

A NOVA PHASE DA DOUTRINA
E
DAS LEIS DO PROCESSO BRASILEIRO

I

Temos sustentado que do art. 34 n. 23 combinado com o art. 65 n. 2 da Constituição da Republica, não resulta que tivesse ficado assentada pela Constituinte de 1891 a «múltiplicidade da *lei adjectiva* ou do *direito formal*.»

Antes de tudo, observaremos que as locuções—*leis substantivas, leis adjectivas—direito material e direito formal*—não são encontradas nem no texto da Constituição, nem em qualquer das fontes do nosso direito patrio; outrosim, taes locuções, méramente analogicas, consideradas quer em sua extensão, quer em sua compreensão, não correspondem ao pensamento da Constituinte republicana, por maior que tenha sido o espirito de autonomia local que alli tivesse predominado.

Propriamente fallando, não ha lei, não ha regra de direito, que não seja *formal*: a lei é sempre uma *fórmula da ordem social*, quer regule uma relação de direito entre as partes, quer regule os actos tendentes a realizar o direito pela força do poder publico. Por-

tanto, não é sinão por analogia que se tem dado ás leis que regulam a fórmā *intrínseca* das relações de direito a denominação de *direito material*, e ás leis que regulam a fórmā *extrínseca* dos actos jurídicos, extrajudiciaes ou judiciaes, a denominação de *direito formal*. Si considerarmos as leis civis, commerciaes e criminaes, e tambem as leis de processo,—sob o ponto de vista de sua *applicabilidade*,—umas e outras são *materia*, isto é, *substancias em potencia*; si considerarmos as leis de processo e tambem as leis civis, commerciaes e criminaes—sob o ponto de vista de sua *applicação*,—umas e outras são *fórmā*, isto é, *substancias em acto*. Por outro lado, todo o principio ou fonte de actividade ou energia é sempre uma *fórmā*; por conseguinte, cogitar do acto jurídico sómente como *materia*, é uma abstracção util para o estudo contemplativo dos principios, porém, inutil para a classificação pratica dos preceitos. Accresce que as fórmas intrínsecas (actos e contractos) *ut species*, são consideradas *materia* do direito, *ad instar de materia secunda*; e, aliás ha muitas fórmas mesmo extrínsecas, por exemplo a letra de cambio, que, por considerações de ordem publica e de ordem pratica, são inseparaveis *per se ipsas* dos actos e contractos respectivos. *Inseparabiles dividuntur in inseparabiles per se ipsas et inseparabiles per accidens*, diz a Escola. LEIBNITZ, nos *Novos Ensaios*, preconisando essas locuções — *direito material* e *direito formal*, tornou bem visivel que usa apenas de uma *metaphora*, mesmo porque accepta o principio da Escola: *Formæ preexistant quidem in materia, non in actu sed in potentia solum, de qua in actu reducuntur per agens extrinsecus*. (Confira-se *Matière et Forme*, por ALBERT FARGES, pag. 124 e seguintes).

Quanto a BENTHAM, notaremos que, já em seu tempo, era elle apontado como completamente domi-

nado da mania de atacar a technica do direito romano e de crear uma technica para o direito inglez. Porém, mesmo na Inglaterra, até hoje elle não conseguiu essa revolução: poderá ser que consiga no Brasil?

BENTHAM, no seu pamphleto intitulado — *Vista geral de um corpo completo de legislação*, depois de ter desenvolvido a sua diatribe contra a technica e as classificações romanas, passa a «classificar as divisões novas, até então pouco consideradas». Entre estas divisões novas acha-se a seguinte:

«Oitava divisão. 1.º *Leis substantivas*; 2.º *Leis adjectivas*. Este ultimo é o nome que *eu daria* ás leis de processo, afim de poder designar por uma palavra correlativa as leis principaes, das quaes ha *muitas vezes* necessidade de distinguir aquellas. *As leis do processo não pôdem nem existir, nem mesmo ser concebidas sem estas outras leis que elles tendem a fazer observar.* Quem entende o sentido destas duas palavras em grammatica não pôde deixar de entender o sentido que *eu quereria* dar-lhes em jurisprudencia.»

A simples leitura deste topico indica o pensamento de BENTHAM. Elle chama leis *substantivas* ou *principaes* aquellas que pôdem existir, ou ao menos pôdem ser concebidas sem outras leis que tendam a fazel-as observar. No cap. XXX do referido pamphleto está o *plano do processo*, por onde bem se vê quanto é acertado o juizo daquelles que consideram em BENTHAM o grande poder da imaginação. Elle distingue tres ramos do processo, *ad compescendum*, *ad compensandum*, *ad preveniendum*; elle acha possivel representar a distincção entre o processo criminal, policial e civil, por estes ternios *processo de rigor*, *processo de menor rigor*, *processo sem rigor*, devendo ser redigidas fórmulas para tudo o que fôr disso susceptivel. Afinal, toda

essa nova technica de BENTHAM não adianta esclarecimento algum; ao contrario, como já tem sido notado por muitos, a confusão augmenta, acarretando diffíldades na pratica.

BENTHAM abusou muito da sua grande superioridade intellectual e dessa sua immensa força de imaginação. Si algumas vezes foi feliz, outras vezes produziu deploraveis confusões: basta lembrar aquella pagina do referido pamphleto em que, propondo a suppressão do termo—*título de direito*, classifica os factos juridicos em *acontecimentos collativos, ablativos, onerativos e exonerativos*, notando-se que, na anterior edição, elle tinha empregado dois outros termos—*investitivos e divestitivos*, emprestados á linguagem feudal. Não ha de tardar muito para vermos, nesse furor de pedantismo que por ahi anda, empregadas essas expressões, renegadas as nossas fontes, esquecidas as tradições do nosso direito patrio.

