



REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
SÃO PAULO

ANNO DE 1899

VOL. VII



SÃO PAULO
Typ. a Vap.—Espindola, Siqueira & Comp.
RUA DIREITA N. 10 A
1899

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
SÃO PAULO

ANNO DE 1899

VOL. VII



SÃO PAULO
Typ. a Vap.—Espindola, Siqueira & Comp.
RUA DIREITA N. 10 A
1899

COMMISSÃO DE REDACÇÃO

Dr. Brazilio Augusto Machado de Oliveira.

Presidente

Dr. Frederico José de Araujo Cardoso Abranches.

Dr. Pedro Augusto Carneiro Lessa.

Dr. Manoel Clementino de Oliveira Escotel.

Dr. João Mendes de Almeida Junior.

REVISTA

..

BIBLIOGRAPHIA

Theoria do Processo Civil e Commercial, pelo Dr. JOÃO PEREIRA MONTEIRO.
S. Paulo.—Typ. da Comp. Industrial.—
1899.

I

Mais um jurisconsulto entra para o quadro dos tratadistas e praxistas brasileiros. O dr. JOÃO MONTEIRO acaba de publicar o primeiro volume da sua *Theoria do Processo Civil e Commercial*, contendo: o programma para as suas lições da terceira cadeira do quarto anno da Faculdade de Direito; noções preliminares sobre a determinação scientifica do Direito Judiciario e sobre a theoria geral das acções; uma parte geral sobre o organismo do processo, com um titulo para as noções preliminares e tres capitulos, um sobre a organização judiciaria, outro sobre as partes litigantes e seus auxiliares, outro sobre as fórmulas do processo.

Os nossos estatutos e regulamentos dão á materia desta cadeira a denominação de—*Theoria do processo civil, commercial e criminal*. O programma do eme-

rito professor, comquanto mantenha esta denominação, parece preferir que se tivesse dado á materia de sua cadeira a denominação—*Direito Judiciario*.

A locução —*Direito Judiciario*—teve maior acceitação nas Faculdades Italianas, onde os professores julgaram conveniente, como indispensavel preliminar ao estudo das leis do processo, o estudo, não só das regras da jurisdicção e competencia, como das garantias constitucionaes e administrativas da organização judiciaria. Aqui, ño estadò actual das cousas, quando a Constituição republicana-federal, de 24 de Fevereiro de 1891, conferiu a cada um dos Estados do Brazil a attribuição de legislar sobre a sua organização judiciaria e tambem sobre processo, mais se accentuou a utilidade de estudar todas as garantias anteriores e posteriores, formaes e consequenciaes, de uma boa organização judiciaria. Por outro lado, convinha dar maior desenvolvimento á *doutrina das acções*, consideradas estas em suas accepções subjectiva e objectiva, accepções que não pôdem ser confundidas com a accepção formal, unica que entra no quadro da *doutrina do processo*. Acresce que a *doutrina das provas* tambem não pôde, em toda a sua comprehensão, entrar na *doutrina do processo*.

O *Direito Judiciario* é o complexo dos principios e leis que regem, não só o poder judiciario, como tambem as pessoas que a elle requerem ou delle necessitam, para administração da justiça. Preferimos esta definição mais velha e mais simples, não só por ser mais dialectica, mais clara e mais breve, como tambem porque, collocados entre a definição do *Programma* e a de MANFREDINI, ambas descriptivas, pareceu-nos de melhor aviso não sahir dos antigos arraiaes.

Assim, o *Programma* diz que o *Direito Judiciario*—é o complexo das leis e fórmas segundo as quaes o

poder judiciario restabelece o equilibrio das relações de direito violadas ou ameaçadas, ou sómente as declara de um modo solemne. Esta definição, além de suppor fórmias processuaes não determinadas pela lei, usa da metaphora—*restabelece o equilibrio*, o que, por si só, constitue um vicio de dialectica; pois, a definição deve sempre, segundo a regra dos *Topic.*, VI, I, 2, do PHILOSOPHO, conter termos proprios: *Definitio non sit metaphorica, quia propriè non convenit definito, sed per translationem; et quidquid enim per translationem dicitur, obscurum est.* Si o *Programma* refere-se ás fórmias introduzidas pela praxe, como distinctas das fórmias determinadas pelas leis, faz referencia inutil, porque a praxe nada mais é do que a manifestação do pensamento latente no texto das leis: *Definitio supra genus et differentiam nihil debet addere; redundans est si sit quidem proprium id quod adjunctum est, sed, eo detracto, nihilminus reliqua definitio propria sit et essentiam declaret.* Por outro lado, a definição do *Programma* deixa de referir-se aos principios, para referir-se sómente ás leis; e, do mesmo modo, deixa de referir-se ás pessoas ou partes que requerem ou necessitam do juizo, para referir-se sómente ao poder judiciario, como si tambem a actividade das partes não estivesse sujeita aos principios e leis que regem as acções, a *prova* e o *processo*. Si a definição do *Programma*, como descriptiva, tem o merito de abranger tambem a jurisdicção graciosa ou administrativa, deixa em esquecimento a acção espontanea dos juizes ou o procedimento *ex-officio*, defeito que não tem a definição, aliás tambem descriptiva, de MANFREDINI. A definição do *Programma*, desde que entrou no plano de especialisar todas as manifestações da actividade do poder judiciario, deveria tambem referir-se á actividade *não provocada*, á actividade *ex-officio* dos juizes, visto que, comquanto seja um ideal a abolição do procedimento

ex-officio, este ideal ainda não foi realizado e casos ha em que sua abolição é digna do mais escrupuloso exame, ponderadas as oppportunidades ou circumstancias de um povo.

MANFREDINI formúla assim a sua definição:— *O Direito Judiciario é o complexo das leis que determinam a constituição das autoridades judicarias e os actos e fórmas com que estas são requeridas a prover e provêem á conservação e ao livre exercicio dos direitos concedidos pela lei.* Nem por isso, porém, a definição de MANFREDINI é superior á definição velha; basta considerar que MANFREDINI suppõe direitos não concedidos pela lei, supposição que, no estado actual da civilização e da sciencia juridica, deixou de ter fundamento: o direito é um poder moralmente inviolavel, mas sua primeira virtualidade consiste em impor-se pela força social; si faltar lei positiva, não falta a lei natural, que os juizes são tambem obrigados a applicar. Mesmo os direitos politicos e certos direitos sujeitos á acção dos agentes do poder executivo-administrativo, mesmo esses direitos, comquanto não providos de acção judiciaria, não podem deixar de ser reconhecidos pela lei e são tutelados por garantias politicas e administrativas; de sorte que, si aos direitos politicos e si a alguns direitos privados não corresponde uma acção judiciaria, todo o direito, quer publico quer privado, não deixa por isso de ser reconhecido pela lei. Outro vicio da definição de MANFREDINI é a redundancia da locução— *actos e fórmas*: pois, quem diz *fôrma* já diz *acto*, isto é, não se comprehende *acto sem fôrma*, assim como não se comprehende *fôrma* que não seja *acto*. A *fôrma* é a *substancia em acto*, assim como a *materia* é a *substancia em potencia*. Não desconhecemos que a palavra *acto* póde ser entendida no sentido de attributo da operação; mas, não é neste restricto sentido que MANFREDINI a emprega, nem é esse

o sentido technico. *Nomen actus*, diz o ANJO DA ESCOLA, commentando o PHILOSOPHO, *Metaph.*, VIII, 8, § 9, *primò fuit attributum operationi, sic enim quasi omnes intelligunt actum, secundo autem exinde fuit translatum ad formam in quantum forma est principium operationis et finis.* Bem mais correcto foi o NOSSO velho PEREIRA E SOUZA, quando, para definir o processo, empregou sómente a expressão —*fôrma*, apezar de saber perfeitamente que o processo é uma série ordenada de *actos*. Quando a potencia activa age; ou, por outra, quando a potencia passiva é posta em *acto*, se diz que a materia tomou *fôrma*. Por isso, os Escolasticos dizem que as *fôrmalidades* são as *actualidades da substancia*.

II

O *Direito Judiciario* desmembra-se em quatro doutrinas:

- 1.º A *doutrina da organização judiciaria*;
- 2.º A *doutrina das acções*;
- 3.ª A *doutrina das provas*;
- 4.º A *doutrina do processo*.

Ha tratadistas desta materia que se limitam a dividir o *Direito Judiciario* em dous ramos: a *organização judiciaria* e o *processo*. Certamente, estes tratadistas consideram a *doutrina das acções* mais como materia do *Direito Civil* propriamente dito, do que como uma materia do *Direito Judiciario*: e, quanto á *doutrina das provas*, consideram-n'a como pertencente á *doutrina do processo*. Outros, como o professor MATTIROLO, dividem o *Direito Judiciario* em tres partes, considerando como ramo distincto da *doutrina do processo* a *doutrina das provas*. á qual denominam *direito probatorio*. A

o Código Portuguez e o Código Italiano, sem fallar em outros, avocaram a disciplina das provas, no que diz respeito á sua determinação, designação, preconstituição, valor jurídico, limites e condições de admissibilidade, deixando aos codigos do processo sómente a disciplina extrinseca dos actos da producção em juizo. MORTARA, que, nos seus *Principios de Processo Civil*, se mostra avêso a este systema, não deixa, entretanto, de encomiar o methodo de MATTIROLLO, que fez da *doutrina das provas* um ramo especial do seu tratado de *Direito Judiciario Civil*. Os actos processuaes tendem a ordenar a lide e a preparar a instrucção do juiz sobre o facto e o direito: d'ahi a distincção dos *actos do processo* em *actos ordinatorios* e *actos decisorios*. Alguns consideram os *actos probatorios* como *ordinatorios*, e outros, como *decisorios*; mas, quem attender para a nossa Ord., Liv. III, tit. 20, princ., verá allí a distincção dos actos do processo em *actos necessarios á ordem do juizo* e *actos necessarios ao juizo* e, entre estes, que são os *actos decisorios*, a citada Ord. inclúe as *provas*. Ninguem duvida que as *provas*, desde que são produzidas em juizo, têm de ser subordinadas á disciplina do *processo*; e, do mesmo modo, as *acções*, uma vez propostas, seguem a fórma processual determinada pelas leis. Mas, a prova dos actos juridicos muitas vezes se confunde com os proprios actos, ou por necessidades de ordem publica, como, por exemplo, nos casos em que a escriptura é da substancia do contracto, ou tambem por necessidades de ordem pratica, como, por exemplo, nos testamentos, nos contractos cambiaes (letras de cambio), reconhecimentos e autenticações, registros, etc. Mesmo, nas provas casuaes, a força probante dos actos, affectando tão intimamente a propria relação de direito, não é cousa que possa caber simplesmente na determinação das leis que regulam a ordem dos feitos em juizo. Este assumpto, para nós,

é de summa importancia, afim de que os Estados do Brasil, agora que se acham com a attribuição de legislar sobre processo, não estendam a sua acção até o ponto de legislar sobre as acções, sobre as provas *preconstituídas* e sobre condições e effeitos das provas *casuaes*, como já o tentaram fazer, mesmo neste Estado, em relação ás condições para o exercicio das acções.

Toda esta confusão tem vindo do emprego pouco escrupuloso das locuções—*leis substantivas* e *leis adjectivas*—*direito material* e *direito formal*, a ponto de considerarem alguns as locuções *leis adjectivas* e *direito formal* como equipollentes, em toda a sua extensão e comprehensão, á locução—*leis do processo*.

O illustre autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial* deixou-se arrastar por uma indevida extensão dessas analogias, quando, a pag. 208, aventurou os seguintes conceitos: «Da combinação dos arts. 34 n. 23 e 59 a 63 ficou assentado duplo systema: unidade de lei *substantiva* civil, commercial e criminal, e multiplicidade da lei *adjectiva*. O Congresso Federal faz a lei *material* para toda a Republica; cada Estado ficou, portanto, autonomicamente constituido, distincto e *independenté* do poder judiciario federal». Entretanto, elle proprio reconhece que nem todas as leis que, segundo a analogia de BENTHAM, entram na categoria de *adjectivas*, são leis de processo: assim, por exemplo, á pag. 69, as leis que regulam o *direito de acção* e, á pag. 80, as leis que regulam a obrigação de produzir a prova e o emprego das provas, leis essas que, acceitando a doutrina de ASSER, elle declara *inseparaveis* do proprio direito. E mesmo quanto ás leis de processo, elle proprio, para determinar a acção do direito judiciario no espaço, viu-se forçado a reconhecer que os *actos decisorios* podem influir directamente sobre a propria relação do direito.

BENTHAM, quando formulou a classificação das leis em *substantivas* e *adjectivas*, usou apenas de uma analogia, para marcar a differença entre as leis que regulam as relações de direito e as leis que têm por objecto tornar realisaveis aquellas; elle jámais poderia suppor que tanto abusassem de uma classificação meramente analogica. Temos lembrança de ter visto al-gures uma critica a esta classificação de BENTHAM, como que prevendo as occasiões de abuso a que ella daria logar. Afinal de contas, propriamente fallando, tão *substantivas* são as leis que regulam as relações de direito, como as leis que regulam os actos em juizo, quer consideremos a substancia no sentido metaphy-sico, como categoria ou predicamento, quer conside-remos a substancia no sentido logico, como signifi-cando a essencia ou a natureza de uma cousa, a fórma ou a materia, ou mesmo a reunião de uma e de ou-tra. E tambem, propriamente fallando, tão *adjectivas* são as leis que regulam as relações de direito, como as leis que regulam os actos em juizo, visto que umas dão *qualidades*, posto que *immanentes*, áquellas relações e outras dão-lhes *qualidades* para tornal-as *transitivas* ou effectivas pela força social, isto é, umas e outras acarretam determinações e especificações ao sujeito activo e ao sujeito passivo da relação de direito.

Outra confusão, que tem trazido muitos inconvenientes, é a que resulta da falta de attenção ao ver-dadeiro sentido das expressões — *material* e *formal*. Propriamente fallando, não ha lei, não ha regra de direito, que não seja *formal*; e tambem não é sinão por ana-logia que se tem dado ás leis que regulam as rela-ções de direito a denominação de *direito material* e ás leis que regulam a fórma extrinseca dos actos ju-ridicos, extrajudiciaes ou judiciaes, a denominação de *direito formal*. Si considerarmos as regras sobre rela-ções de direito e as regras do processo, antes de sua

realização, umas e outras estão em estado de *potencia* e, portanto, umas e outras são *materia*, segundo a verdadeira significação do termo: *Materia secundum se ipsam neque est QUID, neque QUALE, neque QUANTUM, nequealiquid aliud eorum quibus ens determinatur* (Confirma-se o PHILOSOPHO, Metaph., I, VI, c. 3 § 4, edic. lat. de EHRLE). Si considerarmos as regras do processo e as relações de direito, como realizadas, umas e outras estão em estado de *acto* e, portanto, umas e outras são *fórm*as, segundo a verdadeira significação do termo, como *substancias em acto*, e, por isso, se diz que *forma dat esse rei*.

Não é licito pois, usar das expressões *leis adjectivas e direito formal* como equipollentes á expressão *direito processual* do texto constitucional. Nem mesmo se encontram aquellas expressões na Constituição de 24 de Fevereiro de 1891. Aliás, o art. 34 § 23 da referida Constituição, unico que se refere ao nosso assumpto, está assim concebido: «Compete *privativamente* ao Congresso Nacional legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o *processual da justiça federal*»:— não é logico deduzir d'ahi que possa ser attribuida ao poder legislativo dos Estados a competencia *privativa* de legislar sobre o *direito processual das justiças locaes*. Por essas e outras é que MERLIN tanto se revoltava contra a mania dos argumentos *a contrario sensu* e que BERRIAT SAINT-PRIX, na sua *Logique juridique*, assim se exprime: «Toutes les fois qu'il se tire d'un texte qui renferme l'application pure et simple des principes généraux, l'argument *a contrario sensu* n'est pas concluant. Rien ne prouve, en effet, qu'en s'expliquant formellement sur une hypothèse, la loi ait voulu exclure dans les autres l'application du principe. Il est difficile de citer deux hypothèses entièrement contraires de tous points». Ao Congresso Nacional compete *privativamente* legislar

sobre o direito processual da justiça federal: isto exclúe a competencia do poder legislativo dos Estados para legislar sobre o direito processual da justiça *federal*, mas não exclúe a competencia do Congresso Nacional para legislar sobre o direito processual das justiças *locaes*, quando seja isso conveniente; isto quer dizer que ao Congresso Nacional compete, posto que *não privativamente*, legislar sobre o direito processual das justiças locais.

As consequencias das vigentes disposições constitucionaes, em *Direito Judiciario*, são pois as seguintes:

1.º Compete aos Estados legislar sobre a organização do seu poder judiciario;

2.º Legislar sobre as *acções* é da competencia *privativa* do Congresso Nacional;

3.º Legislar sobre as *provas*, no que diz respeito á sua determinação e efeitos, é da competencia *privativa* do Congresso Nacional;

4.º Legislar sobre o processo da justiça *federal* é da competencia *privativa* do Congresso Nacional;

5.º Os Estados podem legislar sobre o processo da justiça *local*; mas, o Congresso Nacional não está inhibido de exercêr identica attribuição, maxime no que diz respeito aos *actos decisorios*, visto que estes podem affectar a propria relação de direito. Mesmo no que diz respeito aos *actos ordinatorios*, a competencia dos Estados tambem *não é privativa*, de sorte que o Congresso Nacional póde, si julgar conveniente á segurança da relação de direito e á effcaz applicação das leis civis, commerciaes e criminaes,—legislar sobre os *actos ordinatorios*. E, em taes casos, prevalece a lei federal. Aliás os Estados têm reconhecido esta doutrina, tanto assim que, no tocante aos processos de casamento e divorcio, hypothecas e fallencias, nenhum ainda se lembrou de legislar.

A proposito do ponto que ora consideramos, o conselheiro Antonio COELHO RODRIGUES, na sua exposição de motivos sobre o projecto do Código Civil, diz o seguinte: «Antes do Código Napolitano, o geral dos civilistas tratava sempre; sinão da Theoria do Processo, ao menos da Doutrina das Acções, como materia integrante de sua especialidade. Era uma tradição do Direito Romano, respeitada até o começo deste seculo por todos os codificadores, inclusive o portuguez; mas, abandonada pelos redactores d'aquelle código, que nisso têm sido imitado por quasi todos os outros posteriores. Apesar d'esses exemplos, si não fôra a escassez do tempo e a urgencia do trabalho, eu teria talvez incluído no terceiro livro da parte geral um titulo para a Doutrina das Acções, ainda que limitado ás suas divisões e subdivisões principaes e ás respectivas indicações, assim como outro para a Theoria do Processo Civil em geral, embora pudessem parecer exorbitantes da comprehensão do meu assumpto. E digo — *pudessem parecer*, porque, na realidade, *não exorbitaria*... Muitos dos códigos civis que conheço — comprehendem, não só a theoria, como o regulamento da prova (o italiano, por exemplo); e esse regulamento, ao menos, é mais processual do que a Theoria do Processo».

O novo Código do Processo Civil Allemão não trata das acções sinão restrictamente sob o ponto de vista da competencia, da nullidade e da rescisão; quanto ás provas, porém, esse Código, não se limitando á administração da prova, ou ao processo para a producção em juizo, estabelece regras que affectam as condições intrinsecas, isto é, a força probante dos actos. Já vimos que em Portugal e na Italia outro foi o systema em relação ás provas, por isso que as regras relativas á *força probante* dos actos e, tambem em geral, á *forma probante*, foram collocadas no Código Civil. Si, para os paizes de legislação processual completamente uni-

taria, este assumpto não é tão digno de determinação, outro tanto não acontece para aquelles que, como o nosso, tiveram occasião de romper essa unidade. Tal é a gravidade do assumpto que, na Constituição Federal dos Estados Unidos da America do Norte, promulgada em 17 de Setembro de 1787, está consignado, no art. IV, secção I, ultimo alinea, o seguinte principio: «O Congresso póde, por leis geraes, determinar qual será a fórma probante dos actos publicos e processos judiciaes e os effeitos que dos mesmos devem resultar». Pois, si um paiz de legislação completamente separada, como os Estados Unidos da America do Norte, julgou necessario affirmar a competencia do Congresso Federal para determinar a *fórma e a força probante* dos actos publicos e dos actos do processo, como admittir, entre nós, para isso, a competencia privativa do poder legislativo dos Estados?

No estado actual do nosso mechanismo constitucional, a classificação das doutrinas que compõem o *Direito Judiciario* é de grande importancia. Lamentamos que o autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial* se mostre tão propenso a conferir ao poder legislativo dos Estados a competencia privativa para legislar sobre o processo da justiça local; lamentamos que o autor não tivesse assignalado, como ramos distinctos das doutrinas da *organização judiciaria* e do *processo*, as doutrinas das *acções* e das *provas*. O systema da federação, mesmo por causa da autonomia dos Estados, exige que tenhamos o espirito bem aguçado para todas as distincções.

III

Tratando dos *principios de existencia* e de *essencia* do *Direito Judiciario*, o illustre autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial*, resolvendo usar da technica

positivista e spenceriana, empregou as locuções—*embryologia* do *Direito Judiciario*—*linhas embryologicas* do *Direito Judiciario*, para substituir o *principium existendi* dos Escolasticos, e empregou a locução complexa —*necessidade politica*, para substituir o *principium essendi* ou *razão de ser*. Parece-nos que os termos escolasticos deveriam ser mantidos ou, pelo menos, não ser substituidos por metaphoras taes, como as resultantes das expressões—*embryologia* e *linhas embryologicas*. E' possível que não tenhamos bem medido a extensão da analogia contida naquellas locuções, analogia que o illustre autor poderia ter buscado ou na physiologia ou na historia natural, especialmente na zoologia ou na botanica. *Embryologia* do *Direito Judiciario*, diz elle, «é o estudo de sua formação e desenvolvimento na lucta pelo direito subjectivo». Como termo de physiologia, *embryologia* é a doutrina da formação dos embryões e de sua vida desde o ovulo até o nascimento; como termo de zoologia, é o estudo sobre o germen fecundado e que já tem um certo desenvolvimento no ovo, nas entranhas maternas; como termo de botanica, é o estudo sobre o germen da planta contido na semente e que se desenvolve pela germinação. SPENCER, examinando os aspectos geraes da hypothese da evolução organica, tirou argumentos da *embryologia* comparada, para demonstrar que a lei *embryologica*, enunciada por VON BAER, está em harmonia com aquella hypothese; ora, esta lei *embryologica* de VON BAER determina que, nos primeiros periodos de sua existencia, todos os organismos se assemelham pelo maior numero de seus caracteres; que em cada época subsequente o organismo adquire traços que distinguem o embryão em via de desenvolvimento dos grupos de embryões aos quaes elle se assemelhava antes, diminuindo, pouco a pouco, os grupos de embryões a que elle ainda se assemelha; e que assim a classe das fórmias similares

é reduzida á sua especie. Por exemplo, o embryão do homem primitivamente semelhante a todos os outros, se differencia primeiramente dos embryões vegetaes, depois dos embryões invertebrados e subseqüentemente toma os caracteres dos mamíferos, depois os dos mamíferos placentarios, depois os dos mamíferos unguiculados e, por fim, os do homem.

Ora, SPENCER, quando buscou applicar á sociologia os principios e termos da biologia, foi o primeiro a declarar que usava de figuras de linguagem, de analogias, de metaphoras; e, prevendo a critica, assim se defende: «As metaphoras são aqui mais do que metaphoras no sentido ordinario da palavra: ha analogia real entre o organismo individual e o organismo social». Em todo o caso, a analogia, por maior que seja a attribuição ou a proporção em que se funde, é sempre uma analogia e não uma identidade. Seja, porém, como fôr, parece-nos que o autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial* não prestou toda a sua illustrada attenção á doutrina de SPENCER.

