a propriedade territorial de Além-Mancha: a investidura consistia na concessão de um direito hereditario ou vitalicio (*state*) sobre o immovel, acompanhado da *livery of seisin* do vassallo (*tenant*). A *livery of seisin* se operava de dous modos: em facto (*in deed*) ou em direito (*in law*). Para a imissão da posse *in deed*, o senhor e seu representante, de uma parte, e o vassallo (*tenant*), de outra, pondo cada um a mão sobre o acto de investidura e sobre o anel, ou sobre uma vara, ou sobre um torrão, emblemas do dominio,—o senhor pronunciava palavras sacramentaes, depois do que, si se tratava de uma casa, o vassallo (*tenant*) entrava só, fechava a porta, tornava a abrir e fazia entrar a assistencia. A imissão da posse *in law* (*livery in law*) não se fazia no immovel mesmo, mas á vista; o senhor mostrava-o com a mão ao vassallo (*tenant*) e convidava-o a ir tomar posse. Em qualquer dos casos, o *estate* conferido ao *tenant* devia ser bem determinado (*limited*); era preciso que se determinasse si lhe era conferido vitaliciamente, ou em feudo substituido, ou em feudo simples, ou de qualquer outro modo. No reinado de Henrique VIII, no seculo XVI, a validade de uma investidura foi subordinada, pelo *Statute of uses*, á condição de ter uma justa causa (*consideration*) e de ser feita expressamente não sómente ao te-

nant mas em seu proveito (*to the use of the feoffee*). Antigamente, o acto da investidura não era escripto, era simplesmente sacramental; mas, posteriormente, foi de rigor o acto escripto e sellado, que era lavrado ou pelo proprio senhor ou por seu secretario particular. O instrumento probatorio sellado e devidamente confeccionado tomou, em direito, o nome de *deed, factum*; ao passo que o escripto não sellado não importava mais do que uma simples promessa verbal, para exprimir *id quod conventum est* e não *id quod actum est*.

Mais tarde se substituiu ao antigo modo feudal de investidura um modo mais simples, conhecido sob o nome de *lease ad release*, que consistia no abandono ao comprador, abandono que se fazia por *deed*. Depois, ficou determinado que a posse legal de um immovel se transferisse pelo effeito da simples convenção verbal seguida do pagamento do preço, *by a mere bargain and sale*, ficando o vendedor constituido possuidor em nome do adquirente, independentemente de investidura e mesmo de *deed*. Por fim, o perigo dessas transmissões, desprovidas de publicidade, fez que, nesse mesmo anno, Henrique VIII, pelo St. 27, cap. 16, exigisse que toda a *bargain and sale* de immoveis fosse provada por um *deed* e registrada dentro de seis mezes lunares em uma das côrtes de *record* de Westminster ou em um dos tribunaes de condado, designado para isso. O registro foi depois abolido; a posse real foi supprida por uma posse presumida e legal, fundada no praso estipulado; mas, dous *deeds* ou actos escriptos foram exigidos, um para provar a *bargain and sale*, outro para provar a *release*. O *deed*, pois, é o acto autentico dos inglezes, posto que não confeccionado por pessoa publica, mas por *attorneys* e *sollicitors*, por *scriveners*, e mesmo pelas partes, e, actualmente, até impresso em todo ou em parte.

Os *deeds* se dividem em *deeds poll* e em *indentures*. O *deed poll* é um acto unilateral; a *indenture* é um acto passado entre duas ou muitas pessoas. Outr'ora, quando os actos eram mais concisos, era uso, para aquelles que interessavam duas pessoas, escrever duas copias sobre a mesma folha de pergaminho, com algumas palavras ou letras atravessando de uma para outra; depois cortal-as adentando-as, isto é, entalhando-as em forma de dentes, de sorte que pudessem se reconhecer verdadeiras pela aproximação das duas copias. Mais tarde, dispensado esse córte pelo meio das letras ou das palavras, conservou-se, comtudo, pelo respeito á tradição e tambem para conservar o nome *indenture*, o costume de aparar o alto do papel em dentes de serra ou serrilha (70). Hoje esta serrilha é dispensavel, mas ainda assim conserva-se o nome *indenture* para os actos em que intervem duas ou mais pessoas e o nome *deed poll*, isto é, *deeds* com o papel alinhado ou polido no alto, para os actos assignados por uma só pessoa. Ha ainda o *deed of grant*, que é o modo actual da transmissão de propriedade mais ou menos absoluta dos immoveis, modo este que se redige conforme um formulario e cuja disposição graphica concorre para facilitar as investigações ou comparações (71). No *deed of grant* não ha necessidade de investidura nem de aforamento previo ficticio: *A* (vendedor) *doth by the presents grant unto B* (comprador) *and his heirs*, e esta cessão em boa forma basta. Eis, na ordem habitual, as partes de que se compõe um *deed of grant*:

- 1.º A data da *indenture*.
- 2.º As *partes*, isto é, nomes, qualidades e domicilio.

