

Revista Acadêmica

DA

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ANNO XIII

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Clovis Bevilaqua redactor principal

Tito Rosas
Augusto Vaz



Phaelante da Câmara
Gervasio Fioravante



Imprensa Industrial
Rua Esconde de Iaparica ns. 49 e 51
FACIO NERY DA FONSECA
Recife-1905



UNIDADE DO DIREITO PROCESSUAL

Cumpré que enxerguemos claro nesta situação em que nos collocou a constituição republicana, para tirarmos della as inferencias logicas exigidas pela applicação da lei aos factos, e que, fazendo cessar as antinomias entre o querer legislativo dos Estados e o da União, entremos num periodo de conciliação e de harmonia, para que possa funcionar, com facilidade e energia, este delicado aparelho do governo federativo.

(Das *Observações para esclarecimento do Projecto de Código Civil*).

I



QUADRO escuro de nosso direito, na parte referente á confusão entre a substancia e a fôrma, a lei preceitual e o processo, com as duvidas, as vacillações, as incoherencias, os recúos, a anarchia, o chaos produzido por essa disposição constitucional que reserva privativamente ao congresso nacional legislar sobre o direito civil, o commercial e o criminal da Republica, permittindo aos Estados regular o processo correspondente a essas grandes divisões do direito, foi traçado magistralmente pelo Dr. JOÃO MONTEIRO, notavel jurisconsulto brasileiro, cuja morte amargamente

deploram os que se interessam pelo progresso da sciencia juridica. (1)

Em direito penal, estarão os Estados adstrictos aos preceitos editados pelos artigos 407 e 408 do codigo respectivo? Entendem uns que o primeiro dos citados dispositivos, não definindo crimes, não comminando penas, limitando-se a fixar a competencia do ministerio publico, encerra materia meramente processual, e deste parecer era o illustrado professor. (2) Pensam outros que o intuito do artigo sendo determinar a extensão da acção publica ao lado da particular, segundo a a natureza e a gravidade do delicto, o assumpto é de direito substantivo, e, portanto, entra na esphera da competencia legislativa do congresso nacional. (3)

A quem compete regular o instituto da fiança em materia penal? A' União ou aos Estados? Até onde se estende o poder de legislar da primeira, relativamente a esse ponto, e onde começa a legitima interferencia dos segundos?

Em relação ao jury, todos estão lembrados da larga discussão suscitada a proposito da lei do Rio Grande do Sul que estabeleceu o voto aberto no julgamento e aboliu o direito ás recusações peremptorias. A resistencia de ALCIDES LIMA, intelligencia esclarecida e vontade energica, determinou a intervenção do Supremo Tribunal Federal, chamou a attenção do paiz, provocou a ar-

(1) *Unidade do direito*, S. Paulo, 1900, pags. 82 e segs.

(2) *Unidade do direito*, pags. 89-95; julgados dos tribunaes de justiça do Piauh, da Bahia e do Supremo Tribunal Federal.

(3) Decisões do Supremo Tribunal Federal, insertas no *Di-reito*, vols. 66 e 71. Este assumpto foi também estudado por JOÃO VIEIRA (*Código penal*), LIMA DRUMMOND (*Estudos de direito penal*) e JOAQUIM GUIMARÃES (*Acção publica e privada*).

gucia, a erudição e a eloquencia dos que tomaram parte no renhido pleito, mas, volvidos os espiritos ao silencio e á calma, não estava desfeita a duvida nem derimida a controversia.

No campo do direito civil e commercial outras desintelligencias e outras confusões de principios se notam. As provas a que dominio legislativo pertencem, e dado que se distribuam pelos dois circulos de attribuições legislativas, o federal e o estadual, por onde se hão de traçar as linhas fronteiras ?

« Pois imaginae o que será do nosso direito material e a que ficarão reduzidas as seguranças da estabilidade e defesa das relações de direito, si alguns Estados da Republica entenderem que a prova é assumpto exclusivamente substantivo.

No primeiro caso tantas serão as violações do direito constitucional quantas as disposições estaduaes que houver sobre prova ; portanto, instabilidade nas relações juridicas. No segundo chegaremos a isto que parece absurdo : Estados sem direito processual, pois processo sem mechanismo productior de provas não é processo ; portanto, indefesa das relações juridicas. » (4)

A divisão e demarcação de terras, o processo das fallencias, o proprio casamento civil, base de nossa organização social, constituem materia de controversia como objecto a ser regulado por leis da União e por leis dos Estados, parecendo difficil descobrir o ponto de separação das duas competencias.

Os inconvenientes deste estado de cousas são manifestos. Inconvenientes de ordem scientifica, porque, com a sua permanencia, noções funda-

(4) *Unidade do direito*, pag. 104.

mentaes do direito se obscurecem e tendem a perder-se, apagam-se os limites das divisões logicas imaginadas pela doutrina juridica, mesclam-se idéas heterogeneas, turva-se a claridade dos principios e a elaboração scientifica do direito, perdido o caminho da evolução progressiva, retrocede á confusão primitiva. Inconvenientes de ordem social, porque essas duvidas abalam a firmeza do direito, criam-lhe a incerteza, e a incerteza do direito é um elemento desorganizador que afrouxa os laços da convivencia humana socialmente organizada, reflectindo-se perniciosamente em todas as facetas da vida social, a economica, a domestica e a idéal. Inconvenientes de ordem politica porque a unidade ethnica de nosso povo, já ameaçada por descargas immigratorias mal distribuidas, poderá encontrar um principio de dissolução nesse fraccionamento da vida juridica, do qual nascerão com as divergencias dos systemas processuaes adoptados, elementos de afastamento e hostilidade entre os Estados, que, por falsa comprehensão de seus reaes interesses, não têm sabido fugir ao regimen da desconfiança e das retorções.

Urge, portanto, vencer esse passo difficil de nossa cultura juridica, derramando luz e creando seguranças onde se estão amontoando trevas e incertezas. E' esta uma das grandes tarefas que a constituição confiou ao patriotismo esclarecido dos legisladores estaduaes, tarefa valiosissima cujas fraguras não deve ser parte para que se lhes entibiem as actividades que o bem geral solicita e as responsabilidades livremente contrahidas estimulam.

Que alguns dos homens que têm a responsabilidade dos governos estaduaes comprehendem

os deveres que, neste particular, lhes cria a situação constitucional e sentem a necessidade de imprimir uma orientação consentanea com os destinos de nossa patria, ao movimento que tende a extremar os circulos das competencias legislativas da União e dos Estados, está evidenciado pela solicitude com que attenderam ao appello do benemerito estadista que, com elevação de vistas, actualmente dirige o Estado do Rio de Janeiro.

Chegou o momento de agir, diz-nos a consciencia pela voz dos sobresaltos quando meditamos no futuro. Mas como agir? Applicando as regras constitucionaes sem tergiversações mais ou menos cavillosas, sem idéas preconcebidas de alargar os poderes dos Estados ou da União além das raías traçadas pelo legislador constituinte, sem intuitos, disfarçados ou manifestos, de accomodar os dizeres da lei organica da federação brasileira a opiniões que nos venham de outra parte que não a propria constituição. Encaremos o problema do ponto de vista constitucional, saturemo-nos do espirito que domina essa atmosphaera juridica dentro da qual temos de viver, interpretemos lealmente os preceitos marmorizados em nossa lei maxima e tracemos os limites da competencia legislativa dos Estados, de modo que ella funcçãone regularmente ao lado da competencia legislativa da União, sem attritos, sem invasões reciprocas e sem violação da ordem constitucional.

Não se tracta de defender, perante a sciencia, o systema transplantado da constituição argentina para a nossa. Apesar dos votos abalisados de JOÃO BARBALHO (5) e LUCIO DE MEN-

(5) *Constituição, Commentarios* ao art. 34, n. 23.

DONÇA (6), podemos afirmar que a sua condenação está definitivamente lavrada em nossa literatura jurídica. Além dos dois campeões que se bateram pelos bons princípios da unidade, JOSÉ HYGINO e AMPHILOPHIO, constituem hoje quasi unanimidade os juristas que accusam a doutrina constitucional de perigosa ou illogica, sinão conjuntamente illogica e perigosa (7).