Realmente, que analogia ha entre a lei embryologica de VON BAER e o conceito de SAVIGNY, no qual, diz o autor, acham-se as linhas embryologicas do *Direito Judiciario*? O conceito de SAVIGNY é este: «O direito subjectivo jámais se manifesta tão claramente como quando, negado ou violado, a autoridade judiciaria vem reconhecer-lhe a existencia e a extensão». Ora, si a idéa que o autor exprime pela locução—*linhas embryologicas*—é a mesma de SPENCER, parece-nos que o referido conceito de SAVIGNY, comquanto revele o mais importante attributo de direito subjectivo:

1.º Não mostra o *Direito Judiciario* em gérmen, no primeiro periodo de sua existencia, assemelhando-se a todos os mais organismos sócias pelo maior numero de seus caracteres;

2.º Não mostra o *Direito Judiciario*, em cada época subseqüente, adquirindo traços que o distinguem em via de desenvolvimento dos grupos de embryões a que se assemelhava antes, nem mostra como, pouco a pouco, foram-se diminuindo os grupos de embryões a que se assemelhava o *Direito Judiciario*;

3.º Não mostra como o *Direito Judiciario*, pela reducção das fórmas similares á sua especie, ficou caracterizado e bem definido na legislação e na sciencia juridica,

E si o conceito de SAVIGNY não serve para isso, muito menos serve o conceito de JHERING. O conceito de JHERING é este: «O fim do direito é a paz; a lucta, o meio de attingil-o». Em que estes conceitos revelam a formação do *Direito Judiciario*, desde o seu estado de embryão até o seu nascimento como ramo especial da legislação e da sciencia juridica? Affirmar que o direito apparece-nos como poder do individuo e que a força é meio de firmal-o,—isso não é descrever as *linhas embryologicas* do *Direito Judiciario*, isso é assignalar as notas da idéa do direito subjectivo; ou por outra, isso não é dar o *principium existendi*, locução escolastica que corresponde a idéa de *embryologia*, mas assignalar que o direito, como poder do individuo, além de ser moralmente inviolavel, tem a virtude de se impor pela força social.

Seria preferivel que o autor, desde que se filiou á escola spenceriana, fosse um adepto completamente disciplinado, isto é, seria melhor que o autor buscasse no proprio SPENCER a *embryologia* do *Direito Judiciario*, tal como se acha exposta nos seus *Principios de Sociologia*.

«Na origem, diz elle, não ha preceitos regularmente estabelecidos; sómente em tempo de guerra, ha uma subordinação espontanea e temporaria aos chefes

mais habeis. Estes aggregados sociaes informes tendem a augmentar e as differenças entre as partes que os compõem tornam-se maiores, mais precisas e mais numerosas. A' medida que a sociedade se desenvolve, suas unidades cahem nas diversas ordens de actividades determinadas por differenças nas condições locaes ou nas faculdades individuaes; por ahi se formam pouco a pouco organismos sociaes permanentes, complicando-se os organismos primarios por organismos secundarios que vão surgindo.

«Nos grupos mais grosseiros, ha não sómente ausencia de autoridade politica, mas resistencia a qualquer soberania. A direcção começa sómente com a influencia do guerreiro mais activo e se fortifica quando a essa capacidade natural junta-se a crença de que lhe seja attribuido um poder sobrenatural. A acção militar e a acção judiciaria se unem, a espada é a razão ultima em ambós os casos: empregada na acção judiciaria, após uma guerra de palavras em presença da autoridade; empregada na acção militar, sem a precedencia dessa guerra de palavras. Unidas como são as funcções judiciarias e militares, ellas são naturalmente exercidas pelo mesmo organ, que assim como decide dos negocios da guerra e da politica publica, mais tarde profere julgamentos e impõe suas decisões para casos semelhantes.»

Estas funcções, estes julgamentos e estas decisões são as verdadeiras *linhas embryologicas*, não só do *Direito Judiciario*, como de qualquer outro ramo de direito positivo.

Muito mais feliz foi o autor, quando, para designar o *principium essendi* ou a *razão de ser* do *Direito Judiciario*, usou das expressões:—«Necessidade politica do poder judiciario pela necessidade sociologica de restringir a natural expansão da defesa privada». Não

convem dar a cada um a attribuição de dizer e manter, por sua propria força, o proprio direito, porque isto seria confundir o direito com a força e daria occasião de continuas perturbações da ordem social. *Ne occasio sit majoris tumulti faciendi*, é a razão da regra de PAULO, no Dig. L. 176, *de div. reg. jur.*, que se encontra reproduzida nas nossas Ords., L. III, tits. 57 e 58.

IV

Mas, no intuito de dar a feição synthetica da historia das instituições judicarias, o autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial*, tentando mostrar como a lei darwinistica da *selecção natural* e a lei spenceriana da *evolução* se accentuam nessa historia, procura para isso o apoio de COGLIOLO: o illustre autor não precisava desse apoio, tanto mais quanto absolutamente não lhe serve de auxilio.

DARWIN, quando escreveu a sua obra sobre a *Origem das espécies*, tratando da ordem dos seres creados, certamente não cogitou da possibilidade de ser a sua hypothese aproveitada em um tratado de *Direito Judiciario*. O proprio SPENCER, como já vimos, quando estabelece os seus principios de sociologia, é o primeiro a reconhecer que a applicação da sua lei da evolução aos phenomenos sociaes é o resultado de uma *analogia* e não de uma *identidade*. Quanto a COGLIOLO, esse, apesar do seu ensaio sobre a *evolução juridica*, diz nos seus *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, o seguinte :

«È chiaro però che le leggi formulate dal DARWIN e da altri su l'evoluzione degli organismi viventi non possono essere applicate, senza modificarle, a fenomeni diversi, come sono i sociali: e questi non si possono

examinare allo stesso modo di quel che si studiano le piante o gli animali o gli astri. . Non basta adunque dire che l'evoluzione sociale ha i principii comuni con quella delle altre cose del mondo, nè basta, per dimostrarlo, servirsi di sottili simiglianze e di parole prese alle scienze naturali. ., come sarebbe a dire *darwinismo sociale, fisiologia della società, dinamica sociale, equilibrio delle forze, cellule sociali, tessuti connettivi* (parentele), *tessuti epidermici* (gli istituti di difesa), e simili denominazioni. A mantenere quest'andazzo verboso concorre, per massima parte, il fatto che i seguaci di quello, che, tanto per intenderci, diremmo positivismo moderno, tengono per assioma essere tutti i fenomeni del mondo, fisici e sociali, soggetti alle stesse leggi e doversi al concetto dell'unità delle forze fisiche sostituire il concetto de l'unità delle forze di tutto l'universo. Ma questa asserzione, molto azzardata, dev'essere limitata da alcune considerazioni: ed in primo luogo, essa non è ancora una verità certa ma un'ipotesi. Delle molte differenze fra i fenomeni naturali e sociali, una è molto importante e riguarda la volontà umana che entra a formar gran parte dei fatti concernenti la società. Un tempo le scienze morali e filosofiche dominarono le scienze naturali, e fu un grande male; ora avviene il caso contrario, ed è sempre un male grande. È invece necessario che procedano e quelle e queste separate e distinte tra di loro; forse un giorno le leggi, da esse trovate, si potranno ridurre in una o in poche leggi universalissime, ma per adesso la è un'ipotesi non fondata e che inciampà la via alle serie ricerche».

Tudo isto se encontra na citada obra de COGLIOLO, no capitulo I, intitulado—*La moda nella scienza*. Si o proprio COGLIOLO faz tal juizo do novo methodo, claro está que o seu nome foi mal invocado pelo illustre autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial*.

Notaremos, de passagem, que, mesmo entre os que pretendem applicar as theorias darwinistica e spenceriana aos phenomenos juridicos, não ha unidade de vistas: na Itália, por exemplo, não só COGLIOLO, como PUGLIA e COLAJANNI, cada um delles traz censuras sobre o modo por que outros applicam as referidas theorias. Confira-se, para não irmos mais longe, a obra de PUGLIA, *Il diritto nella vita economica*, capitulo III, intitulado—*La lotta per l'esistenza e le leggi giuridiche*, onde elle quer mostrar, á pag. 29, «quanto si ingannino alcuni nell'applicare le dottrine darwiniane ai fenomeni sociali», e á pag. 31, revolta-se «contro coloro che, secondo il loro torna-conto, vogliono applicare alla politica o all'organamento della vita sociale le dottrine del naturalismo scientifico».

Não queremos dizer que esta carapuça tenha sido talhada para o illustre autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial*; mas, a verdade é que os exemplos dados pelo illustre autor não esclarecem a applicação da lei spenceriana.

DARWIN, na sua *Origem das especies*, expondo o seu systema, estabelece, como principio fundamental, que os animaes e plantas derivam de um pequenissimo numero de fórmulas primitivas, talvez mesmo de uma fórmula unica, por meio de transformações ascendentes, operadas pela *concurrentia vital* (*lucta pela vida*) e pela *selecção natural*, que consiste nisto: «A lucta pela vida tem como resultado a morte de todos os individuos inferiores e, em consequencia, a conservação daquelles que devem a uma particularidade qualquer uma superioridade relativa: é a *selecção natural*».

Mas, acrescenta o autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial*, este principio, «completado pela lei do transformismo indefinido de SPENCER», accentua-

se nas instituições judiciais dos povos antigos e modernos. A formula da lei spenceriana da *evolução* é a seguinte: «A evolução é uma integração de materia acompanhada de uma dissipação de movimento, durante a qual a materia passa de uma homogeneidade indefinida, incoherente, a uma heterogeneidade definida, coerente, e durante a qual tambem o movimento retido soffre uma transformação analoga».

Os dous exemplos dados pelo illustre autor não satisfizeram a nossa curiosidade de ver, nas instituições judiciais, a realisação da lei spenceriana. Diz o illustre autor: «Guardavam primitivamente os Romanos tal connexão entre o *conteúdo* e a *fôrma*, que a falta de uma virgula matava o processo—*si virgula nequit, causa cadit*; pois bem: a evolução diferencial dos tempos subsequentes chegou ao extremo opposto — *plurima facta tenent, quæ nondum facta vetantur*». Neste exemplo vemos que primitivamente os Romanos tinham um processo homogeneo, mas um homogeneo muito e muito *definido*. Ora, no systema spenceriano, «o *processus* de integração combina-se com o *processus* de diferenciação, para que esta mudança não seja simplesmente da homogeneidade para a heterogeneidade, mas de uma *homogeneidade indefinida* para uma *heterogeneidade definida*». No exemplo, esses *processus*, si combinam-se, é para um resultado opposto ao da lei spenceriana, porque vemos alli, não a mudança do *homogeneo indefinido*, mas a mudança do *homogeneo definido* (rigor e symbolo da formula) para o *heterogeneo indefinido* do *plurima facta tenent*; não vemos, nesse exemplo, «o character de *definição crescente* que acompanha a *heterogeneidade crescente*». Quanto ao segundo exemplo, menos clara nos parece a applicação; pois, diz o autor: «Ao principio dominava o homogeneo systema das *legis actiones* · relação de direito, que se não pudesse enquadrar em alguma dessas acções, ficava

indefeza. Esta inadaptação deu logar á primeira differenciação entre o *jus* e o *judicium*, depois entre a organização da instancia (processo *in jure*) e a lide (processo *in judicio*), ainda entre o *jurisdictio* e o *officium judicis*, e appareceu, com o seculo VI, o systema das *fórmulas*. Mas, a evolução não podia parar e com DIOCLECIANO (an. 294 de J. C.) veiu a *extraordinaria cognitio*, que, differenciando novas relações de direito e, com estas, novas acções, abriu por sua vez logar á maravilhosa heterogeneidade juridica contemporanea, tão completa em suas actuações reaes quão simples em sua morphologia legal. No direito novo, tão copiosas e variadas se volveram as relações sociaes que já ninguem contesta a desnecessidade de baptisar a acção ajuizanda. Assim allegamos na appellação n. 180 de Pindamonhangaba e assim unanimemente julgou o Tribunal de Justiça por Accordam de 4 de Fevereiro de 1896». Ora, por maior que seja a autoridade da jurisprudencia, parece-nos que os Ministros que proferiram aquelle Accordam não podiam estendel-a até o ponto de encampar a doutrina spenceriana, nem mesmo disso teriam cogitado. Por outro lado, bem ponderado o assumpto, verifica-se que, no exemplo citado, si se póde considerar homogeneo o systema das *legis actiones*, será para ver alli, não um *homogeneo indefinido*, mas um *homogeneo bem definido*. Dizemos isto, porque, segundo a exposição de COGLIOLO (que tambem se diz *evolucionista*, comquanto a seu modo e a seu geito), «ciascuna azione (che è dire ciascun diritto) aveva nel casellario dei pontefici una sua formola con parole fisse che ne indicavano il contenuto, come *de arboribus succists*; ma tutte portate innanzi al magistrato, avevano commune la formale solennità di certe parole che dovevano pronunciare le parti contendenti; queste parole o aveano pér iscopo il *sacramentum* o la *postulatio judicis*; donde tutte le

actiones, tra loro diverse, andavano sottoposte alcune al *modus agendi per sacramentum*, altre al *modus agendi per iudicis postulationem*, ed altre al *modus agendi per manus injectionem* ; è adunque chiaro che *legis actiones* si dicevano le singole individualizzate *actiones* realizzanti ciascuna un diverso diritto». Si é exacta esta apreciação, o systema das *legis actiones*, *homogeneo*, porém, *definido*, quanto ao processo, era *heterogeneo* quanto á acção. A diferenciação se teria depois formado, não entre o *jus* e o *iudicium*, mas entre o *jus* e a *actio*; mesmo porque, mais tarde, no periodo do processo formulario, si o heterogeneo continuou nas acções pela multiplicação das fórmulas, o homogeneo accentuou-se mais no processo pelo gradual desaparecimento do symbolismo material e do ritual de pantomimas consagradas; por fim, mais homogeneo se tornou o processo, com a *cognitio extraordinaria*, visto que, neste ultimo systema, o *jus* e o *iudicium* confundiram-se, desaparecendo completamente a distincção entre o *magistratus* e o *judex* e desaparecendo até aquella multiplicada série de fórmulas. Bem se vê que, na exposição do autor, si accentúa-se a segunda causa da evolução, que é a *multiplicação dos effectos*, não apparecem as outras duas, isto é, a *instabilidade do homogeneo* e a *segregação das forças*. Por essas e outras é que COGLIOLO, nos seus *Saggi sopra l'evoluzione del diritto* não se abalançou a subordinar-se, de corpo e alma, ao systema de SPENCER; «imperocchè (diz elle) se le lege generali mostrano la parentela tra i fenomeni giuridici e tutti gli altri del mondo, le *leggi specifiche* danno il carattere peculiare del diritto e costituiscono il vero nocciolo della *evoluzione giuridica*. Le *leggi specifiche* dell'evoluzione giuridica sono meno generali e perciò maggiori di numero; forse le si potrebbero mostrare un corollario delle generali; forse anche si potrebbe mostrare che, con diversa parvenza e for-

mulazione, regolano anche gli altri fenomeni sociologici; *ma per ora ciò non è licito affermare*».

Esta ultima phrase de COGLIOLO é, como se vê, *tiro e queda* na these do autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial*, tanto mais quanto este illustre autor pretende abrigar-se á sombra de COGLIOLO. Não queremos dizer que COGLIOLO, com as suas *leis específicas*, esteja melhor collocado do que aquelles que se subordinaram *in totum* á doutrina de SPENCER; mas, como o illustre autor invocou o auxilio de COGLIOLO, quizemos mostrar que esse auxilio de nada lhe póde servir.

Si tivéssemos confiança na applicação da lei spenceriana ás instituições judicarias, não consultaríamos COGLIOLO; iríamos á *fonte limpa*, isto é, iríamos ao proprio SPENCER, que, além de mais autorisado, como chefe da escola, é mais verosimil. SPENCER assim se manifesta na sua *Sociologia*:

«Provas diversas se unem para mostrar que a acção judicaria e a acção militar, tendo por fim common corrigir faltas reaes ou suppostas, são alliadas desde o principio. A espada é a razão ultima nos dous casos; empregada em um, após uma guerra de palavras em presença de uma autoridade, cujo auxilio é pedido, emquanto que no outro nada de semelhante a precede. A discussão em côrte de justiça substitue pouco a pouco a lucta armada. Aproximadas como são as funcções judicarias e militares, ellas são naturalmente preenchidas, a principio, pelo mesmo organ: o corpo triplice primitivo formado pelo chefe, os homens principaes e o povo. Decidindo dos negocios da guerra e das questões de politica publica, profere também julgamentos sobre as questões individuaes e impõe suas decisões. Segundo o desenvolvimento que as actividades sociaes dão a qualquer desses elemen-

tos do triplice corpo primitivo, d'ahi resulta uma fórma ou outra de acção para a administração da lei. Si o militarismo predomina, torna-se absoluto em todos os pontos, inclusive no ponto judiciario; si predomina a oligarchia, seus actos judicarios são mui pouco ou quasi nada modificados pela opinião da massa; si as circumstancias do meio e o modo de vida são de natureza a impedir a supremacia de um homem ou a de alguns, o poder judiciario primitivo é conservado ou reconquistado pelo aggregado de homens livres. Na maior parte dos casos em que o militarismo habitual acarreta a sujeição do povo, a organização judiciaria, que nasce á medida que a sociedade augmenta e se complica, tem por funcçionaria a classe sacerdotal ou a classe militar, ou cada uma dellas em parte: suas respectivas partes dependendo apparentemente da proporção entre o gráo de subordinação consciente aos chefes humano e ao divino cuja vontade os sacerdotes dizem exprimir. Mas, com o progresso do industrialismo e o nascimento de uma classe que, adquirindo a riqueza e o saber, consegue influencia, o systema judiciario acaba por ser amplamente, e emfim principalmente composto de funcçionarios sahidos desta classe; e estes homens distinguem-se de seus predecessores, não só porque têm outra origem, mas tambem porque se consagram exclusivamente ás funcções judicarias.

«A principio, vemos o chefe administrando a justiça em pessoa, ora aqui, ora alli, segundo os negocios militares ou judicarios o conduzem a um logar ou a outro, em seu Estado; depois, com um crescimento dos negocios, vemos a nomeação de delegados para ouvir os litigantes nas differentes circumscriptões e, por fim, vemos o estabelecimento dos juizes regionaes. Com o desenvolvimento do governo central e consequente augmento de negocios, impondo a dele-

gação das funcções; apparece, pois, na organização judiciaria, como em todas as outras, uma *differenciação progressiva*, tornando-se mais frisante a que apparece entre os tribunaes *leigo*, *ecclesiastico* e o *militar*: as luctas de jurisdicção separaram esses tribunaes».

Eis como SPENCER explica a evolução das instituições judicias; nessa exposição elle trata de accommodar á evolução da organização judiciaria as tres leis da *instabilidade do homogêneo*, da *multiplicação dos effeitos* e da *segregação das forças*.

Mas, a hypothese da evolução, tal como foi imaginada por SPENCER, já vai cahindo da moda, principalmente depois que PAULO JANNET, na sua obra sobre as *Causas Finaes*, demonstrou que a *lei da instabilidade do homogêneo* offerece difficuldades até para ser comprehendida: «car comment dans un tout primitif absolument homogène peut-il y avoir des forces différentes *en espèce*, et même en intensité? Comment *dans le tout* peut-il y avoir un côté interne et un côté externe?» Pois, si, mesmo nos limites da biologia, a lei da evolução, com a construcção systematica de SPENCER, não passa de uma hypothese, como pretender applical-a ás instituições judicias?

O illustre autor teve, elle proprio, occasião de fugir do seu chefe SPENCER, quando, posto que com alguma confusão de idéas, declarou-se, na pag. 64 da mesma *Theoria do Processo Civil e Commercial*, partidario da methaphysica, isto é, «dos principios e das verdades absolutas» e confessou que «a concepção organica das sociedades não obedece unicamente ás leis da biologia ou da anthropologia. As leis sociaes se inspiram na moral e em conveniencias economicas, que a anthropologia não conhece, absorvida por completo no estudo do homem em suas relações com a natureza». Muito bem: nós, os escolasticos, dizemos

isso mesmo, pôsto que em outros termos; para nós «a *physica* é a *philosophia real* natural e a *metaphysica* é a *philosophia real* racional: isto quer dizer que, para os escolasticos, estas duas sciencias têm um objecto *commum*, a *realidade*». E, por isso, não queremos acceitar a *hypothese* da evolução spenceriana, maximé para as instituições judicarias.



JHERING, no seu *Espirito do Direito Romano*, considerando o direito como um organismo, faz uma analyse que elle denomina—*anatomica e physiologica*. Elle proprio reconhece, como se pôde ver á pag 27 da sua obra (traducção franceza de MEULENARE), o seguinte: «Cette comparation, les expressions: organique, croissant naturellement, etc., sont aujourd'hui fort à la mode; mais elles ne sont souvent qu'une brillante enseigne, et rien de plus, qu'une de ces professions de foi creuses, et que l'on étale au debût d'un ouvrage pour ne plus s'en souvenir ensuite». E a proposito cita uma passagem de JEREMIAS BENTHAM, em que este chega a dizer o seguinte (pag. 28 do *Tratado de legislação*, edição franceza de DUMONT): «J'étais frappé, en lisant quelques traités modernes de medecine, de la classification des maux et des remèdes. Ne pourrait-on pas transporter le même ordre dans la legislation? Le corps politique ne pourrait-il avoir son *anatomie*, sa *physiologie*, sa *nosologie*, sa *matière medicale*? Ce que j'ai trouvé dans les Tribonien, les Cocceji, les Blackstone, les Vattel, les Pothier, les Domat, est bien peu de chose; Hume, Helvetius, Linnée, Bergmann, Cullen, m'ont été plus utiles».

Não sorprehende, pois, que o autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial* tivesse enveredado pelo

mesmo caminho, quando affirma que «o *Direito Judiciario* é um *instituto medicinal*, cuja actividade consiste em oppor as regras de direito (o direito no estado *physiologico*) ás violações das relações de direito (o direito no estado *pathologico*), de modo que se restabeleça a *saúde* das mesmas relações juridicas. Assim como a *physiologia* é o estudo do mecanismo humano em seu estado de integridade ou de *saúde*, assim também podemos denominar sciencia da *physiologia juridica* o estudo do direito em sua abstracção legislativa; e bem como a *pathologia* é o estudo das desordens occorridas no organismo humano ou das *molestias*, assim também a *pathologia juridica* será o estudo das violações das relações de direito. E como a *therapeutica* é o complemento da *pathologia*, faz-se ainda o estudo dos *remedios* contra aquellas desordens ou *molestias*; e, então, bem como a *therapeutica* é a parte da *medicina* que tem por objecto o curativo das *molestias*, assim a *therapeutica juridica* será o estudo dos meios restabelecadores do equilibrio das relações de direito. Desta idéa vem a natural transição para o *Direito das Acções*».

Tudo isto demonstra quanto é scintillante a imaginação do illustre autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial* e quanto é possível abusar do talento; mas, a natural transição para o *Direito das Acções* não depende dessas phantasias. As *acções* são *remedios*, mas *remedios de direito*, *remedia juris*, como dizem HEINECIO e BOHEMERO. O termo—*remedio* não é um termo *technico*, exclusivamente pertencente á medicina, como parece ao illustre autor; é um termo de metaphysica, um termo de ontologia, que se applica á acção, em geral, de qualquer ente, quando, para consecução do fim, ha impedimento a remover. *Actio conducens ad assecutionem finis dicitur* MEDIUM; *ac si impedimenta finis removeat*, REMEDIUM *nuncupatur*, dizem os ESCO-

lasticos, commentando o Philosopho, quando trata da *acção* como categoria metaphysica. Já se vê, pois, que, para considerar a *acção judiciaria* como um *remedio*, não ha necessidade de recorrer a metaphoras e, muito menos, a analogias tiradas da medicina.

O proprio autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial* incumbiu-se de desmanchar a figura da sua *synthese physiologica*, exposta no seu § 11, quando, na nota 7 do § 7, disse o seguinte: «Devemos — nos manter em guarda contra aquelles que exageram a extensão das sciencias medicas e anthropologicas, para nellas enquadrar quaesquer phenomenos juridicos».