Mas, pódem, mesmo em frente da analogia de BENTHAM, as leis sobre as *acções*, as *provas* e os *processos especiaes* ser consideradas—*leis adjectivas?* As *acções* não existem sem *processo*, mas pódem ser concebidas sem *processo*, tanto assim que são consideradas em suas accepções subjectiva e objectiva, como *direito* e como *remedio de direito*: as *provas existem e pódem ser concebidas sem processo*, sob o ponto de vista de sua determinação e effeitos; as letras de cambio, as escripturas publicas, os escriptos particulares de divida certa e liquida, as hypothecas, alimentos provisionaes, interdictos e outras instituições que exigem celeridade na decisão, ou por se fundarem em provas preconstituidas, ou em factos permanentes, ou em motivos de ordem publica, não pódem, attenta a efficacia dessas provas preconstituidas e esses factos permanentes e motivos de ordem publica, ser concebidas como insti-

tuições utilmente creadas sem que se achem ligadas a certos *processos especiaes*, taes como a assignação de dez dias, o executivo, e outros. Si esses *processos especiaes* não pôdem ser concebidos sem aquellas instituições de direito, tambem aquellas instituições de direito, *quoad essentiam*, isto é, considerada a sua *razão de ser*, não pôdem ser concebidas sem processo especial. Por outro lado, a lei juridica, quer a que regula relações e instituições de direito, quer a que regula o processo, como toda a lei,—deve ser permanente, como sujeito constante de affecções mutaveis, isto é, enquanto não revogada, existe e subsiste a mesma, não obstante suas applicações ás variadas circumstancias dos factos. Ora, *patet nos primo concipere substantiam ut subjectum constans affectionum mutabilium*, dizem os Philosophos; e neste sentido, mesmo as leis de processo não deixam de ser *substantivas*. Para que, pois, usar de termos analogos, cuja relação ou proporção com a coisa significada, além de arbitrarria, acarreta sómente confusões? Que necessidade ha de usar de termos equivocos, quando ha termos denominativos, termos proprios? Os termos analogos são sempre equivocos, *termini analogi consilio equivoci sunt*, ao passo que os termos proprios —*termini denominativi rationem et essentiam significant, quum de suis significatis dicitur*, isto é, significam a mesma razão e essencia da coisa significada. E, depois, que motivo, que principio de logica, que regra de hermeneutica auctorisa essa mania de substituir os termos empregados na Constituição e nas nossas fontes—por termos gerados na imaginação de um philosopho? O termo constitucional é este:—*direito processual*; usar do termo analogo—*direito adjectivo*, quando aquelle termo proprio exprime clara e perfeitamente a coisa significada, não é apenas um pedantismo, é um gravissimo erro de hermeneutica: *minimè sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt.*

Occorre ponderar que BENTHAM, usando daquella analogia, não auctorisou a sua extensão, além do ponto de vista em que elle se collocou. Assim: BENTHAM jámais disse que as leis adjectivas possam ser sempre separadas das substantivas; BENTHAM jámais disse que todas as regras sobre as *acções* e sobre as *provas* pertençam ás leis do processo; BENTHAM jámais disse que certos actos e termos possam por estatutos ou leis locaes ser supprimidos do processo ordinario; BENTHAM jámais disse que processos especiaes deixem de ser da essencia de instituições tambem especiaes. BENTHAM limitou-se a fazer uma distincção, cujo efecto unico, aliás expresso por elle, é este: as leis de processo (*á semelhança dos adjectivos, que não pódem ser predicados sem que se juntem a um substantivo*)—não podem existir nem ser concebidas sem as leis civis, commerciaes e criminaes; mas, BENTHAM jámais disse que o processo não seja essencial ás instituições de direito, assim como nunca disse que o adjectivo, *uma vez existente o substantivo, não possa ser junto a elle como predicado essencial*. Suppor que BENTHAM tivesse dito tal disparate, é ignorar os seguintes principios, que se pódem ver nos commentadores do Philosopho:

1.º *Nominum essentialium, quædam significant essentiam substantivè, quædam vero adjectivè; cuius ratio est, quia*

2.º *Nomina substantiva significant aliquid per modum substantiæ: nomina vero adjectiva significant aliquid per modum accidentis: sed,*

3.º *Accidens latius et strictius accipi potest; latius acceptum est quidquid substantiam afficit, sive id necesario ex ejus essentia dimanet, ut sunt quæ a logicis vocantur PROPRIA, sive contingenter ad illam pertineat, ut sunt quæ strictè a logicis vocantur accidentia.*

Portanto, ha nomes adjectivos que exprimem coisa que necessariamente dimana da essencia da substancia: por exemplo, o adjectivo—*racional* affecta a substancia *homem* de modo tal que o substantivo *animal*, isoladamente, isto é, sem aquelle adjectivo, não exprime a essencia da substancia *homem*. Ora, assim como ha nomes adjectivos que affectam a substancia de modo tal que, sem elles, não é significada a essencia da coisa,—assim tambem ha *processos*, *actos processuaes* e *termos processuaes*, que affectam as instituições de direito de modo tal que, sem elles, essas instituições ou não teriam razão de ser, ou não corresponderiam aos intuintos do legislador.

Por conseguinte, os Estados não pôdem alterar o processo das accções relativas ás letras de cambio, ás hypothecas e a outras instituições especiaes, porque taes processos, por considerações de ordem, quer estritamente juridica, quer economica, quer fiscal, estão ligados a essas instituições, como que dimanando ou da sua razão de ser ou da sua razão de existencia. Pelas mesmas razões, não pôdem os Estados suprimir qualquer acto da causa ou do juizo no processo ordinario, sem *ipso facto* atacar o principio substancial da *plenitude da defesa*, ligado aos factos juridicos fundados em provas méramente casuaes. Aliás, os actos do processo, mesmo por serem accidentes que affectam uma substancia, recebem dessa substancia a unidade ou pluralidade; e, assim, si a substancia é regida por um só principio, esse mesmo principio unico deve reger os accidentes *que a affectam*, sob pena de desnaturar-se a substancia: donde se vê que, si as leis civis, commerciaes e criminaes são emanadas sómente do Congresso Nacional, as leis relativas aos actos e termos processuaes, que possam *affectar* as relações e interesses de direito civil, commercial e criminal, não pôdem deixar