(70) BLACKSTONE, Comm. II, 295 e III, 168.

(71) LEHR, cit., pag. 258.

3.º Os *recitals*, isto é, a indicação da maneira pela qual o vendedor adquiriu o direito que se propõe ceder, assim como do contracto projectado entre as partes.

4.º O *testatum*; esta parte, que se reconhece pela formula—*now this indenture witnesset*, inscripta em grandes caracteres, encerra o que se chama—*operative words* do acto, as palavras operantes ou essenciaes, isto é, a affirmação de que a venda é feita mediante o preço de. ., que este preço foi numerado e pago e que, em consequencia, o vendedor cede (*grant*) ao adquirente os immoveis que fazem objecto do contracto.

5.º Os *parcels*, isto é, a descripção detalhada dos ditos immoveis com seus pertences e dependencias, e, si houver logar, a indicação daquillo que não ficou incluído na venda.

Estas cinco primeiras partes constituem o que se chama—as *premises* do acto; vêm em seguida:

6.º O *habendum*, isto é, o paragrapho em que são precisadas a natureza e extensão do direito cedido ao adquirente sobre os immoveis vendidos. Assim, si é a posse em feudo simples que é transferida, o *habendum* especifica que os immoveis são cedidos «*unto and to the use of B* (o adquirente), *his heirs and assigns for ever*». Observar-se-ha que o acto não se limita a dizer que os bens são cedidos a B (*unto B*), mas accrescenta que elles o são em proveito de B (*to the use of B*); e a razão é esta: antes do *Statute of uses* toda a alienação de immoveis, feita sem uma justa causa e sem declaração de *use*, era reputada feita em proveito do cedente; o *Statute of uses*, tendo convertido este proveito em propriedade para aquelle que tinha o *use*, resultaria dahi que este

estatuto teria, em certos casos e na falta de *consideration* sufficiente, aniquilado immediatamente a transmissão concertada entre as partes e effectuada em apparença pelo *deed of grant*; para prevenir este resultado, é de regra inserir em todo o acto translativo uma declaração de *use* em proveito do adquirente e de seus successores. Tal é o fim da formula acima transcripta e que, á primeira vista, parece redundante.

7.º Os *covenants*, isto é, as declarações feitas pelo vendedor ao comprador e que são habitualmente em numero de cinco, a saber: 1.º que o vendedor tinha elle proprio o predio em feudo simples; 2.º que elle tinha o direito de alienar; 3.º que o adquirente e seus successores devem gozar d'elle pacificamente; 4.º que o predio é livre de encargos (*incumbrances*); 5.º que o vendedor e seus successores estarão sempre promptos a fazer qualquer acto supplementar que seja necessario para assegurar o effeito do *deed*. Hoje o primeiro desses *covenants* é frequentemente supprimido como se achando implicado no segundo; póde-se, além desses, accrescentar outros, si houver necessidade.

8.º O *testimonium*, (*conclusion, attestation clause*), que indica a ou as testemunhas, mas não faz parte integrante do *deed*.

9.º As assignaturas e signaes ou sellos das partes.

Ha, para as diversas partes que acabam de ser enumeradas, phrases e expressões consagradas pelo uso, mas não ha termo sacramental; mesmo a palavra—*grant*, tão importante, póde ser omittida sem nullidade, desde que seja clara a disposição.

Passemos, agora, aos instrumentos de contractos relativos a obrigações, isto é, aos *debts of records*, aos *covenants*, aos *bonds*, e aos *simple contracts*. As

duas variedades mais importantes dos *debts of record* são os creditos provados por julgamento (*judgement debts*) e os reconhecimentos judiciais (*recognizances*): aquelles são os creditos provados por sentenças das cortes *of record*; estes são obrigações contrahidas perante uma corte ou um magistrado competente, sob a condição de que se tornarão nullas si a parte obrigada cumprir um acto determinado, ou se absteriver de tal acto, ou pagar tal somma em tal epocha, ou se apresentar em juizo. O *covenant* e o *bond* são *deeds* sellados. Os *covenants* são assim concebidos: «A. (devedor) se obriga pelo presente, com seus herdeiros, executores e administradores, para com B (credor), seus executores ou administradores, a pagar etc.» O *bond*, ao contrario, é assim formulado: «Saibam todos os que o presente virem que eu (nome e domicilio do devedor), sou formalmente ligado ou obrigado (*bond*) para com B (nome e domicilio do credor) até a quantia de. libras, pagaveis a titulo de pena ao dito B ou a seus successores (herdeiros, cessionarios ou subrogados) e que me obrigo expressamente pelas presentes ao dito pagamento, assim como meus herdeiros, executores e administradores». Não é essencial mas usual essa declaração exposta quanto aos executores e administradores. Os *simple contracts* são os contractos sellados, feitos em papel não timbrado pelo Governo —: entre esses estão as letras de cambio, as notas promissorias e outros.