VI

Paramos aqui. O livro do doutor JOÃO MONTEIRO é um bello trabalho, sombreado pela preocupação da novidade e suspeitado pelas referencias que faz ás suas razões de appellação em causas que elle proprio defendeu perante o nosso Tribunal de Justiça. As tendencias insubordinadas do seu vigoroso espirito, no correr da obra que ora apreciamos, se manifestam mais de uma vez e em pontos de não somenos importancia; mas, nem por isso, a *Theoria do Processo Civil e Commercial* deixa de ser um tratado utilissimo, um livro magnifico, onde ha muito que aprender e onde ha muitos elementos para desafiar o nosso estudo. Na pag. 55 desta obra, declarando com toda a sinceridade que hauriu em MANFREDINI a classificacão dos principios que legitimam as leis do processo civil, o illustre autor cita o pensamento de FONTENELLE: «ce n'est qu'en montant sur les épaules des autres que nous pouvons voir d'un peu loin», e acrescenta que, por sua vez, MANFREDINI subiu aos hombros de MANCINI. Pois bem: nós subiremos aos hombros do doutor

JOÃO MONTEIRO. Temos mais um ponto donde poderemos observar a realisabilidade do direito. E, então, o humilde escriptor destas linhas, parodiando o pensamento do escolastico BERNARD DE CHARTRES, será «um anão sobre hombros de gigantes», e terá todo o cuidado de aproveitar bem a *perspectiva*. Aliás, essa *perspectiva* não é cousa de pouca monta; tanto assim que ROGERIO BACON, um dos precusores do positivismo moderno, que figura entre os escolasticos indisciplinados (e que, por esse lado, assim como pelas suas antonomasias, quer a da Escola, *doctor resolutus*, quer a dos seus contemporaneos, *doutor maravilhoso*, nos faz lembrar o illustre autor da *Theoria do Processo Civil e Commercial*),—ROGERIO BACON, segundo narra HAURÉAU, na Historia da Philosophia Escolastica, III, pag. 90, observa que—«*parmi tous les philosophes, totum vulgus philosophantium, qu'on en trouve un seul qui sache la perspective*».

S. Paulo — 1899.

João Mendes Junior.



O CRIME DE SOROCABA

Estudo Medico-legal

Por motivos independentes de minha vontade, a parte psychologica deste estudo deixa de acompanhar a parte medico-legal: aquella seria o complemento d'esta.

Como, porém, nesta que escrevi, me parece haver alguma cousa de util, não para os que sabem, mas, para os que estudam, mesmo *mutilado* o artigo lhe dou publicidade na *Revista da Faculdade*, cujo agasalho é o seu unico titulo de recommendação.

I

«Considerando que as regiões antero-lateraes do pescoço e a região posterior do thorax apresentavam alterações profundas que ahí se manifestavam mais intensamente, factos estes já constatados no exame do dia 22 de Março; considerando que os cadaveres fortemente contundidos se putrefazem mais rapidamente, como nol-o diz Casper, confirmado por Vibert em suas observações, e, attendendo a que estas regiões foram mais rapidamente invadidas pela putrefacção do que outras sujeitas as mesmas condições de meio, é de presumir

que estas partes tivessem sido séde de violencia physica.

Appellando para as mesmas considerações é de presumir tambem que os órgãos genitales externos tivessem soffrido alguma violencia.

Não podem affirmar a existencia de defloramento, attendendo a destruição das partes componentes da vulva.

Appellando ainda para as considerações acima exaradas sobre os órgãos genitales, é de presumir que sim, isto é, que houve violencia para fim libidinoso, sendo esta violencia a força physica, pelos motivos já enumerados»

Eis as principaes conclusões do auto de autopsia praticada no cadaver de J., menor de 8 para 9 annos, exumado oito dias depois da inhumação, em Sorocaba, scenario de um dos mais commoventes crimes, o qual veio recordar outro passado ha annos, no Maranhão, tendo como protogonista um homem, cuja posição social mais ainda contribuiu para celebrar a causa.

Como assumpto de estudo, o crime em questão encerra problemas, interessantes alguns e delicados outros, para cuja solução os peritos devem ser prudentes e lembrarem-se de que muito mais sobem no conceito scientifico, quando se confessarem inhabilitados a darem resposta decisiva, que o fazerem jogando com probabilidades ou presumpções.

Em medicina judiciaria, o juiz não quer saber se a causa da morte foi, supponhamos, congestão cerebral, abortamento, asphyxia, etc., etc. O que elle indaga, organisada a pericia, é, se n'um dado caso, trata-se ou não de um crime. Se sim, se o resultado do exame autorisa esta conclusão, elle agirá tranquillo, pois a lei e

a sciencia o ampararão. No caso contrario, quando não for possivel o diagnostico medico-legal, os peritos confessando-se inhabilitados de o fazerem, o juiz agirá do mesmo modo, tranquillo, pois, si de um lado a justiça interroga e a sciencia conserva-se muda, sem base, sem elementos de acção, isto contribuirá algumas vezes para a impunidade de um delinquente, nunca, porém, para a condemnação de um innocente.

Trata-se no caso em questão de um facto complexo, sendo para lamentar que o estado do cadaver não tivesse podido contribuir para a elucidação segura de certos pontos de sciencia, bellos e attractivos como a fonte da qual promanam.

1 Não obstante, como materia de estudo para mim, passo a desdobral-o em tantos quantos, por mais practicos e uteis eu os considere, como sejam, A) O estado de putrefacção do cadaver de J., impedia os peritos da determinação da causa da morte?

B) Se sim, como se poderia ou se pôde explicar-a?

Bastariam estas duas questões que reputo capitaes, para me levarem a escrever um compendio e não um simples e modesto artigo, qual este, que só tem por objectivo me obrigar a meditar sobre assumpto de subida magnitude scientifica.

Digo, capitaes, porquanto a ellas se prendem algumas outras, cujo conhecimento ou solução, estudadas aquellas, menos difficilmente se conseguirá.

II

O estado de putrefacção do cadaver de J., impedia os peritos da determinação da causa efficiente da morte?

O estudo da putrefacção em medicina judiciaria vem demonstrar o quanto seu conhecimento contribue para a solução de problemas importantes, como são todos de que se incumbe a medicina judiciaria, quer civil, quer criminalmente fallando.

Nada se parece menos com um cadaver putrefacto que outro cadaver putrefacto.

Semelhante conceito paradoxal á primeira vista, é uma sentença.

Desde os mais remotos tempos os autores a explicam pela diversidade *do meio*, variando o processo se ella se inicia no ar, na agua, ou na terra. O *meio* representa a influencia *decisiva* sobre a decomposição da materia organica?

Desde o momento da morte o corpo fica sujeito a acção das leis physicas e chimicas que reduzem seus elementos constitutivos á combinações mais simples. Esta transformação da materia estando subordinada á essas leis, influencia extrinseca da putrefacção, tambem soffre poderosamente a influencia de factores intrinsecos, ora accelerando, ora retardando essa consequencia natural da morte.

Na monumental encyclopedia de Maschka, em estudo magistral feito por Schauenstein, professor na Universidade de Graz, sobre os —phenomenos cadavericos— se lê o seguinte: «Eu creio que a opinião geralmente admittida, que as alterações cadavericas devam inevitavelmente variar segundo o meio em que achar-se o cadaver, não seja exacta. E' preciso, quando no caso concreto se queiram estudar as alterações, considerar sempre se e até que gráu, e em qual reciproca relação, os particulares factores decisivos, isto é, ar e humidade, podem explicar a sua acção combinada. Não basta saber em que *meio* se achava o cadaver para

poder determinar as alterações que se deveriam verificar. De facto, no cadaver exposto ao ar livre podem verificar-se não só a intensa putrefacção como o opposto da mesma, isto é, a mumificação: Além disto é de notar que em um só e mesmo *meio* podem algumas vezes virificar-se muitas alterações que nelle são possíveis, já consecutivamente, já simultaneamente; e com certeza se pôde excluir sómente a formação da adipocera ao ar livre e a mumificação na agua.»

O proprio Casper que até estabeleceu a proporção de 1: 2: 8 conforme o *meio* fôr o ar, a agua, a terra, a vista de circumstancias desconhecidas, como elle mesmo confessou, que favorecem ou impedem a putrefacção, cita o seguinte exemplo:—«Examinei a 20 de Março de 1848, 14 homens quasi todos da mesma idade, de 24 a 30 annos, vivendo todos nas mesmas condições (proletarios obreiros); se achavam na mesma Camara da Morgue; tinham succumbido sobre as barricadas, a 18 de Março, todos com o mesmo genero de morte e á mesma hora. Encontravam-se ahi as mesmas condições, e, entretanto, não houve dous que offerecessem os mesmos signaes de putrefacção.»

O apoio que fui buscar em autoridades quaes estas acima citadas, tem por fim esclarecer que não basta encontrar-se o cadaver ao ar livre, para justificar-se a maior rapidez da putrefacção. Isto se dará, quando ao ar juntar-se certo gráu de humidade, condição sem a qual não haverá putrefacção. O ar quente e secco, em excesso, determinando evaporação activa e seccura do *meio ambiente*, pôde dar a mumificação, como acontece frequentemente nos desertos do Sahara e da Lybia.

De sorte que, sem humidade no ar, este não cumprirá sua missão, a qual mais se accentuará se se dêr o concurso do estado electrico da atmospheria.

Se em auxilio das influencias extrinsecas e idoneas vierem as intrinsecas, quaes a idade, sexo, genero de morte, integridade do corpo, etc., etc., etc., a putrefacção se dará e seguirá sua marcha.

Fui obrigado a esta ligeira recordação, pelo facto do cadaver de J. ter se putrefacto ao ar livre, o quê, motivando o acceleramento da putrefacção, extinctas as relações das partes constituintes do corpo, destruidas estas, não ter permittido o diagnostico da morte.

In concreto ou individualmente fallando, que é como se devem resolver problemas desta natureza, tudo isto é verdade.

In abstracto, será da mesma fórmula?

O cadaver foi encontrado no dia 22 de Março do corrente anno e no mesmo dia examinado. Oito (8) dias depois foi exhumado para novo exame e autopsia e o resultado foi o mesmo, attendendo-se ao estado ainda mais adeantado da putrefacção, tanto que já certos ossos do esqueleto estavam a descoberto; no entretanto os pulmões extremamente reduzidos de volume e sem fórmula propria.

Por presumpção, como á tudo se referiram, os peritos admittiram lucta anterior, explicada não só pelo desalinho das vestes e posição do cadaver, como até por contusões em certas regiões, como o pescoço e dorso, séde de mais intensas alterações, o que, com o estado electrico do *meio*, contribuiu para o adiantamento da putrefacção, difficultando, si não impossibilitando tudo. 'Pois bem.

Além de outros factos referentes ao infanticidio, consignados pelos autores, eu já tive occasião de proceder a exumação do cadaver de uma creança, enterrada á 18 dias. Encontrei o corpo em putrefacção

adeantada e os pulmões, reduzidos de volume e occupando as goteiras costo-vertebraes, ainda me esclareceram certas duvidas que haviam sido suggeridas pela autoridade.

Longe de mim pretender irrogar deficiencia do exame, no caso que estudo. O faço em these; *in abstracto*, como já o disse; pois, *in concreto*, como deve ser, a verdade já foi dita.

Dizem, e eu não nego, que um cadaver contundido ou mutilado, putrefaz-se mais celereamente que outro qualquer. Entretanto sabe-se do que se deu no caso de uma mulher, leiteira da rua d'Hauteville, assassinada por Barré e Lebiez.

Perpetrado o crime, Lebiez cortou as duas coixas do cadaver, as occultou e o tronco foi achado no Mans.

Bergeron, Delens, Tillaux, Farabœuf consultados, pensaram que as coixas deviam estar cortadas de fresco, pois não tinham ou apresentavam, se quer, começo de putrefacção.

No entretanto o crime foi praticado ha mais de oito dias . Este facto referido por Brouardel, elle o explica pela rasão dos membros terem sido cortados antes de serem influenciados pela acção dos micro-organismos esparsos no ar.

Quem a vista do exposto, quizer tirar conclusões do geral para o particular, arrisca-se a graves compromettimentos, com sacrificio até de sua propria reputação.

E, por mais regular que, num caso dado, seja a putrefacção, si se inquerir qual a data da morte, isto, disse Orfila, é tarefa acima dos recursos da sciencia, á qual não se deve pedir o que ella não póde dar.

Para justificativa do que venho de descrever, lembro ainda o facto seguinte:

Em 1887 ou 88 deu-se no Rio de Janeiro uma epidemia (?) de mortes subitas, no sentido attribuido vulgarmente á essa expressão. Certo dia, um homem que cahiu morto na rua do Lavradio, vinte a vinte cinco minutos depois, dava entrada no Necroterio. Algum tempo depois, cerca de tres horas de alli ter entrado, eu compareci e, cousa notavel, o cadaver ainda estava bastante quente e já exhalando máu cheiro.

Não pude precisar o gráu thermico, por não ter um thermometro na occasião, mas recordo-me bem ser a temperatura elevada. Isto deu-se no mez de Dezembro, mez de forte calor humido.

Se não se soubesse das circumstancias acima mencionadas, se o corpo não estivesse ainda quente, se me perguntassem sobre a data da morte e eu pretendesse responder, o começo da putrefacção me levaria a conclusão distanciada da verdade.

A pratica da medicina legal ensina e exige que não se tirem conclusões dogmaticas ou absolutas. No vivo como no morto o perito deve contar com alguma *cousa* occulta, vindo destruir o seu raciocinio e nem a autoridade tem o direito de exigir opinção que não seja modelada no que acabei de expôr.

Levados pelo estado de putrefacção do cadaver de J., os peritos responderam com presumpções ou probabilidades. Questão puramente de facto, se a putrefacção era bastante adeantada, a ponto de não poderem determinar a *causa mortis*, eu só explico as respos-tas que deram como desejo ardente de contribuirem, mesmo assim, para o esclarecimento da Justiça.

O delinquente trahio-se; confessou ser o aútor do crime, *sem saber ou poder*, dizem, o como elle se

deu. Caso ainda o crime se conservasse occulto nas trévas e o inquerito continuasse, a Justiça, com essas respostas se embaraçaria em difficilimas questões. Supponhamos.

Na região costo-mamaria direita notaram uma *solução de continuidade, ovalar, deixando ver no seu fundo um tecido denegrido, constituido pelos musculos da região, muito alterados pela putrefacção.*

Ora, desde que pela intensidade da putrefacção do pescoço e dorso, presumiram que estas regiões soffreram a acção de violencia physica; a solução de continuidade, mencionada na região costo-mamaria, cujos musculos estavam *muito* alterados, solução esta ovalar, podia levar a autoridade a crer que essa solução fosse devida a acção de algum instrumento vulnerante e portanto a região tambem passiva de alguma violencia physica.

Eu acredito que essa solução, bem como a outra encontrada na parede abdominal, foram produzidas pela putrefacção ou então por algum animal, como costuma acontecer aos cadavères expostos ao ar, no campo, por exemplo, como neste caso.

No estudo da putrefacção muito se deve attender para certas alterações que se assemelham a lesões praticadas em vida, cujo diagnostico differencial se torna necessario afim de evitarem-se enganos compromettedores.

Não estando os tecidos reduzidos á putrillagem, muitos dias depois da morte ainda se póde, como já disse acima, determinar se num caso dado houve ou não uma contusão, por exemplo. E, comquanto no facto em questão os peritos não alludissem a época da morte, ella dando-se ha mais de oito dias (8) como deu-se, segundo disseram ou verificou-se, affirmaram

elles terem encontrado na vagina uma mancha escura que *presumiram* ser uma contusão. Não procuraram, talvez pelo estado do cadaver, ver se de facto alli deu-se uma violencia physica ou se a tal mancha corria por conta da decomposição dos tecidos.

Esta região, que a vista do occorrido, devia prender a attenção dos peritos, com particularidade, foi ligeiramente apreciada, pois, a tal mancha interrogada pelo bisturi talvez respondesse no sentido de uma violencia physica.

O delinquente, dizem, procurou estuprar J. Esta circumstancia ou, dado o estupro com defloração, podia no caso em questão ser esclarecida? Os signaes materiaes do estupro com defloração não podiam, concordo, ser encontrados, apreciados, por causa da alteração dos tecidos da região.

Mas, apesar de 8 para 9 annos, sendo a victima desenvolvida, a copula podendo ter-se effectuado e dada a ejaculação, *integro ainda o canal vaginal* (1) a ponto de em uma de suas paredes ter-se visto a tal mancha acima referida; com uma cureta ou outro qualquer instrumento, retirando-se ou raspando-se o que houvesse nelle, talvez o microscopio revelasse a presença de espermatozoides. Isto seria possível?

Tem sido observado, affirmam além de outros Maschka e Brouardel, que, abertas as vesiculas seminaes 12, 24 e até 40 horas depois da morte, os espermatozoides ainda se encontram vivos e aptos portanto a fecundação. Ora, se em prazo, qual este, tem sido essas cellulas encontradas vivas, em tempo um pouco mais longo, relativamente fallando, podiam ellas, as cellulas referidas, os espermatozoides ainda serem encontrados já mortós, é verdade, mas denunciando

(1) O grypho é meu.

alli a presença prévia do—esperma—, o que indicaria ter havido união carnal.

E, dada esta possibilidade, que creio, a Justiça teria mais um elemento para a punição de dous crimes, coexistindo simultaneamente, como delictos connexos, na expressão de Puglia.

A proposito, agito a seguinte questão, cujo esclarecimento correrá por conta dos doutos.

Dito, como já foi, que os espermatozoides podem sobreviver ao homem até 40 horas depois da morte; dada a hypothese que uma mulher, cujo marido morreu *ab intestato*, querendo ter direitos a successão, ouvindo fallar sobre isto, se prestasse, depois de convenientemente preparada, a receber um pouco do *humor prolifico* retirado do cadaver do marido e em seguida ficasse impregnada, pergunto, o filho terá pae?

Hypothese e só hypothese, no entretanto dá motivo a que os manuseadores do direito fallem, como costumam fazer, com sabedoria.

Medico, mas convivendo com o que a sciencia do Direito tem de mais escolhido, eu, agitando a questão, quero aprender, lembrando-me do que se dá na fecundação artificial.

Nessa hypothese, quem não tem vida não póde dar vida. E' certo.

Mas, se os espermatozoides, depois da morte do homem, ainda tem vida, a qual é um prolongamento da do homem, segue-se que este prolongamento da vida tambem deverá ser o de um direito.

Foi parenthesis que abri e peço perdão por perder-me em seára alheia. Isto mais uma vez vem provar que, mesmo de um estudo qual o deste assumpto, podem surgir questões cuja belleza, cuja importancia,

seduzem os que se veem obrigados a, como eu, meditar sobre o que da medicina se relaciona mais intimamente com o Direito e a Lei.

O desenvolvimento que estou dando a este assumpto, como se vê, circumscreve-se aos principios geraes da putrefacção, mais particularmente *ao meio* em que foi encontrado o cadaver de J. Mesmo assim, me tenho subordinado só ao facto em questão, não discutindo ponto por ponto das causas que contribuem para irregularisar a putrefacção n'aquelle *meio*.

Se isto se dá ao ar livre, tambem acontece nos outros *meios*, quaes a agua e a terra. A temperatura do liquido, seu estado de repouso, etc., concorrem para a acceleração ou o retardamento da putrefacção. Sendo de notar que se o corpo morto conserva-se debaixo d'agua, portanto a abrigo do oxygeno do ar, putrefaz-se lentamente, conservando mais ou menos as suas proporções. Retirado d'agua, neste estado, exposto a acção ou influencia do ar, a decomposição se accelera por fórma tal, o corpo toma tão grandes proporções que, quem vio o cadaver ser retirado d'agua e vir pouco depois, não o reconhecerá. Isto é facto incontrverso.

Quando *o meio* fôr a terra, conforme tambem sua natureza, seu gráu de humidade, etc., etc., a putrefacção variará. E, tanto isto é assim que, ao ter-se de construir um cemiterio, uma das principaes cousas a estudar é a natureza do terreno, afim de ver se elle tem qualidades devoradoras, na imaginadora expressão de Brouardel ou conservadoras.

A proposito da putrefacção na terra, aprez-me recordar um facto, o qual eu reputo a apothose do curativo antiseptico.

Corriam os primeiros dias posteriores a proclamação da Republica, quando um menino de 12 para

13 annos, mais ou menos, não me lembro como, foi victima de um tiro, morrendo não immediata mas sim consecutivamente, tendo recebido os soccorros necessarios. A autoridade, 15 a 20 dias depois de enterrado o corpo, fel-o exhumar para o respectivo exame e, cousa notavel, todos os tecidos estavam em putrefacção bem pronunciada, menos os cobertos pelas peças do curativo antiseptico, com o qual o corpo foi enterrado. Devido a isto, pude descrever a posição do atirador e do atirado, pelos orificios de entrada e de sahida do projectil, o que tudo foi depois confirmado pelo inquerito.

Ante facto de minha observação pessoal, quando num caso dado tiver havido a intervenção do medico; como em face dos progressos da sciencia não é dado admittir que elle não empregasse aquelle curativo, mesmo muitos dias depois do corpo enterrado, a exumação e exame subseqüentes poderão esclarecer duvidas, que appareçam mais tarde.

Não julgo descabida esta communicação, pois; estudando como estou fazendo, a putrefacção em um facto criminoso, suas relações com a criminologia em geral poderão contribuir, como se vio no caso acima, para salvaguardar os interesses da Justiça, todas as vezes que ella pergunte se o curativo antiseptico póde produzir aquelle resultado.

Abstrahindo de casos como este, sempre, que a autoridade consultar o medico sobre a possibilidade de, pela exumação, poder chegar a um determinado fim, cumpre aquelle inquerir do tempo do enterramento, da *causa mortis*, se conhecida, para responder com segurança. Casos ha, porém, que seja qual for a época da morte, a exumação virá em auxilio da Justiça, nos casos, por exemplo, de identidade ou de envenenamentos.

Assim, não se deve dizer *à priori* que, pelo facto da putrefacção adeantada, a exumação não dará resultado, porquanto, no geral dos casos o silencio do tumulto não tem sido perturbado improficuamente, como attestam todos que praticam a medicina-legal.

E, si em tempo illimitado depois da morte, alguém ha que possa fazer *fallar o morto*, permitta-se-me a expressão, este alguém é o toxicologista.

Cumpre-me, neste sentido, chamar a attenção dos que me lendo, desconhecerem o facto, para os casos das intoxicações alimentares. Tem se dado por diversas vezes verdadeiros envenenamentos pela ingestão de substancias alimentares, em decomposição.

Ainda está bem vivaz o facto da *celebre fritada*, em Pernambuco, facto este sobre o qual comecei a escrever no sentido dessas intoxicações. Um collega, talvez bem avisado, me pediu para não o fazer, em vista das luctas politicas que ensanguentavam nosso paiz e ás quaes estava ligado o mesmo facto.

Não obstante julgar a sciencia acima das fermentações politicas, cedi; mas, o fiz na persuasão de que o tal *envenenamento criminoso* não passava de uma dessas profundas perturbações, intoxicações, mesmo, produzidas por ptomainas, como aqui eu tive occasião de observar em um professor de Jundiahy, após a ingestão de ostras.

Este facto determinou choque de opiniões entre dous mestres de medicina legal, o da Bahia e Pernambuco, vindo a opinião d'aquelle robustecer a persuasão que tive e tenho a respeito.

Felizes os que estudando podem contribuir para evitarem-se lamentaveis erros, como já tem acontecido, fazendo assim deslisar serena a sciencia que, accompa-

nhando o homem *ab initio*, salvaguarda-lhe não só a liberdade como ainda a honra e a vida.

E', pois, do estudo da putrefacção da materia animal, que originando-se problemas tão delicados e melindrosos, chega-se ao conhecimento de verdades, em virtude das quaes a Justiça se exercita com a mesma segurança com que se pronuncia a sciencia pela boca de seus pontifices.

O ar atmosphérico, que impressionando o homem ao nascer é por sua vez impressionado por este, depois de morrer, producto do vagido da creança como receptor do ultimo suspiro do moribundo; mistura de oxygeno e azoto, seus elementos essenciaes, é o factor supremo dos phenomenos chimicos da putrefacção.

Além de outros elementos accessorios, como o acido carbonico e vapor d'agua, os quaes variam em volume, conforme o caso, é elle ainda o portador desses infinitamente pequenos, desses micro-organismos, a cuja falta de acção foi que Brouardel explicou a *frescura* dos membros da mulher da rua d'Hauteville.

Com isto quero chegar ao conhecimento que se deve ter da—entomologia—, de cujo estudo muito póde ser influida a medicina legal. As diferentes especies de insectos, cada qual se desempenhando de sua missão, *no banquete da morte*, em levas (escouades) successivas, tem contribuido para o esclarecimento da autoridade, em certos e determinados casos.