Tracta-se de achar um meio de solver os embaraços e melhorar as condições do aparelho juridico brasileiro, dentro das normas constitucionaes, traçando os circulos concentricos, mas de raios deseguaes, onde têm de se desenvolver harmonicamente as faculdades legislativas da federação brasileira.

Eis o problema.

II

Apezar do que eruditamente escreveram os

(6) *Paginas juridicas*, pag. 65. Adde: CAMPOS SALLES, em discurso perante a assembléa constituinte, sessão de 7 de Janeiro de 1891, em que procura demonstrar que o systema da constituição não é mais do que um natural desenvolvimento de idéas que se haviam já esboçado após a conquista do acto adicional que reformou, no sentido das idéas liberaes, a constituição da monarchia; AQUINO E CASTRO, dissertação apresentada ao Congresso juridico americano.

(7) JOÃO MONTEIRO, *Processo civil*, § 45; *Unidade do direito*, *passim* e especialmente pag. 11—47; JOÃO MENDES JUNIOR, *Revista da Faculdade de direito* de S. Paulo, 1899, p. 101 e segs.; PEDRO LESSA, *rev. cit.* pag. 127 e seg.; AMARO CAVALCANTI, *Regimen federativo*, pag. 248—264; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, Introdução, pag. XX—LI; MEIRA E SÁ, *Direito*, vol. 84, pag. 357 e segs.; dissertação também inserta no livro do *Congresso juridico*, vol. II; SOUZA BANDEIRA, *Revista brasileira*, vol. 7, pag. 239 e segs.; CARVALHO DE MENDONÇA, *Fallencias*, n. 12—17; COELHO RODRIGUES, *exposição de motivos de Proj. do Cod. civil*, ns. 21 a 24; J. BELTRÃO DE ANDRADE LUNA, *Cultura Academica*, II, pag. 111 e segs; JOÃO VIEIRA, *Revista dos tribunaes*, III, pag. 160—166, e o opusculo intitulado o *Congresso dos governadores*, apezar das concessões que faz á doutrina opposta; HENRIQUE COELHO, *O poder legislativo e o poder executivo*, pag. 193—195.

drs. JOÃO MENDES JUNIOR, AZEVEDO MARQUES e HENRIQUE COELHO (8), parece que o dispositivo da constituição federal, no art. 34, n. 23, é perfeitamente claro e preciso:---**Compete** privativamente ao congresso nacional : *Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal.*

A antithese está evidentemente firmada entre os tres ramos de direito primeiramente declarados e o processo. Consequentemente, em virtude desse processo, a União legifera sobre:

- 1.º o direito civil;
- 2.º o direito commercial;
- 3.º o direito criminal;
- 4.º o direito processual da justiça federal. (9)

A essas quatro secções devem accrescentar-se:

- 5.º o internacional publico (10);
- 6.º o internacional privado (11);
- 7.º o constitucional e administrativo de caracter geral;
- 8.º a organização municipal do Districto Federal, a policia, o ensino superior e os demais serviços que na capital da Republica se reservaram para o governo da União. (12) E teremos assim completado o circulo da competencia do poder legislativo federal, falando em termos genericos. (13)

(3) JOÃO MENDES JUNIOR. *Revista da Faculdade de direito de S. Paulo*, 1899, pag. 101 e segs. ; HENRIQUE COELHO, AZEVEDO MARQUES e JOÃO MENDES JUNIOR. *Reforma judiciaria*, de S. Paulo, pag. 154 e seguintes.

(9) Constituição federal, art. 34, n. 23.

(10) Const. cit., art. 34, ns. 5, 6, 11, 12, 16 e 19.

(11) Const. cit., art. 34, ns. 5 e 33 combinado com o art. 60, letra h.

(12) Const. cit., art. 34, n. 60.

(13) Casos ha que escapam a essa enumeração, porque, dominando nelles o interesse geral, a Constituição os inclue na esphera da competencia legislativa da União. Taes são os que constam dos arts. 34, ns. 6, 8, 10, 32, etc,

Fica assim a faculdade de legislar concedida aos Estados limitada aos departamentos seguintes:

1.º ao direito constitucional e administrativo referente á vida jurídica de cada um delles;

2.º á organização judiciaria respectiva, aliás, parte integrante do direito constitucional; (14)

3.º ao processo civil *lato sensu* e ao criminal. (15)

Para exacta intelligencia das idéas contidas nesta enumeração (restringindo-nos ao campo que agora nos occupa), necessario se faz que accentuemos a noção de direito civil, commercial e processual, accentuando as fronteiras que os separam.

O *direito civil* regula as relações familiares e patrimoniaes do homem (direito das pessoas, da familia, das cousas, das obrigações e da successão hereditaria). Delle se desprenderam: o *direito commercial*, para attender ás relações especiaes que se originam das operações do commercio; o *processo civil* que, ao tempo dos romanos e mesmo posteriormente, entrava no corpo do direito civil, porque as acções não se separavam do direito (16); e, até certo ponto ou dentro de certos limites, o *direito internacional privado*.

Direito criminal é o ramo do direito publico determinador da faculdade que tem a sociedade politicamente organizada de reagir contra o elemento perturbador do delicto, estabelecendo o que é crime e a que penas está sujeito o criminoso.

(14) Const., art. 63.

(15) Const. art. 64, n. 23.

(16) PLANIOL, *Traité*, 1, pag. 8, notas 1 e 2. Comme ces deux matières forment chacune un ensemble assez homogène et présentent des caractères différents des autres parties du droit, l'habitude de faire pour elles des codes spéciaux s'est répandue de plus en plus.... Mais on ne doit pas perdre de vue le lieu intime qui rattache ces matières au droit privé ordinaire, d'où elles sont sorties.

noso. *Processo criminal* é o conjunto de regras tendentes a reconhecer quem é o auctor do crime para applicar-lhe a pena estabelecida na lei.

Destas ligeiras noções já se pode bem seguramente deduzir que o legislador federal, em relação ao direito civil, ao commercial e ao penal, estabelece a parte theorica ou substantiva, ao passo que os legisladores dos Estados desenvolvem a parte pratica, adjectiva ou formal.

Em principio, essa divisão de funções é realisavel, pois que a doutrina juridica ensina que, nesses diversos ramos do direito, se destacam as duas faces apontadas, como dois momentos successivos da mesma idéa.

Toda a questão, portanto, resolve-se em discriminar, nesses diversos dominios e em cada instituto, o que é puramente preceitual do que é processual, operação de logica juridica que pôde, em dada emergencia, offerecer difficuldade, mas que será praticavel em todo caso.

Estudando esta questão, o Dr. JOÃO MENDES JUNIOR, douto cathedratico da Faculdade de Direito de S. Paulo e auctoridade respeitada entre os que versam a sciencia do direito, opinou que os Estados não podem alterar o processo das acções relativas não só ás letras de cambio e ás hypothecas, mas a todas as instituições especiaes, como o sequestro, o deposito, os elementos provisionaes, os attentados, as habilitações, o despejo etc., «porque, nos processos especiaes, não ha distincção juridica entre a *acção-processo*, a acção-direito e a acção remedio de direito. (17) Por outro lado, acrescenta, os Estados não podem supprimir nem alterar actos de necessidade abso-

(17) *Revista da Faculdade de direito de S. Paulo*, 1899, pags. 112-113.

Fica assim a faculdade de legislar concedida aos Estados limitada aos departamentos seguintes:

1.º ao direito constitucional e administrativo referente á vida jurídica de cada um delles;

2.º á organização judiciaria respectiva, aliás, parte integrante do direito constitucional; (14)

3.º ao processo civil *lato sensu* e ao criminal. (15)

Para exacta intelligencia das idéas contidas nesta enumeração (restringindo-nos ao campo que agora nos occupa), necessario se faz que accentuemos a noção de direito civil, commercial e processual, accentuando as fronteiras que os separam.

