A NOVA PHASE DA DOUTRINA

E

DAS LEIS DO PROCESSO BRASILEIRO

I

Não mereço os conceitos que ao meu illustre collega, o sr. dr. Pedro Lessa, approuve tirar de si e applical-os a mim. A minha these, por ser a expressão da verdade, dispensa superiores esforços; ao passo que a these contraria, conquanto galvanisada pelo seu brilhante talento, nem por isso ficou verdadeira.

O notavel professor desde logo recusou os *instrumentos de precisão*, fornecidos pela dialectica da Escola e lavrou a seguinte sentença: «Não é possivel hoje admittir o methodo escolastico». Com a devida venia, recorro para o testemunho do movimento philosophico destes ultimos annos, essa renascença que produziu os Remusat, os Saint-Hilaire, os Liberatore, os Jannet, os Grandclaude, os Tongiorgius, os Mauro, os Sanseverino, os de Broglie, os Cornoldi, os Farges, os Naville, os Fonsegrives, e outros muitos.

Em 1887, a Academia das sciencias moraes e politicas de Pariz abriu um concurso sobre a philosophia de Francisco Bacon: foi premiada uma memoria escripta por Ch. Adam, a qual appareceu publicada com algumas addições. O relator da commissão que deu parecer sobre as memorias apresentadas— foi Barthélemy Saint Hilaire. «Póde-se, diz elle, com toda a imparcialidade, affirmar que Bacon, apesar do seu genio, enganou-se sobre a natureza, o objecto e a historia da philosophia, e em logica, sobre o syllogismo e a inducção, sobre o methodo, sobre o objecto da sciencia e, emfim, sobre o poder do homem.
Em que consiste realmente a gloria de Bacon? Elle mesmo, no principio do quarto livro da *Instauratio magna*, se apresenta como o clarim que toca carregar, mas que não toma parte alguma na lucta». O dr. Pedro Lessa está carregando ao toque desse clarim do seculo XVII; e, por isso, está surdo ao despertar philosophico destes ultimos annos, ao sempre crescente desenvolvimento da Escola, não só em Roma, como em Bolonha, como nos grandes centros intellectuaes de Portugal, da Hespanha, da França, da Belgica, da Allemanha e da propria Inglaterra, ao grande numero de obras, revistas, jornaes, academias, que hoje se orientam pelos principios de Aristoteles e de Santo Thomaz de Aquino. Observe o illustre professor si essa grande philosophia, que apaixonou o genio de Dante, pode corresponder aos dados modernos das sciencias experimentaes; e, estou bem certo, responderá como Cornoldi: «Digo francamente que esta philosophia póde, e é a *unica que póde,* dar uma explicação raciocinada de todas as descobertas experimentaes.
Esta philosophia, que tem por si a consagração de vinte seculos, durante os quaes foi ensinada pelos mais sublimes genios, começou com Socrates, Platão e Aristoteles, satisfez as intelligencias de um Cicero, de um

Santo Agostinho, de um Alberto o Grande, de um Santo Thomaz de Aquino, de um S. Boaventura, de um Duns Scott, de um Raymundo Lulle, de um Guilherme de Ockam, de um Abelardo, de um S. João Damasceno, de um Dante, de um Belarmino, de um Suarez, de um Bossuet, de um Leibnitz, de um Gerson e de tantos outros.» Por fim, observe o illustre professor a Escola a que pertenceram Heinnecio, Vinnio, Strykio e Boehmero, e a que se filiaram os tratadistas e praxistas reinicolas e os nossos mais notaveis jurisconsultos patrios: Moraes dividiu o exame das nullidades dos contractos e dos instrumentos em quatro partes, tendo em vista as causas material, efficiente, formal e final, conforme a classificação da Escola; Guerreiro escreveu um tratado de Ethica escolastica, sob titulo *Escola Moral*; Mendes a Castro, Gomes, Vanguerve, a cada passo, se referem á Escola e á sua terminologia; Mello Freire, Pereira e Souza e o proprio Almeida e Souza eram escolasticos; o nosso saudoso Teixeira de Freitas, na sua monumental introducção á *Consolidação das Leis Civis*, deixou, na technica que emprega, o cunho da mais rigorosa subordinação ao methodo escolastico; os nossos jurisconsultos são, em geral, escolasticos, sem que ficassem acobardados por aquella nota dos Estatutos de Coimbra, pela qual o poderoso ministro Pombal denominava a Escolastica - *philosophia dos arabes*. Em summa, as obras modernas, em geral, vão buscar no Philosopho as primeiras noções e no Anjo da Escola as definições: Carrara vae buscar na Escola o seu methodo ontologico para a analyse do crime; Puglia, apesar de todo o seu positivismo, empenhado em definir o crime, recorre, não a Francisco Bacon, mas a Santo Thomaz de Aquino. Emfim, a Escolastica será a philosophia do seculo XX; pois, funda-se não no methodo exclusivamente empirico, que despreza a inves-

tigação das causas dos factos conhecidos pela observação, mas no methodo verdadeiramente experimental, no methodo que não se funda exclusivamente na observação, mas que tira a contraprova da exactidão das observações, começando pela analyse e terminando pela synthese, *ut a sensibus inchoetur et ab intellectu perficiatur,* na phrase de Santo Agostinho.

E tão grande é a superioridade do methodo escolastico que, mediante este methodo, torna-se evidente o erro daquelles que, como Taine, dizem que a substancia é o conjuncto das qualidades e que a substancia não é alguma cousa real, distincta de suas qualidades. E' o mesmo erro de Bayle e de Locke, erro a que Leibnitz assim se referia: «Até hoje acreditou-se que a substancia permanece e que os accidentes mudam e os argumentos que tenho lido, não provam o contrario». A proposito, diz Cornoldi: «A experiencia intima de cada homem mostra essa distincção. Quando eu pergunto: *Que é isto?*—eu espero que se me designe a substancia; e, portanto, não se me responderá —*E' branco, E' preto, E' redondo, E' quadrado,* mas se me responderá—*E' um homem, E' uma pedra, E' um leão, E' este jornal, E' esta mesa.* Pedro, esta mesa, este jornal—são substancias, porque não necessitam existir em um outro ser como em um sujeito, isto é, existem em si mesmos; ao contrario, a côr, a figura, a dor, o prazer, o pensamento, para que existam, necessariamente estarão em outro ser como em um sujeito». E só neste sentido foi a analogia de Bentham, porque, de outro modo, acceita a noção de Bayle, Locke e Taine, então é que tal analogia perderia qualquer attribuição ou proporção que a legitimasse, visto que semelhante noção faz desapparecer qualquer differença entre a substancia e os accidentes.

Quando assignalámos o vicio da nimia extensão dada a locuções analogicas, quizemos mostrar o pe-

rigo dos termos equivocos: assim, por exemplo, uma lei sobre a litis-contestação é substantiva ou adjectiva, material ou formal? Si me dizeis que é substantiva, responderei que a litis-contestação existe no processo como em um sujeito e, portanto, não é substancia; si me dizeis que é adjectiva, responderei que a litis-contestação é um contracto que, comquanto resulte de actos do processo, não é acto do processo, e, portanto, a natureza e effeitos da litis-contestação não podem ser determinados por leis de processo; si me dizeis que é material, responderei que, sob certo ponto de vista, a litis-contestação é uma fórma do contencioso da demanda; si me dizeis que é formal, responderei que a litis-contestação, precisando os factos e o direito sobre que versa o litigio, é a materia *circa quam* da prova e do julgamento. Muitas outras confusões decorrem, como têm decorrido, da nimia extensão dessa analogia: não ha muitos dias, surgiu discussão, mesmo na Camara dos Deputados deste Estado, sobre a arrematação e a adjudicação, dizendo uns que estes actos, comquanto de *processo,* são de *direito substantivo,* como effeitos da cousa julgada ou da falta de cumprimento da obrigação juridica. Bentham, vendo a distincção ontologica entre a substancia e os accidentes, distincção que se reproduz na grammatica entre os substantivos e os adjectivos, aproveitou a analogia apenas para distinguir as leis que regulam relações de direito, das leis do processo; mas, os nossos separatistas, abusando dessa analogia, cogitaram, não sómente de *distinguir,* mas de *separar* estas daquellas. Ora, isto é muitas vezes impossivel, porque ha *processos, actos do processo* e até *termos do processo,* que, comquanto *adjectivos* ou accidentes, não deixam de ser da essencia das relações de direito, ou como modo de ser, ou como modo de operar. Accresce que, por considerações, si não de ordem ontologica, ao menos de ordem publica, ha pro-

