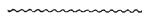


DA COMPETENCIA DO ESTADO

PARA LEGISLAR SOBRE O PROCESSO DAS JUSTIÇAS LOCAES



I

Com a sua reconhecida proficiencia, que ninguem mais do que eu respeita e admira, meu illustrado collega, sr. dr. João Mendes Junior, publicou por estas columnas uma série de artigos, para o fim de demonstrar que, em virtude de varias disposições da Constituição Federal, não pódem os Estados legislar sobre o processo das justiças locaes.

Se o erudito professor tivesse sustentado a sua these em direito constituendo, affirmando que em nosso regimen politico aos Estados não se devia ter dado a faculdade de legislar sobre o processo, e que importa promover a reforma do n.º 23 do art. 34 da Constituição Nacional, não hesitaria um só momento em o applaudir sem restricções.

Mas, o douto jurisconsulto occupou-se com o direito constituido, com a interpretação de textos constitucionaes, e sua proposição final foi escripta em face do direito positivo brasileiro.

Verdade é que no desenvolvimento de sua asserção remontou aos principios que dominam a materia, e seu trabalho nessa parte foi um estudo philosophico das consequencias reputadas absurdas e perigosas que decorrem da interpretação geralmente dada ao art. 34, n. 23. Foi talvez esse o fundamento capital da conclusão a que chegou.

A these do sr. dr. João Mendes Junior tem contra si o elemento grammatical, o elemento logico e o elemento historico da lei.

Pretendendo demonstrar essa verdade, para depois investigar como deve ser praticada a disposição constitucional, não me demorarei na questão de saber se as locuções — *leis substantivas* e *leis adjectivas*, *direito material* e *direito formal*, — têm os graves inconvenientes que se afiguram ao meu illustrado collega. Observarei apenas que um dos nossos melhores jurisconsultos, Paula Baptista (§ 5 da *Theor. e Prat. do Proc.*), não as julga tão improprias. Continuemos todavia a usar do termo — *processo* —, de preferencia a qualquer outro.

Em um ponto preliminar não posso chegar a um accôrdo com o sr. dr. João Mendes Junior: não é possível hoje admittir o methodo escolastico.

Com raras excepções, os philosophos da nossa época condemnam a Escolastica pela sua «submissão mais ou menos completa da philosophia ao dogma, pelo uso excessivo da deducção e do syllogismo, pela extrema subtilesa das analyses, em geral verbaes, pela tendencia a dar realidade a meras abstracções, e a crear entidades explicativas que não explicam cousa alguma.»

As suas definições e divisões, os seus categoremas e categorias, só têm o effeito de empecer, confundir, embrulhar os assumptos.

O processo analytico, o methodo de observação, dos philosophos modernos é incontestavelmente um guia muito melhor para o estudo de quaesquer questões.

Vejamos uma prova, um exemplo, uma amostra. Já que o sr. dr. João Mendes Junior tanto se preocupa, a proposito de leis substantivas e leis adjectivas, com a idéa de *substantia*, com *as substantias em potentia*, e com *as substantias em acto*, comparemos a noção de substantia que nos dá a Escolastica com a noção de substantia da philosophia contemporanea.

Entre os escolasticos escolhamos um auctor muito preconisado pelo meu erudito collega, Sansévérino, «Philosophie Chrétienne». Entre os sectarios do methodo analytico tomemos ao acaso H. Taine, «Les Philosophes Classiques du XIX Siècle».

Eis aqui a noção de substantia que nos dá a Escolastica:

A substantia, como categoria, póde definir-se *uma cousa á qual pertence ser em si e não em uma outra*, isto é, *não em um substratum*. Para tornar clara essa noção, cumpre explicar: 1.º porque a substantia não é definida um ser que é em si, mas uma cousa a qual pertence ser em si; 2.º o que significam as palavras ser em si e não em outro ser. Quanto á primeira questão, é preciso notar que a substantia, como as outras categorias, é um modo especial segundo o qual uma cousa é realmente, *actu*, na natureza, e que por consequente não podemos concebê-la sem estas duas cousas distinctas: uma cousa que existe de um certo modo, e o modo particular segundo o qual ella existe na realidade, *actu*. E' por essa razão que a substantia não deve ser definida: um ser que existe em si ou por si, para assignalar a differença entre a

propria cousa e o modo como ella existe realmente, *actu*, em a natureza, isto é, entre o ser da essencia e o ser da existencia. Quanto á segunda questão, na definição de substancia as palavras *ser por si* ou *ser em si* excluem a inherencia a um *substratum*, isto é, significam que aquillo que denominamos substancia não tem seu ser em outra cousa, como em seu *substratum*, mas não excluem da substancia a causa efficiente de sua existencia, ou não indicam que pertença á noção de substancia não receber seu ser de um outro ser, pois as substancias creadas recebem seu *ser* de Deus.

Ora, a cousa á qual pertence *ser em si*, e não em outro ser, se denomina substancia, principalmente pela razão de que ella é o *substratum* dos accidentes, e por conseguinte subsiste (*substat*) sob os accidentes. A prova de que a substancia é o *substratum* dos accidentes aqui está: se o *substratum* dos accidentes não fôsse uma substancia, seria sem duvida um outro accidente, e como este accidente exige um *substratum* ao qual adhira, seria necessario admittir uma série indefinida de accidentes. Ora, uma tal série, segundo a confissão de todos, é um absurdo. Logo, o *substratum* dos accidentes é a substancia.