O *direito civil* regula as relações familiaes e patrimoniaes do homem (direito das pessoas, da familia, das cousas, das obrigações e da successão hereditaria). Delle se desprenderam: o *direito commercial*, para attender ás relações especiaes que se originam das operações do commercio; o *processo civil* que, ao tempo dos romanos e mesmo posteriormente, entrava no corpo do direito civil, porque as acções não se separavam do direito (16); e, até certo ponto ou dentro de certos limites, o *direito internacional privado*.

Direito criminal é o ramo do direito publico determinador da faculdade que tem a sociedade politicamente organizada de reagir contra o elemento perturbador do delicto, estabelecendo o que é crime e a que penas está sujeito o criminoso.

(14) Const., art. 63.

(15) Const. art. 64, n. 23.

(16) PLANIOL, *Traité*, I, pag. 8, notas 1 e 2. Comme ces deux matières forment chacune un ensemble assez homogène et présentent des caractères différents des autres parties du droit, l'habitude de faire pour elles des codes spéciaux s'est répandue de plus en plus.... Mais on ne doit pas perdre de vue le lien intime qui rattache ces matières au droit privé ordinaire, d'où elles sont sorties.

noso. *Processo criminal* é o conjuncto de regras tendentes a reconhecer quem é o auctor do crime para applicar-lhe a pena estabelecida na lei.

Destas ligeiras noções já se pode bem seguramente deduzir que o legislador federal, em relação ao direito civil, ao commercial e ao penal, estabelece a parte theorica ou substantiva, ao passo que os legisladores dos Estados desenvolvem a parte pratica, adjectiva ou formal.

Em principio, essa divisão de funcções é realisavel, pois que a doutrina juridica ensina que, nesses diversos ramos do direito, se destacam as duas faces apontadas, como dois momentos successivos da mesma idéa.

Toda a questão, portanto, resolve-se em discriminar, nesses diversos dominios e em cada instituto, o que é puramente preceitual do que é processual, operação de logica juridica que póde, em dada emergencia, offerecer difficuldade, mas que será praticavel em todo caso.

Estudando esta questão, o Dr. JOÃO MENDES JUNIOR, donto cathedratico da Faculdade de Direito de S. Paulo e auctoridade respeitada entre os que versam a sciencia do direito, opinou que os Estados não podem alterar o processo das acções relativas não só ás letras de cambio e ás hypothecas, mas a todas as instituições especiaes, como o sequestro, o deposito, os elementos provisionaes, os attentados, as habilitações, o despejo etc., «porque, nos processos especiaes, não ha distincção juridica entre a *acção-processo*, a acção-direito e a acção remedio de direito. (17) Por outro lado, accrescenta, os Estados não podem supprimir nem alterar actos de necessidade abso-

(17) *Revista da Faculdade de direito de S. Paulo*, 1899, pags. 112-113.

luta, taes como a proposição da acção, a contestação, a prova e a sentença nem os necessarios á lide, ainda que relativamente, desde que se fundem nas exigencias do direito de defesa, como a *replica*, a *treplica* e as *allegações finaes*; nem as *excepções*, nem os incidentes, como a *reconvenção*, a *autoria*, a *assistencia* e a *opposiçào*; nem os actos do juizo, ou sejam a *citação*, a *notificação*, a *intimação*, as *assignações* e os lançamentos; nem o systema geral do processo criminal; nem os processos summarios e especiaes; nem os actos da execução; nem os recursos; nem mesmo o expediente do *continuar do feito*. (18)

Para justificar essa restricção das faculdades conferidas aos Estados, apoia-se o distincto jurisperito nos dizeres da constituição federal, especialmente no adverbio *privativamente* que se encontra no art. 34, n. 23, (compete *privativamente* ao congresso nacional etc.), do qual tira a conclusão que compete ao mesmo congresso legislar sobre o processo das justças locaes, mas *não privativamente*. Toda a sua argucia e erudição, porem, não bastavam para justificar a verdade de sua these nem para descobrir o meio de conciliar essa competencia legislativa cumulativa da União funcionando conjunctamente com o dos Estados, porque se appellarmos para a preeminencia das leis federaes melhor será dizer francamente que os estados sòmente legiferam a respeito do direito processual si e enquanto o congresso federal não chamar a si esse trabalho.

Como excellentemente ponderou o Dr. PEDRO LESSA, o pensamento do legislador constituinte ficou bem esclarecido

congresso. A's criticas de JOSÉ HYGINO e AMPHILOPHIO, respondeu o Dr. CAMPOS SALLES «mostrando 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.» Essa idéa que fôra tomada á constituição argentina, art. 67, § 11, tambem tivera ingresso na de Venezuela em 1874 e fôra defendida como a mais consentanea com o Estado federativo, por um escriptor de grande nomeada, o Sr. LASTARRIA. (19)

Da polemica sustentada com ardor e competencia, entre os dois conspicios professores, resultaram nitidas as seguintes conclusões :

1.º Que ha processos em que os preceitos materiaes são inseparaveis, não logica e doutrinariamente, mas pratica e effectivamente, das formas processuaes, como no caso das fallencias. (20) Estes casos são naturalmente limitados e a lei federal sómente poderá addicionar o processo á regra do direito material, não obstante sua preeminencia sobre as leis estaduaes, naquelles casos restrictos em que evidentemente a efficacia da regra do direito material depender forçosa e immediatamente de uma certa providencia legislativa. E' uma questão de technica e de criterio. A technica apontará os casos excepcionaes em que

(19) *Revista citada*, pags. 135-137.

(20) J. BELTRÃO DE ANDRADE LUNA (*Cultura Academica*, Recife, II, pags. 112-113) propugna a separação absoluta das leis processuaes e materiaes, para entregar a formação das primeiras, em todas as hyopheses, ás legislaturas estaduaes. Ver-se-á mais adeante que a propria constituição nos offerece, em termos precisos, outra orientação.

E' opportuno, alem disso, lembrar o que escreveu Ed. PICARD (*Le droit pur*, pag. 143). Les demarcations nettes sont, en droit, souvent d'une extrême difficulté. Il y a des interpretations et des superpositions réciproques qui amènent des opacités. Les delimitations sont, en général, à bords frangés.

deve ampliar-se a competencia legislativa da União ; o criterio impedirá que haja abuso da parte do poder legislativo federal. Aliás o Supremo Tribunal, na sua posição de guarda da Constituição, não deverá permittir que esses abusos se mantenham e reproduzam.

2.º Que ha limites logicos e moraes para a função legislativa, alem dos estabelecidos pela constituição federal. Aliás esses limites são impostos a todos os legisladores, ou se tracte de leis materiaes ou se cogite de leis formaes. Nenhum legislador poderia, no dominio do direito civil, por exemplo, e dado o conjuncto das idéas e dos sentimentos que formam a base da civilização moderna, decretar o hetairismo como forma de legalisar as uniões sexuaes, o direito do mais forte para regular as relações entre o locador e o locatario de serviços. Nenhum legislador se abalançaria a desprover o direito da respectiva acção ou a erigir o arbitrio do juiz em regulador incontrastavel das relações juridicas litigiosas. Por um lado, os costumes, a moral, os sentimentos de dignidade humana e de justiça desfariam a tentativa audaz de subversão da ordem social. Por outro, as noções scientificas assentadas, a natural dependencia das instituições e das idéas ttrariam ao reformador inconsciente todas as probabilidades de exito.

Assim o legislador estadual não pode cercar a defesa, negar o reconhecimento dos direitos, desconhecer o valor das provas. A proposição da acção e a sua contestação constituem momentos necessarios do inicio e marcha do processo que, forçosamente, hão de conduzir o litigio ao seu termo natural, que é a sentença ou a declaração da verdade juridica. Não se concebe o

processo, o desenvolvimento da acção, remedio juridico, sem essa luta seguida dessa pacificação.

Mas bem se comprehende que, sendo o processo um complexo de meios conducentes a restabelecer o direito violado ou ameaçado, podem esses meios variar consideravelmente, segundo o criterio do legislador, sem que dessa variação resulte inevitavelmente uma alteração na segurança dos direitos. Como disse LAURENT, *as formas de proceder são extranhas aos motivos de decidir, podem ser absolutamente diferentes, sem que taes diferenças influam na decisão da causa.* (21)

3.º Que a distincção entre actos *ordinatórios* da lide ou do juízo e actos decisórios não traz luz á questão porque, alem de não haver muita precisão nesses termos, os actos *decisórios* envolvem materia processual. (21 a)

4.º Que ha institutos, formas e actos processuaes que o legislador constituinte presuppõe em todos os systemas de processos que, usando de suas faculdades legislativas, estabeleçam os Estados. Taes são :

a) *O flagrante delicto, a pronuncia, a ordem de prisão por escripto assignada pela auctoridade competente;* (Constituição, art. 72, § 13).