de emanar do mesmo Congresso Nacional, sob pena de *serem desnaturaladas* essas relações e instituições de direito. Ora, não é possível suppôr no legislador constitucional da Republica a intenção de *desnaturalar* as relações e instituições reguladas pelas leis civis, commerciaes e criminaes; logo, na mente desse legislador, só esteve o pensamento de dar ao poder legislativo dos Estados, a atribuição suppletiva de legislar sobre *termos que não possam affectar essas relações e instituições de direito*, isto é, sobre termos que, deixando salva a essencia dessas relações e instituições, sejam completamente extrinsecos á ellas, taes como os que se referem ás distancias, aos logares, aos meios de communicação, etc. *In adjectivis attenditur singularitas et pluralitas secundum supposita, quia accidentia sicut esse habent in subjecto; ita ex subjecto suscipiunt unitatem, vel multitudinem; et nota quædam accidentia intrinsecus afficere proprium subjectum, ut sunt v. gr. potentiae earumque actus, quædam vero non intrinsecus afficere subjectum, nec propriè illi inesse, sed potius esse extra illud, vel aliquo modo ad illud intrinsecus referri, ut est locus aut vestis.*

E' assim que podemos medir a extensão da analogia de BENTHAM; nem em qualquer outro sentido poderia elle considerar as leis juridicas *principaes* como *substancias* affectadas pelas leis juridicas de processo como *accidentes*. BENTHAM jámais contestou que, no estabelecimento do processo, pudesse estar em jogo a essencia do direito que esse processo vem garantir. Basta considerar, por exemplo, que os processos sumarios, em geral, foram estabelecidos com as instituições com elles creadas: o *summatis cognoscere* vinha como condição essencial, de sorte que, em taes casos, o processo não é simplesmente um *modus operandi*, mas um *modus entis* ou *entitas modalis*, por outra, em

taes casos, o processo *est ipsa realitas entis, connolans tamen aliquid aliud cum quo ens confertur*; por outra, em taes casos, o processo é mais do que um modo e fórmula de operar, é uma *entidade que se accrescenta á coisa e que determina nella uma certa maneira de ser.* Confira-se DRIOUX, Lex. escol., verbs. *modus* e *fórmula.*)

II

Bem sabemos que o processo romano, mesmo o contido nas Novellas LIII, cap. 3.^o, XCVI, cap. 2.^o e CXII, caps. 2.^o e 3.^o, não foi recebido no nosso fôro, onde, desde o seculo XII, foi introduzido o processo canonico contido nas Decretaes e depois nas Clementinas; mas, si não devemos buscar nas leis romanas a fórmula intrinseca dos processos summarios, é incontestavel que o fundamento e a fórmula intrinseca já se encontram ou nas *breves lites et maximè vilium personarum vel causarum* que deviam ser decididas *sine scriptis et sine aliqua expensa*, ou no *summatim cognoscere*, essencialmente ligado a certas disposições e instituições de direito civil, por exemplo, ás causas de alimentos, a que se referem a Const. 3.^a do Cod. L. VII, tit. 46, e outros a que se referem as Novellas XVII, cap. 3.^o, LXXXIII, princ., etc.

Os Romanos tinham a *summaria cognitio*, que se limitava, em regra, a *cum æquitate audire—gratis lites audire,—alterna contentione liberare—e ex non scripto decidere et judicare.* O nosso ALMEIDA E SOUZA, transcrevendo um trecho de BOEHEMERO, *ad Decret.*, affirma que as diferenças entre o processo ordinario e o sumario estão na Clementina *Sæpe contingit*; mas, a verdade é que essa Clementina mais se refere aos processos summarissimos e aos processos especiaes em que se procede *simpliciter et de plano et sine strepitu et figura judicii.* O processo estrictamente chamado sum-

mario era o processo semi-pleno dos antigos praxistas reinicolas, em que havia libello ou petição inicial escripta, contestação da lide, excepções, não havia réplica e tréplica, dilações e termos eram abreviados, em regra, metade do tempo estabelecido para o processo pleno ou ordinario.

Mas, os processos especiaes, taes como as *assignações de dez dias* e os *executivos*, foram introduzidos pelo direito moderno, para corresponder ás exigencias do credito fundado em titulos especiaes, exigencias ligadas á economia publica. Assim, comquanto as Ordenações Affonsinas, reproduzindo uma lei d'El-rei d. Fernando, no liv. III, tit. 64, determinassem que os contractos, excedentes de certa somma, não pudessem ser provados senão por escriptura publica, a verdade é que até El-rei d. Manoel era desconhecida a *acção de assignação de dez dias*, que só apparece na sua Ord. liv. III, tit. 16, depois na *Lei da reformação das Fustas*, de 1577, d'El-rei d. Sebastião, e depois na Ord. Phil. liv. III, tit. 25. Quanto ao *executivo*, por maior que tenha sido, entre os Romanos, a auctoridade dos instrumentos publicos, a verdade é que não tinham a *execução preparada*; foi na Italia, no seculo XII, que começaram a attribuir aos *actos notariados* a *execução preparada*, ad instar da cousa julgada e da confissão judicial; e aos instrumentos, assim equiparados ás sentenças de preceito, foi dado o nome de *instrumenta guarentigiatu* (Confira-se DURANDO, *Il tabellionato*, part. II, cap. III, n. 34, pags. 132 e 133). Mais tarde, o *executivo* foi extendido aos alugueres, aos impostos e mais dividas fiscaes, ás hypothecas e, em geral, aos creditos privilegiados; e, por fim, em alguns paizes, foi applicado até ás letras de cambio e titulos semelhantes, que, entre nós, são exequiveis mediante *assignação de dez dias*.