Desde Orfila, o sabio cujo olhar, já em seu tempo, descortinava os horisontes que hoje se acham illuminados pelos clarões da sciencia moderna e Tardieu em seguida, a entomologia ensaiava seu vôo, que foi desferido mais tarde de modo notavel, fecundado pelos trabalhos e estudo de Bergeret e particularmente de Megnin, o qual, sob o eloquente titulo de—*fauna dos*

tumulos—escreveu uma monographia, digna da attenção dos que estudam.

Com mais este elemento fornecido pelas sciencias naturaes, a medicina legal póde chegar a resolução de problemas, que sem elle não seria possivel fazel-o, sem grande temeridade.

*
* *

B) O estado de putrefacção do cadaver de J. impedindo o diagnostico da *causa mortis*, como explical-a?

Eis a segunda questão que formulei, a meu ver muito mais difficil que a primeira, questão esta cujos commemorativos devem ser conhecidos.

O delinquente, em seu interrogatorio confessou não saber como J. morreu. Disse tel-a conduzido para o fundo da chacara, onde residia e ahi, abraçando-a, viu-a cair-lhe morta aos pés.

O facto de ter levado ou alliciado J. para logar ermo, qual o fundo da chacara, *de abraçal-a, a ponto della morrer*, incute a desconfiança de que o delinquente o fez para um determinado fim, qual o estupro. E, assim sendo, é verosimil que o abraço, segundo elle affirmou, fosse a causa occasional da morte? Raciocinemos.

O delinquente levando J. para o logar já indicado devia tel-o feito geitosa e manhosamente, seduzindo-a no intuito de facil execução de seus planos preconcebidos, os quaes, talvez repellidos, motivaram a aggressão que consistio no tal abraço occasional da morte.

Estudemos *esse abraço*.

J., de 8 para 9 annos, como costuma acontecer no campo, era menina desenvolvida e bem constituida.

Seduzida pelo *canto do 'cysne* foi se deixando levar até o momento em que, vendo-se ameaçada, repellio. Aquelle, excitado e dominado por instinctos brutaes atirou-se á ella e, prendendo-a com os braços, (*eis o doce abraço*), após lucta denunciada pelos signaes collidos do exame do cadaver, venceu, subjugando-a. O que se passou, disse elle não saber. No emtanto, quem conhece o que se tem escripto a respeito do estupro sabe ou deve saber que J., num logar ermo, como aquelle, devia resistir gritando por soccorro, já que, pelo sexo e pela idade, mais fraca, não dispunha de outro meio de mais efficaz defesa.

Antes de estudarmos esta hypothese, considere-mos o tal abraço e vejamos—se e como—por elle a morte podia ter sido occasionada, como foi dito.

A respiração, uma das principaes funcções do organismo, é constituida por duas ordens de phenomenos, mechanicos e chimicos. Aquelles, representados pelos movimentos de inspiração e expiração, para o que contribuem musculos e costellas, ampliam o campo para os segundos, os chimicos, cujo papel é o da hematose, isto é, a transformação do sangue venoso em sangue arterial, o portador da nutrição e da vida da cellula.

Todas as vezes, pois, que um obstaculo mechanico, solido ou liquido, impossibilite que estes phenomenos se realizem, teremos a morte por asphyxia, a qual será ou se dará mais de prompto se o obstaculo se der nas vias externas da respiração, representadas pelo nariz e boca.

Quando, porém, o obstaculo circumscrever-se ao tronco, impossibilitando o funcionamento dos factores acima referidos, a respiração se resentirá, irá enfraquecendo progressivamente até o momento em que a quantidade do ar que possa penetrar nos pulmões não

sendo sufficiente, dá-se a sobrecarga ou preponderancia do oxydo de carbono e portanto, a asphyxia. Isto é elementar em physiologia.

A asphyxia por compressão do thorax e ventre costuma dar-se nos casos de accidentes, como desmornamentos, etc., etc., etc. em que o individuo fica com o corpo opprimido, menos a cabeça. Não havendo fractura de costellas, cujos fragmentos interessando os pulmões determinem a morte por hemorragia, a asphyxia se manifestará, mas de modo lento, visto a causa ser permanente. A não tratar-se de um accidente ou de um infanticidio, o homicidio, por este meio só poderá realisar-se se a victima se achar em estado de impossibilidade de defeza, como a embriaguez, por exemplo, para que um só homem possa conseguir, apoiando os joelhos sobre o thorax ou assentando-se sobre o mesmo demoradamente, conseguir aquelle resultado.

Tratando-se, porém, de dous individuos, figuremos do mesmo sexo, idade e forças, um não matará o outro por essa fórma, desde que este esteja em estado de defender-se. Para que o homicidio se effec-tue nestas condições, torna-se necessaria a intervenção de um terceiro, o qual prendendo os braços á victima, auxiliando o crime, em summa, um homem mate outro homem. Fóra disto, não e não.

No caso de Sorocaba a victima foi uma menina de 8 para 9 annos e o delinquente um homem de cerca de 35 annos e forte. Quem conhecer o impeto das paixões dominadoras, mesmo passageiramente, do homem; quem souber avaliar a brutalidade com que o sensualismo move e o anima, poderá crer, á vista da idade da victima, seu sexo, sua fraqueza, que um abraço dado por um homem n'quellas condições, pudes-se determinar a morte. Os braços de um homem

resoluto, prendendo e comprimindo o thorax de uma menina, qual a victima, conforme a violencia da compressão, poderão até fracturar as costellas e matal-a. Neste caso que estudo, isto não se deu, pois os peritos não encontraram fractura de especie alguma. Si a compressão não attingio esse gráu de violencia, ella só podia matar por asphyxia. Mas, para que uma compressão do thorax possa produsir este resultado, é preciso que ella perdue o tempo necessario á esse fim, o que não se dará de prompto. Ora, o abraço, representando essa compressão, para matar J., teria de ser demorado, o que é incompativel com o intuitó que, dizem, levou o delinquente a alliciar a victima para o fundo da chacara, que era estupral-a.

Assim a informação prestada não podendo nem devendo ser acceita, no sentido acima, é de necessidade que se explique o mechanismo da morte, o que não querendo ou não podendo fazer o delinquente, manda a sciencia que eu o faça.

Surgem duas hypotheses, cada qual mais interessante: *a)* a morte precedeu a violencia carnal, caso esta tivesse havido?: *b)* ou a violencia carnal precedeu a morte?

Si o delinquente matou primeiro a J. para em seguida saciar a paixão que o incitou ao crime, não ha ou não trata-se de estupro, pois, não se pratica o estupro num cadaver, conforme a opinião de Carrara, e sim, commette-se uma profanação. Se a morte seguiu-se ao estupro, as lesões materiaes escapando ao exame pelo estado de putrefacção adeantada em que foi encontrado o cadaver, não podendo, portanto, esta violencia ser provada, nem por isto se deixará de encontrar a explicação da morte em casos como este.

Para conseguil-o, faz-se mistér que eu lembre que, tratando-se de uma questão de facto, que escapou a

minha observação, tudo quanto eu aqui considerar, nada mais é que a applicação dos principios geraes da sciencia, á casos congeneres. Assim, supponhamos que o facto se deu como vou descrever.

O delinquente enganando J., levou-a para o fundo da chacara, logar ermo, como já disse. Alli procurou com *geito e arte* chegar a realidade de seu desejo. J. recusou; elle insistio, ella procurou fugir; elle seguiu-a, abraçou-a, derrubou-a; ella gritou; e, na lucha para chegar a seu fim, elle tratou de abafar-lhe os gritos, com receio de ser apanhado em flagrante. Para isto, com uma de suas mãos (lá foi-se o abraço) elle tampou a boca ou então, o que me parece ter-se dado, apertou-lhe o pescoço, o que occasionou a morte.

Disse que assim me pareceu se ter dado e vou justificar. Foram os peritos que me conduziram a essa suspeita. No exame de autopsia verificaram que, apesar da putrefacção do cadaver de J., os tecidos molles do pescoço apresentavam coloração muito mais escura do que as outras partes do corpo, o que, disseram elles, os levou a presumpção de que aquella região foi passiva da violencia physica.

De facto, não são poucas as observações mencionadas pelos autores, no sentido dessa violencia physica, em casos de estupro. Quer se faça para evitar ou impedir os gritos; quer, para a victima não denunciar o delinquente, esta violencia póde acarretar a morte por estrangulação manual ou por inibição. O substratum anatomo-pathologico do pescoço, descrito pelos peritos, não obstante o adiantamento da putrefacção, não está longe de revelar de que a morte poderia se ter dado por estrangulação.

Foi pena, porém, não terem os peritos insistido ou se demorado no exame da larynge e pulmões, os quaes talvez ainda esclarecessem o diagnostico.

Para os mais exigentes, que não se conformarem com esse diagnostico, cabe ainda appellar para a inibição, como podendo determinar a morte.

Abstrahindo dessas alterações do pescoço ou explicando-as por conta da putrefacção,—a parada de uma funcção provocada, á distancia, por uma excitação do systema nervoso—que é como Brouardel define a inibição, satisfará essa exigencia, tão cabivel e cabida ao caso, mais que a estrangulação manual. ,

Do equilibrio da acção dos nervos pneumogastico e grande sympathico resulta a harmonia da revolução cardiaca, em virtude da qual a circulação sanguinea se effectua natural e regularmente. Quando uma causa qualquer tangivel ou intangivel vem romper esse equilibrio, essa harmonia desaparece e d'ahi desarranjos para a circulação, para a saúde e até risco de vida, como tem acontecido.

Não ha quem não tenha soffrido ou não soffra de palpitações, de dyspnea, etc., etc., que são devidas a perturbações da innervação, influenciada por qualquer dessas causas. Taes perturbações explicam-se por esse desequilibrio e deshármonia que se manifestam até por causas e traumatismos ligeiros.

Pelo pescoço, incluso á bainha dos vasos, arteria carotida e veia jugular, passa o nervo pneumogastico e mais o nervo grande sympathico, que margeando aquella bainha, vae exercer sua acção em orgãos influenciados tambem por aquelle. Com a mão no pescoço, o pollegar age de um lado e os demais dedos do outro lado. Acontecendo que a pressão se exercite justamente sobre essa bainha, de modo que o nervo vago seja o mais impressionado, se dará ou uma syncope passageira, ou a morte.

Isto se teria dado neste caso? E' possivel. E' possivel, tanto mais quanto a essa causa material, tan-

givel se sobrepuzermos a emoção de que J. devia estar possuída, o medo, o terror, o que já era uma predisposição, sua acção seria mais prompta em dar-se.

Já Claude Bernard no seu tempo explicava, por experiencias feitas, o que eram actos reflexos, experiencias estas reproduzidas e tambem explicadas por outros physiologistas, actos estes que hoje são conhecidos pelo nome de inibição, cuja propriedade scientifica foi, primeiro, justificada pelo sabio professor do Collegio de França, Brown-Séquard.

Assim, pois, não será de estranhar que neste caso se pudesse dar a morte desta fórma, aliás explicavel, como já fiz ver. Percorrendo o que se tem escripto sobre lesões pessoaes, encontram-se casos dessa natureza, nos quaes, causa traumatica de pouca importancia determinaram a morte.

Assim, J. devia ter morrido por estrangulação manual ou por inibição. Inclino-me mais para o diagnostico da inibição e me parece com algum fundamento. Desde que a violencia fosse praticada com a mão, como é crível, agindo ella pela fórma já mencionada acima, não é tanto o embaraço relativo á respiração, mechanicamente fallando, que produzirá a morte, como a parada brusca de uma funcção. Para que a constricção manual, interceptando a entrada do ar nos pulmões produzisse a asphyxia, seria preciso que fosse muito violenta, a ponto de obliterar a larynge, impossibilitando assim a entrada do ar. Se a constricção fosse produzida por um laço, que é o que constitue a estrangulação, no sentido rigoroso do termo, então, sendo evidente o embaraço mechanic da respiração, a asphyxia explicaria a morte.

Ora, desde que não obstante a putrefacção, os peritos apenas mencionaram no pescoço, o que já fiz

ver e nada mais, a minha inclinação para a inibição encontra apoio na sciencia e na observação.

Bem se sabe que tanto na suspensão, (enforcamento) como na estrangulação por um laço, a morte tambem póde dar-se por essa fórma, que até então se denominava—syncope. Estes são os casos nos quaes a physionomia do cadaver não apresentando aquelle aspecto cyanotico, turgido, olhos salientes, etc., etc., se lhe assigna o nome de *enforcados brancos* ou de *enforcados azues*, no caso contrario.

Não são poucos os casos de asphyxias produzidas mechanicamente que tenho visto e estudado, acompanhando minha observação com o que dizem os autores.

Dentre elles, como curiosidade, refiro o de uma mulher, moradora em Jacarépaguá ou Cascadura, no Rio de Janeiro, a qual enforcou-se. Examinado o cadaver ainda suspenso, sem nada haver de notavel, attenda-se bem, foi elle removido para o Necroterio, onde, chegando á noute, recolhido pelo director do Deposito, homem sério e muito habituado a esse serviço, nada tambem de extraordinario este notou.

No dia seguinte, o director alarmou-se e alarmou a autoridade pelo facto do cadaver da mulher ter *parido sobre a meza do Necroterio*.

De facto, alli chegando encontrei um feto, cuja idade intra-uterina não posso agora precisar, collocado entre as pernas do cadaver e preso ainda pelo cordão umbilical á placenta encarcerada a cavidade uterina. Esse facto me levou a consultar os autores a respeito e nelles encontrei a explicação scientifica.

E' assim que Reiman, reunindo as observações a respeito, encontrou 64 casos de *partos espontaneos post-mortem*, dos quaes 6 (seis) vezes sómente a creança

nasceu viva. Schenk, mais recentemente, referio quatro (4) casos analogos, dos quaes, em 2 (dous) a creança nasceu viva. A explicação deste facto é para uns, quaes Depaul, Casper, etc., etc., a pressão exercida pelos gazes da putrefacção sobre o utero, e mais a retractilidade deste organ, segundo aquelle. Outros sustentam que este facto só póde dar-se, a mulher morrendo em trabalho do parto, a contracção uterina prolongando-se além da morte, até certo ponto, antes da putrefacção e portanto sem essa pressão dos gazes. O mesmo Reiman pensa que não é preciso admitir uma causa exclusiva á estes nascimentos posthumos.

Seja como for, o facto que referi é verdadeiro. A mulher gravida e *sem estar em trabalho de parto*, suicidou-se; a putrefacção não era adeantada e, no entretanto o parto se fez.

Se, como curiosidade, segundo disse, referi este caso, a semelhança da hypothese que formulei no começo deste trabalho, sobre a possibilidade da impregnação da mulher com o licor espermatico retirado do cadaver do marido, pergunto tambem, neste caso, o filho tem mãe?

Bem sei que a primeira hypothese poderão chama-la paradoxal e a segunda, não.

A segunda, não, porque em face do Direito, se a creança nasceu viva tem direito á successão, pois sua legitimidade é reconhecida pelos requisitos da lei reguladora do casamento. E' assim que dir-me-hão, que se bem o filho fosse parido por *um* cadaver, não obstante elle foi gerado em vida dos paes, fecundado sob o imperio da vontade de ambos e que houve para isto congresso carnal, a copula carnal.

Concordo com tudo isto que se me objectará e eu disto estou persuadido. Mas, o que ninguem me

convencerá é que as duas hypotheses que figurei não sejam merecedoras de estudo, pois com ellas eu quero provar mais uma vez que a medicina legal auxilia tanto a sciencia do Direito, que sem ella muitos problemas ficariam sem solução.

Proseguindo na ordem de considerações relativamente a inibição, como causa explicativa da morte de J., disse que o medo, o terror de que ella devia estar possuida podiam ter obrado com predisposição, como tambem podiam obrar como causa occasional.

Não posso deixar mais uma vez de citar a obra de Maschka, onde vem um artigo de Schauenstein, que elucida perfeitamente a questão. E, tanto o medo, o terror, profundas emoções, traumas psychicos, como elle denominou com toda propriedade, podem ser causa occasional, que disse—sobre o effeito do trauma psychico não tem uma influencia menos decisiva, o estado em que se achava momentaneamente o respectivo individuo. Uma grave excitação ou então uma forte depressão do systema vasal ou dos nervos bastam para que o effeito de um intenso soffrimento da alma (paixão?) seja bem diverso d'aquelle que seria produzido em outras condições.—

Taylor, Hoffman e outros são do mesmo modo de pensar e não ha quem não tenha experimentado o choque produzido por forte emoção, a qual, conforme o gráu, produzirá grave damno á saúde e algumas vezes a morte.

Com Schauenstein eu tambem penso que estes traumatismos occasionam esse resultado, havendo certa predisposição organica, e sem ella, raramente. Esta raridade, porém, não exclue a possibilidade de neste caso, em que a excitação devia ser profunda, o abalo moral violento, não ter sido ella a causa desse effeito,

enxergando-se o nexu de causalidade, que deverá sempre ser investigado em questões desta natureza.

Não ha necessidade de muita força, nem de muito tempo para que a constrictão do pescoço com o auxilio da mão seja levada até a morte. Se, em certos casos, quando se trata de um homem capaz de resistir, a estrangulação não pôde ser levada a effeito senão após lucta prolongada; em outras circumstancias se tem visto mulheres succumbir em alguns minutos, debaixo de um aperto pouco energico e por uma mão pouco robusta, *que não procurava senão fazer parar na garganta* gritos accusadores. Diz Tardieu que, a estrangulação quando é operada *de imprevisto* e em um individuo fraco ou incapaz de resistir, constitue um dos generos de morte violenta, os mais promptos e mais terriveis.

Hoffman cita o caso seguinte: uma mulher foi surprehendida em seu armazem por um individuo, que a segurou bruscamente pelo pescoço, derrubou-a e fugio. Alguns instantes depois, a mulher achada caída sem sentidos ou sem conhecimento, foi reanimada e declarou em seguida que, desde o contacto da mão do assassino, o conhecimento lhe faltou sem auxiedade, nem dôr: nenhuma lesão apparente—Brouardel, tratando das mortes subitas e explicando-as algumas vezes pela inibição, cita o caso de dois aprendizes, um dos quaes, em meio dos folguedos entre ambos, preso pela garganta, derrubado ao chão, não mais se levantou; estava morto.

Defrontam-se, como se vio, dois diagnosticos de morte — asphyxia e inibição—Aquella, pelas razões dadas e mais pelo resultado da autopsia, no meu fraco modo de entender, cedeu logar a outra, a inibição, a qual, na falta de dados positivos do facto satisfaz a curiosidade dos que inquirindo qual a causa efficiente

da morte, acreditavam a sciencia incapaz de responder. E, nem precisa grande esforço para acceitar-se esse diagnostico, pois, quem é lido em medicina legal sabê que, além desses casos apontados, muitos outros ha nos quaes a morte só encontra explicação pela fôrma acima.

Como se vê, o crime de Sorocaba que, medico-legalmente fallando, eu o estudei pela rama, me levou a tocar em certos pontos, attinentes a putrefação, em geral, os quaes, á conta de ensaios interéssantes, oxalá, prendam a attenção dos mestres de Direito.

Se aproveitei esse facto lamentavel para escrever este pallido e deficiente esboço de trabalho, o fiz, contando com a generosidade dos que o lerem e, mais que tudo, para entretenimento dos que estão aprendendo, aos quaes me prendem laços que muito me responsabilisam.

S. Paulo, 21 de Agosto de 1899.

Dr. Amancio de Carvalho.



DIREITO ROMANO

A capacidade do pubere *sui juris* que não tem curador, differe da do pubere *sui juris* sujeito á curatella *propter ætatem*?

Curatella est potestas jure constituta ad curandas res ejus qui quoquo modo rebus suis superesse ipse non potest.

Estão sujeitos á curatella os furiosos e os prodigos. Inst. liv. 1; tit. 23, § 3:—*Furiosi quoque et prodigi, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi vel prætor, et in provinciis præsides ex inquisitione eis curatores dare.* «Os furiosos e os prodigos, ainda que sejam maiores, estão comtudo sob a curatella dos agnados, em virtude das leis das XII taboas; porém o costume é, em Roma, o prefeito da cidade ou o pretor, e nas provincias os presidentes, darem-lhes curadores por inquirição.» Dig. liv. 27, tit. 10, lei 1 e 13:—*Lege duodecim tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent*

hodie prætores vel præsides, si tamen hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi. Et tandiu erunt ambo in curatione quandiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos more receperit; quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.—Sæpe ad alium e lege duodecim tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii prætor administrationem dat: scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem videatur.

Deve ser dado curador aos mentecaptos, surdos-mudos e perpetuamente invalidos, porque não podem prover aos seus negocios. Inst. liv. 1, tit. 23, § 4:—*Sed et mente captis, et surdis et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.* Dig. liv. 27, tit. 10.

O prodigo, sujeito á curatella, torna-se incapaz de se obrigar ou alienar sem o concurso do seu curador, porém fica capaz de adquirir ou tornar-se credor sem o concurso do seu curador. Dig. liv. 45, tit. 1, lei 6.—*Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit: tradere vero non potest vel premittendo obligari.* Dig. liv. 27, tit. 10, liv. 10.—*Eos quibus per prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis diminutio sit interdicta.* Cod. liv. 2, tit. 22, lei 3.—*Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a prætore curatore dato, bonis interdictum est.* Dig. liv. 46, tit. 2, lei 3.—*Cui bonis interdictum est novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit.* Dig. liv. 12, tit. 1, lei 9, § 7.—*Sed et, si einumeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler, puto pupillo eum comparandum; quoniam et stipu-*

lando sibi adquiri. Inst. liv. 2, tit. 12, § 2:—*Item prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest, sed id quod ante fecerit, quàm interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est.*

A formula da interdicção do prodigo, decretada pelo magistrado era esta: «*Quando tibi (tua) bona paterna avitaque nequitia tuâ disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi eâ re commercio que interdicto.*» Dessa formula se vê que a curatella não se referia, originariamente, senão aos bens que o prodigo havia herdado de seus pais e avós. «Segundo a lei das XII taboas, a curatella não dizia respeito senão aos bens que o prodigo havia herdado *ab intestato*. Porém, mais tarde, a curatella estendeo-se aos bens de que elle havia sido instituido herdeiro, e mesmo a todo seu patrimonio, si bem que não exista texto que diga isto positivamente.» (1)

O prodigo pôde se casar sem o consento do seu curador, conforme se deprehende do Dig. liv. 23, tit. 2, lei 20.—*Sciendum est ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla, an non: quia officium ejus in administratione, negotiorum constat. Et ita Severus et Antoninus recupererunt, in hæc verba Ad officium curatoris administratio pupilla pertinet, nubere autem pupilla suo arbitrio potest.*

O furioso não pôde contractar, nem para tornar a sua condição melhor, nem para tornal-a peor. *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit.* I. liv. 3, tit. 20, § 8. *Furiosum sive stipulatur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est.* Dig. liv. 44, tit. 7, lei 1 § 12. Esta incapacidade, porém, cessa nos intervallos lucidos, si o furioso os tiver, porque durante estes é capaz de contractar, quer para

(1) Namur—*Droit Romain*, Tom. 1, § 79.

tornar a sua condição melhor, quer para tornala peior.—Cod. liv. 5, tit. 70, lei 6. *sed per, intervalla quæ perfectissima sunt, ipsum posse furiosum, dum sapit et hereditatem adire et omnia alia facere quæ sanis hominibus competunt.* «Durante os intervallos lucidos, o proprio furioso póde fazer addição de herança e toda a especie de actos que podem ser feitos por homens sãos de espirito.» Inst. liv. 2, tit. 12, § 1:—*Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur.* Cod. liv. 4, tit. 38, lei 2:—*Intermissionis autem tempore furiosos majores viginti quinque annis venditiones, et alios quoslibet contractus posse facere non ambigitur.*

O mentecapto, sendo o seu estado de imbecillidade contínua, não póde praticar acto algum a titulo oneroso. (2)

A capacidade dos surdos-mudos e de todos os mais *qui perpetuo morbo laborant*, varia conforme as circunstancias (3), devendo notar-se que os surdos-mudos nem sempre podem testar.—Inst. liv. 2, tit. 12, § 3.—*Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tardé exaudit, nam et mutus is intelligitur, qui loqui nihil potest, non qui tardé loquitur sæpe autem etiam literati et eruditi homines variis casibus et audendi et loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quæ eis permessa sunt. Sed si quis post testamentum factum, adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cæperit, ratum nihilominus permanet ejus testamentum.* «Tambem os surdos-mudos nem sempre podem fazer testamento.