cessos, principalmente entre os processos extrajudiciaes (escripturas publicas, instrumentos publicos de protesto de letras, registros, etc.), e entre os judiciaes, taes como a fallencia, as insinuações, etc., que ou são da substancia de alguns contractos, ou são essenciaes para determinados effeitos. Por isso, quizemos deixar bem determinados os limites da analogia de Bentham: o accidente não é um correlativo opposto á essencia e sim á substancia; e, por conseguinte, assim como o adjectivo muitas vezes é da essencia do substantivo, assim tambem ha *processos, actos do processo* e *termos do processo*, tão *essenciaes* ás relações de direito e ás leis que as regulam, que ou não podem ser dellas separados, ou quando possam sel-o, a separação deve subordinar-se aos mesmos principios que legitimam aquellas relações e aquellas leis.

II

A redacção do art. 34 n. 23 da Constituição Federal, o pensamento expresso em outras disposições da mesma Constituição,—não permittem a menor duvida quanto aos seguintes principios consagrados naquelle documento politico:

1.º Soberania da União e autonomia dos Estados;

2.º Attribuições privativas da União, quer no tocante á organisação federal, quer no tocante ás relações exteriores da nação, quer no tocante á determinação de direitos politicos e individuaes, quer no tocante á administração da justiça federal;

3.º Attribuições privativas dos Estados sómente quanto á sua organisação politica e administrativa e quanto a assumptos de seu peculiar interesse;

4.º Attribuições cumulativas da União e dos Estados no tocante á garantia dos direitos politicos e individuaes e á execução das leis federaes que os determinam;

5.º O exercicio dessas attribuições cumulativas por parte da União é uma *competencia*, ao passo que por parte dos Estados decorre de uma *faculdade*.

Quanto ás idéas dominantes, na assembléa constituinte, sobre a separação do direito, perdôe-me o illustre collega, sr. dr. Pedro Lessa, lembrar-lhe aquelle trecho de Berriat Saint-Prix, na sua *Logica juridica*:

«As inducções tiradas dos trabalhos preparatorios são, em geral, *fracas*, sobretudo quando não são coherentes com a redacção definitiva.»

Os trabalhos preparatorios, as discussões, o historico da elaboração da lei, tudo isso, não ha duvida, póde esclarecer e explicar o pensamento do legislador; mas, quando aquelles trabalhos, essas discussões, este historico, foram mais confusos e mais vagos do que o texto da lei, longe de esclarecer, mais obscurecem (Deslisle, *Interpret. des lois*, § 188). Ora, não ha quem ignore que, na Constituinte Republicana, havia um partido forte, cujo empenho era conter, si não fôsse possivel nas discussões, ao menos na redacção da lei constitucional, as tendencias separatistas do grupo exaltado: eis, por exemplo, como se explica o facto de, sómente depois de approvada a redacção da Constituição, o sr. Ruy Barbosa, que tomou parte nos trabalhos preparatorios, desvendar a *funesta illusão da soberania dos Estados*; eis, por exemplo, como se explica o facto de ter tido o sr. Prudente de Moraes necessidade de firmar, no seu manifesto de 1897, a soberania da União e apenas a autonomia dos Estados; assim tambem se explica a attitude assumida pelos srs.

José Hygino e outros que, sómente por occasião de discutir-se a redacção final da Constituição, deram como comprehendida no art. 34 n. 23 a attribuição de legislar sobre fallencias, sem distinguir entre as regras relativas á determinação do estado do fallido e o processo da fallencia. Os srs. Amphilophio, Paranhos Montenegro e outros que posteriormente atacaram mais energicamente a separação das leis, nenhum delles affirmou categoricamente a *competencia privativa* dos Estados para legislar sobre o processo das justiças locaes: elles atacaram essa *faculdade* dada aos Estados de legislar sobre o processo; mas, si tivessem affirmado *competencia privativa,* nem por isso ficaria alterado o sentido do texto. O sr. Coelho Rodrigues, na exposição de motivos sobre o seu projecto do Codigo Civil, declara expressamente que, estabelecendo regras de processo, *não exorbitaria.* Lembre-se o illustre collega que, naquelles tempos da Constituinte, ninguem ousaria dizer que a Constituição Federal negou a soberania dos Estados; lembre-se o illustre collega que, então, nenhum republicano ousaria contestar a soberania dos Estados, sem incorrer em suspeita: o deputado dr. Pedro Lessa, em pessôa, em corpo e alma, discutiu e votou a Constituição deste Estado, na qual se lê o seguinte: «O Estado de S. Paulo, parte integrante da Republica dos Estados-Unidos do Brasil, constitue-se autonomo e *soberano*». Entretanto, agora, o publicista, dr. Pedro Lessa, affirma, e muito bem, que «no regimen federal a soberania está encarnada na União e os Estados são apenas autonomos». Que valor, portanto, dar a esse elemento historico?

As disposições da Constituição Argentina e da Constituição de Venezuela, citadas pelo illustre collega, não são *fontes* do art. 34 n. 23 da nossa Constituição, tanto assim que a redacção é muito e muito diffe-

rente; a theoria de Lastarria não serviu de guia aos redactores da Constituição: basta comparar os textos. O *argumento de fonte*, como se diz em hermeneutica, só procede quando o legislador reproduz o texto comparado; si houve alteração, o argumento é até contraproducente, porque indica, ou que o legislador não conhecia o texto alludido, ou que propositalmente quiz affastar-se delle. A verdade é que, nos pontos principaes, maximè no tocante á extensão dos poderes e direitos conferidos aos Estados,—nenhuma das Constituições das republicas americanas póde ser invocada como fonte da nossa: basta considerar que a redacção do art. 10 do Acto Addicional á Constituição dos Estados-Unidos da America do Norte, nem essa redacção foi acceita; isto é,—a nossa Constituinte não quiz que os poderes não interdictos aos Estados—lhes fossem «reservados,» e sim que lhes fossem apenas—«facultados».

O sr. dr. Pedro Lessa não contesta que o art. 34 da Constituição Federal, referindo-se á competencia *privativa* do Congresso Nacional, *ipso-facto* impõe a existencia de attribuições *cumulativas*, ou antes, *não privativas;* mas, para evitar a rigorosa consequencia que dahi deveria tirar, o illustre professor affirma que essas attribuições *não privativas* são sómente as que se acham expressas no art. 35. Nego o supposto; essa affirmativa é uma petição de principio, que não resiste ás seguintes considerações:

1.° A enumeração de attribuições não exclue outras não enumeradas sinão quando são contrarias estas e aquellas. O art. 35 limita-se a indicar, não attribuições estrictamente legislativas, mas attribuições conservadoras e administrativas que, como o collega bem sabe (e cabe aqui retorquir-lhe o *maestro di color che sanno*),—costumam ser exercidas pelo poder

legislativo; ora, o art. 34 contém tambem attribuições estrictamente legislativas, entre as quaes a do n. 23. Como, pois, quer o collega que o art. 35 seja a completa e unica antithese do art. 34? Como, pois, quer o collega achar exclusão entre attribuições de especie differente?