Quando fallamos em processo sumário, consideramo-lo como correlativo opposto ao processo ordinário, de sorte que entram na clássse dos sumários, não só as acções cujo processo é regulado pela ordem geral dos processos sumários, como tambem aquelles a que as leis dão uma fórmā especial, taes como a assignação de dez dias, o processo executivo, e outros. O canon *Quoniam contrà*, das Decretaes, distingue o processo em *ordinario* e *extraordinario*, incluindo na classe dos *extraordinarios* todos os processos que sahem da ordem do processo pleno. Os glozadores e praxistas reinicolas recusaram esta classificação, não porque seja defeituosa, mas para evitar confusão com o processo extraordinario dos Romanos, que é considerado sob ponto de vista differente; e, então, classificaram o processo em — *plenissimo*, *pleno*, *extraordinario*, *sumário* e *sumaríssimo*. Ao processo *plenissimo* corresponde, no nosso fôro moderno, o *processo criminal ordinario*, antes regulado pela Ord. L. V, tit. 124 e depois pelo Cod. do Processo, pela lei de 3 de Dezembro de 1841 e Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, ao qual costumamos chamar — *processo plenario*: ao processo *pleno* corresponde o actual *processo ordinario cível*, antes regulado pela Ord. Liv. III, tit. 20 e hoje pelo Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, arts. 65 e seguintes. A locução — *processo sumário* — é modernamente empregada em sentido genérico, para significar não só as acções estritamente chamadas *sumárias*, como as *sumaríssimas*, as *especiais* e as *executivas*. Neste sentido consideram-se *sumárias*: a) as acções preparatorias, taes como as acções *ad exhibendum*, os sequestros, os depositos, as liquidações, etc.; b) as provisionaes e interimisticas, taes como as de alimentos provisionaes, a interina de manutenção, os depositos interinos, etc.; c) as incidentes, taes como os attentados, os espolios, as habilitações de

herdeiros, os artigos de falsidade e embargos de *ob* e *sobrepreção*, etc.; *d*) as causas sobre colhimento de fructos, dação, remoção e excusa de tutores, alimentos, posse em nome do ventre, publicação e abertura de testamentos, forças novas, suspeições, soldadas, guarda, deposito, despejo de predios rusticos, etc.; *e*) preceitos comminatórios; *f*) assignação de dez dias, despejo de casas, fretes e soldadas, juramento d' alma, restituição do usurpado ao publico, nunciação de obra nova, etc.; e a estes pôdem ser accrescentados os executivos *fiscal*, o *hypothecario* e o de *privilegiados*, taes como alugueries, custas e os processos de *fallencia*, etc.

Por essa enumeração bem se vê que, no estabelecimento de um processo, maximé de um processo especial, está em jogo a substancia do direito que esse processo vem acautelar; por outra, os processos especiaes completam e aperfeiçoam instituições tambem especiaes, não só *in operando* como *in existendo*; por outra, os processos especiaes coexistem com as respectivas causas, de modo tal que, sem elle, a lei seria frustrada nos effeitos intentados pelo legislador; por outra, os processos especiaes não são simplesmente fórmas para tractar causas em juizo, são effeitos ou de factos permanentes ou de provas preconstituidas, e, portanto, dimanam ou dos factos e contractos que lhes servem de fundamento, ou da fé dos instrumentos; por outra, nos processos especiaes, a acção, em sua accepção formal, confunde-se com a acção, em suas accepções subjectiva e objectiva; nos processos especiaes não ha distincção juridica entre a *acção-processo*, a *acção-direito* e a *acção-remedio de direito*; por outra, para as acções fundadas em escripturas publicas, letras de cambio, posse, privilegios, e, em geral, em provas preconstituidas ou em factos permanentes, o processo especial, si não é uma fórmula substancial, no sentido

rigoroso do termo,—é mais do que uma fórmula accidental,—é uma *fórmula assistente*, sem a qual aquellas instituições perderiam a sua razão de ser, ou, pelo menos, perderiam a efficacia que o legislador lhes quiz comunicar; por outra, os processos especiaes não são *simples fórmulas do movimento forense*, são *media et remedia quod*, e tambem *quo et sub quo*, segundo a terminologia escolastica, adoptada por STRYKIO; por outra, os processos especiaes são, não sómente intermediarios entre o autor e o réo, para forçar este a cumprir a obrigação, mas tambem agem sobre a natureza da mesma obrigação, ou multiplicando-lhe os effeitos, ou aperfeiçoando-lhe a causa para que produza um determinado acto de ordem publica. (*)

(*) Muito se tem debatido sobre os meios de abreviar os processos, simplificando as normas e fórmulas, sem prejuizo da instrucção da causa. STRYKIO tem a esse respeito uma dissertação longa, com remissões a BRUNNEMAN, VENTURA DE VALENTINO, WINTER e outros. Elle assinala diversas causas dos defeitos, da demora, da prolixidade e do elevado dispêndio das lides forenses. Assim: 1.^o A determinação de uma fórmula pelas leis, mesmo quando bastem as partes naturaes do processo; 2.^o A turba dos commentadores, glosadores, annotadores, repertorios, formularios, etc.; 3.^o A confusão entre formalidades essenciaes e as meramente accidentaes; 4.^o A divisão das causas em *ordinarias* e *summarias*, visto que, não por sua natureza, mas pela qualidade das provas, é que as causas podem ser divididas; 5.^o A liberdade de negar; 6.^o A falta de condemnação nas custas do retardamento; 7.^o As dilacões prorrogadas; 8.^o O abuso dos recursos suspensivos e devolutivos; 9.^o A prolixidade das formulas dos termos e autos; 10.^o A multiplicidade das instancias.

Assinalando essas causas, STRYKIO não expõe meios de remediar os inconvenientes que elles produzem, nem demonstra que, supprimidas ellas, desappareçam esses mesmos inconvenientes e não appareçam outros muito peiores. Já o nosso LOBÃO faz essa critica a STRYKIO.