(2) Wan Vetter—*Droit Romain*, Tom. 2, § 640.

(3) Wan Vetter—*Droit Romain*, Tom. 2, § 641.

Fallamos, porém, certamente daquelle surdo, que totalmente. não ouve, não do que ouve mal; porque tambem se entende mudo aquelle que nada póde fallar, não o que falla com difficuldade; porque muitas vezes homens litteratos perdem por varios successos a potencia auditiva e locotiva. D'onde a nossa constituição tambem favorece a estes, para que, em certos casos e modos, possam testar segundo a regra della dita constituição, e fazer outras cousas, que concedidas lhes foram. Mas se alguem, depois de feito testamento, começar a ser mudo, ou surdo por doença, ou por algum outro successo, fica comtudo valido o testamento desse tal.» (4)

A lei das XII taboas, que foi dada no meado do 5.º seculo, antes da era christã, consigna a distincção dos menores entre puberes e impuberes. Estes como aquelles dos romanos podiam ser *alieni juris* ou *sui juris*.

Os impuberes *alieni juris* eram os que estavam sob o patrio poder, e *sui juris* os que estavam sob tutella, sendo que a estes se chamava pupillos. «Se bem que esta expressão podesse ser applicada a todos os impuberes, é, porém, certo que o verdadeiro pupillo é o impubere *sui juris*.» *Pupillus est qui cum impubes est, dessiit in patris potestate esse, aute morte, aut emancipatione.* (*Pomp. de verb. signif. lei 239 Dig.*) O impubere, antes de attingir á puberdade, passava por tres estados. Era successivamente *infans*, *infanti proximus*, *pubertati proximus*.

O impubere era *infans* até á idade de 7 annos completos. O impubere era *infanti proximus*, na opinião de alguns interpretes, desde a idade de 7 annos até a de 10 annos e meio, e *pubertati proximus* desde essa idade até a de 14 annos.

(4) Trad. de Nuno Freire.

Não havendo texto algum nesse sentido, não se póde ter como verdadeira essa distincção, sobre o tempo dos ultimos estados, tanto mais quanto a idade da puberdade foi objecto de serias controversias que só terminaram depois que Justiniano a fixou aos 14 annos.

Os pupillos estão tambem sujeitos á curatella, porém só em cinco casos; 1.º quando o tutor se excusa temporariamente da tutella, ou durante o exame dessa excusa; 2.º quando o tutor é negligente ou impedido de administrar por um caso de força maior, e não se julga necessario substituil-o por outro tutor; 3.º no caso de ter o tutor de concluir um acto juridico com o pupillo, ou tornar-se seu credor ou devedor; 4.º durante o processo de destituição do tutor; 5.º quando o pai se torna culpado d'uma grave negligencia, na administração dos bens de seu filho impubere, ou quando recusa-se a administrar os bens de que não tem o usufruto. (5)

Estão, pois, em curatella, necessariamente, os prodigos, furiosos, mentecaptos, surdos-mudos e aquelles que *in perpetuo morbo laborant*; excepcionalmente os pupillos. Ordinariamente, estão sujeitos á curatella os menores de 25 annos. Inst. Liv. 1, tit. 23 pr.—: *Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt; qui, licet puberes sint, adhuc tamen ejus aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint.* «Os menores de 25 annos recebem curadores, os homens puberes e as mulheres nubes, porque ainda que sejam puberes, são comtudo de tal idade que não podem tomar conta dos seus negocios.» (6)

Dá-se curador ao filho concebido, porém não nascido, assim como aos bens cuja posse provisoria lhe

(5) Maynz—*Droit Romain*. Vol. 3.—Wan Vetter—obra cit.

(6) Trad. do Dr. Coelho Rodrigues.

é concedida, *curator ventri datur*. Dig. liv. 37, tit. 9, §§ 17 e 18. Dá-se curador para administrar os bens paternos, quando o pupillo a quem se contesta a qualidade de filho, obteve a posse provisoria, por força do edicto Carboniano. Dig. liv. 37, tit. 10, lei 5, §§ 2 e 5. E' costume dar-se curador ao patrimonio d'um cidadão que se acha em captiveiro na guerra, e mesmo, a pedido dos credores, aos bens do ausente. Dig. liv. 42, tit. 4, lei 6, § 2. Dig. liv. 42, tit. 5, lei 22, § 1.

Nos primeiros tempos da lei romana, os puberes, qualquer que fosse a sua idade, eram todos eguaes, e gozavam d'uma capacidade juridica absoluta, quer se considerasse esta sob o ponto de vista politico, quer sob o ponto de vista civil.

Com o andar dos tempos, porém, foi-se comprehendendo que a legislação, na parte reguladora da capacidade do pubere, admissivel até certo ponto em uma sociedade nascente, não podia subsistir com o desenvolvimento das relações sociaes e era carecedora d'uma refórma que viesse garantir os interesses do menor, prejudicados quasi sempre por terceiros, que abusavam de sua inexperiencia. Veio a lei Plætoria, e estabelecendo a maioridade aos vinte e cinco annos completos, *ætas legitima*, fez distincção entre os puberes maiores de 25 annos e os puberes menores dessa idade, para só permittir áquelles a capacidade juridica de que anteriormente gozavam. Os menores de 25 annos, puberes, viram desse modo desaparecer a egualdade de direitos entre os puberes, qualquer que fosse a sua idade. A lei Plætoria, que era ao mesmo tempo civil e criminal, no intuito de proteger os puberes, menores de 25 annos, contra aquelles que quizessem abusar da sua inexperiencia, creou uma acção criminal, *judicium publicum*, que podia ser intentada por qualquer cidadão, contra o individuo que concluisse com o

pubere, menor de 25 annos, um acto a este prejudicial, abusando de sua inexperiencia, com o fim de enriquecer á sua custa.

E não contente a lei Plætoria com a acção criminal, impunha ainda ao individuo, em taes condições, uma pena pecuniaria, o privava de exercer cargos municipaes, e o considerava como infame, além de decretar a nullidade do acto praticado pelo menor, a quem dava a *exceptio legis Plætorix*. Este rigor trouxe, e não podia deixar de trazer, descredito para os menores com quem todos se temiam concluir qualquer acto juridico, e d'ahi as queixas contra a lei.—*Lex me perdit quinavicennaria! metuunt credere omnes*, dizia um menor (7). Com o fim de fazer desaparecer essa consequencia, permittio a lei Plætoria, dizem alguns escriptores de direito romano, aos menores, todas as vezes que tivessem de praticar actos juridicos, pedirem, para estar presente ao acto, um curador cuja approvação a esse acto punha a salvo o individuo, que havia contractado com o menor, das penas decretadas por aquella lei (8). Reconheceu-se, porém, que esta lei creada no intuito de proteger os menores, era insufficiente, não podia preencher o seu fim, uma vez que, si protegia o menor contra a fraude do terceiro que com elle contractava, o deixava, entretanto, sem auxilio contra a sua inexperiencia, no caso de ausencia de fraude. Veio o direito pretoriano e creou

(7) *Pseudolus* de Plaute.

(8) Pensam outros escriptores que a curatella dos menores de 25 annos foi introduzida pelo direito pretoriano e não pela lei Plætoria, e dizem como fundamento de sua opinião, que o fragmento de Julio Capitolino:—*De curatoribus cum antea non nisi ex lege Plætoria vel propter lasciviam, vel propter dementia darentur, ita statuit (Marco Aurelio) ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis*—, a que se agarram os que entendem que a curatella dos menores de 25 annos foi introduzida pela lei Plætoria, não os pôde favorecer, uma vez que as expressões *curatores ex lege Plætoria* não significam—curadores estabelecidos pela lei Plætoria—porém curadores introduzidos, por causa da lei Plætoria, para remediar os males desta.

a restituição *in integrum* contra todo acto praticado pelo pubere menor de 25 annos, que fosse a esse prejudicial, fosse esse acto compra, venda, emprestimo ou qualquer outro. Dig. liv. 4, tit. 4, lei 11, § 3:—*Sciendum est autem, non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si capti esse proponantur.* Dig. liv. 4, tit. 4, lei 7, § 1:—*Proinde si emit aliquid, si vendidit, si societatem coit, si mutuam pecuniam accepit, et captus est, ei succurretur.* Dig. liv. 4, tit. 4, lei 24, § 4:—*Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat. Itaque si in vendendo fundo circumscriptus restituetur, jubeat prætor emptorem fundum cum fructibus reddere et pretium recipere; nisi si tunc dederit, cum eum perditurum non ignoraret: sicuti facit in ea pecunia quæ ei consumpturo creditur. Sed parcus in venditione; quia æs alienum ei solvitur, quod facere necesse est, credere autem non est necesse; nam et si origo contractus ita constitit, ut infirmanda sit, si tamen necesse fuit pretium solvi, non omnimodo, emptor damno adficiendus est.* Dig. liv. 4, tit. 4, lei 27, § 1:—*Si pecuniam quam mutuam minor accepit, dissipavit, denegare debet proconsul creditori adversus eum actionem; quod si egenti minor crediderit ulterius procedendum non est, quam ut jubeatur juvenis actionibus suis, quas habet adversus eum cui ipse credidisset, cedere creditori suo. Prædium quoque si ex ea pecunia pluris, quàm opportheret, emit, ita temperanda res erit, ut jubeatur venditor reddito pretio recuperare prædium; ita ut sine alterius damno etiam creditor a juvene suum consequatur. Ex quo scilicet simul intelligimus quid observari oporteat, si sua pecunia pluris quàm oportet emerit: ut tamen hoc, et superiore casu venditor, qui pretium reddidit, etiam usuras quas ex ea pecunia percepit aut percipere potuit, reddat, et fructus, quibus locupletior factus est juvenis, recipiat: item ex diverso, si minore pretio, quàm oportet, vendiderit adolescens; emptor quidem juberi debet prædia cum fructibus resti-*

tuere, juvenis autem eatenus ex pretio reddere, quatenus ex ea pecunia locupletior est. Dig. liv. 4, tit. 4, lei 7, § 3:—Non solum autem in his ei succurritur, sed etiam in interventioibus, utputa si fidejussorio nomine se vel rem suam obligavit. Dig. 4, liv. 4, tit. 4, lei 27, § 2:—Si minor annis viginti quinque sine causa debitori acceptum tulerit, non solum in ipsum, sed et in fidejussores, et in pignora actio restitui debet: et si ex duobus reisalteri acceptum tulerit, in utrumque restituenda est actio.

O direito pretoriano, creando a restituição *in integrum* em favor dos puberes, menores de 25 annos, estendeu esse beneficio até contra os actos judíciaes, todas as vezes que o menor fosse enganado, quer sendo autor, quer sendo réo, e contra as sentenças proferidas em seu prejuizo, ainda mesmo quando fosse condemnado por contumacia. Dig. liv. 4, tit. 4, lei 7, § 4, leis 8, 9, pr. e 17.

Os menores, para poderem obter a restituição, deviam provar, não só que eram menores de 25 annos ao tempo em que praticaram o acto, como a existência de lesão, sendo esta resultante do proprio acto.— *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus*, devendo notar-se que a lesão, ainda não resultante do acto, podia ser provada, si tivesse, como causa determinante, uma omissão do menor. Dig. liv. 4, tit. 4, lei 36:—*Minor vigintiquinque annis omissam allegationem per integrum restitutionis auxilium repetere potest.*

Não podia, porém, o menor obter a restituição *in integrum* contra as obrigações resultantes dos delictos. Dig. liv. 4, tit. 4, lei 9, § 2:—*Et placet in delictis minoribus non subveniri, nec hic itaque subvenietur.* Dig. liv. 4, tit. 4, lei 37:—*Auxilium in integrum restitutionis executionibus pœnarum paratum non est, ideo-*

que injuriarum judicium semel omissum repeti non potest. Apesar de ser a restituição *in integrum* creada pelo direito pretoriano com o fim de proteger os menores, só podiam estes usar desse recurso extraordinario, quando não havia recurso *commum* que trouxesse em favor delles o mesmo resultado que a restituição *in integrum*. Onde o direito *commum* basta, é inutil recorrer a um remedio pretoriano. Dig. liv. 4, tit. 4, lei 16, pr.:—*In causæ cognitione etiam hoc versabitur, num forté alia actio possit competere citra in integrum restitutionem, nam si communi auxilio, et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.*

Si, por um lado, os menores não podiam lançar mão d'um recurso extraordinario, havendo recurso *commum*; por outro lado, na ausencia deste, e devendo usar d'aquelle, o deviam fazer, emquanto tal recurso não prescrevesse. A prescripção verificava-se, si a restituição não fosse pedida dentro de um anno, contado do dia em que o menor completasse 25 annos, ou da data da concessão da *venia ætatis*, sendo que para o calculo desse anno não se contavam senão os dias uteis á justiça. Aquelle praso, porém, foi elevado a 4 annos, por Justiniano, contando-se todos os dias. A *venia ætatis* era concedida ao menor de 25 annos, quando tinha 20 annos completos, e á mulher, tendo 18 annos completos. Cod. liv. 2, tit. 45, lei 2, §§ 1 e 2. Obtida a *venia ætatis*, o menor não tinha mais curador, e os seus actos eram inatacaveis. A restituição *in integrum* já tão ampliada pelo direito pretoriano, começou a corromper-se, devido isto ao pretor, chegando este até a conceder aquelle recurso contra os actos feitos pelos proprios curadores; e mesmo admittindo-se que a restituição podesse ser pronunciada contra os actos judiciaes e extrajudiciaes praticados pelos menores de 25 annos. Cod. liv. 2, tit. 25, lei 2.

Depois do direito pretoriano, veio a constituição de Marco Aurelio, que decidio—que o menor de 25 annos poderia receber curadores, *non causis redditis*, sem ser necessario allegar motivo para obter a nomeação de um curador, sendo que este podia ser geral e permanente, o que não succedia anteriormente, porque alli o curador nomeado para um acto, deixava de sel-o, apenas terminado este. O curador era dado *ad certam causam*. A decisão de Marco Aurelio «desnaturou o character originario d'aquella instituição. Por effeito de sua refórma, a curatella dos menores approximou-se da tutella dos impuberes» (9), si bem que os menores não podessem receber curador, senão quando o pedissem, salvo em tres casos: 1.º, em processo, em que tivessem de figurar, como autor ou réo, Dig. liv. 26, tit. 6, Cod. liv. 5, tit. 31, lei 1;—2.º, no caso de querer o menor reclamar o pagamento de alguma divida, quando o devedor se recusava a pagal-a, por não ter o menor curador, Dig. 4, tit. 4, lei 7, § 2;—3.º, quando cessava a tutella, e tinha o seu tutor de prestar contas, Cod. 5, tit. 31, lei 7—podiam, entretanto, pedir segundo a constituição de Marco Aurelio, um curador geral e permanente que administrasse os seus bens, e assistisse aos actos juridicos que elles praticassem.

Esse curador geral e permanente tinha sobre os bens do menor um poder de administração quasi tão extenso, quanto o d'um tutor sobre os bens do seu pupillo. Assim podia accionar os devedores do menor, sem o concurso d'este, ou dar o seu consentimento, *accommodare consensum*, para que o menor accionasse o seu devedor. Dig. liv. 26, tit. 7, lei 1, § 4.—*Non denegari autem neque tutoribus neque curatoribus, etiam debitores pupillorum vel adultorum, ex persona sua, pros-*

(9) Maynz—Tom. 3, § 356.

pectu officii, in iudicium vocare: vel eis hoc facientibus suum accommodare consensum. O curador podia receber validamente o pagamento das sommas devidas ao menor.

Um *Senatus-consulto*, dado sob proposta de Septimo Severo, prohibio ao curador alienar os *prædia rustica vel suburbana* dos menores, sem autorisação do pretor, sendo que a alienação, sem essa autorisação, era nulla, salvo si o pae do menor havia determinado, em testamento ou codicillo, essa alienação.

Esta prohibição estendeu-se mesmo a todos os menores.

Constantino generalisou esta prohibição, determinando que os bens moveis ou immoveis dos menores de 25 annos não fossem alienados, sem um decreto especial. Cod. liv. 5, tit. 37, lei 22. Foi prohibida a hypotheca sobre os bens dos menores, sem um decreto especial, sendo que esta prohibição se applicava aos bens de todos os menores, mesmo d'aquelles que tinham obtido a *venia ætatis*. Cod. liv. 2, tit. 65, lei 3.

A época, porém, de Deocleciano e Constantino é a mais fatal para os menores. «Ahi assiste-se a quèda quasi completa da antiga capacidade dos menores de 25 annos.» (10) Proclama-se a incapacidade do menor de 25 annos sujeito á curatella, equiparando-o ao pródigo interdicto que, conforme vimos, não póde alienar nem obrigar-se, e deixa-se ao menor sem curador a sua capacidade antiga, podendo pedir a restituição *in integrum*. Com effeito, o pubere, menor de 25 annos, não tendo curador, é capaz de contractar, quer para tornar a sua condição melhor, quer para tornal-a peor. Dig. liv. 44, tit. 7, lei 43: *Obligari potest pubes compos mentis*. (Jurisc. Paulo). Dig. liv. 45, tit. 1, lei 101:—

(10) Tommy Martin—*Questions de droit*.

Puberes sine curatoribus suis possunt ex estipulatu obligari. Tem em seu favor poder pedir a restituição *in integrum*, si foi lezado. Cod. liv. 2, tit. 22, lei 3:—*Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora præfinita excesserit, causa cognita non prohiberis.* Esta capacidade que tem o pubere, menor de 25 annos, sem curador, tinha tambem como este, no tempo dos jurisconsultos classicos, o pubere, menor de vinte cinco annos, tendo curador.

Deocleciano, porém, foi quem veio fazer desaparecer esta capacidade, declarando nulla a obrigação pelo menor, tendo curador, contrahida sem assistencia deste, e assemelhando-o ao interdicto que não pôde alienar nem obrigar-se. Assim nós vemos a seguinte decisão sua: *Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet: cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a prætore curatore dato, bonis interdictum est.* Cod. liv. 2, tit. 22, lei 3.

Das leis citadas com relação ao pubere menor de vinte e cinco annos, com ou sem curador, resulta que si o menor, não tendo curador, contractar, poderá pedir a restituição *in integrum*, no caso de haver lesão, e ser esta resultante do acto que praticou, e que si o menor de vinte e cinco annos, tendo curador, aliena ou obriga-se sem assistencia do seu curador, o seu contracto é nullo, sem que seja preciso provar a existencia de lesão alguma.

E não se poderá dizer que, a restituição *in integrum*, produzindo o mesmo resultado que a nullidade, a capacidade do pubere, menor de vinte e cinco annos sem curador, não differe da do pubere, menor de 25 annos, tendo curador, porque, não só aquelle, para poder implorar a restituição, tem necessidade de

provar a existencia da lesão de que se fallou, sem a qual não lhe é concedida a restituição, como, não sendo esta pedida no praso legal, tem lugar a prescripção, e fica o menor sem direito á restituição; entretanto que a obrigação contrahida, ou a alienação feita pelo menor tendo curador, é nulla, em todo o tempo, e para a decretação dessa nullidade, não tem elle neçessidade de provar a existencia de lesão; basta a não assistencia do curador ao acto. A capacidade do pubere *sui juris*, que não tem curador, differe da do pubere *sui juris*, sujeito á curatella *propter ætatem*.

Dr. Oliveira Escobel.



ARTIGOS.—ARTICULADOS

(Vid. Revista de 1896, vol. IV, pags. 299 e segs.)



1). No prefacio da dissertação de STRIKIO, *de jure libellorum*, ha uma comparação frisante:—o libello, diz elle, é o tronco da arvore judiciaria; assim como o tronco rege toda a arvore, assim o libello, quer civil quer criminal, governa todo o processo e o juizo. E d'ahi a observação dos Praxistas de que toda a força dos juizos consiste na organização dos libellos; entretanto, são poucos os que procuraram instruir-se bem neste assumpto, não faltando até quem diga que o libello é uma das fórmias processuaes tendentes a constituir o direito como um systema de difficuldades. Infelizmente, aquelles que assim pensam demonstram, desde logo, que pretendem constituir o direito como um systema de indisciplina, ou como um systema de sollicitações e empenhos e não como um systema de argumentos e provas. E' verdade que, para evitar a

prolixidade resultante da ignorancia de alguns advogados e das chicanas de outros, e mesmo porque a concepção articulada é tarefa difficil, foi dispensada a articulação nos libellos civis e commerciaes; mas, podendo a proposição da acção ou o libello ser feito em fórma de simples petição, nem por isso deve deixar de conter: 1.º o nome do autor e do réo; 2.º o contracto, transacção ou facto dos quaes resultar o direito do autor e a obrigação do réo; 3.º o pedido com todas as especificações e estimativa do valor, quando não fôr determinado; 4.º a indicação das provas em que se funda a demanda. Em todo o caso, quem *souber* e puder articular, deve sempre offerecer libello articulado.

2). Antes de tudo, vejamos a significação da palavra—*libello*, segundo o methodo do citado STRIKIO, que, fundado no conselho de PLATÃO, *in Cratylo*, e de SOCRATES, assim se exprime: *Græcæ doctrinæ lumen, Socrates dixit Principium eruditionis intelligentia verborum*. Libello é o diminutivo de livro, dizem uns; libello, dizem outros, deriva-se de *litis limes*, que quer dizer—o ingresso da lide; mais exquisitos são outros, que derivam a palavra—à *libro qui est codex*, depois *codex*—à *cortice* e explicam, que—*sicut sub corticc continetur medulla, ita sub libello intentio proponentis*; ainda mais engenhosos são os que, como SCACIA, derivam libello de *libra*, balança, *quia jus dicens debeat gestare stateram in manibus*, e os que, como DONELLUS, derivam de *librando*, *quia in eodem deliberat reus, utrum cedere an contendere velit*.