Até aqui a noção, e a explicação com que a Escolastica procura tornar clara a sua noção.

Vejamos agora como Taine nos explica o que é *substancia*. E' a proposito do supposto axioma, ou verdade racional, intuitiva, absoluta, innata, de que *toda qualidade supõe uma substancia*, que elle nos diz o que é *substancia*.

Que é uma substancia? Que é uma qualidade? Esta pedra é dura, branca e quadrada. O *eu* pensa, sente e quer. A pedra, o *eu* são substancias; a du-

reza, a brancura, a fôrma quadrada, o pensamento, o sentimento, a vontade, são qualidades.

Reflectamos por um momento, e havemos de vêr que as qualidades são partes, elementos, aspectos, em uma palavra—abstracções, ou, mais propriamente,—abstractos da substancia, e que a substancia é o conjuncto, o todo indivisivel, o dado concreto e complexo de que se extrahem as qualidades. O objecto, antes da analyse e da divisão, é a substancia; o mesmo objecto, analysado e dividido, mostra-nos as qualidades. A substancia é o todo, as qualidades são as partes. Tireae, ou separae, pela abstracção, todas as qualidades de um objecto, todos os seus modos de ser, todos os aspectos sob os quaes pôdemos encaral-o, e que restará? Absolutamente nada. A substancia não é alguma cousa real, distincta e differente de suas qualidades. E' por uma illusão que nós a representamos como uma especie de séde, ou ponto de apoio, em que assentam as qualidades. A pedra figurada não é cousa alguma além da fôrma, da extensão, da dureza, da côr, das propriedades physicas e chemicas que encerra.

Não se deve dizer que ella seja a collecção das qualidades, porquanto a palavra collecção indica um todo fabricado de partes primitivamente separadas. E' um conjuncto, um todo primitivo, e as qualidades nada mais são do que partes desse conjuncto separadas pela faculdade da abstracção. O principio de que toda qualidade suppõe uma substancia quer dizer que todo abstracto, toda parte, todo fragmento, ou elemento, extrahido de um dado mais complexo, suppõe esse dado mais complexo, o que é uma proposição indiscutivel.

Ahi temos uma noção clara e verdadeira do que é substancia. Desde o grão de areia até o homem, e

desde o homem até Deus, a substancia é isso que tão suavemente nos explica e faz comprender um pensador apoiado no methodo analytico, no processo da observação, que não exclúe a deducção, mas que della não abusa.

Para que, pois, nos atordoarmos com o *fatras scolastique*, com esse *arsenal de palavras*, que tudo escorece, e que hoje nada adianta?

O *Philosopho* e o *Anjo da Escola*, isto é, Aristoteles e Santo Thomaz de Aquino, nenhum auxilio nos prestam para o estudo da questão de direito que nos preoccupa.

E muito menos o *Doutor Subtil*, o *Doutor Illuminado*, o *Doutor Invencivel*, e o *Doutor Seraphico*, para não fazer a menor allusão ao *Doutor Maravilhoso*, isto é, Duns Scott, Raymundo Lulle, Guilherme de Occam, S. Bôaventura e Rogerio Bacon, a famosa cohorte dos escolasticos disciplinados e indisciplinados.

Essas abantesmas da philosophia medieval dissiparam-se ha muito, desde os primeiros alvôres do seculo XVII, ao forte clarão projectado pelo genio potente de Francisco Bacon.

II

Os termos em que está redigido o n. 23 do art. 34 da Constituição Federal, o pensamento que se lê em varias outras disposições dessa lei, e o estudo das idéas dominantes sobre a diversidade das leis, ou separação do direito, na assembléa constituinte, e já antes de sua reunião, não permitem a menor duvida quanto ao principio consagrado pelo legislador brasileiro.

«Compete privativamente ao Congresso Nacional, prescreve o art. 34 n.º 23, legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, da Republica e o processual da justiça federal.»

Uma clara divisão das leis estava incontestavelmente na mente do legislador: de um lado as leis civis, commerciaes e criminaes, do outro, em opposição, as leis de processo.

Quanto ás primeiras, conferio ao Congresso Nacional o poder de as formular indistinctamente. Quanto ás segundas, subdividio-as em leis processuaes da justiça federal, e leis processuaes das justiças dos Estados, justiças reconhecidas em mais de um artigo da Constituição. Assim subdivididas as leis de processo, o legislador declarou o Congresso Nacional competente unicamente para legislar sobre o processo federal.

Mas, diz o sr. dr. João Mendes Junior, nas leis não se presumem palavras inuteis, e o adverbio *privativamente* tem o seu correlativo opposto: o texto exclúe a competência dos Estados para legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, da Republica, e o processo da justiça federal, mas não exclúe a competencia do Congresso Nacional para legislar, posto que não *privativamente*, sobre o processo das justiças locaes.