Especialmente quanto á distincção das causas em *ordinarias* e *summarias*, o operoso jurisconsulto alemão affirma que nenhum tratadista ou praxista encontrou o fundamento desta distincção na *natureza das causas*; mas, elle proprio reconhece que—«em vista da variedade das circunstancias, ha causas de mais difícil prova do que outras e, portanto, os processos são distintos pela *qualidade das provas*». Para refutar STRYKIO, não faltam argumentos: elle proprio reproduz a nota de CARPSOVIO, em que este dá um triplice fundamento aos processos sumarios: 1.^o A autoridade dos interpretes e dos praticos; 2.^o O favor de certas causas; 3.^o O interesse da república. Accrescente-se, como quarto fundamento, a *qualidade das provas*, fun-

III

Não é necessario grande esforço de attenção para, á primeira vista, comprehender que ha certas instituições que existem e são concebidas, mais pelo processo do que pelo titulo de direito que lhes serve de fundamento: assim, por exemplo, a *divisão da causa communum*, a *demarcação de limites*, a *partilha da herança*, a *cessão de bens*, a *concordata preventiva*, a *moratoria*, a *fallencia*, a *testamentaria*, a *tutela*, a *prestaçao das contas*, etc. Ora, junte-se a isso a série de processos summarios e especiaes referida no artigo anterior; e vêr-se-á que ha muitas disposições que, sendo de processo, não deixam de ser da *substancia* da instituição. Por outro lado, bem considerada a noção de *substancia*, toda a lei juridica, quer civil, quer commercial, quer criminal, quer processual, existe e subsiste a mesma, não obstante suas applicações ás variadas circumstanças dos factos. Deixemos, portanto, essa analogia que BENTHAM foi buscar na grammatica e subordinemo-nos aos textos legaes, visto que, propriamente fallando, toda a lei juridica, como qualquer outra lei, é *substantiva*, toda a lei juridica é uma *substancia*, affectada pelas outras nove categorias, como passamos a demonstrar:

A lei juridica tem *quantidade*, porque é um todo cujas partes pôdem ser consideradas conjunctas ou divididas;

A lei juridica tem *qualidade*, isto é, accidentes que immediatamente, por si mesmos, a completam e aperfeiçoam, *sive in existendo, sive in operando*:

damento fornecido pelo proprio STRYKIO e razão mais que sufficiente dos processos especiaes.

Accresce que aquella *variedade de circumstancias*, a que se elle refere, produzindo a *diferente qualidade das provas*, é um caracteristico da *natureza das causas* e, portanto, da *natureza da causa*. «A natureza das causas, diz VICO, consiste em nascerem ellas em certas circumstancias e de certas maneiras».

A lei juridica tem *relação*, porque se refere ao direito, que, por sua vez, se refere ao sujeito activo, ao sujeito passivo, ao objecto e ao titulo;

A lei juridica existe e extende-se no *tempo*:

A lei juridica existe e extende-se no *espaço*:

A lei juridica tem *situação*, que resulta da ordem de suas partes em relação a um logar;

A lei juridica tem *estado*, isto é, uma maneira de ser externa, porque tem accessorios que, não a modificando intimamente, são considerados em relação a outras substancias;

A lei juridica tem *acção* sobre as pessoas que a cumprem e soffre a *acção* das pessoas que a violam;

A lei juridica tem *acção*. Chegamos ao ponto. A lei juridica tem *acção*, porque age de modo tal que, por sua causa, se dá uma mutação, isto é, acontece alguma cousa que antes não havia. A lei age sobre as pessoas obrigadas, atingindo-as ou por um contacto virtual, ou por um contacto physico. Age por um contacto virtual quando é voluntariamente cumprida; age por um contacto physico, quando se impõe pela força do poder publico. *Agere generatim dicimus id omne, quo interveniente, aliquid accidit mutatio, seu id omne quod efficit ut sit aliquid quod prius non erat,* dizem os Philosophos.

A *acção*, considerada a conformidade das vontades do sujeito do direito e do sujeito da obrigação, não produz mutação fóra dos agentes, porque ambos, quer o sujeito do direito quer o da obrigação, ambos são agentes; e, por isso, dizem os Philosophos, *mutatio quæ ab agente provenit, PASSIO nuncupatur si extra agens recipitur; ACTUS, si in ipso agente.* Por analogia com esta noção é que os praxistas, em geral, nos paizes

latinos, denominaram, por excellencia, *actos* os actos autenticos dos notarios, tabelliães, escrivães e mais officiaes publicos, os actos que as nossas Ordenações denominam *firmidões, convenças, contractos*, e os actos processuaes, quer da causa, quer do juizo. Neste mesmo sentido é a palavra *acto* apreciada pelos glosadores da *L. Labeo*, L. 19, Dig., *de verb. signif.*, relativamente á distincção entre as palavras *actum, contractum e gestum*. Qualquer, porém, que seja a modificação que soffra o sentido da expressão — *acto*, a verdade é que, na technica juridica, exprime sempre a idéa da acção não impedida.

Mas, a *acção*, considerada a não conformidade das vontades, produz uma mutação que provém sómente do sujeito activo e que é recebida fóra deste, isto é, pelo sujeito passivo, que a recebe contra a vontade e soffre-lhe os effeitos: a mutação, assim recebida, *passio nuncupatur*, segundo o texto citado; e a acção que a produz se denomina, por excellencia, — *acção*. Si o agente não tem impedimento para conseguir o fin, a acção se diz *MÉIO*; si tem impedimento a remover, a acção se diz *RÉMEDIO*. *Actio conducens ad assecutionem finis dicitur MEDIUM; ac si impedimenta finis removeat, REMEDIUM nuncupatur.*