Quanto a testamentos, foi o *Statute of wills* de Henrique VIII, que estabeleceu a faculdade de testar em Inglaterra por simples escripto; o *Statute of frauds*, de Carlos II submetteu a faculdade de dispôr *mortis causa* a certas formas protectoras: não foi mais permitido testar por simples escripto desprovido de attes-tação ou testemunho; para que fosse valido o legado de um immovel, o estatuto exigia não só o escripto,

como a assignatura do testador ou de um terceiro a seu rogo e com a assistencia de um certo numero de testemunhas dignas de fé. Estas cautelas vieram depois soffrer modificação pelo *Wills act* de 1837.

Quanto aos auxiliares do processo judicial, a Inglaterra sempre foi prodiga de cercar as suas côrtes de officiaes, taes como os *clerks*, *chief clerks*, *masters*, *registrars*, *clerks of records and writs*, etc. (72).

5). RUSSIA.— Os Russos, no anno 1000, se tornaram christãos, ligando-se á Igreja grega. Foi o *Nomacanon* do patriarcha Phocius que introduziu entre os Russos os preceitos do direito canonico da Igreja grega, os quaes penetraram pouco a pouco no seu direito civil. Tanto os instrumentos de contractos, como os de testamentos, regulam-se segundo formas bem determinadas; o notariado alli teve grande extensão e já encontrou regras na *Russkaia Pravda*, do seculo XIII. No seculo XVI, nos reinados de Ivan III e Ivan, o Terrivel, começa a codificação das leis russas. No anno 1649 o tzar Alexis Mikhaïlovitch, promulgou o *Oulagenia*, da qual o actual *Svod* ou Digesto Russo manteve as disposições não derogadas. Opportunamente examinaremos as disposições do *Svod*. Devemos notar que na Russia os actos autenticos, em geral, eram passados ou certificados nos registros publicos, livros dos correctores e nos cartorios dos tribunaes, depois da minuta julgada legal pelos competentes inspectores ou juizes; entretanto, ha certos actos, como o emprestimo e outros, que são autenticados pela simples intervenção dos notarios e correctores. A consequencia disto é que o acto autentico suppõe minuta

(72) ALEXANDRE RIBOT, notas ao *Act* de 5 de Agosto de 1873, no *Annuaire de Legisl. étrang.*, pag. 54.

approvada, a qual deve ser archivada e *transcripta* nos registros si se trata de alienação de immoveis e outros semelhantes contractos, ou simplesmente *certificada*, isto é, autenticada pelos notarios, si se trata de testamentos, empréstimos, etc. Os primeiros são lavrados por *escrivães*, e os segundos podem sel-o pelos proprios notarios e correctores, ou mesmo pelos particulares. Os *instrumentos particulares* ou actos domesticos, desde que sejam autenticados pelo notario, tornam-se actos autenticos, como os lavrados pelo proprio notario.

Não temos elementos para apreciar as formas do processo russo; mas, houve sempre perante cada juiz ou tribunal *escrivães* e mais officiaes.

Veremos mais tarde os progressos que fez o notariado na Russia.

6). DINAMARCA.—As normas que regulam o notariado na Dinamarca, na Suecia e nos povos scandinavos resentem-se muito do espirito aristocratico e feudal que ainda anima esses paizes, onde não se chegou a comprehender como um simples notario possa ser transformado, pela simples escolha dos particulares, em pessoa publica com competencia para conferir aos actos de seu ministerio a mesma autenticidade e força executiva que tem a sentença do juiz, emanada por delegação da suprema autoridade do Estado.

Na Dinamarca, o secretario dos tribunaes inferiores é ao mesmo tempo o notario no districto do tribunal. Somente em Copenhague é que ha um notario geral que não exerce outros officios. Os secretarios dos tribunaes inferiores e o notario de Copenhague devem ter passado pelos estudos legaes e sujeitar-se ao exame de juiz. A sua nomeação é feita pelo rei e é vitalicia. Não são obrigados á caução. As attribuições desses

funcionarios são muito restrictas: elles não lavram as escripturas, cujo serviço é alli deixado aos advogados, mas limitam-se a legalizar, na presença de duas testemunhas, as firmas ou assignaturas das partes, sem que sejam obrigados a tomar conhecimento dos actos.

A transmissão da propriedade de bens immoveis é regulada pelo *Thinglesning* e, para conseguila, é necessario um documento firmado pelas partes, o qual é publicado em alta voz pelo secretario do tribunal do districto em que é situado o immovel. Tal documento, assim como o protocollo tomado sobre a leitura do mesmo, são transcriptos no registro de propriedade. Os actos originaes são conservados em um repertorio donde o secretario extrahe certidões.