A formação da culpa e a fiança; (Const., art. 72, § 14).

c) *A nota de culpa* entregue em 24 ho-

(21) *Le droit civil international*, VIII, n. 20, apud PEDRO LESSA, *Revista cit.* pag. 143. São no mesmo escripto igualmente invocados os pareceres de GABBA (*Retroattività delle leggi*, IV, pag. 399) e ASSER-RIVIER (*Éléments de droit international privé*, pag. 59).

(21 a) DALLOZ, *Repertoire*, vb. *lois*, n. 335; JOÃO MENDES e PEDRO LESSA, *Revista cit.*, pags. 174 e 204.

ras ao preso e assignada pela auctoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas ; (Const. art. 72, § 16).

d) A instituição do *jury*. (Const., art. 72, § 31).

e) A subordinação das instancias (Const., art. 59, § 1 *ibi* : das sentenças da justiça dos Estados, em *ultima instancia*, etc).

E' dentro deste circulo de respeito aos principios constitucionaes (Const., art. 63), aos preceitos incontrastaveis da moral e ás regras da logica juridica, que têm os Estados de exercer a funcção legislativa que lhes é concedida pelo art. 34, n. 23, da constituição federal. Emquanto dentro d'elle permanecerem, estarão protegidos pelo pacto federativo, sem que lhes possam impedir a acção nem os protestos doutrinarios dos que confiam pouco ou mesmo nada no criterio, na independencia e no patriotismo dos poderes estaduaes, nem as funcções normaes dos poderes politicos da União.

III

Tratando-se de organizar um processo civil, commercial e criminal commum aos diversos Estados da federação brasileira, cumpre resolver preliminarmente certas questões das quaes dependem a extensão, a efficacia e o proprio objecto da tarefa.

Em primeiro logar ha que inquirir a quem cabe regular o direito de acção. O thema desdobra-se em dois aspectos, o civil *lato sensu* e o criminal; mas a solução é uma só.

A acção, no sentido de *jus persequendi in judicio*, é parte integrante do direito, é o seu te-

gumento protector, é o mesmo direito em attitude defensiva ou, como diz PICARD, é a protecção—constrangimento que envolve os outros elementos constitutivos do direito. (22) «A faculdade de reagir contra o ataque extranho é para nós, declaram FADDA e BENZA, (23) um momento essencial do conceito do direito. E a reacção contra o aggressor injusto se objectiva na sanção juridica que pode tender a exigir, desde logo, ou o conteúdo do direito ou alguma prestação substitutiva. Isto sempre por via de acção. Onde esta falta, desaparece o conceito do direito, porque quem diz direito, diz poder de obrigar outrem a respeitar uma faculdade nossa».

Mas a acção possui também um lado formal, que é o modo pelo qual se effectua o exercicio dessa reacção do direito violado, que é o *remedium juris* contra as perturbações do direito.

No primeiro aspecto, a acção pertence ao direito substantivo; no segundo penetra no campo do direito processual. E' claro, portanto, que, de accordo com a Constituição, art. 34, n. 23, a acção, parte integrante do direito substantivo, é objecto da competencia do poder legislativo federal, mas a acção *remedium juris*, assim como a sua applicação pratica, se ha de regular pelas leis estaduais.

Tentar-se-ia debalde obscurecer a transparencia destes principios, affirmando que a theoria das acções deve ser exposta no codigo civil ou

(22) PICARD, *Le droit pur*, § 33; T. DE FREITAS, *Consolidação*, nota 20 à pag. XXVIII, *Nova apostilla*, pags. 68-69; CHIRONI, *Instituzioni*, §§ 86 e 87; GOUDSMIT, *Pandecten—System*, § 77; CHIOVENDA, vb. *azione* no *Dizionario de diritto privato* de SCIALOJA; JOÃO MONTEIRO, *Processo civil*, §§ 12 e 13, e *Unidade do direito*, p. 82 e segs.; *Direito das acções*, p. 9-24.

(23) Nota às *Pandectas* de WINDSCHEID, I, p. 680.

declarando intangíveis para as legislaturas estaduais os dispositivos dos arts. 407 e 408 do código penal.

A primeira das dúvidas indicadas afasta-se com a recordação de que a doutrina das acções, segundo o modo usual de expol-las nas legislações dos povos modernos, é o portico do código de processo civil e não a cupula do código do direito privado material; que essa pretensão innovadora de entresachar a doutrina das acções no código civil, proposta pelo SR. VISCONDE DE SEABRA em um systema de classificar as materias do direito civil que isso admittia, foi regeitada pelas auctoridades mais em evidencia, e é de um absurdo palpavel no systema de classificação acceto geralmente pela doutrina, systema cujas bases foram expostas por SAVIGNY e tem sido applicado pelos grandes mestres do direito civil; que, finalmente, si fosse licito baralhar idéas e noções que a sciencia distingue e discerne, não era possível fazel-o entre nós, em virtude da força prohibitiva que se desprende dos dispositivos constitucionaes.

A questão dos arts. 407 e 408 do Código penal, não é mais embaraçosa. Declara o primeiro dos citados artigos que *haverá logar a acção penal*: 1.º Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para represental-a; 2.º por denuncia do ministerio publico em todos os crimes e contravenções exceptuados os crimes de furto e damno, não tendo havido prisão em flagrante e os de violencia carnal, rapto, adulterio, pauto supposto, calunnia e injuria não se dando as hypotheses do art. 274; 3.º mediante procedimento *ex officio*, nos crimes inafiançaveis, quando não fôr apresentada a denuncia nos prazos da lei.

Accrescenta o segundo que, *em todos os termos da acção intentada por queixa será ouvido o ministerio publico; e nos da que o fôr por denuncia ou ex-officio, poderá intervir a parte offendida para auxiliar-o.*

A duvida está em saber si o modo de propor a acção penal estabelecido nestes dois artigos deve ser mantido pelos Estados sem que se possam, na organização dos respectivos ministerios publicos, estabelecer outras regras.

Quanto ao art. 408, parece que os pareceres já se vão inclinando para um accordo, entendendo-se geralmente que o assumpto é puramente processual e, portanto, da competencia dos organos legislativos dos Estados (24).

Não ha razão juridica sufficiente para que se mostre mais irreductivel o dissidio no que respeita ás determinações do artigo 407. Bom será que as leis do processo penal se não afastem das normas ali estabelecidas, que são consentaneas com os bons principios e com as necessidades da vida collectiva, mas não as impediria a Constituição federal de fazel-o, si tal fosse o desejo dos legisladores estaduaes.

A licção da sciencia é a que, neste ponto, nos deu JOÃO MONTEIRO, quando fez ver que a *acção publica penal é uma attribuição ou função que incumbe a certa ordem de officiaes publicos* e que, consequentemente, *é um dos modos do exercicio do poder judiciario.* «Mas, continua o sabio jurista, se ninguem se lembraria de contestar aos Estados o direito de legislar sobre a sua *organização judiciaria*, como se lhes

(24) Espósa esta opinião, entre outros, o dr. JOÃO VIEIRA, e com ella se conforma o dr. OSCAR MACEDO SOARES, (*Código penal*, art. 408).

ha de uegar competencia para organizar o seu ministerio publico?» (25).

O que não podem as leis dos Estados é recusar ao offendido o direito de reclamar, da parte dos poderes publicos, a protecção da sua pessoa, da sua vida, de seus legitimos interesses e a punição daquelles que, na pessoa ou nos bens desse mesmo offendido, violou a paz social assegurada pelo direito. Mas dizer como e quando ha de intervir o representante do ministerio publico a fim de pôr em movimento a acção penal, isso não se lhes pode, em bôa hermeneutica, recusar.