Quando temos em vista a *acção judiciaria*, consideramos a acção provindo de uma vontade deliberada; aliás, não se dá o nome de — *acções humanas* sinão ás acções que procedem da vontade deliberada, sendo que as outras são denominadas — *acções do homem*. *Illæ ergo actiones propriæ humanæ dicuntur, quæ ex voluntate deliberata procedunt; si quæ autem aliae actiones homini convenient, possunt dici quidem hominis actiones, sed non propriæ humanæ, cum non sint hominis; inquitum est homo* (Sum. theol. 1, 2, q. 1, a. 1). A *acção judiciaria*, portanto, como *acção humana* que é, pro-

vindo de uma vontade deliberada, é sempre uma faculdade pessoal, um poder que, quando fundado na lei, tem a virtude de se impor pela força social. E, assim, a *acção judiciaria*, considerada como atributo da *pessoa*, que é o *sujeito do direito*, considerado o *autor* como o *subjectum attributionis*, considerado o termo *acção* em sua accepção subjectiva, isto é, considerado sómente como exprimindo um poder do sujeito a que é attribuida, e abstrahindo ou não considerando outras accepções,—a *acção judiciaria* é um direito de requerer em juizo aquillo que nos é devido, *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, segundo a definição de CELSO, nas Inst., § 1.º, *de action.*

Não podemos, porém, considerar a *acção judiciaria* sómente como um atributo do sujeito do direito, isto é, como uma faculdade de agir: esta *accepção subjectiva* tem por correlativa a *accepção objectiva*, pela qual devemos considerar, na idéa exprimida pelo termo *acção* o *objecto* da apprehensão, isto é, aquillo que o acto de perceber representa na mente. Ora, todo o *objecto* da apprehensão tem algumas attribuições e affecções proprias, que são como os seus lineamentos intelligíveis, pelos quaes se manifesta ou pôde manifestar-se e que, por isso, se denominam *notas* ou *determinações do objecto da idéa*; assim, quando queremos exprimir o *objecto de uma idéa*, esta expressão é feita pelas *notas intelligíveis* desse *objecto*, notas que são como—os *elementos da idéa* para construir a sua substancia. Por exemplo, na apprehensão da idéa de *acção judiciaria*, considerando o *objecto* desta idéa, que *notas* se nos apresentam? A *acção judiciaria* é um *remedio*, isto é, um meio de remover impedimentos á consecução de um fim. A primeira *nota* do objecto da nossa percepção, quando apprehendemos a idéa de *acção judiciaria*, é esta:—*remedio*. Este *remedio* precisa ter effi-

cacia (*vis agendi*): para isso deve ser dotado de condições que disponham a virtude das causas e as appliquem a agir (*requisita ad agendum*), condições que, consideradas em relação ao fim da *acção judiciaria* (applicação da lei á relação de direito litigiosa), participam da natureza do fim. Quer isto dizer que a *efficacia do remedio* depende não só da applicabilidade da lei ao facto, como das condições de disposição e applicação das causas da acção; ora, como a lei jurídica regula, não só a relação de direito litigioso, como as condições da actividade das causas da acção, segue-se que a *acção judiciaria* é um *remedio de direito* e, assim, a segunda *nota* da idéa da acção é esta—*remedio de direito*. Mas, como dissemos, tratando-se de acção tendente a remover impedimento á consecução de um fim, quem reflectir sobre a percepção da idéa da *acção judiciaria*—verá que a *nota* do fim, (*obrigar outro a dar ou a fazer aquillo de que tem obrigaçao perfeita*), que é a primeira na attenção e na intenção, é a ultima na abstracção e na execução; e, assim a terceira *nota* que nos apparece, na analyse do objecto da idéa da *acção judiciaria* é esta:—*para obrigar outro a dar ou a fazer aquillo de que tem obrigaçao perfeita*. Fica assim composta a accepção objectiva da *acção judicial civil* e a definição respectiva de CORRÊA TELLES: «*A acção, no sentido objectivo, é um remedio de direito para obrigar outro a dar ou fazer aquillo de que tem obrigaçao perfeita.*

Ha ainda duas outras accepções do termo *acção*: a *accepção formal*, que tem por correlativa a *accepção material*. A accepção convém *materialmente* ao termo, quando lhe é atribuida em razão da *materia*; a accepção convém *formalmente* ao termo, quando lhe é atribuida em razão de *fórmula*. Ora, a materia da *acção judiciaria*, como qualquer outra materia pôde ser con-

siderada sob um triplice aspecto: assim a materia *ex qua* da *acção judiciaria* é o *litigio*, que tambem se chama *lide*, *pleito* ou *demand*; a materia *in qua* é o *juizo*: a materia *circa quam* é a *relação de direito*. Por conseguinte, nesta accepção material, a *acção judiciaria* é um *litigio em juizo acerca de uma relação de direito*.

Este litigio toma *fórmula* nos *actos e termos* do *processo*, isto é, o processo dá á *acção judiciaria* o *ser* e a *operação*. Quer isto dizer que a *acção judiciaria* só realisa-se pelo *processo*. A *fórmula* pôde ser *intrínseca*, *ut species*, ou *extrínseca*, *ut exemplar*: mas, quer a *fórmula* *intrínseca*, quer a *fórmula* *extrínseca* da *acção judiciaria*, se acham no processo. Assim, o *processo*, nos *actos e termos*, dá á *acção* o estado definido e completo que a constitue em sua especie *distincta*; o *processo*, nas *fórmulas* destes *actos e termos*, dá á *acção* o *exemplar* do movimento no tempo e no espaço para a realização do direito. A *fórmula*, pois, é sempre *a realidade que dá o ser e a operação*; por outra, a *fórmula* é o *princípio que dá o ser essencial e específico á materia*; por outra, a *fórmula* é aquillo que completa ou determina *uma coisa ou o meio pelo qual ella opéra*; e, assim se diz que a «*fórmula dá o ser á coisa*», *fórmula dat esse rei*, não porque a *fórmula* seja identica ao agente ou causa *efficiente*, mas porque sem a *fórmula* o *ser* não existe senão em *potencia*; por outra, a *fórmula*, ou *causa formal*, completa a *materia actuando-a* e, por isso, se diz que a *fórmula* é a *substancia em acto*.