3). Nas Leis Romanas são varias as accepções da palavra—*libello*. Assim: a) por pequeno livro ou codicillo, no Dig., tit. *de tabul. exhib.*, L. 1 princ.; b) pelos premios offerecidos ao Principe, no Dig., tit. *de in jus vocando*, L. 15,—no Cod. tit. *de proxim. sa-*

cror. scrinior., L. fin. e muitas outras; *c)* pela Epistola assertoria, credencial ou attestado pelo qual o magistrado superior dá fé pelo subdito ou por outro, como, por exemplo, quando escrevem aos publicanos para que não prohibam os isentos de tributos e impostos de transportar suas cargas, no Dig., tit. *de public. et vectigal.*, Liv. 4; *d)* pelas razões de appellação, que eram apresentadas ao juiz de quem se appellava, no Dig. tit. *de appellat.*, L. § 1.º *libelli* e no Cod. *de appellat.* L. *Si quis libellos*; *e)* pelo escripto publicamente affixado para chamar os donos das cousas achadas, no Dig., tit. *de furtis*, L. 43 § 8; *f)* pelo escripto de excusa de tutela, no Dig., tit. *de excus. tutor.*, L. 13 § 10 e L. 25; *g)* pelo escripto de quem requer a tutela, no Cod., tit. *de præd. et aliis reb. minorum*, L. *Minorum*, 6; *h)* pelo escripto de divorcio, no Dig., tit. *de sep. et divort.*, L. 7; *i)* pelos sepulchros, em algumas provincias e cidades; *j)* pela declaração de guerra; *k)* e, finalmente, pelo escripto exhibido ao juiz, contendo a intenção do autor, ou para denunciar e accusar de um crime (*libellum accusatorium*), ou para pedir aquillo que nos pertence ou nos é devido (*libellum conventionale*). Podem ser estudadas as indicações de VICAT, no *Vocabularium*; e, no ultimo sentido dos supra indicados, póde-se vêr, em Direito Canonico, nas Instit. de LANCELOTTE, tit. VII, *de libelli concept. et oblatione*, § 2.º

4). Nesta ultima accepção, o libello, segundo a definição de STRIKIO, que é a melhor por nós conhecida,—é a concepção breve e clara de palavras, feita por escripto, propondo em juizo a especie de uma lide futura, *brevis et aperta verborum conceptio in scriptis facta futuræ litis speciem in judicio proponens*.

a) *Concepção de palavras*, porque, assim como outr'ora uma certa concepção de palavras era exigida na *verborum obligatio*, assim tambem no direito antigo

o era quanto á proposição das acções; e, comquanto hoje esteja dispensada essa stricta concepção de palavras, não obstante o libello ainda pôde ser chamado uma concepção de palavras, porque deve ser confeccionado, não *ad libitum*, porém de accordo com a natureza da acção e na fórma prescripta pelas leis e pela praxe.

b) *Breve e clara*, porque o libello deve ser concebido com concisão, isto é, nem muito curto em prejuizo da boa comprehensão dos elementos da lide, nem muito longo em prejuizo do vigor da attenção do juiz. Devem ser evitadas as proposições superfluas e não interessantes á causa; a attenção do juiz não deve ser desviada para cousas inuteis, nem cansada mediante digressões ociosas e circumstancias futeis, que mais servem para obscurecer do que para illuminar e que só servem para onerar inutilmente o trabalho da prova:—*frustrà probatur quæ, probata, non prodest*. Mas, por outro lado, a brevidade não deve ser tal que prejudique a especificação de circumstancias uteis e argumentos necessarios. O principal elemento da clareza é o methodo, isto é, a ordem na exposição dos factos, referindo-se os *prius et posterius*, e na organização dos argumentos, referindo-se os principios e as consequencias.

c) *Feita por escripto*, em todos os juizos, quer civeis, quer criminaes (Cod., *de episcop. audient.*, L. 11; Novel. XVII, cap. III; Novel. LIII, cap. III, § 1.º; Novel. LXXXI) e tambem nos arbitraes, si não houve disposição expressamente contraria no compromisso, porque os juizes arbitros não estão dispensados dos principios geraes do processo (Dig., tit. *de recept. Arbit.*, L. *compromissum*.) A producção em escripto é da essencia do libello, pois si o autor dictar o libello ao escrivão, actuario ou notario, não se poderá considerar

o libello offerecido (BARTOLO, á L. 12 n. 3 do Cod., *de prox. Sacror. Scriniar.*); mas, no fôro ou em certas curias de algumas nações, o uso derogou o libello offerecido em escripto, e assim era no direito saxonio, onde, como diz o citado STRIKIO, o libello era dictado ao juiz e ao notario do juizo, para ser pelo mesmo notario reproduzido por escripto. Além disso, póde o libello ser dictado e não offerecido desde logo por escripto, si nisso accordarem as partes ou si não houver opposição da parte contraria. Aliás, a producção, em juizo, de um instrumento certo e liquido tem força de libello; e tambem nas causa sem que se procede sem contestação da lide, assim como nas causas de modico valor, é, em geral, dispensado o libello.

d) A acção deve ser proposta *em juizo*, porque a tranquillidade publica, quando não bastasse a logica da justiça, exige que ninguem tenha a attribuição de dizer o direito proprio (Cod., tit. *ne quis in sua causa*, L. 1).

e) Nem é possivel conhecer a procedencia de um pedido, sem que no libello se manifeste a *especie da lide*, isto é, a *cousa* e a *causa*, de sorte que a parte adversa e o juiz possam desde logo saber de que se trata: a parte adversa, para resolver si deve ceder ou contender; o juiz, para ver si a acção é apta ou inepta e poder, segundo o libello, formar sentença.

f) Todo o esforço deve consistir em definir os termos da *lide futura*, pois que, pela proposição da acção, a lide ainda não está determinada, porém apenas iniciada com a oblação do libello. Sómente depois que o réo responde, constitue-se a lide e segue-se a litis-contestação, pela qual se obrigam os litigantes (Novell. LIII, cap. III, princ.); aliás, antes de contestada a lide—*potius petere quam agere velle dicimur* (Dig., tit. *rem ratam habere*, L. 15).

5). O libello se exige para as causas que dependem de factos que devem ser provados. D'ahi se segue que, nos casos notorios, não se exige libello solemne, bastando simples petição autoada, segundo o disposto na Clementina *Sæpe contingit*, tit. *de verb. signif.*: notorio se diz aquillo que é indubitavel, não depende de discussão e prova, porque é a vóz publica e famosa, proveniente da evidencia da cousa, a qual não pode, nem póde mais ser occultada por tergiversação alguma (Cod. *de nuptiis*, *L. Si vicinis*). Não se exige o libello tambem nas causas em que se julga de plano, sem estrepito nem figura de juizo, só considerada a verdade do facto (Clementina *Dispendiosam*, tit. *de judic.*), excluida assim a turba de procuradores, a litis-contestação, replicas, treplicas, e outras fórmas judicarias, de sorte que o juiz póde julgar ouvidas sómente as partes e feita a consideração das provas, sem excluir, aliás, a citação e a defeza. Bem assim não se exige libello nas causas de modico valor, nas causas das pessoas miseraveis, nas appellações, nas execuções, nas causas executivas, nas transacções e nos outros casos determinados por estylo do fôro. No fôro criminal, o libello só é exigido para os crimes sujeitos ao processo ordinario, isto é, nos crimes sujeitos ao julgamento do jury ou de qualquer outro juizo no plenario da culpa.

6). O libello, *quoad materiam*, consta de tres partes principaes: a *these*, a *hypothese*, a *conclusão*. A *these* é a disposição de direito; a *hypothese* é a applicabilidade do direito ao facto; a *conclusão* é o pedido para a applicação do direito ao facto. Jurisconsultos ha que denominam o libello—syllogismo dos legistas, transpondo essas partes, isto é, pondo a *hypothese* em primeiro lugar e a *these* em segundo, como premissas, aquella como maior e esta como menor. Outras vezès,

o libello póde ser um enthymema; mas, ou em fórma de syllogismo ou em fórma de enthymema, jámais se deve omittir, na proposição antecedente, a *causa de pedir*, da qual nasce o direito do autor e em razão da qual se instaura a instancia em juizo e se intenta a acção. Em todo o caso, o libello deve conter os requisitos constantes dos seguintes versos:

*Quis, quid, coram quo, quo jure petatur et a quo
Recte compositus quisque libellus habet.*

Ou nos seguintes da Glosa, ao cap. I verb. *libellum*, tit. *de libelli oblatione*:

*Conventi nomen, nomen quoque convenientis,
Judicis nomen scribit, causamque petendi,
Et quascumque petet res, istas scribere debet.*

No fôro criminal, segundo o disposto no art. 340 do Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, sómente serão admittidos aquelles libellos que, além de conterem o nome do réo, especificarem por artigos um factó com mais ou menos circumstancias, e concluirem pedindo a imposição de uma pena estabelecida por lei, que será apontada, no maximo, médio ou minimo, quando ella estabelecer essas graduações,

7). O libello, *quoad formam*, deve regularmente conter tambem tres partes: a *introducção*, o *articulado*, o *pedido*.

a) A *introducção* deve conter: a fórmula de tratamento do juiz competente, não com o nome patronymico mas com o nome do cargo; o nome do autor e o nome do réo, simplesmente os nomes e appellidos patronymicos ou titulares, precedidos ou não de de-

signação de postos militares, grãos scientificos e honorificos; as clausulas salutarees da introduccão, das quaes mais tarde nos occuparemos. Assim, póde o libello principiar: «Illm. Sr. Dr. Juiz de Direito de *tal* vara—Diz Fulano de Tal (autor) contra Cicrano de Tal (réo) o seguinte: » Quando, porém, antes do libello, foi apresentada petição para o réo ser citado e vir á primeira audiencia ver offerecer o libello, a praxe estabeleceu, para este libello, que então deve ser offerido sem necessidade de mais sobrescripto ou endereço, a seguinte fórmula: «Por libello civil diz Fulano de Tal contra Cicrano de Tal o seguinte: » No fôro criminal o libello deve sempre ser formulado, sem sobrescripto ou endereço, e principiar assim: «Por libello crime accusatorio, diz Fulano de Tal (autor) contra Cicrano de Tal, réo (preso affiançado, ou ausente, conforme fôr), o seguinte:» ;—e, si fôr a Justiça autora, escreverá o Promotor Publico: «Por libello crime accusatorio, diz a Justiça, autora, por seu promotor, contra o réo Cicrano de Tal (preso, affiançado ou ausente, conforme fôr), o seguinte:».

b) O articulado deve conter os *artigos de facto* e os *artigos de direito*, segundo as regras já expostas, conforme a acção competente, embora não indicando o nome da acção. Nas acções civeis, é essencial que os artigos narrativos e descriptivos façam logo conhecida a natureza da acção, isto é, si a acção é pessoal, si é pessoal *in rem scripta*, si é *mixta*, si é *real*. Nas acções *personaes* e nas *personaes in rem scriptæ*, é necessario tornar claras não só a *causa proxima*, isto é, a *obrigação*, como a *causa remota*, isto é, o *contracto*, o *quasi-contracto*, o *delicto* ou o *quasi delicto*. Nas acções *mixtas* e nas *reaes*, basta declarar a *causa proxima*, que é o *dominio*; mas, si fôr incontestavel a *causa remota*, isto é, o *modo de adquirir*, não ha inconveniente em de-

claral-a, sendo, porém, de boa cautela ter sempre em vista a regra — *Melius est non habere titulum quam habere titulum vitiosum*. Quanto ás acções criminaes, já tivemos occasião de indicar as cautelas necessarias ao libello accusatorio; mas, não será inutil relembral-as. Assim: I) Os artigos devem conter proposições simples e distinctas, de modo a facilitar ao Juiz a redacção dos quesitos sem equivoco ou amphibologia e ao Jury resposta clara; II) Sendo dous ou mais os réos ou diversos os pontos de accusação, os artigos devem ser redigidos de modo a facilitar ao Juiz a redacção dos quesitos acerca de cada um dos réos e de cada um dos pontos de accusação; III) As circumstancias que não são absolutamente connexas ou inseparaveis do facto principal, devem ser articuladas separadamente; IV) Cada uma das circumstancias aggravantes deve ser separadamente articulada.

c) O *pedido* ou *artigo petitorio*, que é a conclusão do libello, rege toda a lide. No civil, o *petitorio* deve ser o pedido unico e póde ser o pedido simples ou cumulativo ou alternativo, conforme as condições elementares da acção. Deve sempre ser *positivo*, *certo* e *congruente*, isto é: *positivo*, pedindo a condemnação do réo a dar, fazer ou não fazer alguma cousa; *certo*, caracterisando a cousa por seus predicados, especialmente por seus signaes, qualidade e quantidade, evitando, em summa a generalidade, salvo nos casos excepçionaes em que a determinação póde ser feita mediante liquidação na execução, ou mediante outra acção nascida da sentença, sendo que, em todo o caso, mesmo que o pedido não possa ser individuado pela qualidade e pela quantidade, seja manifestada a *especie* e demonstrado de modo que possam ser, em tempo e lugar, determinadas a qualidade e a quantidade (Dig., *de rebus creditis*, Liv. XII, tit. I, frag. 6); *con-*

gruente, pois que deve ser logicamente deduzido de todo o articulado. No libello crime accusatorio, o *pedido* deve referir-se á imposição de uma pena estabelecida por lei criminal, deve apontar esta lei e indicar o gráo da pena, o maximo, médio ou minimo, si a lei estabelecer essas graduações; e, para evitar confusões, nascidas do disposto no art. 62 § 2.º do Codigo Penal de 1890, notaremos que o libello deve pedir condemnação sómente em qualquer desses tres *grãos da pena* e não póde determinar a preponderancia das circumstancias para os *grãos do delicto*, isto é, para a applicação da pena entre os grãos médio e maximo ou entre os grãos médio e minimo: essa tarefa compete ao juiz de direito, na sentença final, ponderadas as regras do art. 38 do mesmo Codigo de 1890.

8). Si não reunir os necessarios requisitos, o libello será ou *inepto*, ou *improcedente*. Será *inepto*, isto é, não apto para o expediente da prova e para o julgamento da causa: a) Quando para o facto narrado não ha direito applicavel; b) Quando o direito exposto não é applicavel ao facto narrado; c) Quando da applicação do direito exposto ao facto narrado, ainda mesmo que seja provado, não resulta a procedencia do pedido. Estes casos são os que se podem conter na synthese da Ord., L. III, tit. XX, § 16, isto é, os unicos em que, no rigor do direito, «a materia do libello é tal que por ella não póde o autor *ter acção* para demandar o que pede.» Os outros casos, considerados por alguns tratadistas e praxistas como de *libello inepto*, não entram nessa classificação, porque em taes casos o autor não deixa de *ter acção* para demandar o que pede, mas a acção é julgada *improcedente*, ou regulada por providencias especiaes, taes como os casos da *plus-petitio* e outros, para os quaes ha a providencia da Ord., L. III, tit. XXXIV, etc.

9). Antigamente eram muitas as clausulas chamadas *salutares*, destinadas a supprir deficiencias na formação dos libellos e postas na introduccão e no final dos articulados. Na introduccão, taes eram os seguintes protestos: *a)* o de não consentir no juizo ou de não prorogar-se a jurisdicção—*nisi quatenus jure teneatur*; *b)* o de não obrigar-se *ad probandum non necessaria*, mas sómente a provar aquillo que fôr sufficiente para o vencimento da causa; *c)* o de não ter intenção de injuria e convicio, mas sim de qualificar um factio tal qual é, por ser necessario affirmar o direito applicavel; *d)* o de ter o réo resistido ás interpellações amigaveis; *e)* o *Salvo jure superflui*, afim de não incorrer na pena da *plus-petitio*; *f)* o—«por esta e melhor fórma de direito», antes expresso em latim—*meliori juris modo*, afim de previnir inepcias que possam ser evitadas antes da contestação da lide e erros que possam ser corrigidos antes da sentença final: destas clausulas da introduccão, sómente estão em uso a segunda, isto é, a de não obrigar-se sinão a provar o necessario e que se exprime pelas letras «E. S. N.» ou «E. S. C.» («E sendo necessario» ou «E si cumprir»), e a ultima, isto é, a—«por esta e melhor fórma de direito». No final do libello, eram usadas as seguintes: *a)* a petição da sentença condemnatoria e dos remedios compulsorios, a qual assim exprimia-se—*Peto reum vestra sententia condemnari et legitimis remediis compelli*; *b)* a *cum pertinentiis, accessoriis, instrumentis, fructibus perceptis et percipiendis*, isto é, nas acções *reaes*, o pedido da cousa «com todos os seus pertences, accessorios, instrumentos; fructos percebidos e percipiendos»; *c)* a condemnação *in expensas factas et faciendas*, isto é, «nas despezas e custas feitas e nas que accrescerem»; *d)* a *super quibus omnibus et singulis, petit sibi jus et justitiam administrari judicis officium implorando*, a qual traduzem pelo «implorando

os doutos supplementos», clausula esta que tinha a virtude de prevenir a ineptidão do libello e tantos outros pretendidos effeitos que levaram HILLIGER a dizer que, admittidos elles, seria inutil tratar do libello inepto, assim como dos requisitos substanciaes ao libello; e) a *Salvo jure emendandi, corrigendi, minuendi*, clausula esta que produziu grande perturbação na praxe e que deu lugar á necessidade de fixar-se em lei os casos de addição, emenda e mudança do libello.

10). Hoje em dia, nenhuma destas clausulas é considerada cautela *necessaria*, nem mesmo *util*; e quasi nenhuma dellas é usada sinão como cautela *abundante*. A tendencia é para consideral-as como *subentendidas* e não como *insolitas*. A clausula geral—«Com os protestos necessarios», que se exprime pelas letras —«Com os PP. NN.», essa mesmo vae-se dispensando, exigindo-se apenas o protesto especial para o depoimento da parte, para o arbitramento, exames ou vitorias e para a carta de inquirição de testemunhas fóra do districto de jurisdicção do juiz processante. Mesmo em relação a estes protestos especiaes, há tendencia para dispensal-os:—quanto ao protesto para o depoimento da parte, para arbitramento, exames e vitorias, esses nem figuram mais no Decr. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, isto é, no processo federal;—e, quanto ao protesto por carta de inquirição de testemunhas fóra da séde do juizo, mantido no art. 167 do citado decreto, a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, considerando-o como cautela *util* mas não como cautela *necessaria*, já decidiu, em um *Accordam*, que tal protesto é supprido pela clausula geral, por todo o genero de provas, a qual, como vimos, se exprime pela fórmula—«Com os PP NN.» A jurisprudencia dos tribunaes locaes ainda está vacillante: os *Accordams*, neste ponto, nunca são unanimes e aliás

sempre manifestam muitos votos divergentes. Tudo isto, porém, indica que as clausulas salutarees tendem a desaparecer como inuteis e subentendidas.

11). O libello pôde ser addido, isto é, accrescentado, sem mudança da substancia da causa, da acção e do pedido, uma ou mais vezes, antes da contestação da lide. A addição deve ser feita com licença do juiz (Ord., L. I, tit. XLVIII, § 14) e de cada addição deve a parte ter vista e assignar-se-lhe o prazo legal para contestar. Quanto á emenda, desde que se trate de corrigir erro, explicar factos ou expressão ambigua ou equivocada, sem alteração substancial do pedido, o libello pôde ser corrigido e declarado até a conclusão para sentença final, devendo sempre, e em todo o caso, ser o réo ouvido para contestar. A mudança no mesmo processo nunca pôde ser permittida, isto é, o autor só poderá mudar de libello, si desistir da acção intentada, com o protesto de propor outra, pagando as custas já feitas. Para ser bem comprehendida a differença entre a *mudança* e a *emenda*, transcrevemos o seguinte trecho de BRUNNEMAN: *Mutare vero nihil aliud est quam si ipsa actio et ratio conclusionis corrigatur: Emendare vero, quando libellus corrigatur, retenta priori actione.* Tudo depende de permanecer ou não a *mesma acção* e de ser ou não ser a *mesma causa de pedir*: no caso affirmativo, ha *emenda*; no caso negativo, ha *mudança*.

12). Foi muito debatida entre os Praxistas a determinação dos effeitos do libello, fazendo-se a proposito muitas classificações, taes como a de *effeitos especiaes* e *effeitos communs*, *effeitos verdadeiros* e *effeitos considerados como verdadeiros*, isto é, *in veros* e *pro veris*, como diziam elles. Felizmente, terminou-se essa gymnastica de classificações, a qual mais servia para confundir do que para distinguir. O nosso TEIXEIRA DE FREITAS reduziu esses effeitos a dous: 1.º Presumir-se

que o autor confessa tudo quanto se contem no libello; 2.º Induzir a litis-contestação ficta. Os outros effeitos, taes como o de perpetuar a acção em juizo e o de induzir móra no réo, considera-os elle como resultantes, não do libello, mas da litis-contestação ficta. PEREIRA E SOUZA, nas Primeiras Linhas, já os reduzia a tres, que são: 1.º o de presumir-se que o autor confessa tudo quanto se contem no libello; 2.º o de perpetuar a acção em juizo; 3.º o de induzir móra no réo. Elle entendia que, no fôro moderno, já não opéra effeito algum essa especie de litis-contestação ficta com fundamento na Ord. L. III tit. XX § 5.º e tit. LI; e TEIXEIRA DE FREITAS, na nota 409 das suas *Terceiras Linhas*, refutando essa opinião, diz que, si o libello tem de ser recebido *si et in quantum*, isto quer dizer que o juiz o presume negado pelo réo, não sendo razoavel que fique dependendo a administração da justiça sómente da arbitraria vontade do réo, tantô mais quanto o fim da litis-contestação ficta, neste caso, é assegurar o julgamento da questão proposta, tornando a cousa litigiosa. ALMEIDA E SOUZA, nas *Segundas Linhas*, notas 270 e 271, observa que só o libello offerecido ao Principe, perpetúa a acção e isso porquê tem o effeito de litis-contestação, o que não acontece em qualquer outro caso de oblação de libello; a acção, diz elle, só se perpetúa pela litis-contestação até quarenta annos, segundo a L. *Sæpe*, do Cod. *de præscrip. XXX ann.* Quanto ao effeito de induzir móra no réo, accrescenta o mesmo LOBÃO, para isso basta qualquer judicial interpellação desde que a divida seja certa e liquida; e, para o fim de ser o réo condemnado em rendimentos, o não constitue em móra o libello, mas só a verdadeira litis-contestação; e isto, hoje mais do que antigamente, prevalece, porque, com os prazos peremptorios e lançamentos, não se concebe como o réo, sem negligencia do autor, possa dolosamente ou arbi-

trariamente dilatar a demanda. De toda esta discussão resulta que os effeitos do libello são dous: 1.º Tornar a cousa litigiosa, isto nas acções reaes, porque, nas pessoas, só se faz litigiosa a cousa pela litis-contestação, como se póde ver em SILVA, *ad* Ord. L. IV tit. X princ. e em outros; 2.º Presumir-se que o Autor confessa tudo quanto se contem no libello, isto, porém, *nisi per errorem justum confessio facta probetur*, na phrase de STRIKIO. O citado LOBÃO quer ainda limitar este effeito por mais duas excepções, isto é, affirma elle que este effeito se entende *in verbis assertivis et dispositivis* e não *in enunciativis et narrativis*, e só procede *in articulis affirmativis et non in simplicibus, in quibus Pars dicit—volo probare*. Mas, estas excepções resolvem-se todas na do *errorem justum*, de STRIKIO.

13). O autor deve vir a juizo, seguro das provas de sua intenção; e, por isso, a Ord., L. III, tit. XX, § 22, determina que—«quando o autor houver de offerecer libello, que se não possa provar senão por escriptura publica, ou fazendo no libello menção della, offerecel-a-ha juntamente com elle; porque não a offerecendo logo, e sendo apontado pelo réo, quando o feito lhe fôr para contrariar (o que poderá fazer de palavra na audiencia e não por escripto), o Julgador mandará ler o libello na audiencia; e achando que é assim, como por o réo é apontado, absolvel-o-ha da instancia, e condemnará o autor nas custas, da qual absolvição se poderá aggravar por petição, ou instrumento. E tornando outra vez a citar o réo pela mesma causa, no libello conteuda, fazendo nelle menção da escriptura, como dito é, ou fundando o libello nella, se lhe fôr opposto pelo réo, que a não offereceu, o Juiz o absolverá de toda a causa intentada no libello, e condemnará o autor nas custas. Da qual absolvi-

ção se poderá appellar ou aggravar, não cabendo em sua alçada; porém, no caso de appellação ou aggravado, à poderá offerecer». A praxe, moderando este rigor, substituiu a absolvição da instancia pela providencia de mandar o juiz riscar os artigos fundados nas taes escripturas não offerecidas, correndo a causa sobre os outros. Depois, o Assento n. 339 de 23 de Novembro de 1769, interpretando a cit. Ord. L. III, tit. XX, §§ 22 e 24, declarou que as escripturas articuladas no libello, ou necessarias para sua prova, que não são com elle offerecidas, podem juntar-se até que o Juiz, apontada a falta pelo réo, quando o feito fôr para contrariar, e depois que lhe vierem os autos para decidir a reclamação, absolva o réo da instancia, si até então ainda não estiverem juntas. Alguns Praxistas, entre elles o nosso SOUZA PINTO, affirmam que, ainda mesmo depois de arguida pelo réo a não juntada dos precisos documentos, tem lugar a exhibição delles por ordem expressa do juiz; não querendo nem assim exhibil-os, é o autor condemnado nas custas e o réo absolvido da instancia. A praxe foi pouco a pouco firmando os principios seguintes: 1.º Conjunctamente com o libello deve o autor offerecer os documentos sem os quaes a lei não admite acção em juizo e os documentos mencionados no libello como fundamento da intenção do autor; 2.º Não é o autor obrigado a esta exhibição, nem por falta della é o réo absolvido da instancia: *a*) quando o titulo que se menciona é presumido, como o que provém da prescripção; *b*) quando o documento já não existe mais; *c*) quando o documento está em poder do réo; *d*) quando existirem em originaes ou copias autenticas, nos cartorios de notas publicas, nos de registros, nos de autos judiciaes e em quaesquer archivos e depositos publicos. São aquelles os unicos documentos que o autor deve juntar logo com o libello e antes da dilação probato-

ria; e estes principios foram quasi completamente reproduzidos no art. 720 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. Mas, na praxe, tem-se moderado muito o rigor da sancção da lei contra os que recusam juntar taes documentos logo com o libello, a tal ponto que o Decr. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, regulando o processo federal, não reproduziu a pena de absolvição da instancia, a que se refere a cit. Ord. L. III, tit. XX, § 22, nem a doutrina do art. 720 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, limitando-se, no art. 118, a exigir a indicação desses documentos como cautela da petição que serve de libello; e, no art. 177, no capitulo das provas, posterior ao da dilação probatoria, estabelece expressamente esta providencia: «O original de copias autenticas, traducções, certidões extrahidas das notas publicas ou autos, será exhibido, logo que alguma das partes o requerer». De tudo isto resulta que, nos casos em que o documento, indispensavel para a prova, não seja junto com o libello, póde ser junto durante a dilação probatoria; e, si não fôr junto em original, não prevalecerá a copia, quando a parte adversa, antes ou dentro da dilação, requerer o original, de sorte que, em tal caso, a consequencia será, não a absolvição da instancia, mas a improcedencia da acção. Tem sido esta a ultima tendencia da praxe.