A competencia *privativa*, conferida pelo art. 34, está em antithese, não o contesto, com uma competencia *não privativa*; mas, os termos antitheticos são os artigos 34 e 35. No primeiro o legislador declarou o Congresso Nacional *privativamente* competente para praticar todos os actos enumerados no artigo. No segundo estatuiu: «Incumbe, outrosim, ao Congresso, *mas não privativamente*, velar na guarda da

Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de character federal; animar no paiz o desenvolvimento das lettras, artes e sciencias, bem como a immigração, a agricultura, a industria e o commercio, sem privilegios que tolham a acção dos governos locais; crear instituições de ensino superior e secundario nos Estados; provêr a instrucção secundaria no districto federal.»

A antithese está, pois, encerrada nos dois artigos 34 e 35. Limita-se a essas duas disposições. *Não privativamente* legisla o Congresso Nacional sobre os assumptos do art. 35.

E' a lei que o diz expressamente.

O art. 35, § 1.º, confia ao Congresso Nacional a missão de velar na guarda da Constituição e das leis. O art. 72 assegura a inviolabilidade dos direitos. Deduz-se dessas disposições que, se os congressos dos Estados fizerem leis de processo ou *de organização judiciaria* (materia em que ninguem lhes nega competencia) que firam o direito civil, commercial e criminal, da Republica, ao Congresso Nacional cumpre abrogar essas leis. E' um conseqüentio logico e necessario do regimen federal, em que a soberania está encarnada na União, e os Estados apenas são autonomos. *Une conséquence nécessaire de la souveraineté de l'État fédéral est que la loi fédérale abroge par le fait même de sa promulgation toute disposition des lois d'un État particulier qui lui est contraire: Bundesrecht bricht Landesrecht, droit fédéral brise droit particulier. Cette règle, qui découle d'ailleurs nécessairement de la souveraineté de l'État fédéral, se trouve expressément formulée dans la plupart des constitutions fédérales, et son existence ne fait nul doute dans les rares constitutions qui ne la mentiennent pas expressément»* (Le Fur, État Fédéral, pag. 593).

Sobre esse ponto de vista, o Estado tem a sua actividade legislativa limitada tanto em relação ás leis de processo como no que concerne ás leis de organização judiciaria. A paridade é tanto mais evidente, quanto é certa a connexão, a relação de dependencia, entre essas duas especies de leis. As leis substantivas, cuja observancia a Constituição Federal nos garante, ou assegura, pódem ser violadas pelo modo como se organisa o poder judiciario do Estado, ou pela natureza do processo estatuido: em uma e outra hypothese o Congresso Nacional póde e deve intervir, corrigindo os desvios da acção legislativa dos Estados.

Dahi não é permittido concluir que os Estados não tenham competencia para organizar as suas leis processuaes, pela mesma razão por que até hoje ainda ninguem concluiu, nem mesmo o meu illustre collega, que os Estados não possam legislar sobre a sua organização judiciaria.

Ter uma competencia limitada não é equivalente a não ter competencia.

Que o pensamento do legislador constituinte foi o que tem sido exposto neste artigo—podemos facilmente verificar pela leitura dos debates. Os deputados que tinham competencia para discutir este assumpto sustentavam todos a these tão brilhantemente desenvolvida pelo sr. dr. João Mendes Junior.

O sr. José Hygino em magistral discurso pedia não só a unidade das leis de processo, como a unidade da organização judiciaria, demonstrando com eloquencia os inconvenientes do regimen judiciario adoptado. («Annaes da Constituinte», vol. 2.º, pag. 64). O sr. Amphiphio queria ao menos que as leis de processo fossem as mesmas para toda a nação. Na sessão de 8 de outubro de 1897 dizia elle: «Não

conheço, em san consciencia o digo, coisa mas repugnante no terreno dos principios, attentado maior contra a logica e o pouco que o meu passado de juiz me fez conhecer do assumpto. A lei processual deve ser o reflexo da lei substantiva; naquella se devem reflectir como em um espelho sem aço todo o pensamento, espirito, intuitos e previsões desta. Uma é complemento e execução da outra.» («Diario do Congresso Nacional», de 10 de Novembro de 1897).

A todos respondeo o ministro da justiça, sr. Campos Salles, em extenso discurso, mostrando de modo muito claro que o pensamento do governo era o expressamente exarado na Constituição: dar aos Estados a faculdade de legislar sobre o processo e sobre a organização judiciaria. Foi essa a idéa que triumphou.

O systema adoptado, posto que máu, não é original. Copiou-se da Constituição Argentina, que no art. 67, § 11, dispõe, que ao Congresso Nacional compete organizar o codigo civil, o commercial, o penal e as leis sobre minas, naturalisação, direitos de cidadão, fallencias, falsificações de moéda e documentos publicos do Estado, e as relativas ao jury.

A Constituição de Venezuela de 1874 reproduz a disposição da Constituição Argentina (art 13, § 22), excluindo, o que parece incrível, o direito commercial, que ficou entregue aos Estados.

O systema da nossa Constituição é, pois, o systema da Republica Argentina, onde cada provincia legisla sobre a sua organização judiciaria e sobre o seu processo. O poder legislativo nacional só tem competencia para elaborar as leis processuaes da justiça federal, o processo applicado perante os tribunaes da capital, e *alguns processos especiaes* para os tribunaes das provincias.