IV

De todas estas noções rigorosas da Escola, bem ponderadas as definições, deduz-se claramente que, no composto, é possivel, por abstracção *distinguir*, mas não *separar*, a *fórmula* da *materia*. Assim na *acção*

judiciaria, poderemos, por abstracção, distinguir a acção *remedio de direito* da acção *processo*, mas não podermos separar uma da outra, si quizermos realizar o *direito de acção*.

Ora, a *fórmula* da acção judiciaria consiste, como todas as *fórmulas*, em *actos*, que tendem a um fim, ordenadamente dispostos, procedendo sempre os posteriores dos anteriores (*pro*, adeante, *cedere*, ir, marchar), desde a citação inicial até o julgamento. Estes actos do processo, taes como a citação, a proposição da acção, a contestação, a réplica, a tréplica, a producção das provas, as allegações, a sentença, os recursos, cada um delles deve ser considerado *meio*, não só para chegar ao fim proximo, que é o *julgamento*, como ao fim remoto, que é a *segurança constitucional dos direitos*. Estes actos, quer sejam *ordinatorios*, quer *decisorios*, isto é, quer *sejam necessarios á ordem do juizo*, quer *sejam necessarios ao juizo* (Ord. liv. III, tit. 20, princ.), quer sejam *da causa*, quer *do juizo* (Glos. do abb. PANORM. ao canon *Quoniam contra*),—estes actos diremos nós, não pódem ser suprimidos, ou alterados, sem offensa da garantia constitucional da *segurança dos direitos* e da *execução das leis federaes*. Assim:

1.º Os Estados não pódem suprimir ou alterar actos de *necessidade absoluta*, taes como a *propositiōn da acção*, a *contestação*, as *provas* e a *sentença*;

2.º Os Estados não pódem suprimir ou alterar actos de necessidade da lide, necessidade que, com quanto *relativa*, funda-se em exigencias do *direito de defesa*. Assim, não pódem suprimir ou alterar a *réplica*, a *tréplica* e as *allegações finaes*: não pódem suprimir ou alterar a *réplica*, porque, quando a contestação fôr fundada, não em uma negação absoluta, mas em uma negação relativa ou em allegação de direito, o auctor tem o *direito de defesa*; não pódem

supprimir a *réplica*, porque, quando a *réplica* não fôr fundada em negação absoluta, o réu tem o *direito de defesa*; e, nestes termos, a *réplica* e *tréplica* tornam-se necessarias para a determinação do estado da lide, isto é, para a verdadeira litis-contestação. Não pôdem supprimir as allegações finaes, porque, podendo as provas alterar o estado da lide, o juiz precisa conhecer da intenção das partes após a produção das provas;

3.^º Os Estados não pôdem supprimir ou alterar as *excepções*, sem affectar direitos relativos á legitimidade das partes, do juiz e da causa;

4.^º Os Estados não pôdem supprimir incidentes taes como a *reconvenção*, a *autoria*, a *assistencia* e a *opposição*, porque seria isso atacar o direito do maior credor, o direito de evicção, o direito de defesa de interesses identicos, o direito de defesa de interesses oppostos aos dos litigantes;

5.^º Os Estados não pôdem supprimir ou alterar os *actos do juizo*, taes como a *citação*, a *notificação*, a *intimação*, as *assignações* e os *lançamentos*, porque seria isso impossibilitar a defesa;

6.^º Os Estados não pôdem supprimir ou alterar os actos do processo criminal e muito menos alterar o sistema geral do processo criminal, para, por exemplo, diminuir as garantias da defesa e do julgamento, quer pelo juiz de direito, quer pelo jury, ou para estabelecer exclusivamente o processo inquisitorio, suprimir o processo accusatorio, etc.: os arts. 72, princ., e §§ 13, 14, 15, 16 e 31 referem-se expressamente á *pronuncia*, á *nota de culpa*, á *formação da culpa*, ao *jury*, actos esses meramente processuaes, porém *essenciaes á plenitude do direito de defesa*, que é uma das garantias constitucionaes;

7.^º Os Estados não pôdem supprimir ou alterar qualquer dos processos summarios e os processos es-

peciaes, porque essas fórmas extraordinarias estão essencialmente ligadas ou a *provas preconstituidas*, ou a *factos permanentes*, ou a *motivos de ordem publica, economica, ou fiscal*;

8.º Os Estados não podem supprimir ou alterar os actos da execução, porque alli estão estabelecidos os direitos do credor e as defezas do devedor, direitos e defezas que são *actos decisarios*:

9.º Os Estados não podem supprimir ou alterar recursos, maxime no processo criminal, porque isso vae de encontro ao principio constitucional da plenitude da defeza;

10. Os Estados não podem alterar mesmo o expediente do *continuar dos feitos*, substituindo, por exemplo, a vista dos autos originaes pelo procedimento por copia ou pela communicação dos documentos entre os solicitadores ou advogados,— as allegações escriptas pelo debate oral; os Estados não podem alterar a forma das transacções, desistencias e mais actos em proveito ou prejuizo das partes, que occorrerem durante o processo: e não o podem, porque seria isso alterar a *fórmula probante* de actos publicos, isto é, alterar formalidades de *prova preconstituida*, materia essa que não pertence ao direito processual; pois como *actos probatorios* foram sempre considerados os *termos processuaes*, tanto assim que o canon *Quoniam contra*, a elles relativo, não está no tit. *de judiciis*, mas no tit. *de probationibus*, das Decretaes.

O movimento (que é o facto primitivo, o primeiro na ordem do conhecimento, como disse o Philosopho), —é tambem o facto que se impõe logo a quem estuda e analysa o processo; e, então, surgem á attenção —o *motus accretionis*, nos *termos do continuar dos feitos* (Ord. L. I, tit. 79, § 5.º), —o *motus alterationis* nos *termos prejudiciaes ou em proveito de alguma das par-*

tes (Ord. cit. e tit. 24),—o *motus lationis nos termos dos prazos e dilações* (Ord. L. III, tit. 20, § 44 e tit. 54; Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, arts. 723 e seguintes, etc.).