Os secretarios dos tribunaes inferiores percebem do Estado um estipendio fixo e as taxas, a que têm direito por actos de seu ministerio, entram para o Thesouro do Estado. O notario de Copenhague, porém, não tem salario fixo. Os seus honorarios são regulados por uma lei e é obrigado a indicar á margem dos actos que lavra os honorarios que percebe.

7). SUECIA E NORUEGA.—Na Suecia e Noruega, como na Dinamarca, o officio notarial é tambem exercido por empregados judiciaes. Os contractos relativos á transferencia de propriedade immovel são transcriptos nos registros do tribunal de primeira instancia do districto da situação dos immoveis. Taes contractos, assim como os de matrimonio, devem, para ser validos, ser lavrados por um notario em presença de duas testemunhas. Em todos os outros casos, o ministerio notarial se limita á legalisação das provas das partes e das testemunhas. Não ha lei especial regulando o

exercício das funcções notariaes; e as respectivas formalidades são determinadas pelas leis livres de cada communa ou municipio. Os notarios não são sujeitos á caução.

Os preceitos e principios do Codigo Civil de 1688, regulam, com poucas variantes, para a Dinamarca, Suecia e Noruega. Nesse Cod., art. 274, se estabelece a regra de que os testamentos devem ser redigidos por escripto por qualquer pessoa sem character official, assignados pelo testador, em presença de um notario e de duas testemunhas.

8). HESPAÑHA.—A Hespanha, a principio dividida em diversos reinos e em lucha contra os Mouros, regulava-se pelo *Fuero Juzgo*, pelo *Fuero Real*, pela *Lei dos Estyllos*, pelo *Fuero de Leon*, pelas *Leis das Partidas*, pelas do *Touro*, jamais deixando de dar maxima importancia ao notariado; e, neste ponto, mais se infiltrou em sua legislação o Direito Canonico do que o Direito Romano. «Em Hespanha, disse MORCILLO Y LEON, pessoas, autoridades, tribunaes, e demais poderes do Estado, prestam ao notario toda a consideração que merece o character de um funcionario publico; nas funcções civicas e nas solemnidades dos Tribunaes occupa um posto immediatamente depois da toga do jurisconsulto; os contractos encontram nelle a garantia de sua efficacia; elle conserva e mantem o deposito sagrado das convenções; as ultimas vontades, sanccionadas por seu intermedio, se convertem em preceitos e leis; os direitos do orpham encontram nelle inexpugnável fortaleza, o filho natural consegue por sua mão a paternidade que a tão alta consideração o eleva na familia; o Estado assegura por meio d'elle essa troca incessante de prestações reciprocas, que

nascem, desenvolvem-se e morrem ao calor da convenção; a sociedade considera nelle um contrapeso exacto que mantém em constante equilibrio as forças oppostas resultantes do incessante torvelinho dos interesses privados; e o homem, emfim, na esphera de sua liberdade individual, encontra nelle um instrumento seguro para regular as condições que hajam de ligal-o á familia, a seus semelhantes, aos bens materiaes, a todas as relações que, já no fundo, já na forma, constituem sua maneira de ser na vida civil». Assim sempre foi e continua a ser. Em Hespanha, não foi, como em Portugal, admitido o nome *tabellião*, mas o nome — *notario*, para designar esse funcionario; entretanto, a palavra — *nota* não é empregada para significar o original, e sim o nome — *escriptura matriz* (73). Na provincia hespanhola de Catalunha, era muito cultivado o estudo da arte notarial: isto explica-se pelo facto de ser Barcelona, capital do então condado de Catalunha, um modelo de administração e ponto commercial e industrial de primeira ordem. Foi em Barcelona que se fez a famosa compilação — denominada — *Consolato del Mare*, a verdadeira base do Direito commercial e maritimo moderno (74).

9). PORTUGAL.—Estendamo-nos mais sobre Portugal. MELLO FREIRE, na sua *Historia juris civilis lusitani*, diz que, «no principio da monarchia, era nenhum o uso dos escrivães e tabelliães, pois cada qual fazia particularmente, ou um por pedido de outro, os instrumentos de testamentos e contractos; as lides nascidas desses instrumentos eram dirimidas, não por juizes constituídos por autoridade publica mas por

(73) MORCILLO Y LEON, Discurso lido na Academia Madrilense do Notariado para abertura do curso academico de 1872, pag. 57.