O systema argentino foi o reputado melhor (!) por um dos escriptores que mais concorreram para a divulgação dos ideaes republicanos em nosso paiz. Lastarria termina a sua obra—«*Lecciones de Política Positiva*» com um projecto de constituição, que denomina—«*Bosquejo de una constitución política arreglada á los principios y doctrinas de la ciencia*», em cujo art. 39 dá ao congresso nacional a faculdade de «*hacer todas las leyes necesarias para ejercer las precedentes atribuciones y para regir el derecho comun de la República en lo civil y penal, menos los procedimientos judiciales que son de la competencia de las asambleas de provincias*».

Conclúe-se do que precede que o legislador constituinte quiz conferir, e conferio, ao Estado a faculdade de legislar sobre o processo das justiças locaes, limitando essa faculdade do mesmo modo como limitou a faculdade de organizar as justiças locaes. O elemento grammatical, o elemento logico e o elemento historico da lei, não auctorisam interpretação diversa.

Mas, diz o illustre sr. dr. João Mendes Junior, e aqui está o seu argumento capital, se fosse permitido aos Estados supprimir, ou alterar, quer os actos necessarios á ordem do juizo, quer os actos necessarios ao juizo, desapareceria por esse facto a garantia constitucional da segurança dos direitos e da execução das leis federaes.

Eis um ponto que exige detido exame.

III

As garantias judiciaes, — ensina Pescatore, repellido uma verdade incontestavel, — dependem: 1.º da propria natureza e do methodo das leis civis e penaes, applicadas pelos juizes; 2.º da organização judiciaria,

isto é, do complexo systematico dos tribunaes, singulares e collectivos, que concorrem para a administração da justiça; 3.º da natureza, do systema, do methodo das leis de processo, que na investigação da verdade juridica (determinação dos factos e das leis civis e penaes, applicaveis) asseguram ás partes contendentes a contradição reciproca, a egualdade de tractamento e a liberdade de discussão nos limites do honesto. (*Procedura Civile e Criminale*, vol., 1.º, pag. 4).

Da composição dos tribunaes, dos gráus de jurisdicção, da distribuição das materias entre as diversas especies de juizos, dependem em grande parte a segurança dos direitos e a execução das leis. Póde organizar-se de tal modo o poder judiciario de um Estado, que o effeito das melhores leis substantivas seja annullado na pratica em virtude da viciosa constituição da judicatura.

Consequentemente, para ser coherente com suas premissas, o sr. dr. João Mendes Junior devia negar ao Estado competencia para legislar sobre a organização judiciaria.

Não o fará de certo, porque lh'o veda o texto expresso da constituição. Não deve igualmente recusar ao Estado competencia para legislar sobre o processo pela mesma razão.

Cabe aqui lembrar mais uma vez a estreita conexão, a mutua dependencia, entre o processo e a organização judiciaria. Se a Constituição tivesse outorgado ao poder federal a faculdade de instituir o processo das justiças locais, os inconvenientes, as difficuldades de execução, a balburdia, seriam talvez maiores que os figurados pelo meu illustrado collega como derivados da interpretação geralmente dada ao art. 34, n. 23 da Constituição. Bastará attentar no capitulo

dos recursos para descortinar as desastrosas consequências do systema que outorga á União competência para legislar sobre o processo, e ao Estado o poder de legislar sobre a organização judiciaria.

Mas, admittamos por um momento, e só para argumentar, que não haja relação alguma entre o direito substantivo e a organização judiciaria, e que a segurança e execução do primeiro dependam exclusivamente do direito processual.

A palavra *acção* significa simultaneamente direito, remedio de direito e processo.

Empregado o termo na primeira accepção, não temos um direito diverso do que se faz valer pelo processo perante a auctoridade judiciaria. E' o mesmo direito violado que reage, que se põe em *acção*.

Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, é legislar sobre a *acção* nesse sentido.

A reacção do direito violado, perante a auctoridade competente e pela fórma determinada pelo direito judiciario, é o meio legal de defender esse direito, de restabelecel-o, e, pois, se diz um *remedio de direito*.

O direito violado, ora reage de modo extra-legal sem fórmas preestabelecidas pela lei, como nos casos de guerra, revolução e legitima defeza; ora reage por meio de actos que constituem o processo.

As normas juridicas que determinam esses actos, as leis de processo, distinguem-se do direito material, porquanto, ao passo que este tem suas raizes nas condições proprias da sociedade, as leis processuaes são «*prodotti totalmente intellettuali, mezzi escogitati dal legislatore allo scopo di pervenire alla più pronta scoperta e definizione dei diritti e dei doveri controversi*» (Gabba, *Retroattività delle Leggi*, vol. 4.º, pag. 399, 3.ª edição).

Combinações varias, diversos meios excogitados pelo legislador, *productos intellectuales* diferentes, pódem levar-nos a resultados egualmente bons.

