

Ainda sobre o código do processo em elaboração

Dr. João Arruda

Com o proposito de não fatigar os membros do Conselho da Ordem dos Advogados, temendo tornar-me importuno, deixei de descer a minucias, mencionando alguns dos topicos em que se mostra atrazadissimo o processo brasileiro. A seara é vasta, mas eu me contentarei com referir um ou outro ponto, dentre os mais conhecidos. Facil me será mostrar que ha outros factos, alem dos mencionados acima, que provam ter o nosso processo ficado muito mais moroso e cheio de formulas inuteis, depois de substituidas as leis romanas pelas patrias. Ora as leis e a praxe retrogradam, ora oscillam á semelhança do pendulo em um vae-vem, lembrando os *ricorsi* de Vico: “Fala Vico de um periplo, de um cycloide, de um círculo fechado, girando, desanimadora imagem, sobre si proprio, para recommear” (Picard, Dir. Puro § 138, trad. port.).

Exemplo do regresso encontro eu lendo a consulta 65 de Valasco que, como se sabe, escreveu antes de 1603. Diz o grande jurisconsulto: “Memoro in proposita materia, quod sunt aliqui iudices supremi, adeo amatores abbreviandarum litium, et adeo cupientes litium expensas, et partium molestias ac labore vitare, quod processus propter iudicum incōpetentiã etiã improrogabilem; alias nullos, ad se tanquam iudices competentes remissos non pronuntiant nullos, sed

per interlocutoriam jubent partibus, ut dicant omnia, quae voluerint contra illos processus in alio iudicio agitados, praeter nullitatem incompetentiae, de qua jam actum est. Et si non proferunt aliquid, per quod videatur debere novum processum inchoari, iudicant ex illismet actis, et ita longas lites praecidunt, et proterviã reorum fugientim. Et est optima praxis, et digna, quae a viris integerrimis, ac supremis iudicibus, semper servetur”.

Como se vê, era de praxe que, quando o Tribunal a que se recorria tinha poder para julgar um pleito que, em 1.^a instancia, fôra ilegalmente decidido por juiz sem a competencia necessaria para proferir a sentença recorrida, não annullava o processo, mas o julgava *de meritis*. Seria isto hoje admissivel? Nunca tal facilidade foi tolerada por nossos magistrados, por oppor-se, entendem elles, á regra das duas instancias. Ora, este fanatismo por tal principio não é muito razoavel, visto como encontra várias excepções, como são as de embargos infringentes em execução e julgamento de rescisoria, quando a sentença rescindenda é confirmação ou reforma da de 1.^a instancia. Ninguem já extranha ésta supersticiosa observação do principio das duas instancias, porque sabido é que ellas foram consagradas pela Constituição de 1824, no art. 158. Acredito porém que os nossos descendentes rirão de tal nuga, do mesmo modo por que os juristas no tempo de Gaio já zombavam das fórmulas das *legis actiones*, segundo as quaes era nullo pleito em que se dizia *vites* em vez de *arbores* (Gaio, Inst. IV/II).

Um outro ponto de praxe indicarei, que não é menos significativo. E' o relativo ao conhecimento de um recurso que não o legal no caso em debate: deve conhecer o tribunal superior do agravo, si o caso é de appellação; ou da appellação, si o agravo é que cumpria ter sido interposto; e mais: deverá, ao menos, resalvar á parte que errou o direito de interpor o devido recurso? Para impedir que os Juizes facilitassem ás partes obterem justiça, ainda quando houvesse um erro, por mais escusavel que fosse, como é o do recurso cabivel em dadas circumstancias, veio o art.

27 do D. de 15 de Março de 1842. Por muito amigo do formalismo que se mostrou o legislador patrio, por muito que houvesse luctado para tolher ás partes alcançarem justiça, não pode evitar que juristas da estatura de Oliveira Machado (Practica dos Aggravos §§ 46 e 265) ainda se batessem em prol dos litigantes embaraçados na circumstancia difficil de fixação do recurso cabivel em dadas hypotheses.

Passo a indicar um caso em que as leis prohibiram num dia o que no immediato permittiram. E' o da abolição da réplica e da tréplica. Como se vê no art. 14 da Disposição Provisoria de 1832, foram abolidas as réplicas e tréplicas, e esta disposição foi revogada pelo art. 120 da L. 261 de 3 de Dezembro de 1841! Durou a medida pouco tempo mais que a rosa de Malherbes.