Outro ponto em que é mister assentar definitivamente onde termina o imperio das leis federaes e começa o das estaduaes é o das provas. Ha incontestavelmente, nesta materia, um lado substantivo e outro processual. Emquanto nos occuparmos de determinar o que constitue prova dos actos juridicos, qual o valor de cada uma dellas e quaes as condições de sua admissibilidade, manter-nos-emos no circulo do direito material; desde que estabelecermos os modos de constituir a prova e de subministrar-a em juizo teremos entrado no campo do direito formal (26).

Em relação á fiança tambem é facil distinguir o que é theoria e preceito do que é pratica e processo. O direito de prestal-a, em que casos é admissivel e as relações juridicas que origina, cabe ao primeiro grupo de regras determi-

(25) *Unidade do direito*, pags. 94-95.

(26) *Observações para esclarecimento do Projecto de codigo civil*, pag. XXVI; JOÃO MONTEIRO, *Processo Civil*, I, pag. 73 e II, pag. 312 e nota 1; idem, *Unidade do direito*, pags. 104 a 109 onde se remette o leitor a MAILHER DE CHASSAT, DALLOZ, GABBA, WEISS, RAMPONI e MATTIROLO. Deste ultimo extraiam-se as palavras seguintes: In materia di prove, si debbe distinguere l'ammissibilità e il valore della prova, dal modo con cui la medesima viene formata e somministrata nel giudizio (*Elem. di dir. giud.*, I, n. 116).

nar; o modo de prestal-a será prescripto pelo segundo grupo.

Tambem processual é a fiança ás custas; mas como applicando-se a estrangeiros interessa directamente ás relações internacionaes e se torna objecto do direito internacional privado, cabe ás leis federaes regulal-a sob esta feição, por força do dispositivo constitucional que entrega os litigios de direito civil internacional ás justiças da União e, mais ainda, por força do proprio systema federativo que adoptamos. Por essa razão o *Projecto* primitivo de codigo civil, nas disposições introductorias referentes ao direito internacional privado, achou opportuno falar da caução *judicatum solvi* para abolil-a do novo direito patrio, por incompativel com o estado actual da consciencia juridica, attendendo, ao mesmo tempo, ao voto emittido pelos representantes dos governos europeus na Conferencia de Haya.

Assim como nos casos apontados, em todos os mais em que se tocarem as duas competencias legislativas, a dos Estados e a da União, não será difficil traçar a linha divisoria.

Portanto a tarefa precisa apenas de boa vontade e de bôa fé para ser bem desempenhada.

Além daquillo que ficou entregue á doutrina para que, segundo os preceitos das classificações acceitas, distribua entre os dois grupos de poderes legislativos, materias ha que o legislador constituinte declarou da competencia das justiças locais e, no entanto, ou porque o dizer da Constituição não ostenta a limpidez crystallina que era de desejar, ou porque ha vacillações no systema adoptado, interpretações divergentes lançaram perturbação tam grande nos espiritos que já hoje é difficil ver claro nessa obscuridade.

Caso typico dessa especie é, sem duvida, o da arrecadação de espolios estrangeiros.

Estatue a Constituição, art. 61 : As decisões dos juizes ou tribunaes dos Estados *nas materias de sua competencia* porão termo aos processos e ás questões, salvo quanto a : 1.º *habeas-corpus*, ou 2.º *espolio de estrangeiro, quando a especie não estiver prevista em convenção ou tractado*.

Do edicto constitucional transcripto extraem-se as seguintes regras juridicas, alem de outras :

1.º As justiças dos Estados põem termo ás questões e processos de sua competencia ;

2.º A arrecadação de espolios de estrangeiros é da competencia das justiças estaduaes (*nas materias de sua competencia*, diz a Constituição) ;

3.º Si houver tractado regulando a materia, as justiças locaes porão termo ás questões relativas a espolio de estrangeiro, como ás outras questões de sua competencia ;

4.º Si, porém, a especie não estiver prevista em tractado, por excepção ao principio geral, os juizes e tribunaes dos Estados não porão termo ás questões relativas a espolios de estrangeiro. Em tal caso, accrescenta a Constituição na ultima parte do art. 61 : — haverá recurso voluntario para o Supremo Tribunal Federal. Quer dizer: si os interessados não se conformarem com a decisão do Tribunal do Estado, poderão recorrer para o Tribunal da União que, estando na cupula da organização judiciaria federal, deve traduzir, com energia maior, a expressão da justiça offerecida pelo poder publico da nação em sua unidade.

Mas, si a especie estiver prevista em tracta-

do, tambem della virá conhecer o Supremo Tribunal Federal; pois, segundo prescreve a Constituição art. 59, das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para esse tribunal, quando se questionar sobre a *validade ou applicação de tractados federaes* e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ella. Si a justiça local reconhecer valido e applicavel á especie o tractado, a sua decisão porá termo ao processo de que é objecto o espolio de estrangeiro. Si lhe negar a validade ou o não applicar, caberá o recurso extraordinario creado pelo artigo 59 da Constituição.

Este é o systema que resulta do estudo de nosso direito publico interno e, si contra elle se podem levantar objecções, é incontestavel que razões valiosas o apoiam. Sem duvida as questões de direito internacional privado são da competencia da justiça federal, como sabiamente estabeleceu a Constituição, art. 60, letra *h*, e, applicado esse principio em toda a sua extensão, deveriam entrar na competencia da justiça federal os processos motivados por espolios de estrangeiros por seu character internacional, por outro lado, convem ter em vista que as justiças locaes se acham mais espalhadas pela periphéria do paiz, contam muito maior numero de representantes e, portanto, se acham mais ao alcance das necessidades sociaes, no interior de nossos sertões e na enorme extensão de nossas fronteiras.

Certamente é a lei da federação que ha de regular esta materia em suas linhas fundamentaes, porem, desde que ella incide na esphera do competencia da justiça dos Estados, são elles chamados a dizer sobre o modo pelo qual lãõ de funcionar, na especie, os seus tribunaes.

IV

De quanto acaba de ser expellido se vê que a unificação das leis processuaes não offerece difficuldades insuperaveis de elaboração.

Mas porque meios se obterá essa unificação, cabe agora examinar.

Ponho de lado a reforma da Constituição, sem duvida o modo radical de extirpar o vicio institucional que perturba o mechanismo da vida legislativa do paiz. Ponho de lado, porque descubro perigos de alta gravidade na reforma da Constituição, si a quizermos effectuar presentemente. A nossa lei magna ainda não funccionou regularmente por tempo sufficiente para dar os fructos que naturalmente della esperavam os seus auctores. Pode-se dizer que ainda não se possuiram inteiramente de seus principios, do seu systema e de seu espirito aquelles que são chamados a applical-a. Além disso, para emittir voto quanto á oportunidade de uma reforma constitucional não basta examinar a feição juridica e technica do problema, é mister attender á situação politica e moral do momento.

O que agora importa e urge é fazer, dentro da Constituição, funcionar todo o apparelho juridico, sem prejudicar o desenvolvimento social do povo e a expansão quer da idéa quer do sentimento de justiça.

Afasto por igual o expediente de confiar ao Congresso a missão de regularisar a contenda, permittindo-lhe a feitura das leis necessarias á manutenção da unidade do direito nacional, porque a sua incompetencia, no que respeita á organização do processo a ser applicado pelos juizes estaduaes, está fóra de questão, segundo se tem

apurado das discussões travadas sobre a materia. Consequentemente resultaria enfesada e nulla pelo vicio da inconstitucionalidade a obra que assim se obtivesse.

Desvio-me, por fim, dos que descobrem remédio, para o mal de que estamos tractando, no recurso extraordinario, porque, segundo irrefragavelmente demonstrou **LUCIO DE MENDONÇA** (27) e é jurisprudencia firmada, essa extensão dada ao recurso extraordinario não se conforma com os termos claros, precisos e insophismaveis da Constituição, nem seria licito contra ella arvorar o Supremo Tribunal Federal em harmonisador de divergências que se originam do proprio mechanismo da formação das leis entre nós.