— Não será o direito substantivo sufficientemente garantido na Inglaterra, na calma, na pratica, na exemplar Inglaterra, tão respeitadora de todas as leis *de direito interno*? Entretanto, nada se nos depara no processo inglez que lembre as contestações, as replicas, as treplicas, as allegações finaes escriptas, do nosso direito judicial.

Vejamos rapidamente o que é o processo inglez perante os *tribunaes de condado*. Nas questões que se decidem de accôrdo com a *common law*, o auctor faz inscrever sua demanda (*plaint*) em registro guardado por um funcionario que corresponde ao nosso escrivão. Essa peça do processo contém os nomes, prenomes, domicilio das partes e a indicação dos factos que originaram o processo. Se a questão é de certa importancia, o auctor deposita uma declaração minuciosa de sua pretensão em tantos exemplares quantos são os réos. Cita-se o réo, que recebe as cópias depositadas. Em certos casos o proprio auctor, ou seu *attorney*, pódem substituir-se ao escrivão (digamos assim, na falta do termo proprio) no redigir a citação.

A citação indica o objecto da demanda, os motivos ou os fundamentos da pretensão do auctor, o dia em que o réo deve comparecer.

O réo deve comparecer á proxima audiencia do tribunal, não podendo em caso algum o prazo do comparecimento exceder a tres mezes. Se a citação lhe é feita menos de dez dias antes da audiencia, o juizo pódem adiar o comparecimento do citado para a audiencia seguinte. Se o réo tem excepções a oppôr, previne por escripto ao escrivão cinco dias pelo me-

nos antes da audiência, e o escrivão communica-o pelo correio ao auctor. Na audiência para a qual se fez a citação, o auctor, ou o seu *attorney*, expõe verbalmente sua pretensão; contesta o réo também verbalmente; apresentam-se todas as provas que os litigantes têm em seu favor, e o juiz profere a sentença. Nas questões julgadas *in equity* o processo é um pouco mais complicado, podendo o réo contestar por escripto. Ao juiz é permittido adiar o julgamento, se precisa de tempo para o estudo da questão (Glasson, *Droit et Institutions de l'Angleterre*, vol. 6.º, pag. 309).

Pelo facto de ter a Inglaterra um processo tão diverso do nosso, poder-se-á dizer que lá o direito substantivo tenha a sua applicação assegurada, e aqui não, *ou vice-versa?*

Fixa o nosso direito o prazo de dez dias para a interposição da appellação; o argentino o de cinco; o italiano o de trinta, ou de sessenta. Poder-se-á deduzir que na Italia a applicação do direito é mais assegurada do que no Brasil ou na Republica Argentina?

Porque em virtude do regul. n. 737, de 1850, foram abolidas a segunda dilação probatoria de dez dias, a terceira de cinco, e a quarta de dois e meio, que estatua a Ord., liv. 3.º, tit. 20, para as acções ordinarias, poder-se-á affirmar que desapareceu a segurança dos direitos feitos valer por essas acções?

A Constituição do Imperio exigia a conciliação antes do inicio de qualquer causa sob pena de nullidade de todo o processo. O decreto de 26 de abril de 1890 aboliu essa inutilidade. Será licito increpar o legislador de 1890 de ter diminuido a segurança dos direitos e a execução das leis substantivas?

A lei de 24 de setembro de 1864 estatuiu para a cobrança das dividas hypothecarias a assignação de

dez dias. A lei de 5 de outubro de 1885 substituiu a acção decendiaria pela executiva. Abalou-se por esse facto a segurança dos direitos?

O decreto de 19 de setembro de 1890 mandou applicar ás causas civeis o processo do regul. n. 737. Diminuiram-se em virtude da alteração as garantias judicarias do direito substantivo?

Os actos processuaes são *meios excogitados pelo legislador para o fim de conseguir o mais seguro e prompto conhecimento dos direitos e obrigações contravertidos*, na phrase de Gabba.

A essa proposição é possível que o sr. dr. João Mendes Junior, que em processo e pratica judicial é *maestro di color che sanno*, opponha uma contestação formal, asseverando que ella é uma aberração dos principios do direito.

No proximo artigo ha de ver o meu erudito collega que excellentes auctoridades apadrinham a minha affirmação.

IV

Para demonstrar que as modificações do processo dentro de certos limites não violam a *segurança dos direitos*, prefiro reproduzir textualmente as lições de alguns mestres a lhes resumir o pensamento.

Na melhor de suas obras,—*Le Droit Civil International*—escreveu Laurent, distinguindo os actos ordinatorios dos actos decisorios:

A' primeira vista poder-se-ia suppôr que as provas constituem uma dependencia do processo. Os litigantes produzem suas provas em juizo, no curso de um processo, para o fim de esclarecer o juiz, que sobre essas provas funda a sua decisão; e é obrigado a

decidir segundo as provas legais: quando mesmo tivesse conhecimento pessoal do facto litigioso, não poderia prevalecer-se desse conhecimento tomando-o para fundamento de sua decisão. Desde que o facto é legalmente provado, o juiz deve admittil-o como verdadeiro, ainda quando alimente alguma duvida a respeito. A prova, é, pois, um elemento essencial na distribuição da justiça; mas, tudo o que concerne á justiça não pertence á prova. Ha nesta materia uma distincção tradicional que serve de base á theoria geralmente adoptada para determinar a lei que regula as provas. Transcrevo o que disse Boullenois em seu Tratado da pessoalidade e realidade dos estatutos