(74) CANDIDO MENDES, Historia do Commercio, pag. 127.

homens bons e honestos; depois, os pretores das provincias, com a sua immensa turba de *lictiores* e *apparitores* apparecem e o Supremo Magistrado, que se chamava — *Sobrejuiz*, decidia em segunda instancia». Ha, porém, nas *Memorias da Academia Real de Sciencias de Lisboa*, uma de escriptor anonymo, a qual diz o seguinte: (75) «Reflectindo nos costumes dos povos, dos quaes nasceu a nossa monarchia, achamos que elles tinham uso contrario. *Placita et cœtera ejusmodi scripta ab authenticis clericis sive judicibus, vel ab archidiacono, sive ab ipsius loci archipresbitero fiant. Sin autem casu habeantur* (AGUIRRE, Conc. Hisp., III, 323). A palavra — *placita*, de que se derivou a nossa — prazos —, usada em outra significação nos monumentos da primeira idade da monarchia, era muito generica e denotava as cartas de doação, de convenção, etc. Segundo a Legislação propria dos povos que nos deram nascimento, os testamentos, doações, contractos e foraes dos primeiros tempos do reino, eram todos feitos por ecclesiasticos, O Foral de Thomar (1162) foi feito pelo Deão D. Paio: *Dom Paio Deão o notou*. O de Pombal (1176) — *Tellus Præbyter notavit*. Além disso, as palavras — *notario* e *tabellião* — são frequentissimas nos primeiros tempos da monarchia. Na doação que D. Affonso Henriques fez aos Templarios, da terça parte que ganhasse no Alemtejo, assigna Pedro Faisão, *Notarius Regis*. E na de Ordeales, que D. Sancho I fez a Pedro Ferreira, se vê que ella foi formalisada por Julião, Notario do Rei: *Julianus, Notarius Regis, scripsit*; achando-se tambem a cada passo chamado *Notarius Curie* (o que comtudo se encontra referido dos Chancelleres móres). No Foral da Villa do Touro (1220) se lê esta clausula: *quæ predicta charta sic ostensa prædictus Dominus Magister, petit ab illo Alva-*

(75) Obra cit., II, pag. 211 (a).

zile, qui de me dictum Tabellionem de autoritate ordinaria mandare sibi fieri, et dari publicum instrumentum cum thenore dicte Chartae». Vejamos agora como é apreciada essa phase historica por outros, entre os quaes o notavel tabellião de Lisboa, snr. Jorge CAMELIER (76), ao qual muito recorreremos.

Fundada a monarchia portugueza, continuou a vigorar o Codigo Visigothico, levemente alterado, quanto ao notariado, pelos foraes e pelas cortes, até que no reinado de Affonso III (1283) começou para Portugal a era das reformas, adoptando-se o Direito Romano e as tendencias civilisadoras da Escola de Bolonha. E' de certo essa a epocha em que o notariado portuguez adquiriu character official e se tornou classe de funcionarios com fé publica. Mas, o erudito JOÃO PEDRO RIBEIRO affirma que, já em um documento de 1214, Er. de Cesar, aliás 1252, Era Christã, se lê: *Vicentius notuit, qui tenebat vices Tabellionis*; e cita mais onze documentos, que alcançam até o anno de 1224 (1262), onde vem a palavra *tabellião*, ora em latim, ora em vulgar, n'uns desacompanhada de outro titulo, n'outros dizendo-se—*publicos, d'El Rei, primeiros tabelliães das localidades*—, e de corporações. O citado sr. CAMELIER, para provar que o notariado official portuguez pertence ao reinado de D. Affonso III (1270-1279 ou 1308-1319), funda-se no seguinte: 1.º Que foi a adopção do Direito Romano que promoveu na Europa o renascimento do notariado e essa adopção teve lugar em Portugal no reinado de D. Affonso III; 2.º Que, sendo para D. Affonso III primeiras em tudo as idéas e novidades de França, coincide com os ultimos nove annos de seu reinado a criação dos primeiros notarios francezes, feita por Luiz IX para o prebostado de

(76) Dissertação lida na Associação dos tabelliães de Lisboa, inserta na revista portugueza—*O Notariado*, I, pag. 33 e seguintes,

Paris; 3.º Que, á similhaça do *Chatelet* de Paris, onde os notarios parisienses trabalhavam sujeitos em tudo ao preboste, houve em Lisboa o *Paço dos Tabelliães*, onde estes exerciam seu officio sujeitos ao Chanceller Mór; 4.º Que, finalmente, a mais velha memoria do *livro de notas* remonta ao mesmo reinado e se acha em um documento do Real Archivo, exarado por Domingos Paez, tabellião em Lisboa, no qual são lidas as seguintes palavras: *et eam in Registro suo scripsit*. A primeira razão não procede, porque, como já demonstramos, não do Direito Romano mas do Direito Canonico procede a fé publica dos notarios, tal como está constituida na praxe moderna; as outras tres, porém, apenas demonstram que D. Affonso III foi quem procurou organizar e deu impulso a uma instituição, que já existia com o caracter de funcção publica. Parece, pois, que a informação de JOÃO PEDRO RIBEIRO não foi abalada pelas considerações do illustre tabellião portuguez.

