

DA COMPETENCIA DO ESTADO

PARA LEGISLAR SOBRE O PROCESSO DAS JUSTIÇAS LOCAES

I

Não: francamente a amostra da Escolastica exhibida pelo sr. dr. João Mendes Junior não aboia a doutrina.

A verdade está com Hippolyto Taine, para quem a substancia é o conjuncto das qualidades, ou com Stuart Mill, para quem a substancia, por outras palavras, é o complexo dos attributos, ou com Alexandre Bain, para quem a substancia, com mais precisão nos termos, designa os attributos essenciaes, fundamentaes, os attributos que definem o objecto, em opposição aos attributos variaveis, cambiantes.

Esses philosophos não dizem, como suppõe a Escolastica, que a substancia seja a mesma coisa que a qualidade: o que elles ensinam é que a substancia é o *conjuncto* das qualidades. Se a proposição não exprime a verdade, mostre-me o sr. dr. João Mendes Junior de modo preciso, depois de eliminados todos os attributos de um ser pela faculdade da abstracção, em

que consiste a substancia. Responderá provavelmente que a substancia é o *substratum*. Mas, que é o *substratum*? Revele claramente o que constitúe essa entidade mysteriosa.

O erro da Escolastica, perfilhado por Leibnitz, e resumido na affirmação de que—*a substancia permanece, ao passo que os accidentes mudam*,—deriva da confusão dos attributos essenciaes com os attributos accidentaes. Estes ultimos variam sem que a substancia desapareça. Mas, supprimi pela abstracção os attributos essenciaes, e dizei-me depois o que é feito da substancia. O attributo fundamental do corpo, ou da materia, é a inercia ou a resistencia, facto essencial e permanente de toda a materia, no estado solido, liquido ou gazoso. Eliminae a inercia ou a resistencia, e explicae-me o que resta da materia.

A distincção entre a substancia e as qualidades reduz-se, em ultima analyse, á distincção real entre a essencia e os concomitantes, entre os attributos invariaveis e os attributos variaveis.

Mas, objecta o sr. dr. João Mendes Junior, a qualidade depende da substancia, ao passo que a substancia não depende da qualidade. A isso responderei com Stuart Mill que, assim como não podemos imaginar um attributo sem substancia, tambem não podemos imaginar uma substancia sem attributo, e que, se o attributo, para existir, depende da substancia, tambem a substancia, para existir, depende dos attributos.

E' um homem singular esse Cornoldi, citado pelo sr. dr. João Mendes Junior, o qual, quando pergunta—*que é isto?*—espera sempre que lhe respondam: *é um leão, é uma pedra, é um homem*. Porque nunca terá ouvido respostas como estas—*é o brilho do sol, é a impetuosidade do vento, é a força extraordinaria do leão, é a imaginação fecunda de um homem?*

Provavelmente atalhará o meu distincto contradictor, observando que nas respostas figuradas se allude ás qualidades *de* algumas substancias, o que prova que a qualidade depende sempre de uma substancia. Não ha duvida: não podemos pensar na parte sem pensar no todo: e, como a qualidade é sómente uma *parte do todo* chamado substancia, usamos de uma *expressão relativa* para significar a qualidade.

Stuart Mill é quem diz a ultima palavra sobre este assumpto, quando ensina que a magna questão da substancia e dos attributos se reduz a uma questão de linguagem, de vocabulos, de fórmias grammaticaes: por meio de certas palavras nós exprimimos um todo composto de certas partes, essas palavras são signaes que nos trazem ao espirito determinados *conjunctos*, por meio de outras palavras nós exprimimos as partes do todo, os elementos do conjuncto separados mentalmente.

Restabelecida a verdadeira noção de substancia, a analogia de Bentham póde acceitar-se perfeitamente. A substancia do direito, ou, por outras palavras, os elementos ou attributos essenciaes do direito são determinados pela lei material; os attributos variaveis consistem nas diversas fórmias que póde revestir a reacção do direito violado.

E' necessario que se permita a reacção do direito violado; sem ella o direito nenhuma efficacia teria. Mas, essa reacção póde ser canalizada por varias fórmias, effectuar-se por combinações diversas, levando todos esses meios ao mesmo resultado final— o restabelecimento do direito.

Tentando mais um argumento contra a analogia de Bentham, pergunta o meu illustrado contradictor se uma lei sobre a litis-contestação é substantiva ou ad-

jectiva. A resposta ha muito que estava escripta, e meu tabalho consistirá unicamente em a resumir: a litis-contestação está sujeita ao direito substantivo e ao direito adjectivo. Pela analyse se discriminam as leis substantivas e as leis adjectivas que regem a litis-contestação. O processo determina a fórmula da litis-contestação, quaes os actos cuja realisação importa a contestação da lide, quando se deve dizer que a lide está contestada. A lei substantiva prescreve os effeitos da litis-contestação. E', por exemplo, uma lei substantiva a que estatúe que a litis-contestação interrompe a prescripção, ou a que torna a coisa litigiosa, ou a que dá direito aos fructos e interesses desde a contestação da lide. Tudo isto se reduz a esta verdade geral: ha direitos materiaes que nascem de actos processuaes.