Denominam-se regras *ordinatorias* dos juizos (*ordinatoria judiciorum*) as que dizem respeito á instrucção do processo e ao modo de proceder das partes e dos juizes, isto é, ás *fórmãs*, ás *solemnidades* do processo. Chamam-se *decisorias* as regras que servem de base á decisão do litigio (*litis decisoria*). *As fórmãs de proceder são extranhas aos motivos de decidir.*

Essas fórmãs, ou o processo propriamente dito, variam de um paiz a outro, *pódem ser absolutamente differentes, sem que taes differenças influam na decisão da causa.* O processo do direito canonico era todo escripto, e ainda se observa esse systema na lei prusiana, ao passo que o processo francez é oral e publico. Entretanto, os dois systemas, em questões identicas, nos levarão em regra á mesma decisão. Porque? Porque a decisão é independente do processo (vol. 8.º, n. 20).

E logo em o numero seguinte: A distincção das regras *ordinatorias* e *decisorias* é capital no que toca á lei que rege o processo e á lei que rege as provas. As fórmãs de proceder, mantêm uma ligação intima com o direito publico: *dependem antes de tudo da*

organisação dos tribunales. Seria uma usurpação do poder soberano pretenderem os estrangeiros que sua lei nacional regulasse as fórmulas de proceder em um paiz em que as leis prescrevem fórmulas totalmente diversas. Os litigantes, como diz muito bem Rocco, não têm nenhum interesse nisso; pois as diferenças de processo não influem na decisão da causa. Sem duvida o processo tem por objecto uma boa administração da justiça, *mas diversos systemas podem conduzir ao mesmo fim.* E' inutil insistir sobre este ponto, estando todos de accôrdo,—*tout le monde étant d'accord.*

Se fizermos a distincção que nos ensina Mattiolo entre leis que se referem á essencia da prova, á sua admissibilidade em juizo, aos effeitos da mesma, ás pessôas que a devem offerecer, e leis que regulam o modo como as provas devem ser produzidas em juizo, incluindo as primeiras no direito substantivo e as segundas no processo, teremos completado a explicação de Laurent.

Asser e Rivier, distinguindo claramente os *actos ordinatorios dos decisorios*, ensinam: Os primeiros são formalidades propriamente ditas do processo, prescriptas para o fim de assegurar o andamento justo e correcto do processo, e que não exercem influencia directa sobre o conteúdo da sentença. Os actos decisorios comprehendem tudo o que é preestabelecido para o fim de determinar a relação juridica que existe entre as partes, tudo o que póde consequentemente influir de modo directo sobre a decisão do processo. *As fórmulas ordinatorias são inseparaveis da natureza do tribunal, de sua competencia, do modo como deve desempenhar as suas funcções.* Todos estão de accôrdo sobre esse ponto,—*tout de monde est d'accord sur ce point (Eléments de Droit International Privé, pag. 159).*

Promulgada uma lei pelo poder federal em nosso paiz, só temos direito a um processo em que se nos offereçam as garantias judiciaes, e não a este ou áquelle determinado processo. E' o que explica perfeitamente Gabba: O direito adquirido ao processo tem por objecto o processo em geral, e não esta ou aquella fórma de processo, este ou aquelle acto processual. A razão é que os actos processuaes, ainda quando empregados para fazer valer direitos adquiridos, *não têm conexão substancial com esses direitos, permanecem extrinsecos, e não se pôdem absolutamente considerar effeitos e consequencias do direito material.* Adquirindo um direito protegido pelas leis processuaes, o individuo por certo adquire ao mesmo tempo o direito de proceder em tempo opportuno judicialmente, e adquire esse direito tanto em face da pessoa obrigada, quanto em face do Estado, que organisa e regula os actos processuaes; mas, o modo de proceder, isto é, a organização e regulamentação dos actos judiciaes, compete ao Estado determinar, e não é objecto de direito adquirido em relação a outra pessoa, e muito menos em frente do Estado. O Estado regula os actos processuaes correspondentes aos varios fins juridicos a que esses actos nos levam, partindo não de uma verdadeira necessidade logica, mas da idéia de opportuidade dos meios para a consecução dos fins, e no interpretar essa opportuidade, e no determinar as fórmas adequadas ao escopo de um dado processo, *tem um campo livre para combinações engenhosas (ha libero campo all'inventare), e frequentes occasiões de aperfeiçoamento, como acontece em todas as obras de natureza mais technica do que racional* (obra citada, vol. 4.º, paginas 405 e 425, 2.ª edição).

Não ha, em regra, ligação necessaria entre um direito substantivo e um determinado systema de pro-

cesso. O titular de um direito tem a faculdade de o fazer valer por uma acção: eis a unica relação necessaria que ha entre o direito material e o processo. Mas, qual a fórma da acção, quaes os actos processuaes, conducentes á realisação do direito material? Eis o que póde variar, desde que sejam respeitados certos principios cardeaes.