Restam dois expedientes: 1.º, esperar da acção do tempo que a razão se esclareça, os bons exemplos façam proselytos e as leis da imitação funcionem; 2.º marchar resolutamente adeante dos factos para dirigil-os, aplainar-lhes o transito, estimular os elementos bons que acaso contenham e impedir os desvios em que se possam retardar ou inutilisar.

Esperar com a passividade musulmana dos inconscientes que os destinos encontrem o seu caminho sem a nossa intervenção, por certo não é digno de nossa idade nem de nossa cultura. Força é reconhecer, então, que a solução possivel do embaraçoso problema está na idéa lembrada pelo illustre governador do Rio de Janeiro:—um congresso composto dos delegados dos governadores ou presidentes dos diversos Estados da Republica estudará e firmará as bases de um projecto de unificação das leis processuaes, e esse projecto

(27) *Paginas jurídicas*, pags. 3 a 16.

será apresentado aos poderes legislativos estaduais para que se converta em lei.

E' por esse modo que a Europa vae estabelecendo a unidade de seu direito internacional privado. Os representantes dos Estados o elaboram em reuniões effectuadas em Haya e os poderes competentes, em cada Estado adherente á conferencia da capital hollandeza, o transformam em preceitos de lei.

Poderá acontecer que alguns Estados não se queiram associar a essa grandiosa empresa de consolidação da unidade politica do Brazil e de fomento da vida juridica do paiz; mas não importa, si os que têm fé e bôa vontade alcançarem o resultado que almejam, a idéa vencedora, mostrando os resultados praticos em que se objectivar, terá prestigio bastante para impor-se e arrancar do isolamento os que se retrahiram por nimiamente receiosos de prejudicar uma autonomia que ninguém lhes nega, ou por desconfiados da inefficacia dos meios empregados, aos quaes não souberam, entretanto, dar substitutivos de acção mais prompta, mais precisa e mais duradoura.

Meu presado amigo e erudito mestre, DR. JOÃO VIEIRA, (28) levanta, contra a idéa do congresso para a unificação das leis processuaes do Brazil, algumas objecções que, pela auctoridade de seu laureado nome, devem ser tomadas em consideração.

Acha o douto criminalista que a obra confiada ao congresso dos governadores e presidentes dos Estados é inconstitucional, porque é um facto politico e porque tenta coarctar a liberdade legislativa concedida aos Estados pela Constituição.

(28) O congresso dos governadores para a unificação das leis processuaes, Rio de Janeiro, 1905, (*Memoria*); *Revista dos tribunaes*, vol. 3, pags. 161 e segs.

Mas, evidentemente, nem esteve na intenção de quem suggeriu a idéa de convocar esse congresso fazer d'elle uma reunião de negociadores de um tractado entre os Estados da federação, nem jamais se pensou em, por esse modo, limitar as faculdades constitucionaes das entidades politicas de que se compõe a nação brasileira.

Não nos diz JOÃO VIEIRA, de modo preciso, o que se deve entender por *convenções politicas*, especie vedada pela constituição aos Estados, e cumpria definil-as para nos convencer, pela clareza do raciocinio, de que essa macula fundamental inutiliza os esforços que se vão empregar no sentido de salvar o nosso direito da subversão e do esphacelamento a que parece condemnado.

Os ajustes e convenções de caracter politico, prohibidos pelo art. 65 da Constituição, devem ser os que se referirem á forma de governo ou aos limites e attribuições dos poderes politicos dos mesmos Estados. Olhado por esse prisma, o congresso impugnado está bem longe de ter feição politica. E' puramente scientifico, especialmente juridico e deve ser essencialmente pratico. Os seus membros, embora designados pelos chefes do executivo estadual, não detêm a menor porção de auctoridade publica; não se podem considerar embaixadores ou diplomatas; são meros profissionaes chamados a emittir seu voto em um caso de interesse nacional e a collaborar nos meios de melhor solver os embarços que impedem o desdobramento progressivo e o funcionamento normal de uma parte do direito.

O projecto que elaborar o congresso será apenas um paradigma, digamos assim, não uma resolução imposta ás legislaturas estaduais. Válerá pela razão, por seus meritos intrinsecos, pela

felicidade com que alcançar prover ás necessidades do momento e não pela auctoridade politica dos que o elaborarem, que não a têm de especie alguma, na qualidade de membros do congresso para a unificação das leis processuaes. Sem duvida os homens que nos Estados dispõem de prestigio politico, que têm ascendencia sobre os seus concidadãos, havendo-se interessado pela obra do congresso, desenvolverão esforços para vel-a applicada, mas os meios a empregar serão os da persuasão, nem poderiam ser outros, e serão legitimos em si tanto quanto louvaveis em seus resultados.

Si os Estados podem encorporar-se eutres si, dividir-se e desmembrar-se para se annexar a outros ou formar novos Estados como lhes faculta a Constituição federal, mediante acquiescencia das respectivas assembléas legislativas e approvação do Congresso nacional (art. 4), porque se lhes havia de interdizer de cooperar, dentro da esphera de sua acção, na empresa de roboração da vida juridica do paiz? A Constituição permittiu-lhes a dispersão das formas juridicas, permittiu, não impoz. Mas si essa dispersão diminue a intensidade da vida juridica e afrouxa os laços da unidade nacional, porque se lhes ha de obstar que prosigam, captivos de preconceitos, na obra que os desgosta pela razão superior de comprometter o futuro do paiz?

« Os Estados, como seres collectivos, não podem renunciar á sua liberdade de legiferar, por meio de ajustes e convenções que no caso assumiriam o character de politicas, renunciando a faculdade de estabelecer, alterar ou restabelecer as leis de processo », insiste o dr. JOÃO VIEIRA. (29)

(29) Revista citada, pag. 169.

O ponto de vista, em que se colloca o auctor desta objecção, de todo não condiz com a idéa que preside á reunião do Congresso. Composto de profissionaes, bem se comprehende que não poderia ter por alvo uma empresa que de frente, abertamente, contrariasse os principios rudimentares do nosso direito constitucional.

Os Estados não pensam em renunciar os seus direitos nem poderiam fazel-o si o desejassem ; querem apenas remediar os males que advêm da variedade processual, males que, aliás, não é a elles que mais prejudicam e sim á nação em sua integridade. Para isso solicitam um projecto de unificação do processo, no proposito de adoptal-o, é bem claro, mas conservando a sua liberdade de rejeital-o, si assim lhes parecer. Dando esse passo no caminho da unificação, entendem que favorecem a evolução do direito no sentido do seu aperfeiçoamento que, tudo indica, aspira á unidade formal dentro de cada estado e á unidade essencial dos principios dentro do circulo formado pelos povos de cultura semelhante. E' de suppor que os impulsos da imitação, entregues á sua natural espontaneidade, nos levassem ao mesmo resultado, como lembra o dr. JOÃO VIEIRA, mas com que lentidão e a custa de que sacrificios é que se não pode razoavelmente prever.

Não ha duvida que os Estados poderão modificar o processo que tiverem adoptado por indicação do congresso. Contra essa possibilidade não ha recurso dentro da Constituição nem conviria appellar para os que existissem. Mas ponderemos que o congresso de unificação tem a sua razão de ser no mal estar resultante da variedade das leis processuaes e geralmente sentido por

todos os que lidam com as leis em nosso paiz. Não se reuniria esse congresso, si os Estados se achassem á vontade nessa balburdia de leis multiformes. Si, portanto, a aspiração para a unidade é forte e geral, não é provavel que, vencida a difficuldade de alcançal-a, se apressem os legisladores estadnaes a refugal-a, inutilisando assim, irreflectidamente, o fructo dos esforços combinados, e contrariando a marcha evolucional das idéas, que a medida posta em pratica havia accelerado.

Quando, porem, uma reforma se tornar necessaria, nada impede que a realise o Estado onde primeiro tomou corpo a idéa dessa alteração. Si tal reforma fôr de character geral, o Estado innovador será acompanhado pelos outros, aos quaes terá naturalmente communicado a sua intenção e o seu acto, e assim se manterá a unidade processual. Si a reforma fôr puramente de character regional, se não apressarão os Estados a perfi-lhal-a, mas a unidade subsistirá em suas linhas essenciaes, por isso que não é a unidade absoluta e compressora que se deseja e sim a expressão viva e forte da vida nacional na grandeza de sua organização politica.