2.º O art. 35 diz: «Incumbe, outrosim, ao Congresso, mas não privativamente—velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caracter 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 locaes,—crear instituições de ensino superior e secundario nos Estados,—e prover á instrucção secundaria no Districto Federal. Ora, preste-se attenção aos termos do artigo e vêr-se-á que ha alli apenas uma *indicação,* mais de *encargos* que *incumbem,* do que de *poderes* que *competem,* isto é, uma indicação de attribuições que incumbem ao Congresso Nacional, assim como ao Governo Federal, assim como aos Estados; não ha, porém, uma especificação de todas as attribuições que, por legitima deducção dos outros textos, competem não privativamente ao Congresso Nacional; nem o texto diz que sómente aquellas attribuições sejam as que incumbem não privativamente ao Congresso Nacional;

3.º Tanto não é licito considerar, como *unicas* attribuições não privativas do Congresso Nacional, *sómente* aquellas que se acham expressas no art. 35, —quanto é certo que o art. 65 § 2.º suppõe poderes e direitos não só em clausulas expressas, como em clausulas *implicitas* da Constituição. Nenhum artigo da Constituição especifica attribuições dos Estados, no tocante aos direitos individuaes, quer quanto a decla-

ração, quer quanto ao processo para garantil-os. O art. 63 refere-se claramente ao modo pelo qual cada Estado—«reger-se-á», isto é, á organisação politica e administrativa; o art. 64 refere-se a minas, terras devolutas e dominio; o art. 65, longe de dar aos Estados uma *competencia privativa*, ao contrario dá-lhes expressamente simples *faculdades*, ibi – «*E facultado* aos Estados. »

4.° Ou os Estados exercem estas attribuições *omni ac soli* e, então, não seria simplesmente uma *faculdade*, o que repugna ao texto muito e muito expresso do art. 65; ou os Estados exercem estas attribuições *omni et non soli*, e então, teriamos o absurdo da cumulação simultanea neste assumpto, ou os Estados exercem estas attribuições *soli sed non omni*, e então, é força reconhecer que ha regras do processo das justiças locaes que podem ser estabelecidas pelo Congresso Nacional o que, portanto, aos Estados não foi conferida a attribuição *privativa* de legislar sobre o processo da justiça local.

5.° Ora, tractando-se de attribuições cumulativas, que não pódem ser *simultaneamente* exercidas, só restam dois modos de exercel-as: ou *alternativamente*, ou *suppletivamente*. Seria um paradoxo suppor que possam as attribuições da União e dos Estados ser exercidas *alternativamente*. Logo, devem ser exercidas *suppletivamente*. E, como a União, como *soberana*, tem a preeminencia, os Estados só pódem exercer taes attribuições naquillo que não tiver sido providenciado pela União. Por conseguinte, em materia de processo, os Estados não podem legislar sobre *actos decisorios*, visto que estes, por sua natureza, affectam a propria relação de direito; e, quanto aos *actos ordinatorios*, sómente podem legislar, quando não houver sobre o caso lei federal e apenas na parte em que estes actos, depen-

dendo de movimento local, estiverem subordinados, para sua efficacia e razão juridica, a condições peculiares a cada Estado, taes como as distancias, meios de communicação, etc.

Mas, dirá o sr. dr. Pedro Lessa, a mutua dependencia, a estreita connexão entre o processo e a organisação judiciaria, podem impor ao Estado condições peculiares taes e tantas que a excepção póde-se transformar em regra. No seguinte artigo apreciaremos a questão tambem por esse lado.

III

O sr. dr. Pedro Lessa expõe o seguinte argumento:

«Póde organisar-se de tal modo o poder judicia-«rio 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 compe-«tencia para legislar sobre a organisação judiciaria. «Não o fará de certo, porque lh'o véda o texto ex-«presso da Constituição. Não deve egualmente recusar «ao Estado competencia para legislar sobre o processo «pela mesma razão.»

Não négo aos Estados competencia privativa para legislar sobre organisação judiciaria, porque essa negativa me é vedada pelo texto expresso da Constituição. A mesma rasão, porém, não prevalece em relação ao processo; isto é, négo ao Estado competencia privativa para legislar sobre o processo, porque essa negativa não me é vedada por texto algum da Constituição. Por outra: affirmo que essa competencia dos Estados, para legislar sobre a organisação judiciaria, é um perigo, é um grande inconveniente, cujas con-

sequencias já têm sido sentidas; mas, infelizmente, é uma attribuição privativamente conferida aos Estados pelo art. 63 da Constituição. Por outra: affirmo que a competencia dos Estados, para legislar sobre o processo da justiça local, seria um perigo, um grande inconveniente, cujas consequencias já se podem avaliar por algumas exorbitancias praticadas pelos Estados; mas, felizmente, não é uma attribuição *privativamente* conferida aos Estados e, ao contrario, é uma attribuição *simplesmente suppletiva.*

Temos uma outra distincção a fazer. A Constituição dá aos Estados a competencia *privativa* para legislar sobre a organisação judiciaria, mas competencia *limitada.* Por outra: a competencia dos Estados para legislar sobre organisação judiciaria, comquanto *privativa*, é *limitada* pelos principios constitucionaes da União; ao passo que a *faculdade*, conferida aos Estados, de legislar sobre o processo da justiça local, além de *não ser privativa*, é ainda *limitada* por esses mesmos principios constitucionaes.

Mas, accrescenta o sr. dr. Pedro Lessa,—si a «Constituição tivesse outorgado ao poder federal a «faculdade de instituir o processo das justiças locaes, «os inconvenientes, as difficuldades de execução, a «balburdia, seriam talvez maiores que os figurados «como derivados da interpretação geralmente dada ao «art. 34, n. 23, da Constituição».

Já vimos que a competencia dos Estados para legislar sobre a organisação judiciaria, comquanto *privativa*, é *limitada*, nos termos do art. 63 da Constituição, pelo respeito aos principios constitucionaes da União. Assim, os Estados não pódem organisar as justiças locaes de modo a diminuir as garantias constitucionaes da segurança dos direitos e da execução das leis civis, commerciaes e criminaes; ahi está o

primeiro limite. E como as leis civis, commerciaes e criminaes só pódem ser realisadas por meio da *acção*, ou voluntaria ou contenciosa, segue-se que a organisação judiciaria terá de accommodar-se a esta *acção*, quer quanto á *qualidade dos actos*, quer quanto á *quantidade dos actos*, quer quanto á *relação entre esses actos e a lei civil, commercial ou criminal;* e, accommodando-se a essa *acção* sob estas tres categorias, terá de dispôr orgams e funcções de modo que os *actos procedam uns dos outros, em tempo, espaço, situação e maneira de ser convenientes :* ahi está o *segundo limite.*

Digo francamente que, a meu vêr, não é o processo que se ha de accommodar ás organisações judiciarias dos Estados, mas é a organisação judiciaria de cada Estado que se ha de accommodar ao processo, não só quanto aos *actos decisorios*, visto que estes affectam a propria relação de direito, como quanto aos *actos ordinatorios*, visto que estes affectam o *direito de acção.* Assim é segundo o espirito da propria Constituição Federal, que, mais de uma vez, suppõe principios organicos, dos quaes os Estados, certamente, não se podem affastar sem diminuição das garantias constitucionaes da segurança dos direitos: por exemplo, nos arts. 59 e 72, suppõe uma «*ultima instancia* das justiças dos Estados» e «todos os recursos»; no art. 72 §§ 14 e 16 suppõe o processo da formação da culpa e o processo do plenario, sendo que, no § 31, mantêm a instituição do jury. Em todo o caso, a Constituição suppõe um *processo* das justiças locaes; suppondo um *processo*, suppõe *actos ordenados, que procedem uns dos outros*, decorrendo da natureza da *acção*, *actos* esses que, si pódem variar quanto á fórma extrinseca, não o podem quanto á fórma intrinseca, visto que, por exemplo, a *proposição da acção* e *citação*, a *contrariedade*, a *réplica* e a *tréplica*, actos do processo

ordinario, decorrem *naturalmente* da *acção judiciaria;* esses actos, além disso, são, sob certo ponto de vista, não sómente *actos ordinatorios* do processo, mas *elementos do contracto* denominado *litis-contestação*, cuja natureza e effeitos affectam a propria relação de direito.