A D. Affonso III succedeu D. Diniz, que expediu, depois da fundação da monarchia, os primeiros regimentos dos tabelliães, datados de 12 e 15 de Janeiro de 1305 (1343), os mesmos que vêm nos Livros das Leis e Posturas antigas, do Archivo da Torre do Tombo.

Na Hespanha, por essa epocha, já era conhecido e usado o papel de pannos, tanto assim que, na Lei das Sete Partidas, III, tit, VIII, *das Escripturas por que se provam os preitos*, L. 5.^a e outros, se prescreve quaes sejam as cartas que se deveriam fazer em *pergaminho de coiro* e quaes em *pergaminho de pannos*, sendo que na rubrica desta lei, na traducção mandada fazer por D. Diniz, está — *Quaes cartas devê seer factas ê pergaminho de coyro e quaes em papel*. Posteriormente, na citada Lei de 15 de Janeiro de 1305, D.

Diniz determinou que os tabelliães jurassem na chancellaria que escreveriam «as notas das Cartas ou dos Instrumentos primeiramente em *livro de papel* e que registrariam em *bons livros de coiro* as Cartas que fizessem e fossem de firmidões ou contractos»; e mais que «as escripturas e os instrumentos quando houvessem de sahir para fóra do reino, fossem *antenotadas e registradas em pergaminho de coiro*, mas quando fossem para o Reino, isto é, para ficar nelle, as registrassem em papel».

A nossa lingua começou então a ser empregada nos documentos publicos: é um portuguez vertido á letra do antigo formulario latino; d'ahi o *Saibam quantos este instrumento virem*, formula preambular das actuaes Notas ou Escripturas, traducção do *Notum sit omnibus hoc publicum instrumentum visuris*. Occorre mais aqui fazer uma digressão util: os nossos annos, antes e depois da desmembração do reino de Hespanha, contaram-se até D. João I, anno de 1422, pela *Era de Cesar* ou *hispanica*, que precede 38 annos ao Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo, isto é, pela epocha da conquista da Hespanha por Cesar. Foi a Lei de 22 de Agosto de 1460, que pela primeira vez reduziu o mesmo anno a ficar sendo o de 1422 da Era vulgar, razão pela qual os instrumentos desse anno em diante consignam expressamente, na determinação da data, o anno do Nascimento de Nosso Senhor Jesus Christo.

Depois vieram as Ordenações Affonsinas, que são do meiado do seculo XV, (1447), distinguindo, no L. I, tit. XVI, XXXV e outros, o tabellião do escrivão e referindo-se ao «que devem levar os *Tabelliães e Escrivães* das *Cartas, Sentenças, Alvarás e Escripturas*, que se fizerem, conforme forem ou devem ser escriptas em *peles todas de carneiro ou de pergaminho*,

ou em *papel*; e o L. III, tit. XIV, reproduzindo uma lei de D. Fernando, exigia escriptura para a prova de muitos contractos e determinava formalidades.

As Ordenações Manoelinas (1521) distinguem os *tabelliães das notas* dos *tabelliães do judicial* e, tanto ella como o Regimento do Desembargo do Paço, referem-se aos tabelliães geraes, que eram aquelles que podiam escrever em qualquer cidade, villa, logar ou concelho.

As Ordenações Philippinas (1604) acabaram com os tabelliães geraes, cujas funcções, aliás, já as Manoelinas restringiam, de sorte que ficaram subsistindo apenas os tabelliães territoriaes, cujo officio era conferido a titulo de propriedade. As capitancias do Brazil tinham a attribuição de nomear tabelliães e escrivães; mas, tendo a Corôa readquirido os direitos conferidos aos donatarios, passaram os tabelliães a ser nomeados pelo Poder Real.

Em meiado do seculo XVIII começaram os tabelliães a abandonar o Paço e, afinal, conseguiram de D. João V permissão para exercerem os officios em suas residencias.

Quanto ao processo judicial, ainda no reinado de D. Diniz, quando o Rei dava alguem por juiz ás partes, este não decidia por si mas com o Concelho (77). No tempo de D. Affonso III já havia *autos* do processo (Ord. Aff., L. III, tit. 45 § 1); mas, « a phrase com que as leis desse tempo se explicam: *dos Juizes, que ouvem feitos*; as terras onde havia juiz e não havia escrivão para escrever os seus mandados; as Partidas, que por este tempo, fallando dos Juizes da Côrte, dizem que seria bom que soubessem escrever e a referida legislação de D. Diniz, mostram que ainda então o

(77) Decreto de 20 de Maio de 1301 (1263), inserto no vol. VI das *Memorias da Academia de Sciencias de Lisboa*, pag. 94.

processo pela maior parte não era escripto e que os Juizes tinham mais feitos para ouvir do que para ver». Do seculo XV em diante principiaram os Reis a attender para a ordem judiciaria; assim notaremos: a ordem judiciaria de D. Affonso V (Ord. Affons., L. III, tit. 20); a ordem judiciaria de D. Manoel (Ord. Manoel., L. III, tit. 15); a ordem judiciaria de D. João III, de 5 de Julho de 1578; a ordem judiciaria de D. Sebastião, de 28 de Janeiro de 1578 e a ordem judiciaria de D. Felipe I (Ord. Philip., L. III, tit. 20). Devemos notar que os juizes ordinarios, até meiado do seculo XVII, ainda podiam ser analphabetos; pois, foi D. João IV quem, por uma lei de 13 de Novembro de 1642, ordenou que não fossem «feitos nem eleitos juizes que não soubessem lêr e escrever».