A lei substantiva confere esses direitos privados materiaes; a lei adjectiva dispõe sobre o modo como elles nascem, os actos processuaes de que elles decorrem (Gabba, *Retroattività delle Leggi*, vol. 4.º pag. 420, 2.ª edição).

A unica objecção que póde fazer o sr. dr. João Mendes Junior á discriminação exposta é a difficuldade pratica de discernir e separar os factos regidos por leis adjectivas dos factos regidos por leis substantivas. Responder-lhe-ei afoitamente que difficuldade pratica não é impossibilidade pratica, e muito menos impossibilidade scientifica.

Assim como a litis-contestação, a adjudicação está subordinada a leis substantivas e a leis adjectivas. E' uma disposição material a que converte a adjudicação forçada em livre, e *vice-versa*, como foi cabalmente demonstrado no senado do Imperio. E' lei adjectiva a que prescreve a fórmula porque se effectúa a adjudicação.

Com os seus *instrumentos de precisão*, o sr. dr. João Mendes Junior devia distinguir essas coisas melhor do que ninguém. Entretanto, os *instrumentos* a cada passo o fazem mesclar coisas diversas.

Razão teve o marquez de Pombal, quando chamou á Escolastica—*philosophia dos arabes*. Aquelle Cornoldi que nos apresenta Socrates, Platão, Aristoteles e Cicero, como fervorosos cultores da Escolastica, aquelle Cornoldi em cuja auctoridade tanto confia o sr. dr. João Mendes Junior, por certo *é das Arabias*.

Santo Thomaz de Aquino, em que havia de dar a tua Escolastica! Cicero, um gentio nascido 106 annos antes de Christo, vulgarizador das doutrinas de Platão, de Aristoteles e de Zenon, o Victor Cousin da antiguidade classica,—admirador e sectario da tua philosophia, formada na edade média, com as lições de Aristoteles desvirtuadas e com os dogmas catholicos, e a estes sujeita de tal arte, que foi cognominada *ancilla theologiæ*, Cicero—escolastico, e com elle Socrates e Platão, anteriores ao teu *Philosopho*, ó Santo Thomaz de Aquino!.

Nem se diga que a Escolastica encerra o desenvolvimento da tradição peripatetica. Discipulo de Aristoteles, não obstante as censuras dirigidas a este, especialmente em relação ao syllogismo, discipulo que, obedecendo ás tendencias do Stagirita, corrigiu e completou-lhe o methodo, foi Bacon. Que importa que a obra de Bacon tenha sido especialmente consagrada á methodologia, e particularmente á inducção?

Na philosophia universal, como na philosophia de qualquer sciencia, o methodo é quasi tudo.

Bacon apenas deu o signal da batalha; mas, foi ao toque desse clarim que avançaram Bayle, Buckle,

Bentham, Stuart Mill, Augusto Comte, Herbert Spencer, Alexandre Bain, Hippolyto Taine, e tantos outros. E de cada vez que elles avançaram, alguns palmos de terreno foram perdidos pelos adversarios, não obstante o grande talento e a enorme coragem destes.

Basta de philosophias.

Desconfio muito que o resultado final de tudo o que temos escripto sobre escolas phisolophicas será cada um de nós continuar com suas opiniões. Observa um philosopho, cuja auctoridade o sr. dr. João Mendes Junior não admite, que, para nos deixarmos convencer por outrem em uma controversia philosophica, é necessario que tenhamos menos de trinta annos. E' entre os vinte e os trinta annos que se adopta uma philosophia, que se formam as convicções no que tóca a essa materia, que se tem interesse pelas idéas geraes. Passado aquelle limite, o homem lê sómente para se distrahir, para estar em dia com o que se escreve, para se esclarecer sobre certos pontos particulares. Os alicerces do edificio já estão lançados, e em torno delles o habito, a preguiça mental, as occupações practicas e muitos outros factos, lançam uma especie de cimento, que nada póde destruir.

Posto que nenhum de nós dois tenha attingido a idade em que, dizia Royer Collard a Alfred de Vigny, *não mais se lê, apenas se relê*, parece que, ou me engano muito, ou infelizmente já transpuzemos a idade da formação philosophica.