14). O libello deve ser feito e assignado por advogado formado ou provisionado, bem como quaesquer artigos, razões e minutas de agravo. Os Assentos de 2 de Maio de 1654 e de 24 de Março de 1782, assim dispondo, tiveram em vista a importancia de taes actos, não só em relação á marcha do processo, como para auxiliar o estudo e a consciencia do juiz que tem de proferir a sentença. Nestes autos, é que mais se accentúa a responsabilidade profissional,

especialmente no libello em que o autor, arriscando-se ás incertezas de uma demanda, deve ir com a sua intenção já fundada em provas de facto e em disposições de direito. Bem se comprehende que, para tanto, não é licito deixar de exigir garantias de capacidade scientifica, que só se podem presumir, em regra, existir naquelles que estudaram e estudam o direito. O advogado deve ouvir o seu constituinte com toda a paciencia, attendendo a todos os esclarecimentos e exigindo todos os documentos; deve estudar com o maximo cuidado todos esses esclarecimentos e documentos, afim de saber qual o juiz competente, qual a acção apropriada ao caso, quantas acções se podem propor para o mesmo fim, para que se cumulem, si forem compatíveis, ou para escolher a mais commoda, isto é, a de mais facil e segura prova, si forem incompatíveis; deve ainda verificar quando a acção se póde intentar contra uma só pessoa e quando terá de ser inevitavelmente proposta contra muitas: tudo isto, em summa, para assegurar o exito da demanda, para poupar ao seu cliente despezas inuteis e para não se vêr forçado a desistir (como deverá fazel-o em tempo), e mudar de libello e acção, logo que perceber o erro da acção intentada. Este trabalho, como se vê, é o mais grave da demanda, porque, assim como a arvore com o tronco affectado, sécca ou produz fructos rachiticos, assim a demanda, com o libello mal feito, perde-se ou produz resultados inferiores á expectativa do autor. Além disso, ha uma razão de ordem publica que leva o Estado, cujo fim é manter o direito, a exigir que os meios empregados sejam os mais adequados a esta causa final, quer por sua causa material, quer por sua causa formal, quer por sua causa efficiente. Ora, o advogado é o agente (causa efficiente), que tira do facto e do direito resultantes da narração e descripção e dos documentos que lhe são

apresentados (causa material, *ad instar* ou, como dizem também os escolasticos, *ex sinu materie primæ*) as relações de facto e de direito (causa formal intrinseca) para o libello (causa formal extrinseca), afim de facilitar a prova e conseguir o julgamento (causa final, *finis operis*) conforme o direito (causa final, *finis operantis*).

João Mendes Junior.



A NOVA PHASE DA DOCTRINA
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 «multiplicidade 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 comprehensão, 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 *fôrma da ordem social*, quer regule uma relação de direito entre as partes, quer regule os actos tendentes a realisar o direito pela força do poder publico. Por-

tanto, não é sinão por analogia que se tem dado ás leis que regulam a *fôrma intrinseca* das relações de direito a denominação de *direito material*, e ás leis que regulam a *fôrma extrinseca* dos actos juridicos, 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 *fôrma*, isto é, *substancias em acto*. Por outro lado, todo o principio ou fonte de actividade ou energia é sempre uma *fôrma*; por consequente, cogitar do acto juridico sómente como *materia*, é uma abstracção util para o estudo contemplativo dos principios, porém, inutil para a classificação pratica dos preceitos. Acresce que as fôrmas intrinsecas (actos e contractos) *ut species*, são consideradas *materia* do direito, *ad instar* de *materia segunda*; e, aliás ha muitas fôrmas mesmo extrinsecas, 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. LEIBNIZ, nos *Novos Ensaio*s, preconizando essas locuções — *direito material* e *direito formal*, tornou bem visivel que usa apenas de uma *metaphora*, mesmo porque acceita o principio da Escola: *Formæ preexistent 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 podem nem existir*, NEM MESMO SER CONCEBIDAS *sem estas outras leis que ellas tendem a fazer observar*. Quem entende o sentido destas duas palavras em grammatica não póde 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 podem existir, *ou ao menos podem 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 termos *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 difficuldades 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—*titulo 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 preconstituídas, ou em factos permanentes, ou em motivos de ordem publica, não pódem, attenta a efficacia dessas provas preconstituídas 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 pódem ser concebidos sem aquellas instituições de direito, tambem aquellas instituições de direito, *quoad essentiam*, isto é, considerada a sua *razão de ser*, não pódem 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, emquanto 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 arbitraria, acarreta sómente confusões? Que necessidade ha de usar de termos equívocos, quando ha termos denominativos, termos proprios? Os termos analogos são sempre equívocos, *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 effeito unico, aliás expresso por elle, é este: as leis de processo (*á semelhança dos adjectivos, que não pôdem 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 pôdem ver nos commentadores do Philosopho:

1.º *Nominum essentialium, quædam significant essentiam substantivè, quædam vero adjectivè; cujus 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 necessario 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 intuitos do legislador.

Por conseguinte, os Estados não pódem alterar o processo das acções relativas ás letras de cambio, ás hypothecas e a outras instituições especiaes, porque taes processos, por considerações de ordem, quer estrictamente 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 pódem os Estados supprimir qualquer acto da causa ou do juizo no processo ordinario, sem *ipso facto* atacar o principio substancial da *plenitude da defeza*, 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 pódem deixar

de emanar do mesmo Congresso Nacional, sob pena de *serem desnaturadas* essas relações e instituições de direito. Ora, não é possível suppôr no legislador constitucional da Republica a intenção de *desnaturar* 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 attribuição 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 communição, 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 quaedam accidentia intrinsecus afficere proprium subjectum, ut sunt v. gr. potentiae earumque actus, quaedam 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 summarios, em geral, foram estabelecidos com as instituições com elles creadas: o *summatim 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, connotans tamen aliquid aliud cum quo ens confertur*; por outra, em taes casos, o processo é mais do que um modo e fórma 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 *fórma*.)

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 fórma intrinseca dos processos summarios, é incontestavel que o fundamento e a fórma 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 summario 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 Jusças*, 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 guarentigiata* (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 exequivéis mediante *assignação de dez dias*.

Quando fallamos em processo summario, consideramos-o como correlativo opposto ao processo ordinario, de sorte que entram na classe dos summarios, não só as acções cujo processo é regulado pela ordem geral dos processos summarios, como tambem aquelles a que as leis dão uma fôrma 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 glosadores 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*, *summario* e *summarissimo*. 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 civil*, 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 summario*—é modernamente empregada em sentido generico, para significar não só as acções estrictamente chamadas *summarias*, como as *summarissimas*, as *especies* e as *executivas*. Neste sentido consideram-se *summarias*: 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 *subreção*, 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, depósito, despejo de predios rusticos, etc.; *e*) preceitos comminatorios; *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 pódem ser accrescentados os executivos *fiscal*, o *hypothecario* e o de *privilegiados*, taes como alugueres, 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 aperfeçoam 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 *fórmulas para tractar causas em juizo*, são *effeitos ou de factos permanentes ou de provas preconstituídas*, 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 preconstituídas* ou em *factos permanentes*, o processo especial, si não é uma fórmula substancial, no sentido

rigoroso do termo,—é mais do que uma fôrma accidental,—é uma *fôrma assistente*, sem a qual aquellas instituições perderiam a sua razão de ser, ou, pelo menos, perderiam a efficacia que o legislador lhes quiz communicar; por outra, os processos especiaes não são *simples fôrmas 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 effectos, 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 fôrmas, sem prejuizo da instrucção da causa. STRYKIO tem a esse respeito uma dissertação longa, com remissões a BRUNNEMAN, VENTURA DE VALENTIIS, WINTER e outros. Elle assignala diversas causas dos defeitos, da demora, da prolixidade e do elevado dispendio das lides forenses. Assim: 1.º A determinação de uma fôrma 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 dilações prorogadas; 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.

Assignalando essas causas, STRYKIO não expõe meios de remediar os inconvenientes que ellas produzem, nem demonstra que, supprimidas ellas, desapareçam esses mesmos inconvenientes e não apareçam outros muito piores. Já o nosso LOBÃO faz essa critica a STRYKIO.

Especialmente quanto á distincção das causas em *ordinarias* e *summarias*, o operoso jurisconsulto allemão affirma que nenhum tratadista ou praxista encontrou o fundamento desta distincção na *natureza das cousas*; mas, elle proprio reconhece que—«em vista da variedade das circumstancias, ha causas de mais difficil prova do que outras e, portanto, os processos são distinctos 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 summarios: 1.º A autoridade dos interpretes e dos praticos; 2.º O favor de certas causas; 3.º O interesse da republica. Acrescente-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 coisa commum*, a *demarcação de limites*, a *partilha da herança*, a *cessão de bens*, a *concordata preventiva*, a *moratoria*, a *fallencia*, a *testamentaria*, a *tutela*, a *prestação 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 circumstancias 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 pódem ser consideradas conjunctas ou divididas;

A lei juridica tem *qualidade*, isto é, accidentes que immediatamente, por si mesmos, a completam e aperfeçoam, *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 *differente qualidade das provas*, é um caracteristico da *natureza das cousas* e, portanto, da *natureza da causa*. «A *natureza das cousas*, 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 estende-se no *tempo* :

A lei juridica existe e estende-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, attingindo-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, escritvães 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 fim, a acção se diz MEIO; si tem impedimento a remover, a acção se diz REMEDIO. *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 propriè humanæ dicuntur, quæ ex voluntate deliberata procedunt; si quæ autem aliæ actiones homini convenient, possunt dici quidem hominis actiones, sed non propriè humanæ, cum non sint hominis, inquantum 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 attributo 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 perseguendi 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 attributo 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 intelligiveis, pelos quaes se manifesta ou póde 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 intelligiveis* 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 applicquem a agir (*requisita ad agendum*), condições que, consideradas em relação ao fim da *acção judicial* (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 juridica regula, não só a relação de direito litigioso, como as condições da actividade das causas da acção, segue-se que a *acção judicial* 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 judicial*—verá que a *nota* do fim, (*obrigar outro a dar ou a fazer aquillo de que tem obrigação 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 judicial* é esta:—*para obrigar outro a dar ou a fazer aquillo de que tem obrigação 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 obrigação perfeita*».

Ha ainda duas outras accepções do termo *acção*: a *accepção formal*, que tem por correlativa a *accepção material*. A accepção convem *materialmente* ao termo, quando lhe é attribuida em razão da *materia*; a accepção convem *formalmente* ao termo, quando lhe é attribuida em razão de *fórma*. Ora, a materia da *acção judicial*, como qualquer outra materia póde 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 *demanda*; 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 *fórma* 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 *fórma* póde ser *intrinseca*, *ut species*, ou *extrinseca*, *ut exemplar*: mas, quer a *fórma intrinseca*, quer a *fórma extrinseca* 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 realisação do direito. A *fórma*, pois, é sempre a *realidade que dá o ser e a operação*; por outra, a *fórma* é o *principio que dá o ser essencial e especifico á materia*; por outra, a *fórma* é *aquillo que completa ou determina uma coisa ou o meio pelo qual ella opéra*; e, assim se diz que a «*fórma dá o ser á coisa*», *fórma dat esse rei*, não porque a *fórma* seja identica ao agente ou causa efficiente, mas porque sem a *fórma* o *ser* não existe senão em potencia; por outra, a *fórma*, ou *causa formal*, completa a *materia actuando-a* e, por isso, se diz que a *fórma* é a *substancia em acto*.

IV

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

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

Ora, a *fôrma* da acção judiciaria consiste, como todas as *fôrmas*, em *actos*, que tendem a um fim, ordenadamente dispostos, procedendo sempre os posteriores dos anteriores (*pro*, adiante, *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 podem ser supprimidos, ou alterados, sem offensa da garantia constitucional da *segurança dos direitos* e da *execução das leis federaes*. Assim:

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

2.º Os Estados não podem supprimir ou alterar actos de *necessidade da lide*, *necessidade que*, quanto *relativa*, funda-se em exigencias do *direito de defeza*. Assim, não podem supprimir ou alterar a *réplica*, a *tréplica* e as *allegações finaes*: não podem supprimir 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 defeza*; não podem

supprimir a *tréplica*, porque, quando a *réplica* não fôr fundada em negação absoluta, o réu tem o *direito de defeza*; 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 pódem supprimir as allegações finaes, porque, podendo as provas alterar o estado da lide, o juiz precisa conhecer da intenção das partes após a producção das provas;

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

4.º Os Estados não pódem 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 defeza de interesses identicos, o direito de defesa de interesses oppostos aos dos litigantes;

5.º Os Estados não pódem 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 defeza;

6.º Os Estados não pódem supprimir ou alterar os actos do processo criminal e muito menos alterar o systema geral do processo criminal, para, por exemplo, diminuir as garantias da defeza e do julgamento, quer pelo juiz de direito, quer pelo jury, ou para estabelecer exclusivamente o processo inquisitorio, supprimir 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 defeza*, que é uma das garantias constitucionaes;

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

peciaes, porque essas fórmulas extraordinarias estão essencialmente ligadas ou a *provas preconstituídas*, ou a *factos permanentes*, ou a *motivos de ordem pública, 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 decisorios*;

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 fórmula 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 preconstituída*, 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 preconstituída*, 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 comminatorios; 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, comminatorios 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 circumstancias 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 locais, 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 locais;

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*, póde «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*, póde 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 obrigação 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 principios 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 assecutorios mais consentaneos e adequados, isto é, o poder e o direito de dêterminar 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 simultanea, 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 effi-
cacia e razão juridica, a condições de tempo e logar peculiares a cada Estado, taes como as relativas ás distancias, aos meios de communicação 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 Junior.



DA COMPETENCIA DO ESTADO

PARA LEGISLAR SOBRE O PROCESSO DAS JUSTIÇAS LOCAES



I

Com a sua reconhecida proficiencia, que ninguem mais do que eu respeita e admira, meu illustrado collega, sr. dr. João Mendes Junior, publicou por estas columnas uma série de artigos, para o fim de demonstrar que, em virtude de varias disposições da Constituição Federal, não pódem os Estados legislar sobre o processo das justças locaes.

Se o erudito professor tivesse sustentado a sua these em direito constituendo, affirmando que em nosso regimen politico aos Estados não se devia ter dado a faculdade de legislar sobre o processo, e que importa promover a reforma do n.º 23 do art. 34 da Constituição Nacional, não hesitaria um só momento em o applaudir sem restricções.

Mas, o douto jurisconsulto occupou-se com o direito constituído, com a interpretação de textos constitucionaes, e sua proposição final foi escripta em face do direito positivo brasileiro.

Verdade é que no desenvolvimento de sua asserção remontou aos princípios que dominam a materia, e seu trabalho nessa parte foi um estudo philosophico das consequencias reputadas absurdas e perigosas que decorrem da interpretação geralmente dada ao art. 34, n. 23. Foi talvez esse o fundamento capital da conclusão a que chegou.

A these do sr. dr. João Mendes Junior tem contra si o elemento grammatical, o elemento logico e o elemento historico da lei.

Pretendendo demonstrar essa verdade, para depois investigar como deve ser praticada a disposição constitucional, não me demorarei na questão de saber se as locuções — *leis substantivas* e *leis adjectivas*, *direito material* e *direito formal*, — têm os graves inconvenientes que se afiguram ao meu illustrado collega. Observarei apenas que um dos nossos melhores jurisconsultos, Paula Baptista (§ 5 da *Theor. e Prat. do Proc.*), não as julga tão improprias. Continuemos todavia a usar do termo—*processo*—, de preferencia a qualquer outro.

Em um ponto preliminar não posso chegar a um accôrdo com o sr. dr. João Mendes Junior: não é possivel hoje admittir o methodo escolastico.

Com raras excepções, os philosophos da nossa época condemnam a Escolastica pela sua «submissão mais ou menos completa da philosophia ao dogma, pelo uso excessivo da deducção e do syllogismo, pela extrema subtilesa das analyses, em geral verbaes, pela tendencia a dar realidade a meras abstracções, e a crear entidades explicativas que não explicam cousa alguma.»

As suas definições e divisões, os seus categoremias e categorias, só têm o effeito de empecer, confundir, embrulhar os assumptos.

O processo analytico, o methodo de observação, dos philosophos modernos é incontestavelmente um guia muito melhor para o estudo de quaesquer questões.

Vejamos uma prova, um exemplo, uma amostra. Já que o sr. dr. João Mendes Junior tanto se preocupa, a proposito de leis substantivas e leis adjectivas, com a idéa de *substantia*, com *as substantias em potentia*, e com *as substantias em acto*, comparemos a noção de substantia que nos dá a Escolastica com a noção de substantia da philosophia contemporanea.

Entre os escolasticos escolhamos um auctor muito preconizado pelo meu erudito collega, Sansévérino, «Philosophie Chrétienne». Entre os sectarios do methodo analytico tomemos ao acaso H. Taine, «Les Philosophes Classiques du XIX Siècle».

Eis aqui a noção de substantia que nos dá a Escolastica :

A substantia, como categoria, póde definir-se *uma cousa á qual pertence ser em si e não em uma outra*, isto é, *não em um substratum*. Para tornar clara essa noção, cumpre explicar: 1.º porque a substantia não é definida um ser que é em si, mas uma cousa a qual pertence ser em si; 2.º o que significam as palavras ser em si e não em outro ser. Quanto á primeira questão, é preciso notar que a substantia, como as outras categorias, é um modo especial segundo o qual uma cousa é realmente, *actu*, na natureza, e que por consequente não podemos concebê-la sem estas duas cousas distinctas: uma cousa que existe de um certo modo, e o modo particular segundo o qual ella existe na realidade, *actu*. E' por essa razão que a substantia não deve ser definida: um ser que existe em si ou por si, para assignalar a differença entre a

propria cousa e o modo como ella existe realmente, *actu*, em a natureza, isto é, entre o ser da essencia e o ser da existencia. Quanto á segunda questão, na definição de substancia as palavras *ser por si* ou *ser em si* excluem a inherencia a um *substratum*, isto é, significam que aquillo que denominamos substancia não tem seu ser em outra cousa, como em seu *substratum*, mas não excluem da substancia a causa efficiente de sua existencia, ou não indicam que pertença á noção de substancia não receber seu ser de um outro ser, pois as substancias creadas recebem seu *ser* de Deus.

Ora, a cousa á qual pertence *ser em si*, e não em outro ser, se denomina substancia, principalmente pela razão de que ella é o *substratum* dos accidentes, e por consequente subsiste (*substat*) sob os accidentes. A prova de que a substancia é o *substratum* dos accidentes aqui está: se o *substratum* dos accidentes não fôsse uma substancia, seria sem duvida um outro accidente, e como este accidente exige um *substratum* ao qual adhira, seria necessario admittir uma série indefinida de accidentes. Ora, uma tal série, segundo a confissão de todos, é um absurdo. Logo, o *substratum* dos accidentes é a substancia.

Até aqui a noção, e a explicação com que a Escolastica procura tornar clara a sua noção.

Vejamos agóra como Taine nos explica o que é *substancia*. E' a proposito do supposto axioma, ou verdade racional, intuitiva, absoluta, innata, de que *toda qualidade supõe uma substancia*, que elle nos diz o que é *substancia*.

Que é uma substancia? Que é uma qualidade? Esta pedra é dura, branca e quadrada. O *eu* pensa, sente e quer. A pedra, o *eu* são substancias; a du-

reza, a brancura, a fôrma quadrada, o pensamento, o sentimento, a vontade, são qualidades.

Reflectamos por um momento, e havemos de vêr que as qualidades são partes, elementos, aspectos, em uma palavra—abstracções, ou, mais propriamente,—abstractos da substancia, e que a substancia é o conjuncto, o todo indivisivel, o dado concreto e complexo de que se extrahem as qualidades. O objecto, antes da analyse e da divisão, é a substancia; o mesmo objecto, analysado e dividido, mostra-nos as qualidades. A substancia é o todo, as qualidades são as partes. Tirae, ou separae, pela abstracção, todas as qualidades de um objecto, todos os seus modos de ser, todos os aspectos sob os quaes podemos encaral-o, e que restará? Absolutamente nada. A substancia não é alguma cousa real, distincta e differente de suas qualidades. E' por uma illusão que nós a representamos como uma especie de séde, ou ponto de apoio, em que assentam as qualidades. A pedra figurada não é cousa alguma além da fôrma, da extensão, da dureza, da côr, das propriedades physicas e chimicas que encerra.

Não se deve dizer que ella seja a collecção das qualidades, porquanto a palavra collecção indica um todo fabricado de partes primitivamente separadas. E' um conjuncto, um todo primitivo, e as qualidades nada mais são do que partes desse conjuncto separadas pela faculdade da abstracção. O principio de que toda qualidade suppõe uma substancia quer dizer que todo abstracto, toda parte, todo fragmento, ou elemento, extrahido de um dado mais complexo, suppõe esse dado mais complexo, o que é uma proposição indiscutivel.

Ahi temos uma noção clara e verdadeira do que é substancia. Desde o grão de areia até o homem, e

desde o homem até Deus, a substancia é isso que tão suavemente nos explica e faz comprender um pensador apoiado no methodo analytico, no processo da observação, que não exclúe a deducção, mas que della não abusa.

Para que, pois, nos atordoarmos com o *fatras scolastique*, com esse *arsenal de palavras*, que tudo escurece, e que hoje nada adianta?

O *Philosopho* e o *Anjo da Escola*, isto é, Aristoteles e Santo Thomaz de Aquino, nenhum auxilio nos prestam para o estudo da questão de direito que nos preoccupa.

E muito menos o *Doutor Subtil*, o *Doutor Illuminado*, o *Doutor Invencivel*, e o *Doutor Seraphico*, para não fazer a menor allusão ao *Doutor Maravilhoso*, isto é, Duns Scott, Raymundo Lulle, Guilherme de Occam, S. Bôaventura e Rogerio Bacon, a famosa cohortê dos escolasticos disciplinados e indisciplinados.

Essas abantesmas da philosophia medieval dissiparam-se ha muito, desde os primeiros alvôres do seculo XVII, ao forte clarão projectado pelo genio potente de Francisco Bacon.

II

Os termos em que está redigido o n. 23 do art. 34 da Constituição Federal, o pensamento que se lê em varias outras disposições dessa lei, e o estudo das idéas dominantes sobre a diversidade das leis, ou separação do direito, na assembléa constituinte, e já antes de sua reunião, não permitem a menor duvida quanto ao principio consagrado pelo legislador brasileiro.

«Compete privativamente ao Congresso Nacional, prescreve o art. 34 n.º 23, legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, da Republica e o processual da justiça federal.»

Uma clara divisão das leis estava incontestavelmente na mente do legislador: de um lado as leis civis, commerciaes e criminaes, do outro, em opposição, as leis de processo.

Quanto ás primeiras, conferio ao Congresso Nacional o poder de as formular indistinctamente. Quanto ás segundas, subdividio-as em leis processuaes da justiça federal, e leis processuaes das justiças dos Estados, justiças reconhecidas em mais de um artigo da Constituição. Assim subdivididas as leis de processo, o legislador declarou o Congresso Nacional competente unicamente para legislar sobre o processo federal.

Mas, diz o sr. dr. João Mendes Junior, nas leis não se presumem palavras inuteis, e o adverbio *privativamente* tem o seu correlativo opposto: o texto exclúe a competencia dos Estados para legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, da Republica, e o processo da justiça federal, mas não exclúe a competencia do Congresso Nacional para legislar, posto que não *privativamente*, sobre o processo das justiças locaes.