Em summa, quando terminou o seculo XVIII, os regimentos dos tabelliães de notas e do judicial eram a Ord. Philip. L. I, tits. 78, 79 e 80 e L. III, tit. 19; o dos escrivães de orphams era a Ord. L. I, tit. 89; o dos escrivães da provedoria e de ausentes, a Ord. L. I, tits. 50 e 63 e o Alvará de 7 de Janeiro de 1692; os escrivães do crime eram, em regra, os mesmos tabelliães do judicial. Os regimentos dos outros officiaes, taes como distribuidores, contadores, meirinhos, depositarios, etc., acham-se em outros titulos desse mesmo L. I das Ordenações Philippinas.

Neste ultimo estado da forma escripta dos processos judiciaes, foi esta a classificação dos glosadores, commentadores e praxistas: 1.º) *processo simplesmente verbal*, 2.º) *processo verbal por escripto* e 3.º) *processo escripto*.

O *processo simplesmente verbal* formava-se nas causas que não excediam a quatrocentos réis e nas que tinham por objecto coimas de gados e infracções de policia municipal: o Juiz ouvia as partes verbalmente

e suas provas, limitando-se o tabellião ou escrivão a fazer, em seu *protocollo*, um assento de como o Juiz ouviu as partes sobre aquelle facto e condemnou ou absolveu; e deste assento se extrahia *Mandado* para execução (Ord. L. I tit. 65 §§ 7, 23 e 73).

O *processo verbal por escripto* consistia em fazer escrever pelo tabellião ou escrivão tudo quanto as partes dissessem ou seus procuradores, dando-se dilação breve e peremptoria para prova e mandando o juiz escrever pelo mesmo tabellião ou escrivão as razões finaes que dissessem as partes ou procuradores de seu direito e proferindo a sentença sem mais dar vista. Usava-se deste processo para as causas de força nova, deposito, guarda, roubo, soldada, colhimento de fructos, injurias verbaes entre pessoas de condição ordinaria, contas mercantis, causas fiscaes, litigios de quatrocentos até mil réis, vistorias rusticas e urbanas feitas pelos senado da Camara, almotacés em nunciação de obra nova, aposentadoria, conducção, repartição e exgottamento de aguas, — repartição de maninhos e baldios, adjudicação de pastagens ao senhorio do terreno, avaliação de bemfeitorias e despejo de herdades.

O *processo escripto* era *ordinario* ou *summario*: consistia sempre em *actos escriptos*. Assim, os *acta causæ et argumenti* eram escriptos pelas partes ou por, procuradores e advogados; os *acta causæ et probationis* eram ou instrumentos produzidos ou depoimentos e vistorias reproduzidas e descriptas pelo tabellião ou escrivão; os *acta judicii et dispositiones* ou do *fazer das audiencias*, eram no *protocollo de audiencias* reproduzidos pelo tabellião judicial ou escrivão e transportados, por copia, para os autos; os outros *acta judicii*, taes como os *termos do continuar dos feitos*, são lavrados nos autos pelos ditos tabellião ou escrivão; a sentença, sempre escripta, datada e assignada pelo juiz.

D'ahi as seguintes classificações genericas dos *actos escriptos* pelos tabelliães, escrivães e mais auxiliares.

A) No fôro extrajudicial:

- 1.º Originaes ou protocollados.
- 2.º Extrahidos.

—Os *originaes* subdividem-se em *escripturas* e *instrumentos avulsos*. Os *extrahidos* subdividem-se em *traslados*, *publicas-formas* e *certidões*.

B) No fôro judicial :

- 1.º) Actos de audiencia ou protocollados.
- 2.º) Actos transportados do protocollo para os autos.
- 3.º) Actos fóra do protocollo.
Ou, segundo outros,
 - 1.º) Actos do fazer das audiencias;
 - 2.º) Actos do continuar dos feitos.

No fôro judicial, as seguintes classificações especificas: *termos*, *autos*, *assentadas*, *certidões*; *mandados provisões*, *alvarás*, *ordens*, *cartas*; *fés* e *contra-fés*.

Em um e outro fôro, *guias*, *averbações*, *informações*, *bilhetes*, *colas*, *certidões*, *copias* e *extractos*.