O unico proveito que podemos colher desta controversia sobre generalidades philosophicas é o que Schopenhauer tirou das suas especulações pessimistas. Já no ultimo quartel da existencia, queixava-se a *aguia negra do pensamento moderno* de que, sob o ponto de vista pecuniario, sua philosophia nunca lhe tinha ren-

dido coisa alguma; mas, accrescentava logo, reconhecido, que lhe devia o inestimavel beneficio de o ter preservado muitas vezes deste flagello da humanidade que se chama o *tédio*, das más companhias, dos maus pensamentos, e consequentemente, das más obras. E' esse talvez o unico resultado que eu e o meu illustre contradictor havemos de obter com o estudo destas questões de philosophia. Já não é pouco em meio da *Tristeza Contemporanea*.

Prophetisa o sr. dr. João Mendes Junior no seu primeiro artigo que a Escolastica ha de ser a philosophia do seculo XX. Não me interessa muito sabel-o antecipadamente.

Se se realizar a prophecia, eu, que no seculo XX serei homem do *seculo passado*, com certeza não poderei conformar-me com as modernices do tempo. Esse requinte de DANDYSMO philosophico está reservado para o dr. João Mendes Junior.

Faço votos para que lhe não faltem *snobs*. Que os tenha tão numerosos como as areias do mar.

II

O segundo artigo do sr. dr. João Mendes Junior é um soberbo conjuncto de modelos admiraveis de sophismas.

Sempre fiel aos processos da Escolastica, o meu illustrado collega, ao interpretar os textos constitucionaes, despresa a realidade viva e palpitante da lei, e affirma certos conceitos geraes, e faz certas divisões arbitrarias, para habilmente deduzir dessas premissas o que já havia preconcebido como a expressão do pensamento do legislador.

Com tal clareza está redigido o art. 34, n. 23, da Constituição Federal, que, para o interpretar correctamente, basta applicar-lhe aquella regra de hermeneutica juridica formulada por Berriat Saint-Prix nos seguintes termos: «quando a these affirmada se acha litteralmente escripta na lei, nada mais nos cumpre fazer do que citar o artigo da lei, indicando-lhe o numero» (*Logique Juridique*, n. 36).

Ha um ponto sobre o qual o sr. dr. João Mendes Junior está de perfeito accordo commigo: o meu erudito collega reconhece que o *art. 34, n. 23*, não confere ao Congresso Nacional competencia para legislar sobre o processo em geral. Tanto isso é verdade, que seus argumentos são tirados de outros artigos da Constituição. Nem uma só vez, em todo o decurso de sua brilhante argumentação, tentou demonstrar a verdade de sua these com raciocinios baseados sobre o *art. 34, n. 23*. Esse receio de se referir á lettra do artigo citado é muito significativo.

Temos, pois, que investigar se as outras disposições invocadas auctorisam a conclusão do meu illustre contradictor.

Ha uma opposição, repete o meu distincto collega, entre *attribuições privativas* e *attribuições não privativas*; mas, estas ultimas não pódem ser as enumeradas no artigo 35, e não pódem ser, porque o artigo 34 contém especialmente attribuições legislativas, ao passo que o artigo 35 contém especialmente attribuições conservadoras e administrativas. Ora, o artigo 35 apenas encerra uma attribuição de inspecção, ou fiscalisação, para me servir da linguagem de Pimenta Bueno, e vem a ser o do § 1.º, o qual incumbe ao Congresso Nacional o velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de character federal. Todas as mais attribuições, consistentes em animar

no paiz o desenvolvimento das-lettras, artes e sciencias, da immigração, da agricultura, commercio e industria, em crear instituições de ensino superior e secundario nos Estados, bem como em provêr á instrucção secundaria no districto federal, são attribuições em cujo exercicio o Congresso Nacional desempenha funcções *legislativas* e administrativas. Entretanto, no artigo 34 ha diversas attribuições que se não pôdem dizer legislativas, mas que incontestavelmente são conservadoras ou administrativas. Taes são as que tem o Congresso Nacional de declarar em estado de sitio um ou mais pontos do territorio nacional, e approvar ou suspender o sitio declarado pelo poder executivo, a que permite que o Congresso Nacional conceda amnistia, e a attribuição em virtude da qual o Congresso Nacional commuta e perdôa as penas impostas, por crime de responsabilidade, aos funcionarios federaes.

A antithese incontestavelmente se reduz ao seguinte: de um lado temos *attribuições privativas* de diversas especies,—legislativas, conservadoras e administrativas, do outro temos *attribuições não privativas* exactamente das mesmas especies. Por outras palavras, a opposição se verifica entre *attribuições privativas* que pertencem a um genero com varias especies e *attribuições não privativas* do mesmo genero e das mesmas especies.