Querem mais? Ha o art. 671 do R. 737 *restabelecendo* as cartas testemunhaveis! De certo escriptor que repetia sempre o mesmo vocabulo, disse o estylista Ramalho Ortigão: "Isto não é escrever, é coçar-se". Não seria caso de, paraphraseando o pico do grande escriptor, dizer que isto não é legislar, mas coçar-se?... O que hoje se faz, desfaz-se amanha... Desta reviviscencia de institutos já condemnados houve muitos casos, damnosissimos para os litigantes, nas leis que se publicaram em 1890 (D. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, arts. 22 e 23. D. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 408, D. 763 de 19 de Setembro de 1890, art. 1), estabelecendo, além disto, confusão com o R. 737. Appareceu até quem pretendesse, naquella epoca, ter sido restaurada a adjudicação forçada. Mas, no momento, o que me interessa não é balburdia legislativa, e sim a revivificação de instituições que eram tidas por mortas, e não simplesmente sopitadas.

Exemplo ainda posso encontrar nas varias leis que ora estabelecem como preferivel o systema de não ser preparado o processo pelo juiz que o deverá julgar, ora precisamente o contrario.

Ainda me acode á memoria o caso dos avaliadores officiaes, em certo curtissimo periodo, no Estado de São Paulo.

Pouco acceitavel é a escusa de tractar-se de legislação experimental: a experiencia é destinada sempre a verificar uma hypothese que tem muitos visos de verdade. Nos pontos que mencionei parece que o legislador fez innovações sem o estudo que deveria precedel-as, diga-se, “puisqu’il faut l’appeller par son nom”, decretou leviaamente.

Deixo porém o defeito das leis processuaes, e passo á sua applicação. Disse Calamandrei que, ao lado da imperfeição da legislação processual italiana, ha a má organização da justiça. Examinando a imputação de Calamandrei ao Poder Judiciario, encontro certo fundo de verdade. Comquanto inspirados pelo desejo de fazer justiça, é fóra de dúvida que os juizes têm o preconceito de que devem ser *conservadores*. Com este espirito, por vezes têm elles levado ao extremo as suppostas garantias ao direito de defesa dos litigantes, escravizando-se ás formulas processuaes, e mesmo excedendo as cautelas legaes. Darei um exemplo typico deste fanatismo, sem duvida respeitavel pela intenção do magistrado. Quando aqui em vigor sobre cobrança de autos o art. 714 do R. 737, firmou o tribunal paulista a praxe de ser unicamente admissivel uma cobrança quando, segundo a letra da lei, houvesse sido *pedido com o protocollo* o processo, não podendo este pedido ser feito por preatoria em que se houvesse transcripto o recibo do advogado, nem por editaes publicados pela imprensa: nada, só o pedido com o proprio livro em que o advogado firmára o recibo original. Quaes as consequencias deste rigor de formulas? Certos advogados destituídos de escrupulos, procuravam collegas que tencionavam mudar-se desta capital, e que, tambem pouco delicados em Ethica Profissional, se prestavam a levar para longes terras autos recebidos dos cartorios: impossivel se tornava a cobrança desses processos.

Outro caso em que não houve sinão excesso de cautela contra a perda de processos confiados ao correio é o do recurso de sentença denegando *habeas corpus*. Como é

sabido, houve uma certa epoca nesta capital em que o *habeas corpus* era rarissimamente concedido, donde quasi sempre a necessidade de recurso para o Supremo. Aqui, porém, exigia-se um traslado do processo, diligencia morosa e cara. Que resultou desta praxe? Ainda mesmo pessoas de fortuna desanimaram, e o grande recurso, palladio das liberdades publicas, foi frequentissimamente sacrificado por esta formula infeliz e fatal á liberdade dos illegalmente presos.

Falei acima do recurso relativo á composição do quadro de herdeiros. Fornecerá o assumpto exemplo de outro factor de morosidade nos inventarios e partilhas. O Codigo Paulista reduziu muito (art. 162 § 1) as hypotheses em que é necessario seja o prazo assignado em audiencia, e melhor fôra, creio eu, as tivesse abolido, por serem, segundo a opinião de quasi todos os mestres, verdadeiros fosseis, só admissiveis no tempo em que não havia outros meios de publicidade. O art. 858 deu o prazo de dez dias aos herdeiros, depois de citados, para reclamarem contra a inclusão de algum interessado. No foro este prazo é assignado em audiencia (C. P. C. C., art. 860 § 1) e exige-se lançamento; e, por mais que clamem os advogados que é a formula contra a letra expressa do art. 164 § 5, additando que a praxe contra a lei é corruptela, continúa a ser exigida ésta formalidade procrastinadora do andamento do feito, que é de urgente terminação (Codigo Civil, art. 1770).

Como acabo de dizer, é geral a tendencia conservadora entre os magistrados, sendo raro algum innovador, como o era um que, em relação ao *habeas corpus*, antes da Constituição Bernardes, sustentava que o grande remedio se applicava não só no caso de embaraço do direito de locomoção (*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*), mas tambem a qualquer outra violencia á liberdade, fosse qual fosse a maneira por que se desenvolvesse ésta.