Ora, destas tres especies de *termos*, as duas primeiras affectam *formalidades da prova preconstituida*, como deve ser a prova dos factos judiciaes; a ultima é a que se refere ás condições do espaço e do tempo. Desta ultima especie, ha termos fataes, termos peremptorios, termos dilatorios e termos comminatorys; claro está que os Estados não podem alterar os termos fataes, taes como os de interposição de recursos e os de apresentação de embargos porque são fixados no interesse da ordem publica mais do que no interesse da discussão e do julgamento; quanto aos termos peremptorios, comminatorys e dilatorios, por serem estabelecidos mais pelas conveniencias da discussão e do julgamento, taes como os prazos para contestação, réplica, tréplica, razões finaes, dilações probatorias, apresentação de recursos, etc., esses prazos subordinados ás assignações, impedimentos e lançamentos judiciaes, não podem ser alterados pelos Estados, sinão naquillo que depender das circunstancias peculiares de tempo, lugar, distancias e meios de communicação, e que ainda não esteja providenciado em leis federaes. Nem de outro modo poderá ser entendido o pensamento da Constituinte, á vista dos arts. 6.º, § 4.º, — 34, n. 23,— 35, § 1.º,— 63, 65, § 2.º, 72 princ. e §§ 12, 13, 15, 16 e 31 e art. 83, quer em seu espirito, quer em sua letra, como passamos a demonstrar.

▼

Quem quizer acompanhar este nosso estudo—deve, antes de aventurar qualquer opinião, lêr *toda* a Constituição Federal; e, então, verificará o seguinte :

1.º Não ha texto algum conferindo *expressamente* aos Estados a attribuição de legislar sobre o direito processual das justiças locaes, assim como não ha *clausula expressa* negando-lhes essa attribuição;

2.º O art. 34, n. 23, que os separatistas dizem ser o assento da materia, é assim concebido: «Compete *privativamente* ao Congresso Nacional legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal». O adverbio —*privativamente*, que não é um termo inutil ao texto, tem o seu correlativo opposto. Por consequencia, o texto exclue a competencia dos Estados para legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal, mas não exclue a competencia do Congresso Nacional para legislar, posto que *não privativamente*, sobre o direito processual das justiças locaes;

3.º O art. 6.º, § 4.º, impõe ao Governo Federal a incumbencia de — «assegurar a execução das leis federaes»; o art. 35, § 1.º impõe ao Congresso Nacional a incumbencia de — «velar na guarda da Constituição e das leis»; o art. 72 declara que «a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade». Ora, si o Governo Federal, que é *poder executivo*, pôde «intervir», mesmo em negocios peculiares aos Estados, — «para assegurar a execução das leis federaes», com maioria de razão o Congresso Nacional, que é *poder legislativo*, pôde intervir, em negocios communs a todos os individuos, determinando não só os meios ou processos para assegurar a execução das leis federaes, como para tornar uma realidade a garantia constitucional que «assegura a inviolabilidade dos direitos». A Constituição, no art. 72, não se limita a reconhecer direitos, mas *assegura* a inviolabilidade de todos os

direitos; e sendo principio de hermeneutica que todas as leis se estendem a tudo aquillo que é essencial á sua intenção, seria absurdo suppor que os poderes federaes, tendo assumido a obrigaçao de *assegurar* os direitos, fossem despojados de dispôr dos meios consentaneos e adequados a esse fim, quaes sejam as leis sobre o processo. Portanto, o direito, que pretendem dar aos Estados, de legislar *privativamente* sobre o processo das justiças locaes, é negado por clausulas *implicitamente contidas* nos arts. 6.^º § 4.^º, 35 § 1.^º, 72 princ., da Constituição Federal;

4.^º Mais se accentúa esta implicita negativa, em frente do art. 63, que é assim concebido: «Cada Estado reger-se-á pelas leis que adoptar, *respeitados os princípios constitucionaes da União*». Ora, competindo á União a *garantia constitucional* de *assegurar* todos os direitos, *ipso facto* ficou conferido á União o poder e o direito de *escolher* e de *ordenar* os meios assecuatorios mais consentaneos e adequados, isto é, o poder e o direito de determinar o processo que as justiças dos Estados devem seguir para tornar-se uma realidade aquella garantia;

5.^º O art. 65 § 2.^º mais accentúa, não só essa cumulação de attribuições da União e dos Estados, como principalmente a *supremacia* ou *preferencia* da União. Este texto constitucional não reconhece attribuições *proprias* dos Estados, mas apenas confere-lhes *faculdade*. Eis o texto: «E' facultado aos Estados todo e qualquer poder ou direito que lhes não fôr negado por clausula expressa ou *implicitamente contida* nas clausulas expressas da Constituição». Aliás, a *supremacia* da União, que já vem decorrendo desde o titulo primeiro da Constituição e que mais se accentúa no titulo segundo e na secção segunda do titulo quarto, determina pela natureza das cousas, que essa *faculdade* con-

ferida aos Estados não acarreta uma cumulação simultânea, porém sim *suppletiva*;

6.^º Dahi decorre que os Estados não podem absolutamente legislar sobre *actos decisorios* e sómente podem legislar sobre *actos ordinatorios* do processo, quando não houver sobre o caso lei federal, e isso apenas na parte em que estes actos, dependendo do movimento local, estiverem subordinados, para sua efficacia e razão jurídica, a condições de tempo e logar peculiares a cada Estado, taes como as relativas ás distancias, aos meios de comunicação e outras semelhantes;

7.^º Por conseguinte, não é verdade que a Constituição Federal tenha estabelecido a multiplicidade do direito processual das justiças locaes.

João Mendes Júnior.