Entende o illustrado sr. dr. João Mendes Junior que antithese não ha, em relação a attribuições privativas e não privativas, entre os artigos 34 e 35, porque, além do argumento já respondido, o artigo 35 comprehende *encargos que incumbem*, e o artigo 34 *poderes que competem*. Outro engano do meu erudito collega. No artigo 34 está a disposição pela qual o Congresso Nacional ficou encarregado de fixar a despeza e orçar a receita federal annualmente, e ahi temos um verda-

deiro encargo ou incumbencia, cujo não cumprimento importa a suppressão do regimen representativo. No artigo 34 está a disposição que manda fixar annualmente as forças de terra e mar, e ahi temos mais um encargo, ou incumbencia, e não méra faculdade que seja licito ao Congresso Nacional não exercitar. No artigo 34 ainda está a disposição que declara competente o Congresso Nacional para estabelecer os meios necessarios para o pagamento da divida publica, e certamente prescrever os meios necessarios para o pagamento da divida publica é um encargo ou incumbencia que o Congresso Nacional deve desempenhar antes de cumprir qualquer das incumbencias dos §§ 2, 3 e 4 do artigo 35.

Quanto á questão de saber como os Estados exercem, ou devem exercitar, a attribuição ou faculdade de legislar sobre o processo,—se *alternativa ou suppletivamente*, a resposta é dada satisfactoriamente pelo proprio sr. dr. João Mendes Junior. No seu terceiro artigo diz o meu illustre collega: «a Constituição dá aos Estados a competencia privativa para legislar sobre a organização judiciaria, mas competencia limitada. Por outra; a competencia dos Estados para legislar sobre organização judiciaria, comquanto privativa, é limitada pelos principios constitucionaes da União.»

Se fizermos uma pequena alteração indispensavel, a solução será applicavel igualmente á questão da competencia para legislar sobre o processo. A competencia do Estado para legislar sobre a organização judiciaria não é *privativa*; é talvez *quasi privativa*, porque o Estado não póde legislar sobre a instituição do jury, supprimindo-a ou modificando-a de modo tal, que lhe altere a essencia. Fazel-o só póde um Congresso Nacional *constituente*.

Ora, em relação ao processo o Estado tem competência igualmente limitada para legislar, sendo as excepções a essa competência apenas em maior numero do que na primeira especie.

Agora, perdôe-me o meu illustrado collega, o sr. dr. João Mendes Junior vae refutar-se a si proprio. O meu distincto contradictor faz grande cabedal das expressões *competencia* e *faculdade*, dizendo que os Estados apenas têm a *faculdade* de legislar sobre o processo, e não *competencia* para isso, porque os termos da Constituição são estes: «é facultado aos Estados— etc.» Mas, nestas expressões—*é facultado aos Estados*— estão as duas competencias—a de legislar sobre o processo e a de legislar sobre a organização judiciaria. Não ha na Constituição Federal nenhum artigo em que se confira ao Estado *competencia*, de modo expresso, para legislar sobre a organização judiciaria. Entretanto, o sr. dr. João Mendes Junior accêita essa *competencia* do Estado, e não lhe chama *faculdade*.

Que razão tem, pois, para não admittir a *competencia* limitada do Estado para legislar sobre o processo? Se quizer, denomine essas duas *competencias*—*faculdades*. Pouco importa. O que não póde fazer o meu erudito collega é separar uma da outra.

Finalmente, as discussões do projecto de constituição revelam tão nitidamente o pensamento do legislador constituinte, que nesse ponto a controversia é impossivel. A regra de Berriat Saint-Prix de que «as inducções tiradas dos trabalhos preparatorios em geral são fracas, sobretudo quando na redacção definitiva não ficam traços ou vestigios desses trabalhos» não tem a menor applicação ao caso.

O art. 34, n. 23, reproduz fielmente o pensamento dominante no espirito da maioria do Congresso Consti-

tuinte. Quer o sr. dr. João Mendes Junior palavras mais claras e energicas do que as empregadas pelo sr. Amphilophio, e já reproduzidas por mim em artigo anterior, sobre os inconvenientes e o erro da separação das leis adjectivas das substantivas?

Oiçamos mais uma testemunha dos debates, que com certesa lhes prestou acurada attenção, pois mais tarde escreveu um livro sobre a *Constituição do Brazil*, o sr. Aristides Milton, deputado á Constituinte. A' pagina 166 lê-se: «triumphou a opinião dos que sustentam não haver incompatibilidade entre a unidade da legislação civil, commercial e criminal do paiz com a divisão do poder judiciario em poder judiciario politico, orgam da lei suprema da União ou da de cada Estado, e poder judiciario administrativo, orgam da justiça ordinaria em cada Estado. E, como os Estados têm competencia para organizar o seu poder judiciario, não se lhes podia negar a de legislar sobre o processo, pois de outro modo uma desharmonia, funesta a interesses muito respeitaveis, poderia surgir, como aconteceu durante o imperio no dominio do Acto Addicional em que se tornou necessaria a lei da interpretação para conjurar os perigos dalli resultantes. Assim não se póde negar que a disposição contida neste n. 23 foi o resultado de uma transacção entre os que opinavam pela unidade e os outros que sustentavam a diversidade do direito privado; ella representa o meio termo entre as duas opiniões extremas, ficando a União com o direito substantivo, e os Estados com o direito adjectivo.»