O illustre sr. dr. Pedro Lessa affirma, em absoluto, que os *actos do processo* são *productos intellectuaes* differentes. Perdôe-me dizer-lhe que ha nisso uma confusão: os *actos do processo*, em sua fórma intrinseca, decorrem da natureza da *acção judiciaria* e, por isso, ou não variam, ou só variam si variar a acção, ou então, variam apenas em sua fórma extrinseca. (1) *Agere*

---

(1) Podem haver muitas variantes nos processos dos differentes paizes, em que prevalece o debate oral, mas, os actos da contestação da lide, os actos probatorios, os actos decisorios e os actos da execução—sempre apparecem com a mesma essencia. Assim: no processo ordinario francez vemos o *ajournement*, a *constitution d'avoués*, a *mise au rôle*, as *defenses*, a *reponse*, as *exceptions*, as *preuves*, os *incidents*, o *avenir*, as *conclusions*, os *plaidoiries*, o *deliberé*, o *jugement;* no processo formal italiano, a *citazione*, a *costitutione dei procuratori*, a *inscrizione a ruolo*, as *comparse*, os *incidenti*, as *excezioni*, as *prove*, as *conclusioni*, a *discussione orale* e a *sentenza*. Quanto ao processo allemão, promulgado em 1877, o novo Codigo decide que o debate é tambem oral, de sorte que o juiz não póde e não deve estatuir sinão sobre as condições e meios produzidos de viva voz na audiencia pelas partes ou por seus advogados-solicitadores; mas em todo o caso, a *ladung* (citação), a *klageschrift* (memoria introductiva da instancia), as *vorbereitende Schriftsaetze* (escriptos preparatorios) preparam o debate e foram mantidos.

Em summa, confira-se a nota de DUBARLE ao art. 119 do Cod. do Processo Allemão, nota em que elle compara os processos allemão, francez, italiano e suisso e donde resultam differenças na fórma extrinseca, mas uma certa semelhança nos actos determinadores do caso em litigio, nos actos probatorios, nos actos decisorios e nos actos da execução. Ha variantes; mas, essas variantes existem pela mesma razão por que variam tambem as leis civis, commerciaes e criminaes.

As variantes nos processos da instrucção por escripto, summario e no executivo francez, assim como no processo summario e no executivo italiano, assim como nos processos perante os tribunaes de bailiado, no *Mandatprozess*, e no *Mahnverfahren* e na *Executionsprozess* do Codigo Allemão,—tambem não autorisam a conclusão arbitraria do sr. dr. Pedro Lessa.

Por outra, seja qual fôr o processo: si ha sómente *provas casuaes*—a acção é iniciada pela *citação;* si se trata de *facto permanente*, a acção é iniciada por um *preceito* ou *notificação;* si se trata de *prova preconstituida*, ou a acção inicia-se por uma *citação para embargar a prova*, ou inicia-se pela *penhora executiva*, si o instrumento é garantido por esse privilegio. Os outros *actos da causa* e *do juizo* permanecem em sua fórma intrinseca,

et pati recipiunt contrarietatem et contentionem et remissionem, diz o Philosopho: e para corresponder a este principio geral, é que os nossos legisladores já encontraram a *acção* produzindo a *contestação*, a *réplica* e a *tréplica*, para, com estes *actos*, se constituir a verdadeira *litis-contestação*.

Vamos ver, por exemplo, no processo inglez, os actos que correspondem á *contestação*, á *réplica*, á *tréplica*, em summa, os elementos de *litis-contestação*. Refiro-me ao processo inglez, porque foi apresentado para termo de comparação; mas, devo dizer que, não no processo das *côrtes de condado*, que são côrtes para pequenas demandas, e sim no processo da *Common Pleas*, fundido na secção do *Queen's Bench* desde o *act* de 1873, devemos procurar o typo do processo correspondente ao nosso processo ordinario. Póde o illustre collega conferir as notas de Alexandre Ribot e a traducção do citado *act* de 5 de agosto de 1873, no *Annuaire de legisl. etrangère*, assim como póde tambem conferir a obra de Franqueville, *Inst. Judic. de l'Angleterre*, II, pag. 91 e seguintes: verá que, no processo inglez, mais do que em qualquer outro, ha um respeito pronunciado por esses *actos ordinatorios*, mesmo porque, havendo a faculdade de requerer o *jury civil*, a necessidade de separar o *facto* e o *direito* e de reduzir todo o processo a questões simples ou mesmo, as mais das vezes, a uma questão unica, deu nascimento a uma arte muito subtil, muito engenhosa, conhecida sob o nome de *science of special pleadings*, que os inglezes tiveram de regular pelo citado *act* de 1873. Os *pleadings* constam: do *statement of claim*, que corresponde ao nosso libello ou proposição da

---

variando apenas os termos do movimento, naquillo que não affecta as partes essenciaes do processo, e diversificando a fórma extrinseca segundo a lingua e o estylo do fôro de cada paiz.

acção; do *statement of defence*, que corresponde á contestação, e que se faz ou por negação dos factos *(traverse)*, ou admittindo os factos e negando as consequencias juridicas pretendidas pelo auctor *(demurrer)*, ou admittindo os factos e affirmando outros que annullam as consequencias ou modificam o aspecto da questão (*avoidance*); a réplica (*joinder of issue*); e a tréplica (*rejoinder*). Ora, eis ahi tem o illustre collega os *mesmos actos ordinatorios* em sua *fórma intrinseca*, variando apenas na *fórma extrinseca*. Assim é em Portugal, em Hespanha, na Italia, na França, na Allemanha, em summa, em todos os paizes civilizados. Estes actos decorrem da natureza da acção ordinaria, sendo que todos elles são necessarios á fixação do ponto litigioso, isto é, a *proposição da acção* e a *contestação*, como de necessidade absoluta, e os dois outros, a *réplica* e a *tréplica*, como de necessidade relativa. Do mesmo modo concorrem, como elementos da *litis-contestação*, a *reconvenção*, a *auctoria*, a *assistencia* e a *opposição*; e, como estes incidentes, as *excepções*, que os praxistas definem—*jus excludendi*, são de defeza natural. E não só os actos necessarios á *litis contestação*, como os actos necessarios *á prova*, como os actos necessarios ao *julgamento*, como os actos necessarios á *execução*, esses actos não são um producto *arbitrario* da imaginação dos praxistas e legisladores; tanto assim que, sempre que o legislador cogitou de supprimir algum delles, teve logo de restabelecel-o, como aconteceu com a *réplica* e a *tréplica*, que, abolidas pelo art. 14 da Disposição Provisoria, tiveram de ser restabelecidas pelo art. 120 da Lei de 3 de dezembro de 1841. (2)

---

(2) IHERING, Espir. do Dir. Rom., III, § 56, assignala que o primeiro principio da forma das *legis actiones* era a correspondencia da formula com os termos da lei applicada por ella. Esta concordancia se estendia mesmo aos nomes das acções, por exemplo, *act. de tigno juncto*, *membro rupto*, *glande legenda*, *arborum furtim cæsarum*, etc. «A formula era, por assim dizer, a incarnação judiciaria da lei, isto é, a propria lei, tomando uma forma

O sr. dr. Pedro Lessa refere-se ao processo preliminar da conciliação, hoje facultativo e antes obrigatorio, e ao processo hypothecario, antes decendiario e hoje executivo. Esses exemplos são contraproducentes: si os Estados pudessem restabelecer a conciliação obrigatoria, como preliminar indispensavel, nem legislariam sobre actos do processo, mas sobre um *termo*

---

e vida concretas e entrando em liça contra aquelle que a violou (*actio-legis*)... Esta referencia á lei, condição formal do acto do processo, tem por fim ligar o juiz á lei, forçal-o a ser claro, impor-lhe mecanicamente a imparcialidade».