Não se póde dizer, observa Demolombe, que os individuos tenham tido especialmente em vista as *formalidades do processo e da execução* estatuidos pelas leis no momento em que se formáram seus direitos e obrigações (*Cours de Cod. Napol.*, vol. 1.º, n. 59).

Dalloz já havia fornecido a base da theoria desenvolvida por Gabba, quando escreveu: «Em uma acção judicial, cumpre bem distinguir o que só pertence á fórma, á instrucção, ou ao processo, e que os jurisconsultos denominam *ordinatorium litis* do que interessa ao fundo da causa, daquillo cuja omissão ou ausencia neutralisa, ou annulla a acção, e que os jurisconsultos chamam *decisorium litis*. As formalidades da primeira ordem são reguladas pela lei existente ao tempo em que a acção foi intentada; as da segunda ordem não dependem senão da lei sob cujo imperio se deu o facto de que deriva a acção. Tomemos, por exemplo, a prova testemunhal: a fórma segundo a qual se deve proceder á audição das testemunhas é *ordinatoria litis* e consequentemente subordinada á lei em vigor no tempo da inquirição. Mas, a questão da admissibilidade dessa prova só deve ser resolvida pela lei sob cujo imperio se adquirio a acção. Tal é a doutrina de Merlin, Favard de Langlade, Duranton e Marcadé (Rep. verb. *Lois*, n. 335).

Resalta do que fica escripto que os jurisconsultos que têm mais profundamente estudado a natureza das normas processuaes, por occasião de analysarem

os seus limites no espaço e no tempo, não vêm uma *connexão substancial*, para repetir a expressão de Gabba, entre os actos ordinatorios do processo e os direitos que se protegem por esses actos.

O direito processual tem um caracter especialmente tecnico. *Diversos productos intellectuaes, meios differentes excogitados pelo legislador*, pódem levar-nos aos mesmos resultados, em geral. Essa é a opinião, explicita ou implicitamente sustentada pelos escriptores que tenho citado.

Porque, pois, affirma o sr. dr. João Mendes Junior que os Estados não têm competencia para legislar sobre os actos ordinatorios em geral, isto é, sobre os actos propriamente processuaes?

V

A Constituição Federal conferio ao Estado a faculdade de legislar sobre a organização judiciaria e o processo das justças locaes. Seria preferivel que ao Congresso Nacional fôsse dada essa attribuição. Mas, emquanto não se reformar, o nosso direito politico positivo é o que está consagrado nos textos constitucionaes.

Não podemos dizer da nossa lei fundamental o que disse alguém da constituição, ou, mais propriamente, do direito constitucional da Inglaterra: as constituições não são feitas, fazem-se. O legislador constituinte brasileiro limitou-se a copiar varios artigos da constituição americana. A disposição que tenho procurado interpretar foi tirada, não da constituição americana, mas da argentina.

Que nos cumpre fazer, emquanto não se corrigir esse defeito da nossa organização politica? Estudar como deve ser executado o preceito constitucional.

Posto que defeituoso, o nosso systema não encerra os absurdos, nem os corollarios prejudiciaes á segurança dos direitos e á execução das leis materiaes, que suppõe o sr. dr. João Mendes Junior.

Não encerra esses absurdos, porque não se dá entre o direito substantivo e o processo a *connexão substancial* que figurou o meu illustrado collega. Segundo a doutrina ensinada por mestres auctorisados, as disposições processuaes pódem variar sem que se diminúa a segurança dos direitos.

Os actos ordinatorios, materia das leis processuaes, têm um character antes technico do que scientifico. Por meio de combinações várias se obtém os mesmos resultados.

Os corollarios não são tão prejudiciaes, porque em nosso regimen politico sómente a União é soberana, e os Estados são autonomos. Sempre que os Estados promulgarem leis de processo, ou de organização judiciaria, em virtude das quaes, pela inobservancia dos elementos indispensaveis do processo, sejam supprimidas as garantias do direito material, á União cabe abrogar essas leis.

Isso quer dizer que ha limites á actividade legislativa dos Estados na elaboração das leis de organização judiciaria e de processo. Dentro desses limites, que não exclúem uma certa amplitude, e que o proprio congresso nacional não poderia ultrapassar, os Estados têm a liberdade de escolher várias combinações processuaes.

E' o que se dá na Republica Argentina, que só tem um codigo de processo, approvedo pelo congresso nacional, para as justicas da capital, além das leis de processo federal. As provincias legislam sobre o processo dos seus tribunaes, singulares e collectivos.

Certos processos, não ha duvida, são inseparaveis das leis materiaes a que se referem. Tal é o processo de fallencia.