O systema acceto pela constituinte brasileira foi o da Republica Argentina, de cuja constituição o sr. Aristides Milton reproduz o art. 67, § 11, em seguida ao art. 34, § 23, da nossa, para tornar bem sensivel a analogia entre as duas disposições.

III

O sr. dr. João Mendes Junior não nega a estreita relação das leis processuaes com as de organização judiciaria.

Sómente em vez de subordinar o processo á organização judiciaria,—e tal é a subordinação logica e chronologica,—sujeita a organização judiciaria ao processo. Não é o processo, diz elle, que deve accommodar-se á organização judiciaria; é a organização judiciaria que deve adaptar-se ao processo.

Admittida essa inversão da dependencia logica e da successão chronologica das instituições de direito judiciario, pretende que o Congresso Nacional tenha a attribuição de legislar sobre o processo, ao passo que os Estados têm competencia *privativa*, posto que *limitada*, para legislar sobre a organização judiciaria.

Sendo assim, de duas uma: ou os Estados organisam a sua judicatura, devendo cingir-se rigorosamente ás leis de processo (as quaes pódem ser feitas de tal arte, que conttenham em si os elementos essenciaes da organização judiciaria), e nesse caso os Estados não legislam, não pódem legislar, sobre a criação e competencia dos seus tribunaes, singulares e collectivos; ou os Estados não são obrigados a se adstringir ás prescripções do Congresso Nacional sobre o processo, e nesse caso não se respeita a estreita relação, a conexão substancial, entre o processo e a organização judiciaria,—affinidade que o sr. dr. João Mendes Junior não contestou, e apenas explicou de modo diverso, invertendo os termos da relação de dependencia.

Acceitas as premissas do meu illustrado collega, chegamos á conclusão de que os Estados só cream logares de magistratura, augmentam e diminuem esses logares, mas não legislam sobre a organização e com-

petencia dos seus juizos, o que vae de encontro á propria interpretação do sr. dr. João Mendes Junior, ou a consequencias muito mais funestas á administração da justiça do que todas as que *figurou* o meu contradictor como derivadas da interpretação que tenho dado ao art. 34, n. 23, porquanto teriamos o processo em dissonancia com a composição dos tribunaes.

O argumento capital, o argumento Achilles, do sr. dr. João Mendes Junior prova demais.

A ser verdade o que diz o meu illustre collega sobre a intimidade irreductivel do direito adjectivo com o substantivo, a conclusão logica e necessaria não é a que deduziu, a saber—que os Estados não pódem legislar sobre o processo; mas, sim, esta outra,—a saber—que o Congresso Nacional não póde alterar o processo emquanto não alterar as instituições de direito material.

Eis ahi o que quer dizer, e o que deve dizer, o sr. dr. João Mendes Junior, para ser correcto e rigoroso nas suas deducções. Cada instituição de direito substantivo deve ser promulgada com o seu respectivo processo. Cumpre que desapareçam os codigos de processo. E, como a mesma connexão substancial se verifica entre o processo e a organização judiciaria (confórme reconhece o meu douto contradictor), é mister que as instituições de direito substantivo tenham uma organização judiciaria correspondente, apparelho necessario e immutavel para a realisação do correspondente direito material.

Em ultima analyse, são essas as consequencias irrefragaveis da inseparabilidade das duas especies de leis—materiaes e formaes—propugnada pelo sr. dr. João Mendes Junior.

Acceitas as proposições do meu illustre collega, o direito internacional privado terá de soffrer a mais

profunda revolução. Até hoje se tem entendido que certas leis substantivas de um paiz devem ser applicadas em outro por magistrados e de accôrdo com o processo deste outro paiz. Dada a connexão substancial entre o processo e o direito material, será mister que os juizes de uma nação julguem de conformidade com o processo de outra, o que não sei se haverá Estado que tolere.

Acceitas as proposições do meu illustre collega, a theoria da retroactividade das leis terá de ser completamente refundida. Até hoje se tem entendido que uma lei nova sobre processo é applicavel a factos passados. Dada a connexão substancial entre o processo e o direito material, será mister continuâr a applicar o processo já revogado aos factos regidos por leis substantivas a que correspondia o dito processo. E, como a organização judiciaria deve adaptar-se ao processo, no sentir do meu douto contradictor, teremos tambem os tribunaes abolidos ao lado dos novos tribunaes, até que se julguem as relações de direito creadas em épocas anteriores.

Veja o sr. dr. João Mendes Junior as consequencias do seu principio da inseparabilidade do processo.

Admittido esse principio, não posso extranhar que o meu distinctissimo collega manifeste uma grande reluctancia em acceitar o systema da separação de leis consagrado pela Constituição brasileira. O que absolutamente não comprehendo é que negue este facto: as leis processuaes variam muito de um paiz para outro. O exemplo tirado do processo inglez, comparado com o nosso, prova essa verdade.