O systema das *legis actiones* era uma barreira opposta á jurisprudencia e ao Pretor. O principio—*Nulla actio sine lege*, observado com a *nimia subtilitas* dos antigos juristas, occasionou a reacção e o apparecimento do *processo formulario*; mas, então, nem por isso o processo tornou-se independente da lei, porquanto o Pretor, que dera a formula, tornou-se legislador. «O caracter formalista do *processo formulario* nada cede ao do processo antigo. N'um, como no outro, cada acção tem a sua formula. Sim, o processo antigo expunha a maiores perigos; mas, nem por isso, desappareceu o rigor do formalismo. A palavra escripta substituiu a palavra fallada; o Pretor tomou o lugar das partes. O enunciado invariavel do pedido, o acto o mais perigoso de todo o processo, foi mudado de lugar na ordem dos actos: emquanto que a formula começava o processo antigo, ella não apparece no *processo formulario* sinão depois que um debate minucioso illumina o ponto litigioso: retardava-se assim o perigo de um erro na redacção da formula». Para esse effeito, á acção do autor correspondia a acção do réo, isto é: a *intentio* do autor era *um direito* e a *exceptio* do réo, para excluir esta *intentio*, era tambem *um direito*. A *intentio* era uma condição affirmativa da formula, SI PARET, a *exceptio* era uma condição negativa, SI NON, SI NIHIL. A réplica (*replicatio*) é a excepção do autor contra a do réo; e assim em seguida a duplica (*duplicatio*), a tréplica (*triplicatio*), etc. Estas partes accessorias das *formulas*, que se chamavam *adjectiones* (inclusive as *præscriptiones* e os *præjudicia* que, ás vezes precediam a *formula*)—foram, nas mãos do Pretor, outros tantos meios de corrigir o rigor do direito civil. A *formula*, como se sabe, era composta, em regra, de quatro partes principaes: a *demonstratio*, a *intentio*, a *condemnatio* e a *adjudicatio*; e as *adjectiones*, ou partes accessorias, taes como a *exceptio*, a *replicatio*, a *duplicatio*, a *triplicatio*, etc. eram accrescentadas, ou á *intentio*, ou á *condemnatio*. Em summa, a *formula* principiava com a instituição do juiz: JUDEX ESTO; depois vinham as *præjudicia* e as *præscriptiones*, si havia; e depois as partes principaes e as *adjectiones* supra referidas.

Com o processo extraordinario, a antiga *in jus vocatio*, que já tinha sido substituida pelo *vadimonium*, passou a ser feita por uma notificação por intermedio da autoridade publica e depois pela citação, feita por um *executor* ou *viator*, e consistente na communicação da sciencia do *libellum conventionis*. Perante o magistrado ou juiz (não se distinguem mais)—os pontos de direito eram debatidos conjunctamente com as questões de facto, de sorte que havia ainda a *formula* da acção, mas em vez de ser dada pelo juiz, era constituida pelas partes; e, então, a *litis-contestatio*, que antes encerrava o processo *in jure*, passou a ser o acto destinado a fixar as pretenções res-

prejudicial, que o legislador civil, considerando como um *direito,* reconheceu que podia ser *livremente* e não obrigatoriamente exercido; si os Estados pudessem alterar o processo hypothecario, affastar-se-iam dos intuitos do legislador civil que, por considerações de ordem economica, annexou á instituição da hypotheca o processo executivo, não só como *modo de operar*, mas como *modo de ser* do credito real; (3) si os Estados de-

---

pectivas das partes. O julgamento era redigido por escripto, transcripto nos registros, e intimado ás partes com um extracto summario do processo.

Qualquer, pois, que seja o systema de processo, ha actos essenciaes que formam o direito de pedir, o direito de defeza, a prova, o julgamento e a execução; e si, no regimen do processo extraordinario, a *formula* deixou de ser dada pelo Pretor, nem por isso desappareceu a *formula*, porque esta passou a ser feita pelas partes, com a *demonstratio*, a *intentio* e o pedido de *condemnatio*, no *libellum conventionis*, pedido este que se fundava e se deve fundar sempre na *lei*. A *lei* é sempre, em todos os systemas de processo, a materia *circa quam* dos actos processuaes.

(3) Seria mais logico admittir que os Estados pudessem augmentar garantias, por exemplo, conceder o executivo a titulos não especificados nas leis civis; mas, *diminuir garantias*, ISSO NUNCA. Assim, os Estados não podem despir a hypotheca do processo executivo.

O art. 706 do novo Codigo do Processo Allemão preveniu assim este ponto: «O poder legislativo de cada Estado do Imperio terá a faculdade de autorisar a execução forçada em virtude de outros titulos de credito (além dos mencionados neste Codigo), e expedir a este respeito disposições que se afastem das do presente titulo relativas á execução forçada. A disposição que precede é applicavel aos titulos hypothecarios (obrigações hypothecarias, certificados de hypotheca, etc.)»

Parece que esta disposição teve mesmo em vista as differentes condições economicas dos diversos paizes da Allemanha, cujas condições de autonomia e relações de credito não se podem comparar ás que existem entre os nossos Estados e a União. Na Allemanha ha muitas praças commerciaes, muitos estabelecimentos de credito real e pessoal, muitos centros industriaes, cada um em condições differentes; aqui no Brazil, não nos illudamos, as condições não são differentes entre os Estados, cujos estabelecimentos de credito não passam, em geral, de agencias de descontos e casas de deposito.

Na occasião da promulgação do vigente Codigo do Processo, a legislação civil da Allemanha, em relação a hypothecas e até mesmo em relação aos systemas de inscripção e transcripção nos registros, não era uniforme. Confira-se LEHR, Direito Civil Germanico, I, pag. 181 e seguintes.

Além disso, ha uma consideração muito importante a ponderar em relação ao processo allemão, consideração que nos foi suggerida pela leitura de uma nota de DARESTE, no *Annuaire de legisl. étrang.*, de 1877, pag. 665. O processo executivo, na Allemanha, era muito distincto do processo judicial propriamente dito, isto é, era confiado a funccionarios de ordem differente, visto que os actos da execução ficavam a cargo da autoridade administrativa. O Codigo de 1877, isto é, o novo Codigo do Processo Allemão

terminassem os casos em que é licito proceder extraordinariamente e os modos de proceder, affectariam, não só a *causa formal*, mas os principios productores, efficientes ou materiaes, dos actos juridicos. Portanto, só o Congresso Nacional póde determinar as excepções ás regras do processo ordinario.

E quanto aos termos ou prazos, já tivémos occasião de mostrar os que pódem ser alterados pelos Estados, naquillo que, dependendo do movimento local, estiver subordinado ás condições de tempo e espaço peculiares a cada Estado, salvo sempre providencia anterior ou posterior do Congresso Nacional.

IV

O sr. dr. Pedro Lessa concede, isto é, deixa fóra de combate os seguintes pontos:

1.° Dos textos constitucionaes resulta que os Estados não pódem legislar indistinctamente sobre todos os actos do processo das justiças locaes;

2.° Dos textos constitucionaes resulta que os Estados não pódem legislar sobre *actos decisorios*;

3.° Dos textos constitucionaes resulta que, em relação a certos processos especiaes, taes como o de fallencia e outros, os Estados não pódem legislar, quer quanto aos *actos decisorios*, quer quanto aos *actos ordinatorios*.

O illustre professor reproduz a classificação dos glosadores, isto é, reconhece que os actos do processo

---

veiu reformar este estado de cousas, em mais de um ponto; mas, a tendencia alli é para completar a medida, isto é, estabelecer um processo executivo unico e incumbir o poder judiciario, tanto dos actos da contestação e embargos, como dos actos da execução propriamente ditos.

Nós não temos de vencer difficuldades nascidas de antigas divisões e muito menos temos vantagem em *crear* estas difficuldades.

são *ordinatorios* e *decisorios*; mas, diz elle, sómente os *ordinatorios* são *propriamente processuaes*. Quanto aos *processos especiaes*, accrescenta elle,—ha alguns, como, por exemplo, o das fallencias, que—«por excepção, não se pódem separar das leis materiaes.»