V

A tarefa que tem de desempenhar o Congresso para a unificação das leis processuaes é o preparo de projectos de um código de processo civil, abrangendo o commercial, e outro de processo criminal. A organização judiciaria, cujas variações dependem mais intimamente das circumstancias geographicas, economicas e mesmo sociaes

dos Estados, ~~devem ser~~ deixadas ao critério dos poderes locais.

Os projectos ~~que o~~ Congresso deve preparar estão, no meu pensar, quasi promptos, pois o processo civil, ~~que hoje temos~~ sobre a base do regulamento n. 737, ~~necessita~~ apenas de alguns accrescimos e outros tantos cortes para ser uma obra capaz de funcionar satisfactoriamente em nossos dias, e si o mesmo não podemos dizer do processo penal, é certo que ha principios geraes que todos estão inclinados a manter e ha reformas que já conquistaram a acquiescencia geral. Nos dois dominios, no processo civil e no criminal, devem ser mantidas não somente as linhas essenciaes, mas ainda as formas que se não tiverem avelhantado e que se mostrarem aptas a garantir o direito, sem delongas inuteis e sem excesso de ritualidades. Não se deve pensar em destruir, mas em reformar.

Na elaboração dos projectos, não ha difficuldades technicas de grande vulto, desde que se tenha fixado a orbita de acção do legislativo estadual. Para essa operação preliminar não ha deficiencia de luzes, de elementos coordenadores, de materiaes de construcção, mas os preconceitos hão feito, por seu lado, o possivel para apagar essas luzes e baralhar esses elementos.

O critério para nos guiar nos passos obscuros onde as duvidas se hajam acastellado mais densas já foi estabelecido: interpretar fiel e confiadamente a constituição federal, saturando-se o interprete do pensamento que a anima e esforçando-se por ser sincero na realisação desse pensamento.

Particularisando mais as minhas idéas para tornal-as mais claras direi, em relação ao pro-

cesso civil e commercial, que se deve acceitar a base do regulamento 737 com diversas modificações d'entre as quaes destaco, a modo de exemplo, as que se vão ler.

Em primeiro logar, se não podem manter as disposições referentes á organização judiciaria e ao dominio das leis substantivas; as primeiras, porque devem reflectir os matizes da vida particular de cada Estado, e as segundas, porque exceedem á auctoridade legislativa estadual. Por esse motivo, não devem ter ingresso no codigo de processo civil e commercial dos Estados os dispositivos determinadores da legislação applicavel á solução dos conflictos juridicos e a jurisdicção commercial (arts. 1 a 22 do Reg. 737). A materia da conciliação que vem tractada logo apoz a que acaba de ser indicada, (reg. cit. arts. 23 a 38) deve tambem ser afastada, não por força do dec. n. 359 de 26 de Abril de 1890 que lhe tirou o character de formalidade preliminar obrigatoria de todo processo, mas porque não ha fundamento juridico para restabelecel-a.

Os artigos referentes á determinação dos meios de prova (138 e 139); aos casos em que tem cabimento a consignação (393); á capacidade para effectuar compromisso e ás modalidades deste (414—417); á classificação dos credores (419—425); ás nullidades dos contractos; á cessação da procuradoria (706) e alguns outros não merecem acolhida na codificação processual por se referirem á materia propria do direito material.

Outros preceitos do regulamento 737 estão antiquados, como sejam, por exemplo, os que tractam da acção hypothecaria (arts. 627, 628, 634 e 635), do recurso de revista (arts. 482—484) e dos juramentos suppletorio e *in litem*

(arts. 166--174). Estas ultimas disposições referentes aos juramentos *suppletorio* e *in litem*, que já mereciam reparos dos praxistas ao tempo em que a religião catholica era acceita e reconhecida pelo Estado (30), não têm mais razão de ser hoje que o Estado é absolutamente leigo. No juramento ha, por um lado, a invocação de Deus para ser testemunha da verdade que se affirma e, por outro, a declaração de que se acceita de bõa mente o castigo do perjurio como offensa á divindade. Taes idéas entram perfeitamente no dominio da religião, mas aberram inteiramente da laicidade jurídica de nossos tempos.

A parte do regulamento n. 737 que dispõe sobre testemunhas tambem ha de ser retocada para se pôr de harmonia com a actualidade jurídica.

A bem da simplificação do mechanismo processual, condição necessaria de uma bõa administração da justiça, outros pontos do citado regulamento devem ser remodelados. Os recursos prejudicam a expansão do direito por seu excesso e as discussões se protelam desmesuradamente nas phases successivas da demanda. Faça-se uma distribuição mais racional dos recursos e eliminem-se alguns actos desse drama juridico. Para que, por exemplo, retardar a marcha da acção com a inutilidade da replica e da treplica?

O dr. AUGUSTO VAZ, com a sua experiencia de profissional, condemna a acção decendial, por

(30) A estes juramentos se deve applicar o que PAULA BAPTISTA dizia do decisorio que o reg. 737 aboliu: « são meios de chegar a um julgamento na falta de provas. » O código do processo civil do Rio Grande do Sul não os admittiu. Tambem não se lhes mostra afeiçoado JOÃO MONTEIRO, *Processo civil*, §§ 154—161, que na sua obra posthuma—*Direito das acções*, declara que o juramento *in litem* deve desaparecer da letra das nossas leis, não tem mais razão de ser (pag. 178).

ser um mechanismo difficil, de um curso demorado e dispendioso, e por não obedecer ás condições de um processo regular. (31) No mesmo sentido manifestou-se o dr. GABRIEL FERREIRA (32) e, podemos dizer, o auctor do reg. que organisou a justiça federal, pois que não a contemplou. E' preciso, porem, ser mais radical e não só, attendendo aos votos emittidos pelo dr. ADOLPHO CIRNE (33), eliminar o processo chamado ordinario, substituindo-o pelo que hoje denominamos summario, mas ainda reduzir as diversas acções a um typo mais regular e mais constante.

Parece-me que esta é a opinião commum dos mestres. PAULA BAPTISTA não perdia occasião de encarecer a brevidade e a economia como predicados de uma boa organização processual. « Todos os actos, dilações, demoras e despezas inuteis, dizia elle, são aberrações do regimen judiciario em damno do interesse publico. » (34) JOÃO MONTEIRO, escudado em JHERING e SOLON, insiste pela *simplificação quantitativa da massa juridica* e, depois de mostrar o illogismo que distingue o processo ordinario do summario, declara sua preferencia pelo typo do processo summario, porque « não se poderá contestar a conve-

(31) *Revista da Faculdade de Direito* do Recife, 1904, pag. 160 e segs.

(32) *Exposição de motivos á codificação processual* na parte concernente aos recursos.

(33) *Acrões summarias*, Recife, 1885, pag. 67 : " O processo summario, que consideramos o prototypo das formas de demandar em juizo não consiste na postergação de todos os actos concernentes á boa instrucção dos feitos e que são por isso chamados substanciaes, e sim na abolição de solemnidades e longos prazos que, longe de esclarecer o juiz na apreciação dos direitos demandados, são outros tantos recursos com que a chicana procura eternisar os feitos, *embrulhal-os*, e, muitas vezes, fazer perder o melhor direito. Vejam-se mais as pags. 68, 70 e 71, onde o douto civilista appella para as auctoridades de BACON, MONTESQUIEU, PEREIRA E SOUZA e PAULA BAPTISTA.

(34) *Theoria e pratica do processo*, § 65,

niencia de se diminuir a quantidade e simplificar as formas dos termos do processo ordinario sem prejuizo do direito.»

«Não se applaudiu, continua o abalisado jurisconsulto, o dec. n. 737 de 1850, que simplificou as regras processuaes das ordenações em sua applicação aos **negocios mercantis**? Mas por acaso valem esses mais do que os puramente civis? Não se applaudiu tambem o dec. n. 763 de 1890, que ampliou a applicação do de 1850? Porque não promover de novo applausos em honra da lei que viesse ainda mais simplificar o nosso direito formulario? » (35)

Estas ponderações fazem resaltar que, no problema proposto ao congresso para a unificação das leis processuaes, ha dois assumptos capitaes: um de ordem technica, essencialmente juridica, — a *simplificação do processo*; e outro de ordem juridico-social, que é a sua *unificação*.