Neste ponto o sr. dr. João Mendes Junior fez uma observação que me obriga a uma resposta. Preferi reproduzir alguns traços do processo adoptado

perante os *tribunaes ou côrtes de condado*, porque esses tribunaes, posto que organisados primitivamente para julgar pequenas demandas, *têm tido a sua competencia constantemente alargada por leis successivas*: «*La tendance générale du législateur anglais est d'élargir sans cesse la competence des cours de conté*» (Glasson. *Droit et Institutions de l'Angleterre*, vol. 6.º pag. 558). Mas, o sr. dr. João Mendes Junior quer que se compare o nosso processo, não com o *dos tribunaes ou côrtes de condado*, mas com o processo estabelecido pelo *act.* de 1873. Seja feita a sua vontade.

Mas, nesse caso a comparação lhe é muito mais desfavoravel, porque, conforme ensinou o proprio sr. dr. João Mendes Junior, os inglezes têm o *JURY CIVIL*, coisa que nós desconhecemos.

Além disso, o *acto* de 1873 instituiu uma especie de decisão que para nós é uma surpresa. Para evitar as chicanas e as protelações forenses, que Shakspeare no celebre monologo do *Hamlet* julga causas sufficientes para levar um homem ao suicidio, o *act.* de 1873 auctorisa a *côrte* a pronunciar uma condemnação immediata, sem nenhuma instrucção judicial, em favor do auctor, sempre que este affirma o seu direito por meio de um *affidavit*, isto é, affirma sob juramento que em sua opinião e de boa fé o réo não póde oppôr nenhum meio sério de defeza. Ao réo fica reservado o direito de por *affidavit*, ou de outro modo, provar que tem justas causas de opposição ás pretensões do auctor.

A realisação de um tal processo depende, para não produzir effeitos perigosissimos para os direitos das partes, de uma organisação judiciaria como só os inglezes têm conseguido.

Não se póde affirmar que a acção ordinaria tenha os mesmos *actos ordinatorios* em sua fórma in-

trinseca em todos os paizes civilisados. Para não alongar este artigo, limitar-me-ei a pedir a attenção do sr. dr. João Mendes Junior para o titulo II, secção 6.^a, do Codigo de Processo (*Codigo de Procedimientos*) da capital da Republica Argentina. Ahi nada se lhe deparará que se possa equiparar á réplica, ou á tréplica, da acção ordinaria do nosso processo.

Disse em um de meus artigos, entre outros exemplos, que nada impediria o Estado de restaurar o processo decendiarío para a execução hypothecaria, visto como primitivamente era esse o meio de cobrar uma divida hypothecaria, meio tão de accôrdo com a nossa Ord., liv. 3.^o, tit. 25. Não é possível, observa o sr. dr. João Mendes Junior, porque o Estado em tal hypothese se afastaria dos intuitos do legislador civil, o qual annexou á hypotheca o processo executivo por considerações de ordem economica. O argumento é improcedente. O facto de ter o legislador modificado uma lei de processo por considerações de ordem economica incontestavelmente não tira á lei processual o character de lei processual, não lhe altera a essencia de lei do processo, não faz da lei de processo uma lei substantiva. Sempre que modifica o processo, o legislador o faz, impellido por certos motivos de interesse social ou de ordem publica, porquanto os processos são *productos intellectuaes*, combinações mais ou menos engenhosas, meios excogitados para a consecução de um fim, o que não quer dizer que as disposições processuaes exprimam combinações *arbitrarias* do poder legislativo, como suppõe o sr. dr. João Mendes Junior ter eu affirmado. A idéa de combinação ou disposição de meios adequados a um fim exclúe a idéa de actos praticados *arbitrariamente*. Em summa, se a lei de processo não se desnatura, porque o legislador a fez impellido por considerações economicas,

o Estado em virtude dos textos constitucionaes póde alterar essa lei por considerações economicas ou por outras ainda mais ponderosas. Se nem sequer isso fosse permittido em face da nossa Constituição, do regimen federal só teriamos o nome.

Em um Estado póde convir o processo executivo como meio de facilitar o credito imobiliario; em outro póde ser tal a abundancia de capitaes, que se não faça necessario estabelecer um processo tão violento.

Com a sua auctoridade incontestada de mestre egregio na materia, o sr. dr. João Mendes Junior quasi qualificou de erro o ter eu escripto que o decreto n. 359, de 26 de abril de 1890, que aboliu a *formalidade* da conciliação exigida pela constituição do imperio, alterou o nosso processo, sem podermos entretanto increpar o legislador de ter diminuido as garantias judiciaes. Diz o meu collega que a conciliação é de direito civil.