Não se póde contestar o que escreveu o illustrado dr. Carvalho de Mendonça na sua obra, recentemente publicada,— *Das Fallencias e dos meios preventivos da sua declaração*.— «E' a fallencia, em seus traços geraes e predominantes, uma emanação de estatuto processual, um meio extraordinario de execução, um *concursum creditorum*, e o que a distingue dos meios ordinarios da execução é o seu caracter de universalidade e unidade, e o processo original em que se desdobra. Mas, dahi não se póde concluir que a lei de fallencias deva ser de caracter local, entregue á legislatura dos Estados, pois que visa proteger instituições que estão entregues á defeza e vigilancia da União; constitue um estado excepcional na ordem juridica; abrange disposições declaratorias de direitos em relação ao fallido e ás pessoas que com elle contractaram; estabelece normas para a celebração da concordata; regula os direitos dos credores e sua respectiva graduação e disciplina a rehabilitação do fallido. Separar o fundo da fórmula, para entregar aquelle á União e esta aos Estados, é demolir a instituição, pois tão entrelaçadas se acham as disposições legaes de um e de outra, que reciprocamente se completam, produzindo um só todo compacto e harmonico. Tira da lei da fallencia o rito processual, escreve Thaller, e tereis um edificio levantado no ar e sem alicerces» (*parte primeira, § 3.º*).

O congresso nacional da Republica Argentina, o qual tem a attribuição, expressamente conferida por um texto constitucional, de legislar sobre fallencias, não separa as disposições processuaes das materiaes. No actual Codigo de Commercio Argentino vêm-se

conjunctamente disposições de direito commercial e de processo nos artigos relativos ás fallencias. «Existem tal cohesão e immediatas relações entre as disposições de fundo e as que são reputadas processuaes, que a separação offereceria defeitos capitaes no que se póde chamar a economia da lei. Com effeito, uma vez estabelecidas as disposições geraes em materia de fallencia, determinados os extremos que a produzem, e os effeitos juridicos que de tal estado decorrem para o commerciante, para terceiros e para os actos executados depois da cessação de pagamentos, impõe-se naturalmente uma ordem immediata de disposições que regulamentem os requisitos e as exigencias necessarias á declaração judicial do dito estado, á fórma dessa declaração, comprehendendo todas as medidas tendentes á arrecadação de bens, nomeação de um administrador ou syndico, etc., etc.» (Parecer da *Commissão de Codigos* da Camara dos Deputados Argentina).

Na propria Suissa, onde a lei de 11 de abril de 1889 regula a fallencia em toda a Confederação, os Cantões têm apenas a faculdade de organizar o processo civil brevissimo e o processo summario em materia de opposição ou de requerimento de fallencia, estando as leis que nesse sentido fizerem os Cantões *sujeitas á approvação do Conselho Federal* (Carvalho de Mendonça, *ibidem*).

Se ha processos, como o da fallencia, que são inseparaveis da lei material, não se póde admittir a doutrina do sr. dr. João Mendes Junior, que estende a inseparabilidade sem razão plausivel a um grande numero de processos especiaes, para não dizer a todos. E' assim que o illustrado jurisconsulto affirma que os Estados não podem alterar os processos das acções relativas á hypotheca e á letra de cambio, porque taes

processos estão ligados a essas instituições, e como que dimanam ou da sua razão de ser, ou da sua razão de existir.

A' grande maioria dos nossos juriconsultos parece que essa opinião não tem fundamento. Quando se discutio no senado do imperio a lei de 5 de outubro de 1885, nenhum dos projectos parlamentares que tomaram parte nos debates se lembrou de dizer que o processo executivo, estabelecido pela nova lei, era inapplicavel aos contractos já feitos a esse tempo. Os senadores que exigiram a inclusão na lei do art. 11, apenas o fizeram pela consideração de que a transformação da adjudicação forçada em adjudicação livre, ou facultativa, é materia de direito substantivo, e não de processo.

Se hoje uma lei do Estado nos fizesse regressar á acção decendiaria para a cobrança das dividas hypothecarias, quem poderia dizer que se tinha desnaturado a hypotheca por se lhe ter restituído o seu processo primitivo, o processo que já a Ord., liv. 3.º, tit. 25, havia estabelecido para as *demandas fundadas em escripturas publicas*?

Foi o proprio sr. dr. João Mendes Junior quem escreveo que as letras de cambio são cobradas em alguns paizes por acção summaria, e em outros por um processo executivo. Se o legislador do Estado, em vez da assignação de dez dias, dêsse ao devedor o prazo de cinco dias para oppôr seus embargos, seria licito asseverar que a instituição das letras de cambio fôra desnaturada por esse novo processo?

Ha, pois, processos especiaes, como o da fallencia, que por excepção não se pódem separar das leis materiaes. Admittidas essas excepções, a regra é a alterabilidade do processo sem prejuizo das instituições de direito substantivo.

Os Estados têm competência, em regra, para legislar sobre o processo. Tal é a conclusão a que nos levam as premissas lançadas nestes artigos.

Sempre que os Estados, no exercício da faculdade constitucional, ultrapassarem os limites da sua actividade legislativa, ao Congresso Nacional cumpre corrigir os vícios das leis dos Estados. Na própria Suíça, como vimos ha pouco, o Conselho Federal tem esse poder corrector.

Quanto á enumeração dos processos especiaes que o poder federal deve instituir, ninguém no Brazil mais competente para essa tarefa do que o sr. dr. João Mendes Junior, desde que se disponha a observar o preceito constitucional, em vez de o modificar pela sua interpretação.

Foi para o fim de o provocar a emprehender essa tarefa de utilidade pratica para todo o paiz, que escrevi estas notas despretenciosas.

Dr. Pedro Lessa.