Aproveitarei as notas de Laurent e Boullenois, Asser e Rivier, Dalloz e outros citados pelo illustre collega; hei de, porém, conferil-as com as glosas á *L. Labeo*, do Dig., tit. *de verbor. signific.*, aos canones *Quoniam contrà*, tit. *de probat.*, *Forus*, das Decretaes, e *Sæpe contingit.*, tit. *de verb. signif.*, das Clementinas,—porque foram os glosadores e os tractadistas, taes como Oliva, Agostinho Barbosa, o abbade Panormitano e outros, que primeiramente expuzeram aquellas distincções. (4) Vejamos qual o criterio que levou o illustre

---

(4) As definições de GABBA e outros não podem ser preferidas ás dos glosadores e praxistas reinicolas. Basta ver que GABBA e, em geral, os praxistas e tratadistas francezes e italianos, consideram—*actos decisorios*—aquelles que «interessam ao *fundo de causa*»; ora, esta definição é mais lata que o definido, porque os actos da contestação da lide, taes como o *libello*, as *excepções*, a *contestação*, a *réplica* e a *tréplica*, são *ordinatorios* da lide e, nem por isso, deixam de interessar, *e muito*, ao *fundo da causa*. Como observa SAVIGNY, Dir. Rom., VI, § 278,—no processo escripto, a verdadeira *litis-contestação* está no fim do primeiro periodo, isto é, por occasião da apresentação da *tréplica* ou por occasião do despacho pondo a causa *em prova*, porque então já estão effectuados o *libello*, as *excepções*, a *contestação*, *réplica* e *tréplica*; mas, isto não quer dizer que estes actos sejam os *decisivos* da demanda.

Nos paizes em que prevalece o debate oral, como na Italia e em França, e ultimamente na Allemanha, nem por isso estes *actos ordinatorios* deixam de interessar o *fundo da causa*, porque, comquanto o juiz não possa e não deva estatuir senão sobre as conclusões e meios produzidos de viva voz em audiencia, nem por isso os actos introductivos de instancia e preparatorios do debate oral podem ser dispensados e deixam de affectar o *fundo da causa*.

Assignalamos todos estes pontos, afim de bem medir-se o perigo de dar aos Estados a competencia privativa para legislar sobre *actos ordinatorios da lide* (*libello*, *excepções*, *contestação*, *réplica*, *tréplica*, *reconvenção*, *autoria*, *assistencia*, *opposição*), os quaes não se podem confundir com os *actos ordinatorios do juizo* (*citação*, *notificação*, *intimação*, *assignações* e *lançamentos*, *audiencias*, etc.), visto que aquelles affectam as *fórmas* e estes affectam o *movimento*.

Os actos *ordinatorios da lide* não se pódem confundir com os *actos decisorios*, porque os *ordinatorios da lide* são de disposição ou de simples

collega a dividir os *actos do processo* em *actos propriamente processuaes* e *actos impropriamente processuaes.*

O nosso Silva, commentando a Ord. L. III, tit. 20, *ad rubr.*, ns. 10 e 11, bem explica a differença entre *actos ordinatorios* e os *actos decisorios* do processo. A citada Ord. distingue os actos *necessarios á ordem do juizo* e os actos *necessarios ao juizo.* Alguns glosadores dividem os actos do processo em *ordinatorios, probatorios* e *decisorios;* mas, em geral, a divisão acceita é a que inclue os *probatorios* entre os *decisorios.* São *actos ordinatorios* a *citação,* o *libello* ou *proposição da acção,* o *offerecimento de excepções,* a *contestação,* a *réplica,* a *tréplica,* a *reconvenção,* a *auctoria,* a *assistencia* e a *opposição,* e bem assim a *assignação* e *lançamento* da *dilação* probatoria, as *assignações* e *lançamentos* dos *termos de vista* e outros: dahi a subdivisão dos *actos ordinatorios,* em *ordinatorios da lide* e *ordinatorios do juizo,* considerando-se *ordinatorios da lide* os *actos da causa,* isto é, *libello, contestação, réplica* e *tréplica, offerecimento* de *excepções, reconvenção, auctoria, assistencia* e *opposição,* e os *embargos á execução,* e *ordinatorios do juizo* os *actos do juizo,* isto é, as *citações, notificações, intimações, penhora, audiencias, assignações, lançamentos* e mais termos. São *actos decisorios* as *confissões,* os *depoimentos das testemunhas,* a *producção de instrumentos,* as *vistorias* e *arbitramentos,* assim como a *sentença,* a

---

argumento, ao passo que os *decisorios* são de *prova,* de *julgamento* e de *execução.*

O nosso MELLO FREIRE, seguindo HEINECCIO, assignalou duas funcções do juizo: a *disceptatio* (discussão ou contestação da lide) e a *decisio* (julgamento e execução). Os nossos praxistas consideraram os *acta disceptationis* como *ordinatorios da lide,* visto que, comquanto nesses actos sejam dispostos os factos, as circumstancias, os preceitos de direito que a parte pretende applicaveis e o pedido da acção, não esses actos, mas as *provas* e o *julgamento* devem ser considerados como os elementos decisivos da demanda. E, por isso, tratando-se de execução de sentenças extrangeiras, os tratadistas de direito internacional privado, tiveram de tornar salientes estas distincções, no que nem sempre foram bem explicitos.

solução, a *arrematação*, a *adjudicação*, e quaesquer outros actos que ponham termo ao feito: dahi a subdivisão dos *actos decisorios* em *actos probatorios* e *actos propriamente decisorios*, ou, como dizem outros, em *actos probativos* e *actos decisivos*.

Esta enumeração serve para mostrar: que todos estes actos, quer os *ordinatorios*, quer os *decisorios*, são *actos processuaes;* que todos estes actos, quer uns quer outros, «dizem respeito á instrucção do processo,» — «são fórmas e solemnidades,» — «interessam ao fundo da causa;» mas, aquelles são necessarios principalmente á ordem do juizo e, por isso, chamam-se *ordinatorios*, e estes são necessarios principalmente ao juizo e, por isso, chamam-se *decisorios*.

Os *actos ordinatorios da lide* fixam o ponto da demanda, isto é, são actos elementares da *litis-contestação* e manifestações de defeza natural. (5) Assim, o processo ordinario tem *proposição da acção, contestação, réplica e tréplica*, porque a relação de direito, fundada em provas *casuaes*, póde exigir para sua determinação, esses quatro actos; e, se, nos processos summarios em geral, inclusive nos especiaes, são dispensados a *réplica* e a *tréplica*, é isto devido, como já mostrámos, a exigencias ou de ordem publica, economica ou fiscal, ou aos effeitos da *prova preconstituida*, ou do *facto permanente*. Como, por exemplo, determinar o estado da

(5) A *litis-contestação* tem, não ha duvida, a sua natureza intima, os seus effeitos, que devem ser determinados pelas leis civis; mas, tem tambem uma natureza externa, uma fórma extrinseca, uma epocha, signaes caracteristicos, que se manifestam nos actos do processo, que tendem a definir o ponto da demanda, quer quanto ao facto, quer quanto ao direito. Mesmo no ultimo estado do Direito Romano e mesmo agora, o processo ordinario exige que a lide seja contestada *post narrationem propositam et contradictionem objectam*, como dizia o conhecido escripto de Severo e Antonino.

Os *actos ordinatorios da lide* são tão essenciaes no processo ordinario, que em diversos textos, como attesta SAVIGNY, Dir. Rom., VI, § 257, acham-se as expressões—*ordinatum judicium*, *ordinata lis* ou *causa*, empregadas como equivalentes de *litis-contestatio*.

lide, isto é, estipular-se a *litis-contestação*, sem a *proposição da acção* e a *contestação* e, mesmo sem *réplica* e *tréplica*, no caso de negação relativa ou de allegação de um direito contrario ao da parte? Como determinar-se a legitimidade das partes e do juizo sem o offerecimento das *excepções*? Como assegurar-se o direito de imputação de pagamento e mutua petição sem a *reconvenção?* O direito de denunciação e evicção, sem a *auctoria?* O direito de vigilancia, sem a *assistencia* e a *opposição?* Estes actos, *ordinatorios da lide*, são, ao mesmo tempo, *fórmas processuaes* e *effeitos do direito de acção;* e, sob este ultimo ponto de vista, são *inseparaveis* da relação do direito.