Tenha paciencia. A conciliação é um *contracto* por meio do qual as partes se compõem voluntariamente, evitando uma demanda, com a cooperação do juiz (Gargiulo, *Corso Elementare di Diritto Giudiziario Civile*, n. 373). Esse *contracto* é admittido em todos os paizes civilisados, não me consta que haja alguma legislação que o prohiba. Esse *contracto* póde ser feito em nosso paiz hoje como antes do decreto citado, que absolutamente não alterou a natureza e os effectos desse *contracto*. Antigamente era obrigatoria a *tentativa* de conciliação; hoje não se exige mais essa *formalidade preliminar* das demandas.

Que foi, pois, que se aboliu? Uma *formalidade preliminar*, diz a lei, *um acto judicial*, diz Paula Baptista (§ 82).

Como quer o sr. dr. João Mendes Junior confundir o contracto chamado *conciliação* com essa *formalidade preliminar*, com esse *acto judicial*, em que o juiz de paz perguntava ás partes se queriam conciliar-se, e ellas respondiam—não, em que o juiz de paz insistia na pergunta, mostrando as vantagens da composição e as partes persistiam na resposta—não e não?

Se as partes, o que era uma excepção, se conciliavam, o que ainda hoje pódem fazer, lavrava-se um termo, que era o documento ou instrumento do *contracto*.

O legislador não alterou a natureza, nem os effeitos do contracto. Apenas supprimiu uma *formalidade preliminar*, um *acto judicial*, sem a menor modificação no *direito civil*.

IV

Sou obrigado a invadir seára alheia.

Não posso acceitar, perdôe-me o sr. dr. João Mendes Junior, a classificação de *actos ordinatorios e actos decisorios*—tal como foi feita pelo meu illustrado collega.

«São actos ordinatorios, é esta a sua classificação, —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. São actos decisorios as *confissões*, os *depoimentos das testemunhas*, a *produção de instrumentos*, as *vistorias* e *arbitramentos*, assim como a *sentença*, a *solução*, a *arrematação*, a *adjudicação* e quaesquer outros actos que ponham termo ao feito.»

Ora, Dalloz, Mattirollo e outros, fazem uma distincção quanto aos actos decisorios, a qual não se póde recusar.

Dalloz, já por mim citado em artigo anterior, diz: «Em uma acção judicial cumpre bem distinguir o que só pertence á fórma, á instrucção, ou ao processo, e que os jurisconsultos denominam *ordinatorium litis*, do que interessa ao fundo da causa, daquillo cuja omissão ou ausencia torna a acção de nenhum effeito, e que os jurisconsultos chamam *decisorium litis*. As formalidades da primeira ordem são reguladas pela lei existente ao tempo em que a acção foi intentada; as da segunda ordem não dependem senão da lei sob cujo imperio se deu o facto de que deriva a acção. Tomemos, por exemplo, a prova testemunhal: a *fórma* segundo a qual deve proceder-se á audição das testemunhas é *ordinatoria litis*, e consequentemente subordinada á lei vigente ao tempo da inquirição. Mas, a questão da admissibilidade dessa prova só deve ser resolvida pela lei sob cujo imperio se adquiriu a acção». (*Rep. verb. Leois*, n. 335).

Mattirollo por sua vez: «O direito probatorio civil, na parte relativa á essencia da prova, á sua admissibilidade em juizo, aos seus effeitos, ás pessoas que devem ministrá-la, é regido principalmente pelo codigo civil: pelo contrario, na parte que diz respeito ao modo como as provas são exhibidas nos juizos civis, está sujeito ao codigo de processo civil (*Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, vol. 1.º, n. 114, 3.ª edição).

Um exemplo esclarecerá a distincção que quero fazer: as Ordenações, liv. 1.º, tit. 86, pr., liv. 3.º tit. 1.º, § 16 e tit. 62, § 1.º, exigiam a citação pessoal da parte para vêr jurar as testemunhas em certas hypotheses (Ribas, *Consolidação*, commentario ao art. 220,

§ 1.º); o Reg. n. 737, art. 129, exige unicamente a citação do procurador. Ahi temos uma alteração que concerne a *actos ordinatorios*, e não a *actos decisorios*.

Por conseguinte, nos actos classificados pelo meu illustrado collega como exclusivamente decisorios é necessario discriminar o que é *ordinatorio* do que é *decisorio*.

Dirá talvez o sr. dr. João Mendes Junior que a discriminação já está feita por elle proprio, desde que incluiu a *citação* em geral entre os *actos ordinatorios*. A isso replicarei que os *actos decisorios* estão sujeitos a DIVERSAS FÓRMAS que são materia processual. Nada mais faço do que reproduzir a distincção de Dalloz: a fórma segundo a qual deve proceder-se á audição das testemunhas é *ordinatoria litis*, por exemplo.