Entre o conhecido aphorismo de Bacon, tão contrario ao arbitrio judiciario, e á dictadura judiciaria, a meu ver, com razão condemnada pelo Chefe da Commissão a que foi confiada a elaboração do Codigo, bem se pode dizer: “Inter

utrumque tene, medio tutissimus ibis”. Mas não será o conselho, si a lei processual não fixar os limites desse arbitrio, deste espirito innovador do juiz, entendendo eu que, como deve ser dicto abaixo, é convenientissimo seja animado o espirito progressista dos magistrados em se tractando de Direito Processual.

Ao ler as sentenças dos magistrados brasileiros e estrangeiros, notadamente as celebres do juiz Magnaud, noto que os mais inclinados ao espirito liberal, ao Direito Livre, só se outorgam a liberdade de innovar em Direito substantivo.

Affigura-se a mim que, nenhum mal ha em que muito arbitrio seja dado aos juizes, na supposição de ter o Estado bons magistrados, em se tractando de Direito Penal, porque é justamente neste que a legislação parece mais atrasada em relação á sciencia. Hoje sérias dúvidas se levantam sobre o que legou o passado quanto á repressão dos delictos. No Direito Civil e no Commercial, de tal modo se têm evolido ou progredido as leis nestes ultimos annos que o juiz, entendo eu, nada mais deve fazer do que buscar o espirito dominante do systema juridico actual: rara será a especie em que possa julgar archaico o instituido hoje no Direito Positivo.

E’ no Direito Processual que cabe ao legislador attribuir ao magistrado uma liberdade que lhe é indispensavel, mesmo, como affirmei acima, para que possa elle acudir ás innovações do Direito Civil e do Commercial. Falou-se em estender a todas as nullidades o principio de que só são ellas decretaveis, quando tragam prejuizo á parte que as argue: “Pas de nullité sans grief”. A extensão desta regra a toda especie de nullidade, aos actos nullos e aos annullaveis, teria como consequencia dar ao juiz um poder discricionario que tornaria sem força obrigatoria as leis processuaes. Com effeito, si é a annullação do acto a unica sancção, a unica maneira de tornar obrigatorias as leis, claro é que o Codigo do Processo ficaria um mero repertorio de conselhos.

E' possível seja o systema muito bom, mas, no momento historico actual, ninguem pensa em adoptal-o, e, por isto mesmo, o Codigo Paulista só dá ésta regra como sendo admissivel em se tractando de actos annullaveis, e não de nullos (CPCC., art. 355, n.º II letra c). Não deve este principio ser confundido com o do art. 355, n. I, letra b, de que, com tanta sensatez, se occupou Savigny, ao tractar da interpretação das leis (Dir. Rom. § 37, pag. 225, nota e).

O que, em these, me parece aconselhavel é a redução dos actos nullos e a restricção das fórmulas e solemnidades.

Partindo estou, repito, da supposição de se alcançar uma magistratura á altura das exigencias dos progressos juridicos. Permittir a um individuo sem preparo scientifico, o abeberar-se no espirito do systema juridico, e mesmo fazer obra de legislador em casos omissos, eis o que seria rematada loucura.

Como porém dar um limitado arbitrio ao juiz? Qual a formula a plasmar na lei? Como fixar as lindes da liberdade outorgada ao Poder Judiciario? Com razão lembra Ihering a phrase de Seneca: "Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit". Sim! E' arduo encargo para quem redige uma lei. O legislador deve ter grande pericia na arte de legislar: o estylo é dom natural que se aperfeiçoa, o senso porém do que convem á sociedade é coisa que só a natureza, a observação dos factos, a investigação das necessidades publicas e a experiencia da vida social podem outorgar. Houve todavia quem dividisse a feitura de uma lei em tres partes: 1.ª indagar quaes as necessidades sociaes a que devem corresponder as normas e adaptar éstas a taes exigencias; 2.ª ligar os preceitos a serem formulados em lei com o systema juridico em seu conjuncto, coordenando e harmonizando todas as normas; e finalmente 3.ª a transformação do trabalho em lei (Miceli, Fil. § 122).

O serviço propriamente de redacção do Codigo, uma vez que a Comissão conheça perfeitamente as exigencias das

varias regiões a que é destinado, é obra relativamente facil para homens de grandes conhecimentos theoreticos como são os que compõe esse corpo de technicos, versadissimos nos segredos do estylo que convem ás normas juridicas, na arte de legislar, propinqua da de sentenciar, comquanto seja ésta objecto de uma das partes da technica judiciaria, como explica Demogue.

Eis a minha contribuição para a composição do futuroCodigo, e, si pouco autorizado sou pelos dons naturaes, devo valer-me de minha longa experiencia.

São Paulo, 25 de Novembro de 1935.