Nos registros, *assentos*, *inscripções*, *transcripções* e *averbações*.

Sobre todas estas *formas technicas* pretendemos dar mais amplas noções.

10). FRANÇA.—Em França, o direito de lavrar os actos se confundiu por muito tempo com o de fazer justiça. Dos senhores feudaes, este Direito passou aos juizes. Seus secretarios e notarios se acostumaram

a expedir e publicar os contractos fóra de sua presença, mas sempre em nome delles. Dahi vêm que em França, os actos autenticos têm execução preparada como as sentenças, effeito que não tinham em Direito Romano (78).

Luiz IX (1226-1270), retomando a sabia obra de Carlos Magno, destinada a dar ao notariado a maxima dignidade e importancia, aboliu a reunião em uma só pessoa do direito de fazer justiça e de lavrar os actos e contractos, tornando independente a jurisdição voluntaria, para cujo exercicio instituiu em Paris sessenta notarios regios, os quaes exerciam seu officio na prefeitura daquella cidade, isto é, no Chatelet. Todo o acto devia ser sempre feito perante dous notarios, ter no alto o nome do preboste e ser sellado por um official publico que tinha o sello do Estadò. Tres quartas partes dos emolumentos pertenciam ao Rei.

Em Março de 1302, Felipe, o Bello, com applauso geral, estendeu a todos os seus dominios esta renovada instituição; e uma Ordonnance, expedida em Julho de 1304, obrigou todos os notarios, á excepção dos de Paris, a ter um registro de seus actos (*chartullarium seu protocollum*). Os notarios se uniram em collegios e compilaram os seus estatutos, dos quaes os primeiros foram os do collegio de Paris, approvados em 1348. A obrigação de ter *protocollo* foi depois, por uma Ordonnance de Carlos VII, de 1 de Dezembro de 1437, estendida aos notarios de Paris.

Francisco I, por um edicto de 1542, distinguio *notarios* de *tabelliães* e declarou incompativel, excepto para os notarios de Paris, a accumulção das duas profissões. Os notarios lavravam as minutas dos contractos, as quaes tinham o valor de simples conven-

(78) CLERK, DALLOZ ET VERGÈ, Com. á lei do 25 ventôse, II, n. 3.

ções privadas até que as partes as levassem aos tabeliães, que tinham o encargo de guardal-as e dar copias aos contrahentes que as requeressem.

Foi nessa epocha que se desenvolveu em quasi toda a Europa, a venalidade de officios, taes como o de *notaire* (notario), *greffier* (escrivão), *huissier* (official das citações e diligencias) e outros, os quaes foram até equiparados, para certos effeitos, aos bens immoveis. (79).

Ao mesmo tempo eram expedidas ordonnances sobre o processo judicial. Na pratica franceza, as peças do processo (*dossier*) eram guardadas em saccos; cada sacco de processo tinha uma etiqueta com os nomes das partes, dos procuradores, etc., donde o conhecido dictado francez, em relação aos juizes que se decidem por sympathias, antipathias pessoases, ou por outra prevaricação: *Fuger sur l'etiquette du sac*. Opportunamente seremos mais extensos sobre os estylos do fôro francez em relação aos actos dos *greffiers*, dos *huissiers* e mais officiaes.

Em Maio de 1575, Henrique III creou os *garde-notes*, que eram officiaes destinados a ter em deposito e guardar os actos dos notarios demissionarios ou defunctos.

Henrique IV, por um edicto expedido em Maio de 1596, reuniu em um só todos os supramencionados officios e proclamou os notarios tabelliães e guarda-notas. O officio foi, pelo mesmo edicto, declarado hereditario: erro gravissimo, porque, transformando uma funcção pessoal em propriedade transmissivel, offendia-se a liberdade e a igualdade civil, coarctava-se de certo modo a vocação dos filhos e herdeiros do possuidor do officio e punha-se o governo na necessidade ou de praticar uma expoliação ou de fazer graves sacri-

(79) POTHIER, VIII, 91; XIII, pag. 485; XIV, pag. 342, etc.

fícios pecuniarios no dia em que quizesse recuperar a sua plena liberdade de acção.

Luiz XIV, por um edicto do mez de Abril de 1664, determinou o numero de vinte notarios para as capitaes das provincias, de dez para as cidades, em que havia senescalato, de quatro para as pequenas cidades, de dous para os burgos onde havia mercado, e de um para as parochias habitadas por mais de sessenta familias. Successivamente concedeu aos notarios um sello ou sinête, com as armas reaes, para applicar aos seus actos.

Assim foi até a Revolução de 1789, que trouxe o Decreto de 29 de Setembro de 1791, a celebre Lei do 25 ventôse do anno XI e outras disposições que acarretaram tambem uma revolução no regimen do notariado e dos outros officios de justiça, como veremos.

Dr. João Mendes de Almeida Junior.

(Continúa).