Eu nunca fiz a classificação dos actos processuaes em *actos propriamente processuaes* e *impropriamente processuaes*, que, provavelmente para gracejar, me attribue o sr. dr. João Mendes Junior. Laurent na passagem por mim citada diz: «á primeira vista poder-se-ia suppor que as provas constituem uma dependencia do processo.» Paraphraseando esse trecho de Laurent, escrevi incidentemente que os *actos ordinatorios* são os *propriamente processuaes*. Isso não foi uma classificação; foi a reprodução por outras palavras do pensamento de Laurent.

Vejamos agora porque o sr. dr. João Mendes Junior não admitte que os Estados legislem sobre os *actos ordinatorios*.

Ainda não descobri nos brilhantes artigos do meu illustre collega um só *argumento de auctoridade ou de principio* que apoie a sua these.

Ao passo que tenho em meu favor as lições de Dalloz, Laurent, Boullenois, Asser et Rivier, Gabba, e

os escriptores citados por estes, o sr. dr. João Mendes Junior não exhibiu um só jurisconsulto que lhe suffrague a doutrina que sustenta.

Terá offerecido argumentos de *principio*, deducções rigorosas de principios juridicos incontestados? Tambem não. O meu illustre collega enumera os *actos ordinatorios*, e accrescenta *dogmaticamente* que taes actos não pódem ser alterados sem que seja prejudicada a segurança dos direitos definidos pela lei substantiva. Não, porque? Em que consiste a connexão substancial entre o direito substantivo e o direito adjectivo? Não lhe apresentei diversos exemplos tirados do direito patrio, em que se alterou o processo sem prejuizo do direito material? Entre outros não lhe recordei a substituição do processo civil da Ord. liv. 3.º, tit. 20, pelo processo commercial do reg. n. 737? Houve algum jurisconsulto brasileiro (não exceptúo o proprio sr. dr. João Mendes Junior) que censurasse o legislador patrio por ter feito essa alteração em nossas leis processuaes, por ter adoptado as normas do processo em favor das quaes Paula Baptista mais de uma vez fez «*um voto esteril*»?

Estou inclinado a crêr que entre nós ha apenas um equivoco, que estamos separados por falta de uma declaração. Quando propugno a minha these, não quero dar aos Estados a faculdade de legislar sobre o processo contra os principios da sciencia do direito. Posto que o processo tenha um *character antes technico do que scientifico*, na phrase já citada de Gabba, *exprima productos intellectuaes, combinações ou disposições de meios adoptados pelo legislador para a consecução do fim pratico de assegurar a observancia do direito*, não neguei jámais, antes expressamente reconheci nos artigos anteriores, certos principios, certas verdades fundamentaes, que são o ponto de partida, o criterio e o

limite, da actividade do legislador ao elaborar as normas processuaes. Esses principios—não póde transgredil-os o Estado, assim como não poderia violal-os o Congresso Nacional, se a este fosse dada a competencia que lhe outorga o sr. dr. João Mendes Junior.

Abra-se um tractado, ou compendio, de processo de um escriptor estrangeiro qualquer, e ler-se-ão distincções como estas: «*Processo summario*»:—

Este processo, que tem por fim évitar ás *questões mais simples, menos importantes, ou mais urgentes*, as despezas e a duração do processo ordinario, não é sob todos os aspectos um processo excepcional» (Garsonnet, *Précis de Procédure Civile*, n. 318). Ou como esta: «O conceito distinctivo do processo ordinario e *summario está em a natureza das questões* que se agitam em juizo». (Gargiulo, obra citada, n. 535).

Em seu ultimo artigo o sr. dr. João Mendes Junior, em vez de me dar os processos especiaes, aliás em numero limitado, que são da competencia do Congresso Nacional, conforme lhe pedi, furtando-se a esse trabalho de tanta utilidade, fez uma longa relação de actos preparatorios, preventivos e incidentes, que reputa inalteraveis, e perguntou-me depois se é possivel modificar esses processos sem prejuizo da garantia dos direitos materiaes.

Foi pena; pois, repito, não conheço em nosso paiz ninguem mais preparado para essa tarefa que o sr. dr. João Mendes Junior.

Quanto á pergunta que me faz, respondo sem receio de errar: muitos desses processos ou actos processuaes não só pódem ser modificados, como já o têm sido, sem o menor inconveniente. Basta destacar um dos processos *enumerados*—o incidente da habili-

tação. O Reg. n. 737 simplicou, sem o menor inconveniente, o processo da habilitação.

Sómente a superstição da forma póde fazer com que repillamos essa e outras modificações tão uteis, tão razoaveis.

Se os Estados legislarem sobre o processo criteriosamente, de conformidade com os principios cardeaes do direito, estou certo de que o sr. dr. João Mendes Junior nenhuma censura lhes fará. E, se fizer, não é Virgilio que o meu illustre collega deve citar; é Victor Hugo: «*Sombre fidélité pour les choses tombées, sois ma force, et ma joie, et mon pilier d'airain.*»

Dr. Pedro Lessa.