Os *actos ordinatorios do juizo* são a *citação*, as *notificações*, as *intimações*, as *penhoras*, as *audiencias*, as *assignações* e *lançamentos* de termos, prazos e dilações. D'estes, os quatro primeiros são intrinsecos á defeza; os outros são os do *movimento local*, os quaes, como dissemos, podem ser regulados pelos Estados, quando já não o tenham sido pelo Congresso Nacional. (6)

---

(6) Os actos do processo têm sido classificados sob differentes pontos de vista. Assim:

1.ª Em *actos da causa* e *actos do juizo*, classificação dos glosadores da Clementina *Sæpe contingit*, do cap. *Forus*, das Decretaes, *de verbor. signif.* Chamam-se *actos da causa* a petição inicial ou libello, a contestação, a réplica, a tréplica, as excepções, os incidentes (taes como a reconvenção, a autoria, a assistencia, a opposição), as provas e as allegações. Chamam-se *actos do juizo* as citações, notificações, intimações, cauções, fianças, assignações e lançamentos de prazos, e outros do expediente dos feitos e da execução da sentença. Os *acta causæ* subdividem-se em *acta argumenti* e *acta probationis;* os *acta judicii* subdividem-se em *acta disceptationis* e *acta decisionis*.

2.º Em *actos da litis-contestação*, *actos da prova*, *actos do julgamento* e *actos da execução*. E' a classificação de CARPZOVIO, preconisada por STRYKIO.

3.º Em *actos ordinativos*, *indagativos* e *decisivos*, classificação feita por alguns glosadores da l. *Labeo*, do Dig., tit. *de verbor. signif.*, e preconisada por VANGUERVE. Os *actos ordinativos* são os da ordem do juizo, como o libello, a contestação, a réplica, a tréplica, a assignação e o lançamento da dilação e mais termos, as allegações. Os *actos indagativos* são as provas. Os *actos decisivos* são as sentenças definitivas e os despachos e actos que possam pôr termo ao feito.

Pois bem: como e de que modo poderão os Estados legislar sobre os *actos ordinatorios,* sem affectar a propria relação de direito, a não ser mantendo sempre a sua fórma intrinseca? Nunca. Si, por essa razão, não pódem alterar a fórma intrinseca, outra razão, qual seja a necessidade de manter a *fórma probante* (materia de direito civil), impede-lhes de alterar a fórma extrinseca.

4.º Em *actos ordinatorios*, *actos probatorios*, *actos decisorios* e *actos executorios*, classificação esta que corresponde á de CARPZOVIO, já referida.

5.º Em actos *ordinatoria litis* e *decisoria litis*. Chamam-se *ordinatoria litis* os actos necessarios á ordem do juizo, quer para determinação do estado da lide, quer para o movimento do processo, sendo estes ultimos denominados—*ordinatoria judicii:* assim, são actos *ordinatorios da lide* a proposição da acção, a contestação, a réplica, a tréplica, as allegações finaes, e são actos *ordinatorios do juizo* as citações, as notificações, as intimações, as audiencias, cauções, fianças, as assignações e lançamentos de provas e termos e outros semelhantes. Chamam-se *decisorios da lide* os actos que fundam o julgamento e resolvem a demanda, isto é, os actos da prova, os actos do julgamento e os actos da execução. Alguns ha que fazem dos *actos probatorios* uma especie distincta dos *actos decisorios;* mas, aquella classificação preconisada por OLIVA, *de foro Ecclesiæ*, e outros, foi aproveitada pelos tratadistas de Direito internacional privado, que restringem a regra—*locus regit actum*—sómente aos *actos ordinatorios.*

6.º STRUVIO classifica os *actos processuaes* em *actos precedentes ao processo*, *actos existentes no processo* e *actos consequentes do processo.* Esta classificação não teve maior voga; mas, outros que o commentam, taes como MULLER, e que o seguiram com algumas correcções, taes como o nosso PEREIRA E SOUZA, classificam os *actos processuaes* em *actos preparativos*, *actos medios* e *actos posteriores.* Os *preparativos* são a citação, o libello, a excepção, a reconvenção, a contrariedade, a réplica, a tréplica, a opposição, a autoria, as cauções. Os *medios* são a litis-contestação, a dilação, as provas, a publicação, as allegações, a conclusão. Os *posteriores* são a sentença, os recursos e os actos da execução.

7.º Em actos *essenciaes* e actos *accidentaes*, ou antes, em *actos essenciaes* e *actos não essenciaes:* sendo que a falta dos primeiros póde ser allegada em qualquer tempo e instancia, annulla o processo desde o termo da falta, quanto aos actos relativos dependentes e consequentes, não póde ser supprida pelo juiz, mas sómente ratificada pelas partes; a falta dos segundos, se haverá por supprida, si as partes a não arguirem, quando, depois que ella occorrer, lhes competir o direito de contestar, allegar afinal ou embargar na execução. Esta classificação foi a adoptada pelo Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, arts. 673 e seguintes. São *actos essenciaes*: a primeira citação pessoal na causa principal e na execução, a contestação, a dilação das provas, a sentença, a exhibição inicial dos instrumentos substanciaes, a citação da mulher quando a acção ou execução versar sobre bens de raiz, a penhora, a liquidação, a avaliação, os editaes para a arrematação com o praso legal e designação do dia e a arrematação com as solemnidades da lei. Já os

Mas, dirão os separatistas, como conciliar essa *faculdade* conferida aos Estados com a competencia *autonomica*, que elles têm, de legislar sobre a sua organisação judiciaria? Os Estados, responderemos nós,— *uma vez que acceitaram essa faculdade, tomaram o compromisso de organisar* a *causa efficiente para o exercicio dessa faculdade:* tomaram o compromisso, não só para

---

antigos Praxistas notavam que as réplicas, tréplicas, accumulações de artigos (hoje supprimidas completamente), excepções e incidentes que não pertencem *immediatamente* ao estado da questão controvertida são mais do Direito Judiciario Positivo de cada sociedade civil do que do Judiciario natural (ROCHA PENIZ, Pratica Formularia, § 87); mas, modernamente se tem comprehendido que, exceptuadas as accumulações, todos aquelles actos têm a sua razão de ser no processo ordinario e alguns mesmo no processo summario.

8.' Sob o ponto de vista do *modo* e da *fórma extrinseca*, os *actos processuaes* são *verbaes*, *verbaes por escripto* e *escriptos*, e subdividem-se nas diversas *fórmulas forenses*, quer em *actos das partes*, quer em *actos do juiz*, quer em *actos dos serventuarios e auxiliares da justiça.*

Para a nossa polemica, tivemos de classificar os actos processuaes em *actos ordinatorios* e *actos decisorios;* mas, o illustre collega, sr. dr. Pedro Lessa, abandonando a noção resultante da nossa Ord., L. III, tit. 20 princ. e firmada por SILVA, comm. a esta Ord., *ad rubr.*, ns. 10 e 11, e outros, parece que só considera *ordinatorios* os actos do movimento e da fórma extrinseca do processo.

Sem necessidade de lembrar a distincção dos termos do movimento processual em *termos legaes* e *termos judiciaes*, distincção feita pelos glosadores da Clementina *Verum*, tit. *de appellat.*, notaremos que, em relação aos termos do movimento local, já fomos explicitos em mostrar que sómente a esses termos se podia estender a attribuição suppletiva dos Estados. Quanto ás *fórmas extrinsecas*, já notamos que, sendo os actos do processo *instrumentos publicos*, a sua *fórma probante* deve ser acautelada pelo direito civil e não pelas leis meramente processuaes: desde que a *fórma escripta* é a determinada para a prova dos actos judiciaes, não é licito aos Estados, por exemplo, estabelecer a *fórma oral* ou a *fórma mixta.* Os Estados não podem, por exemplo, repudiar o systema de instrucção escripta, substituir a vista dos autos originaes pelo procedimento por copia, a juncção dos documentos pela communicação das peças entre os solicitadores judiciaes, introduzir, em summa, um *systema formulario* differente do geral. Dizemos isto, porque, reconhecendo a necessidade de reformar, em mais de um ponto, o expediente dos feitos, julgamos que o Congresso Nacional deve, quanto mais cedo, operar essa refórma, antes que algum Estado metta-se a fazel-a sem maior criterio e introduzindo a variedade na fórma dos actos publicos.