O primeiro interessa á vida juridica de um modo immediato, porque as condições de celeridade em que se formam as relações de direito nas sociedades modernas, a crescente variedade dessas relações, os valores economicos que a ellas se prendem e as forças moraes que ellas desenvolvem ou simplesmente agitam, não devem mais estar submettidas ao estreito e emperrado formalismo processual decretado para uma epocha em que, pelo obscurantismo reinante, necessitava a tutela juridica de recorrer a uma riqueza de solemnidades que hoje temos por excusadamente despendiosas e lentas. Essas vegetações oriundas

(35) *Processo civil*, I, §§ 20 e 68, nota 2, e II, § 79, nota 1, de onde foi extrahida a citação do texto. Outras auctoridades poderiam ser invocadas, mas é inutil fazel-o, quando incontestavelmente a aspiração é geral no sentido de eliminar do organismo do processo os embaraços de um formalismo inutil.

de outras eras, de meio social differente, exprimido um estado de cultura já transposto, não têm a **atmosfera de respeito** dentro da qual somente podem viver, e, petrificadas no organismo processual de hoje, perturbam-lhe a movimentação e lhe emprestam um ar de decrepitude que muito o desprestigia.

O segundo olha a vida nacional através do prisma juridico, reconhecendo no direito unificado uma das necessidades da existencia nacional, olha o direito através do prisma constitucional e tenta oppôr obices aos desvios que a dispersão e a dissociação das energias possam trazer ao desenvolvimento progressivo das formas juridicas e ao processo de depuramento por que vae passando a idéa do direito em sua marcha ascencional das obscuridades chaoticas da confusão primitiva e da inconsciencia para a claridade e a discriminação da consciencia.

Por isso mesmo que a dispersão processual ameaça desorganizar a vida nacional, mais urgente pareceu acudir a esse perigo com o remedio que a razão esclarecida indicasse. Mas tocar no organismo processual para mantel-o **íntegro** em todo o paiz, sem o remodelar segunodo as necessidades do momento, obra fôra de imprevidencia, porque, trazendo do berço elementos de morte, mal se admittiria que aspirasse viver. Depois, si as leis processuaes existentes são defeituosas, como geralmente se reconhece, e si esse mal é sentido em todo o paiz, as duas idéas, a de **unificação** e a de **simplificação**, se prendem intimamente, e de tal modo que a mente do reformador não as póde separar sem sacrificar-as. Aperfeiçoar o mecanismo processual de uma região que, por esse facto, emerge em plena luz e recebe novos

elementos de vida, deixando a brucejar nas trevas e na insufficiencia os outros pontos do paiz, a espera de que o exemplo aproveite, importa o mesmo que desprezar a melhor oportunidade de satisfazer o reclamo geral por uma iniciativa intelligente e bem orientada. Dar feição uniforme a ritualidades do processo presuppõe racionalmente a sua adaptação aos novos moldes da simplicidade, da presteza sem prejuizo da segurança e da modicidade nos gastos com o funcionamento da justiça, porque a obra da unificação tem de valer por suas proprias vantagens, ha de impor-se por sua oportunidade.

Não façamos obra manifestamente incompleta, nem sómente aspiremos á unidade juridica. Cumpre aproveitar a occasião feliz que se nos antolha e tentar a unificação, refugando as formas imprestaveis e vertendo, no organismo processual, o vigor, o brilho, a leveza e a facilidade que elle reclama para se pôr em consonancia com o direito substantivo e com a vida social contemporanea da qual é preciso que se mostre uma das modalidades mais expressivas.

VI

Dir-se-á talvez que necessitamos primeiro de ultimar as reformas já iniciadas no campo do direito substantivo, para depois nos occuparmos de remodelar o direito adjectivo, cujas formas e providencias se devem adaptar ao pensamento contido nos institutos que são os organs eapparelhos do direito material.

A ordem logica realmente pede que seja o

processo posterior ao preceito, pois a sua razão de ser é facilitar a realisação dessa norma da ordem jurídica, defendel-a, quanto possível, das violações e restaural-a quando effectivamente violada.

Mas, desde 1858, quando Teixeira de Freitas tomou sobre seus hombros de forte a fragosa empreza de nos dar um systema de direito civil consoante as nossas necessidades actuaes e a cultura occidental no momento, até hoje, quarenta e sete annos pesados e laboriosos fôram consumidos e ninguem pode ainda prever si está longe ou perto o termo dessa penosa empreza. Alongamos a vista pelo futuro e os horisontes se nos mostram obscuros e insondaveis.

Em tal situação, dariamos arrhas de grande imprevidencia, si não attendessemos ás solicitações que sobem de todos os pontos do organismo social, á espera de um acontecimento incerto.

Si esta ultima tentativa de preparar-se um Codigo civil brasileiro resultar inefficaz, devemos, por isso, transcurar o melhoramento do processo que embaraça, por decrepito e complicado, a livre expansão da actividade juridica, e perturba, por empobrecido e vacillante, a influencia benefica do direito como factor da cohesão nacional?

Não é razoavel.

Por outro lado, a historia das codificações nos prepara o espirito a encarar esta emergencia sem as surpresas que desnorteiam.

Para desculpar a nossa lentidão no preparo do Codigo civil, costumam os que contribuem para essa demora invocar o exemplo da Allemanha, que absolutamente não lhes aproveita, pois que, nesse paiz da sciencia e do trabalho, a difficuldade principal era dar unidade aos sete re-

gimens juridicos dominantes (36), e, no entanto, a contar de 1874, epocha em que se reuniu a commissão encarregada de estudar o plano e o methodo a ser adoptados no preparo do Codigo civil, até 1896, anno da promulgação deste corpo de leis, ali se publicaram cinco diversos codigos: o da organização judiciaria (*Gerichtverfassungsgesetz*), o do processo civil (*Civil processordnung*), o do processo criminal (*Straf processordnung*), o das fallencias (*Konkursordnung*), todos em 1887, e o civil com a sua lei de introdução que, por sua amplitude, equivale a um outro codigo.

Digamos seis codigos em vinte e dous annos. E como o movimento unificador adquirira pujança, desde o meiado do seculo, anteriormente se havia alcançado a codificação do direito commercial (1868) e a do direito penal (1870).

Pois bem, na Allemanha não se esperou pelo Codigo civil para se reorganisar o processo, e, depois de realisada a systematisação legal do direito civil, com pequeno esforço, se obteve a adaptação das leis anteriores á nova ordem de cousas, dando-se novas edições de todas as que estavam mais intimamente relacionadas com o direito civil e fazendo-se retoques ainda naquellas em que se reflectia, por qualquer modo, a acção da reforma legislativa (37), de modo que,

(36) ROTH, System, I, § 1, nota 1. Os sete regimens citados são: o prussiano, o do direito commum, o francez, o saxonio, o dinamarquez, o da Friza e o do Sleswig-Holstein.

ROTH aliás somente indica as linhas geraes do quadro, e este se complica extraordinariamente em variedade de matizes. Vejam-se MENLENAERE, Codigo civil all. *Introduction* e ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 1.

(37) Lei de introdução, artigos 32 e seguintes. ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 14.

em 1900, podia funcção harmoniosamente o vasto organismo do direito positivo allemão.

Está, portanto, indicado o caminho que devemos seguir.

Si a codificação do direito civil aqui se mostra erçada de invencíveis obstaculos, tomemos o exemplo da Allemanha, para onde nos mandam que olhemos, e vamos effectuando a codificação dos outros ramos do direito, emquanto se não aprofundam divergencias que apenas agora se esboçam, emquanto se não consolidam costumes e tendencias ainda inconsistentes e mal definidas.

Trabalhando assim pela unidade do direito adjectivo facilitaremos até o advento desse almejadoCodigo civil que será a brilhante floreação si acaso não lhe fôr dado ser o tronco robusto da força unificadora do direito patrio.

CLOVIS BEVILAQUA.