Deus nos livre, por exemplo, de que algum Estado se lembre de estabelecer, para a redacção das sentenças, o systema francez da redacção dos *pontos de facto* e dos *pontos de direito*, não a cargo do juiz, mas a cargo dos *avoués*, o celebre systema da *redaction des qualités du jugement*, a que se refere BORDEAUX, na sua *Philosophie de la procedure.* E assim, como em tudo o mais, seria horrivel, si aos Estados fosse dada *qualquer liberdade* nesse assumpto.

com os *individuos,* como para com a *Nação,* isto é, para com a União, tomaram o compromisso de exercer uma actividade, cujas causas material e formal, que são as relações de direito e os actos do processo, são *intrinsecas,* de sorte que o seu compromisso refere-se apenas aos principios productores exclusivamente *extrinsecos.* Assim, os Estados pódem determinar livremente as competencias e alçadas, porque isso não affecta o processo; mas, não pódem deixar de estabelecer mais de uma instancia, porque a pluralidade e ordem das instancias é um principio que affecta o *direito de recorrer,* reconhecido em mais de um artigo da Constituição; assim como não pódem crear obstaculo algum aos *actos ordinatorios da lide* e aos *ordinatorios do juizo,* nem dispôr a respeito delles *senão para facilitar-lhes o exercicio.* Por conseguinte, as leis do processo dominam as leis de organisação judiciaria: admittir o contrario é o mesmo que suppôr o architecto sem os materiaes e sem o plano de construcção.

Aproveito a monção para explicar melhor o meu pensamento, quando affirmei que o exercicio das attribuições cumulativas, por parte dos Estados, é uma *faculdade:* eu teria melhor redigido, si, em vez de dizer—*é uma faculdade,* tivesse dito—*é derivado de uma faculdade.* Creio, porém, que o meu pensamento ficou bem claro pela posterior exposição.

Vamos agora ver si o criterio, que levou o sr. dr. Pedro Lessa a dividir os processos especiaes em *excepcionaes e não excepcionaes,* auctorisa tal distincção, maxime para o effeito de deixar estes ultimos á competencia dos Estados.

V

Applique o sr. dr. Pedro Lessa o seu penetrante atilamento para a analyse, o conhecido vigor da sua

reflexão, a cada um dos processos especiaes que lhe surgirem á memoria. Veja, por exemplo, os processos dos actos preparatorios, preventivos e incidentes, taes como o arresto, o sequestro, os depositos, os protestos, as habilitações, etc.; veja a curadoria dos bens do ausente, as interdicções, as contas dos tutores, curadores, testamenteiros e syndicos, o casamento, o divorcio, os supprimentos de consentimento e outorga, os inventarios e partilhas de herança, a divisão da coisa commum, a demarcação, os alugueres, os despejos, as manutenções e restituições de posse, as letras de cambio, os conhecimentos de frete, as hypothecas, etc. Tudo isto, como as fallencias, é inseparavel do respectivo processo, tão inseparavel que bem se póde dizer como MANFREDINI — «la procedura e il diritto sono fra loro strettamente legati come que ruote d'una medesima machina insieme addentellate, delle quali una non puó muoversi senza dell'altra e senza movere l'altra».

Ou como effeito de *prova preconstituida*, como o é a assignação de dez dias, ou como effeito da *confissão* e *do privilegio*, como é, em geral, o executivo, ou como effeito de *causas economicas*, ou como effeito de *factos permanentes*, ou em razão da *modicidade do pedido*, — a verdade é que essas excepções legitimam, não sómente o processo especial da fallencia, como todos os outros processos especiaes. Por conseguinte, desde que o sr. dr. Pedro Lessa admitte UM processo sobre o qual os Estados não têm a attribuição de legislar, ha de admittir outros muitos e *ipso facto* ha de reconhecer que as attribuições dos Estados, neste assumpto, são meramente *suppletivas*.

A *ordem do juizo* é a disposição conveniente dos *actos processuaes* necessarios ao fim da lei, isto é, á execução do intuito do legislador; é um effeito mais do *direito de acção* do que da *acção-remedio de direito*;

é um effeito, não só *formaliter,* mas tambem *eminenter et virtualiter,* «effeito intrinseco ou causa segunda, que tem com a causa anterior uma connexão tal, que deve produzir outro effeito, que, comquanto extrinseco, está na intenção da causa anterior».

Vê-se, pois, que a *lei geral,* determinando o numero, o peso e a medida dos *actos processuaes,* quer para assegurar as relações ordinarias de direito, quer para assegurar instituições especiaes,—não affecta sómente a fórma extrinseca dos actos judiciaes, nem regula apenas um *modus operandi,* mas um *modus essendi,* um effeito da propria instituição de direito, effeito que ou ella já *por si tem,* ou o legislador, por considerações economicas, fiscaes ou, em summa, por considerações especiaes, lhe quer communicar. Imagine o illustre collega que os Estados pudessem alterar o processo hypothecario e reflicta si, em taes emergencias, a intenção do legislador civil, em relação ás garantias das instituições de credito real, seria preenchida. Certamente que não. E do mesmo modo é o processo das fallencias, como brilhantemente demonstrou o dr. Carvalho de Mendonça, e assim são todos os outros processos.

Já affirmamos que nenhuma das constituições das republicas americanas póde ser invocada como fonte da nossa, nem mesmo a da Republica Argentina, maximé no que diz respeito ás attribuições do Congresso Nacional. Vê-se que houve um proposito da Constituinte republicana brasileira, proposito manifestado na redacção completamente differente. Comparem-se, por exemplo, os arts. 34 n. 23 da nossa Constituição com o art. 67 n. 11 da Constituição Argentina—e surgirá logo esta differença: o nosso art. 34 n. 23 não faz referencia a leis *geraes* sobre bancarrota, sobre falsificação de moéda e documentos publicos, ao passo

que o art. 67 n. 11 da Constituição Argentina, fazendo referencia a essas leis *geraes* sobre bancarrota e outras, dá logar a suppôr-se que quiz dar ao Congresso Nacional a competencia sómente para legislar sobre esses processos especiaes, reservando aos Estados o poder de legislar sobre os outros. Comparem-se o art. 104 da Constituição Argentina com o art. 65 da nossa e surgirá, então, esta differença ainda mais sensivel: o art. 104 da Constituição Argentina diz que «as provincias *conservam* todo o poder não delegado por esta Constituição ao governo federal e todo o que expressamente se hajam *reservado* por pactos especiaes ao tempo de sua incorporação»; ao passo que o art. 65 da nossa Constituição diz que «*é facultado* aos Estados, em geral, todo e qualquer poder ou direito que lhes não fôr negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição». Que razão levaria o legislador a usar de termos tão differentes, a não ser o proposito de exprimir um pensamento muito differente? Quem não vê que, na constituição da Republica Argentina, as provincias, por causas historicas muito conhecidas, entraram para a federação com attribuições mais autonomicas do que as conferidas aos nossos Estados? Deixemos, pois, essas constituições vizinhas e aproveitemos a *lettra* da nossa, naquillo que esta *lettra* puder dar ao espirito da unidade legislativa, que é o verdadeiro espirito do direito e, por isso, o espirito que geralmente deve dominar a interpretação. Não devemos *forçar a lettra* da Constituição Brasileira em proveito do espirito da Constituição Argentina e de outras, tanto mais quanto, felizmente neste ponto, a nossa é muito e muito superior.

Termino aqui a minha réplica. Eu tinha necessidade de replicar, não só pela grande consideração

para com o meu illustre collega, como porque a sua contestação não foi feita por negação geral. O sr. dr. Pedro Lessa reconhece que, mesmo em frente da Constituição, ha *processos* e *actos do processo*, sobre os quaes os Estados não podem legislar; e, para evitar contradição, distinguiu os *actos processuaes* em *actos propriamente processuaes* e *actos impropriamente processuaes*. Esta subtileza me fez lembrar o *Doctor subtilis*, Duns Scott, que tão bem desenvolveu o principio — *omnia unitatem appetunt;* mas, parece-me que mesmo por isso, cabe aqui inverter assim a phrase de um verso de Virgilio: *uno avulso, deficit alter.*

João Mendes Junior.