A competencia *privativa*, conferida pelo art. 34, está em antithese, não o contesto, com uma competencia *não privativa*; mas, os termos antitheticos são os artigos 34 e 35. No primeiro o legislador declarou o Congresso Nacional *privativamente* competente para praticar todos os actos enumerados no artigo. No segundo estatuiu: «Incumbe, outrosim, ao Congresso, *mas não privativamente*, velar na guarda da

Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de character federal; animar no paiz o desenvolvimento das lettras, artes e sciencias, bem como a immigração, a agricultura, a industria e o commercio, sem privilegios que tolham a acção dos governos locais; crear instituições de ensino superior e secundario nos Estados; provêr a instrucção secundaria no districto federal.»

A antithese está, pois, encerrada nos dois artigos 34 e 35. Limita-se a essas duas disposições. *Não privativamente* legisla o Congresso Nacional sobre os assumptos do art. 35.

E' a lei que o diz expressamente.

O art. 35, § 1.º, confia ao Congresso Nacional a missão de velar na guarda da Constituição e das leis. O art. 72 assegura a inviolabilidade dos direitos. Deduz-se dessas disposições que, se os congressos dos Estados fizerem leis de processo ou *de organização judiciaria* (materia em que ninguem lhes nega competencia) que firam o direito civil, commercial e criminal, da Republica, ao Congresso Nacional cumpre abrogar essas leis. E' um conseqüentio logico e necessario do regimen federal, em que a soberania está encarnada na União, e os Estados apenas são autonomos. *Une conséquence nécessaire de la souveraineté de l'État fédéral est que la loi fédérale abroge par le fait même de sa promulgation toute disposition des lois d'un État particulier qui lui est contraire: Bundesrecht bricht Landesrecht, droit fédéral brise droit particulier. Cette règle, qui découle d'ailleurs nécessairement de la souveraineté de l'État fédéral, se trouve expressément formulée dans la plupart des constitutions fédérales, et son existence ne fait nul doute dans les rares constitutions qui ne la mentiennent pas expressément»* (Le Fur, État Fédéral, pag. 593).

Sobre esse ponto de vista, o Estado tem a sua actividade legislativa limitada tanto em relação ás leis de processo como no que concerne ás leis de organização judiciaria. A paridade é tanto mais evidente, quanto é certa a conexão, a relação de dependencia, entre essas duas especies de leis. As leis substantivas, cuja observancia a Constituição Federal nos garante, ou assegura, pódem ser violadas pelo modo como se organisa o poder judiciario do Estado, ou pela natureza do processo estatuido: em uma e outra hypotese o Congresso Nacional póde e deve intervir, corrigindo os desvios da acção legislativa dos Estados.

Dahi não é permittido concluir que os Estados não tenham competencia para organizar as suas leis processuaes, pela mesma razão por que até hoje ainda ninguem concluiu, nem mesmo o meu illustre collega, que os Estados não possam legislar sobre a sua organização judiciaria.

Ter uma competencia limitada não é equivalente a não ter competencia.

Que o pensamento do legislador constituinte foi o que tem sido exposto neste artigo—podemos facilmente verificar pela leitura dos debates. Os deputados que tinham competencia para discutir este assumpto sustentavam todos a these tão brilhantemente desenvolvida pelo sr. dr. João Mendes Junior.

O sr. José Hygino em magistral discurso pedia não só a unidade das leis de processo, como a unidade da organização judiciaria, demonstrando com eloquencia os inconvenientes do regimen judiciario adoptado. («Annaes da Constituinte», vol. 2.º, pag. 64). O sr. Amphiphio queria ao menos que as leis de processo fossem as mesmas para toda a nação. Na sessão de 8 de outubro de 1897 dizia elle: «Não

conheço, em san consciencia o digo, coisa mas repugnante no terreno dos principios, attentado maior contra a logica e o pouco que o meu passado de juiz me fez conhecer do assumpto. A lei processual deve ser o reflexo da lei substantiva; naquella se devem reflectir como em um espelho sem aço todo o pensamento, espirito, intuitos e previsões desta. Uma é complemento e execução da outra.» («Diario do Congresso Nacional», de 10 de Novembro de 1897).

A todos respondeo o ministro da justiça, sr. Campos Salles, em extenso discurso, mostrando de modo muito claro que o pensamento do governo era o expressamente exarado na Constituição: dar aos Estados a faculdade de legislar sobre o processo e sobre a organização judiciaria. Foi essa a idéa que triumphou.

O systema adoptado, posto que máu, não é original. Copiou-se da Constituição Argentina, que no art. 67, § 11, dispõe, que ao Congresso Nacional compete organizar o codigo civil, o commercial, o penal e as leis sobre minas, naturalisação, direitos de cidadão, fallencias, falsificações de moéda e documentos publicos do Estado, e as relativas ao jury.

A Constituição de Venezuela de 1874 reproduz a disposição da Constituição Argentina (art 13, § 22), excluindo, o que parece incrível, o direito commercial, que ficou entregue aos Estados.

O systema da nossa Constituição é, pois, o systema da Republica Argentina, onde cada provincia legisla sobre a sua organização judiciaria e sobre o seu processo. O poder legislativo nacional só tem competencia para elaborar as leis processuaes da justiça federal, o processo applicado perante os tribunaes da capital, e *alguns processos especiaes* para os tribunaes das provincias.

O systema argentino foi o reputado melhor (!) por um dos escriptores que mais concorreram para a divulgação dos ideaes republicanos em nosso paiz. Lastarria termina a sua obra—«*Lecciones de Politica Positiva*» com um projecto de constituição, que denomina—«*Bosquejo de una constitución politica arreglada á los principios y doctrinas de la ciencia*», em cujo art. 39 dá ao congresso nacional a faculdade de «*hacer todas las leyes necesarias para ejercer las precedentes atribuciones y para regir el derecho comun de la República en lo civil y penal, menos los procedimientos judiciales que son de la competencia de las asambleas de provincias.*»

Conclúe-se do que precede que o legislador constituinte quiz conferir, e conferio, ao Estado a faculdade de legislar sobre o processo das justiças locaes, limitando essa faculdade do mesmo modo como limitou a faculdade de organizar as justiças locaes. O elemento grammatical, o elemento logico e o elemento historico da lei, não auctorisam interpretação diversa.

Mas, diz o illustre sr. dr. João Mendes Junior, e aqui está o seu argumento capital, se fosse permitido aos Estados supprimir, ou alterar, quer os actos necessarios á ordem do juizo, quer os actos necessarios ao juizo, desappareceria por esse facto a garantia constitucional da segurança dos direitos e da execução das leis federaes.

Eis um ponto que exige detido exame.

III

As garantias judiciaes, — ensina Pescatore, repetindo uma verdade incontestavel, — dependem: 1.º da propria natureza e do methodo das leis civis e penaes, applicadas pelos juizes; 2.º da organização judiciaria,

isto é, do complexo systematico dos tribunaes, singulares e collectivos, que concorrem para a administração da justiça; 3.º da natureza, do systema, do methodo das leis de processo, que na investigação da verdade juridica (determinação dos factos e das leis civis e penaes, applicaveis) asseguram ás partes contententes a contradição reciproca, a egualdade de tractamento e a liberdade de discussão nos limites do honesto. (*Procedura Civile e Criminale*, vol., 1.º, pag. 4).

Da composição dos tribunaes, dos gráus de jurisdição, da distribuição das materias entre as diversas especies de juizos, dependem em grande parte a segurança dos direitos e a execução das leis. Póde organizar-se de tal modo o poder judiciario de um Estado, que o effeito das melhores leis substantivas seja annullado na pratica em virtude da viciosa constituição da judicatura.

Consequentemente, para ser coherente com suas premissas, o sr. dr. João Mendes Junior devia negar ao Estado competencia para legislar sobre a organização judiciaria.

Não 'o fará de certo, porque lh'o veda o texto expresso da constituição. Não deve igualmente recusar ao Estado competencia para legislar sobre o processo pela mesma razão.

Cabe aqui lembrar mais uma vez a estreita conexão, a mutua dependencia, entre o processo e a organização judiciaria. Se a Constituição tivesse outorgado ao poder federal a faculdade de instituir o processo das justiças locaes, os inconvenientes, as difficuldades de execução, a balburdia, seriam talvez maiores que os figurados pelo meu illustrado collega como derivados da interpretação geralmente dada ao art. 34, n. 23 da Constituição. Bastará attentar no capitulo

dos recursos para descortinar as desastrosas consequências do systema que outorga á União competência para legislar sobre o processo, e ao Estado o poder de legislar sobre a organização judiciaria.

Mas, admittamos por um momento, e só para argumentar, que não haja relação alguma entre o direito substantivo e a organização judiciaria, e que a segurança e execução do primeiro dependam exclusivamente do direito processual.

A palavra *acção* significa simultaneamente direito, remedio de direito e processo.

Empregado o termo na primeira accepção, não temos um direito diverso do que se faz valer pelo processo perante a auctoridade judiciaria. E' o mesmo direito violado que reage, que se põe em *acção*.

Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, é legislar sobre a *acção* nesse sentido.

A reacção do direito violado, perante a auctoridade competente e pela fórma determinada pelo direito judiciario, é o meio legal de defender esse direito, de restabelecel-o, e, pois, se diz um *remedio de direito*.

O direito violado, ora reage de modo extra-legal sem fórmas preestabelecidas pela lei, como nos casos de guerra, revolução e legitima defeza; ora reage por meio de actos que constituem o processo.

As normas juridicas que determinam esses actos, as leis de processo, distinguem-se do direito material, porquanto, ao passo que este tem suas raizes nas condições proprias da sociedade, as leis processuaes são «*prodotti totalmente intellettuali, mezzi escogitati dal legislatore allo scopo di pervenire alla più pronta scoperta e definizione dei diritti e dei doveri controversi*» (Gabba, *Retroattività delle Leggi*, vol. 4.º, pag. 399, 3.ª edição).

Combinações varias, diversos meios excogitados pelo legislador, *productos intellectuales* diferentes, pôdem levar-nos a resultados igualmente bons.

— Não será o direito substantivo sufficientemente garantido na Inglaterra, na calma, na pratica, na exemplar Inglaterra, tão respeitadora de todas as leis *de direito interno*? Entretanto, nada se nos depara no processo inglez que lembre as contestações, as replicas, as treplicas, as allegações finaes escriptas, do nosso direito judiciario.

Vejamos rapidamente o que é o processo inglez perante os *tribunales de condado*. Nas questões que se decidem de accôrdo com a *common law*, o auctor faz inscrever sua demanda (*plaint*) em registro guardado por um funcionario que corresponde ao nosso escrivão. Essa peça do processo contém os nomes, prenomes, domicilio das partes e a indicação dos factos que originaram o processo. Se a questão é de certa importancia, o auctor deposita uma declaração minuciosa de sua pretensão em tantos exemplares quantos são os réos. Cita-se o réo, que recebe as cópias depositadas. Em certos casos o proprio auctor, ou seu *attorney*, pôde substituir-se ao escrivão (digamos assim, na falta do termo proprio) no redigir a citação.

A citação indica o objecto da demanda, os motivos ou os fundamentos da pretensão do auctor, o dia em que o réo deve comparecer.

O réo deve comparecer á proxima audiencia do tribunal, não podendo em caso algum o prazo do comparecimento exceder a tres mezes. Se a citação lhe é feita menos de dez dias antes da audiencia, o juizo pôde adiar o comparecimento do citado para a audiencia seguinte. Se o réo tem excepções a oppôr, previne por escripto ao escrivão cinco dias pelo me-

nos antes da audiência, e o escrivão communica-o pelo correio ao auctor. Na audiência para a qual se fez a citação; o auctor, ou o seu *attorney*, expõe verbalmente sua pretensão; contesta o réo também verbalmente; apresentam-se todas as provas que os litigantes têm em seu favor, e o juiz profere a sentença. Nas questões julgadas *in equity* o processo é um pouco mais complicado, podendo o réo contestar por escripto. Ao juiz é permittido adiar o julgamento, se precisa de tempo para o estudo da questão (Glasson, *Droit et Institutions de l'Angleterre*, vol. 6.º, pag. 309).

Pelo facto de ter a Inglaterra um processo tão diverso do nosso, poder-se-á dizer que lá o direito substantivo tenha a sua applicação assegurada, e aqui não, *ou vice-versa?*

Fixa o nosso direito o prazo de dez dias para a interposição da appellação; o argentino o de cinco; o italiano o de trinta, ou de sessenta. Poder-se-á deduzir que na Italia a applicação do direito é mais assegurada do que no Brasil ou na Republica Argentina?

Porque em virtude do regul. n. 737, de 1850, foram abolidas a segunda dilação probatoria de dez dias, a terceira de cinco, e a quarta de dois e meio, que estatuiu a Ord., liv. 3.º, tit. 20, para as acções ordinarias, poder-se-á affirmar que desapareceu a segurança dos direitos feitos valer por essas acções?

A Constituição do Imperio exigia a conciliação antes do inicio de qualquer causa sob pena de nullidade de todo o processo. O decreto de 26 de abril de 1890 aboliu essa inutilidade. Será licito increpar o legislador de 1890 de ter diminuido a segurança dos direitos e a execução das leis substantivas?

A lei de 24 de setembro de 1864 estatuio para a cobrança das dividas hypothecarias a assignação de

dez dias. A lei de 5 de outubro de 1885 substituiu a acção decendiaria pela executiva. Abalou-se por esse facto a segurança dos direitos?

O decreto de 19 de setembro de 1890 mandou applicar ás causas civeis o processo do regul. n. 737. Diminuiram-se em virtude da alteração as garantias judicarias do direito substantivo?

Os actos processuaes são *meios excogitados pelo legislador para o fim de conseguir o mais seguro e prompto conhecimento dos direitos e obrigações contravertidos*, na phrase de Gabba.

A essa proposição é possível que o sr. dr. João Mendes Junior, que em processo e pratica judicial é *maestro di color che sanno*, opponha uma contestação formal, asseverando que ella é uma aberração dos principios do direito.

No proximo artigo ha de ver o meu erudito collega que excellentes auctoridades apadrinham a minha affirmação.

IV

Para demonstrar que as modificações do processo dentro de certos limites não violam a *segurança dos direitos*, prefiro reproduzir textualmente as lições de alguns mestres a lhes resumir o pensamento.

Na melhor de suas obras,—*Le Droit Civil International*—escreveu Laurent, distinguindo os actos ordinatorios dos actos decisorios:

A' primeira vista poder-se-ia suppôr que as provas constituem uma dependencia do processo. Os litigantes produzem suas provas em juizo, no curso de um processo, para o fim de esclarecer o juiz, que sobre essas provas funda a sua decisão; e é obrigado a

decidir segundo as provas legaes: quando mesmo tivesse conhecimento pessoal do facto litigioso, não poderia prevalecer-se desse conhecimento tomando-o para fundamento de sua decisão. Desde que o facto é legalmente provado, o juiz deve admittil-o como verdadeiro, ainda quando alimente alguma duvida a respeito. A prova, é, pois, um elemento essencial na distribuição da justiça; mas, tudo o que concerne á justiça não pertence á prova. Ha nesta materia uma distincção tradicional que serve de base á theoria geralmente adoptada para determinar a lei que regula as provas. Transcrevo o que disse Boullenois em seu Tratado da pessoalidade e realidade dos estatutos

Denominam-se regras *ordinatorias* dos juizes (*ordinatoria judiciorum*) as que dizem respeito á instrucção do processo e ao modo de proceder das partes e dos juizes, isto é, ás *fórmãs*, ás *solemnidades* do processo. Chamam-se *decisorias* as regras que servem de base á decisão do litigio (*litis decisoria*). *As fórmãs de proceder são extranhas aos motivos de decidir.*

Essas fórmãs, ou o processo propriamente dito, variam de um paiz a outro, *pódem ser absolutamente differentes, sem que taes differenças influam na decisão da causa.* O processo do direito canonico era todo escripto, e ainda se observa esse systema na lei prusiana, ao passo que o processo francez é oral e publico. Entretanto, os dois systemas, em questões identicas, nos levarão em regra á mesma decisão. Porque? Porque a decisão é independente do processo (vol. 8.º, n. 20).

E logo em o numero seguinte: A distincção das regras *ordinatorias* e *decisorias* é capital no que toca á lei que rege o processo e á lei que rege as provas. As fórmãs de proceder mantêm uma ligação intima com o direito publico: *dependem antes de tudo da*

organisação dos tribunaes. Seria uma usurpação do poder soberano pretenderem os estrangeiros que sua lei nacional regulasse as fórmulas de proceder em um paiz em que as leis prescrevem fórmulas totalmente diversas. Os litigantes, como diz muito bem Rocco, não têm nenhum interesse nisso; pois as diferenças de processo não influem na decisão da causa. Sem duvida o processo tem por objecto uma boa administração da justiça, *mas diversos systemas pôdem conduzir ao mesmo fim.* E' inutil insistir sobre este ponto, estando todos de accôrdo,—*tout le monde étant d'accord.*

Se fizermos a distincção que nos ensina Mattiolo entre leis que se referem á essencia da prova, á sua admissibilidade em juizo, aos effeitos da mesma, ás pessoas que a devem offerecer, e leis que regulam o modo como as provas devem ser produzidas em juizo, incluindo as primeiras no direito substantivo e as segundas no processo, teremos completado a explicação de Laurent.

Asser e Rivier, distinguindo claramente os *actos ordinatorios dos decisorios*, ensinam: Os primeiros são formalidades propriamente ditas do processo, prescriptas para o fim de assegurar o andamento justo e correcto do processo, e que não exercem influencia directa sobre o conteúdo da sentença. Os actos decisorios comprehendem tudo o que é preestabelecido para o fim de determinar a relação juridica que existe entre as partes, tudo o que pôde consequentemente influir de modo directo sobre a decisão do processo. *As fórmulas ordinatorias são inseparaveis da natureza do tribunal, de sua competencia, do modo como deve desempenhar as suas funcções.* Todos estão de accôrdo sobre esse ponto,—*tout de monde est d'accord sur ce point (Eléments de Droit International Privé, pag. 159).*

Promulgada uma lei pelo poder federal em nosso paiz, só temos direito a um processo em que se nos offereçam as garantias judiciaes, e não a este ou áquelle determinado processo. E' o que explica perfeitamente Gabba: O direito adquirido ao processo tem por objecto o processo em geral, e não esta ou aquella fórma de processo, este ou aquelle acto processual. A razão é que os actos processuaes, ainda quando empregados para fazer valer direitos adquiridos, *não têm conexão substancial com esses direitos, permanecem extrinsecos, e não se podem absolutamente considerar effeitos e consequencias do direito material.* Adquirindo um direito protegido pelas leis processuaes, o individuo por certo adquire ao mesmo tempo o direito de proceder em tempo opportuno judicialmente, e adquire esse direito tanto em face da pessoa obrigada, quanto em face do Estado, que organisa e regula os actos processuaes; mas, o modo de proceder, isto é, a organização e regulamentação dos actos judiciaes, compete ao Estado determinar, e não é objecto de direito adquirido em relação a outra pessoa, e muito menos em frente do Estado. O Estado regula os actos processuaes correspondentes aos varios fins juridicos a que esses actos nos levam, partindo não de uma verdadeira necessidade logica, mas da idéia de oportunidade dos meios para a consecução dos fins, e no interpretar essa oportunidade, e no determinar as fórmas adequadas ao escopo de um dado processo, *tem um campo livre para combinações engenhosas (ha libero campo all' inventare), e frequentes occasiões de aperfeiçoamento, como acontece em todas as obras de natureza mais technica do que racional* (obra citada, vol. 4.^o, paginas 405 e 425, 2.^a edição).

Não ha, em regra, ligação necessaria entre um direito substantivo e um determinado systema de pro-

cesso. O titular de um direito tem a faculdade de o fazer valer por uma acção: eis a unica relação necessaria que ha entre o direito material e o processo. Mas, qual a fórma da acção, quaes os actos processuaes, conducentes á realisação do direito material? Eis o que póde variar, desde que sejam respeitados certos principios cardeaes.

Não se póde dizer, observa Demolombe, que os individuos tenham tido especialmente em vista as *formalidades do processo e da execução* estatuidos pelas leis no momento em que se formáram seus direitos e obrigações (*Cours de Cod. Napol.*, vol. 1.º, n. 59).

Dalloz já havia fornecido a base da theoria desenvolvida por Gabba, quando escreveu: «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 neutralisa, ou annulla a acção, 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 se deve proceder á audição das testemunhas é *ordinato-ria litis* e consequentemente subordinada á lei em vigor no tempo da inquirição. Mas, a questão da admissibilidade dessa prova só deve ser resolvida pela lei sob cujo imperio se adquirio a acção. Tal é a doutrina de Merlin, Favard de Langlade, Duranton e Marcadé (*Rep. verb. Lois*, n. 335).

Resalta do que fica escripto que os jurisconsultos que têm mais profundamente estudado a natureza das normas processuaes, por occasião de analysarem

os seus limites no espaço e no tempo, não vêm uma *connexão substancial*, para repetir a expressão de Gabba, entre os actos ordinatorios do processo e os direitos que se protegem por esses actos.

O direito processual tem um character especialmente tecnico. *Diversos productos intellectuales, meios differentes excogitados pelo legislador*, pódem levar-nos aos mesmos resultados, em geral. Essa é a opinião, explicita ou implicitamente sustentada pelos escriptores que tenho citado.

Porque, pois, affirma o sr. dr. João Mendes Junior que os Estados não têm competencia para legislar sobre os actos ordinatorios em geral, isto é, sobre os actos propriamente processuaes?

V

A Constituição Federal conferio ao Estado a faculdade de legislar sobre a organização judiciaria e o processo das justiças locaes. Seria preferivel que ao Congresso Nacional fôsse dada essa attribuição. Mas, emquanto não se reformar, o nosso direito politico positivo é o que está consagrado nos textos constitucionaes.

Não podemos dizer da nossa lei fundamental o que disse alguém da constituição, ou, mais propriamente, do direito constitucional da Inglaterra: as constituições não são feitas, fazem-se. O legislador constituinte brasileiro limitou-se a copiar varios artigos da constituição americana. A disposição que tenho procurado interpretar foi tirada, não da constituição americana, mas da argentina.

Que nos cumpre fazer, emquanto não se corrigir esse defeito da nossa organização politica? Estudar como deve ser executado o preceito constitucional.

Posto que defeituoso, o nosso systema não encerra os absurdos, nem os corollarios prejudiciaes á segurança dos direitos e á execução das leis materiaes, que suppõe o sr. dr. João Mendes Junior.

Não encerra esses absurdos, porque não se dá entre o direito substantivo e o processo a *connexão substancial* que figurou o meu illustrado collega. Segundo a doutrina ensinada por mestres auctorisados, as disposições processuaes pódem variar sem que se diminúa a segurança dos direitos.

Os actos ordinatorios, materia das leis processuaes, têm um character antes technico do que scientifico. Por meio de combinações várias se obtém os mesmos resultados.

Os corollarios não são tão prejudiciaes, porque em nosso regimen politicó sómente a União é soberana, e os Estados são autonomos. Sempre que os Estados promulgarem leis de processo, ou de organização judiciaria, em virtude das quaes, pela inobservancia dos elementos indispensaveis do processo, sejam supprimidas as garantias do direito material, á União cabe abrogar essas leis.

Isso quer dizer que ha limites á actividade legislativa dos Estados na elaboração das leis de organização judiciaria e de processo. Dentro desses limites, que não exclúem uma certa amplitude, e que o proprio congresso nacional não poderia ultrapassar, os Estados têm a liberdade de escolher várias combinações processuaes.

E' o que se dá na Republica Argentina, que só tem um codigo de processo, approvedo pelo congresso nacional, para as justiças da capital, além das leis de processo federal. As provincias legislam sobre o processo dos seus tribunaes, singulares e collectivos.

Certos processos, não ha duvida, são inseparaveis das leis materiaes a que se referem. Tal é o processo de fallencia.

Não se póde contestar o que escreveo o illustrado dr. Carvalho de Mendonça na sua obra, recentemente publicada,— *Das Fallencias e dos meios preventivos da sua declaração.*— «E' a fallencia, em seus traços geraes e predominantes, uma emanação de estatuto processual, um meio extraordinario de execução, um *concursum creditorum*, e o que a distingue dos meios ordinarios da execução é o seu caracter de universalidade e unidade, e o processo original em que se desdobra. Mas, dahi não se póde concluir que a lei de fallencias deva ser de caracter local, entregue á legislatura dos Estados, pois que visa proteger instituições que estão entregues á defeza e vigilancia da União; constitue um estado excepcional na ordem juridica; abrange disposições declaratorias de direitos em relação ao fallido e ás pessoas que com elle contractaram; estabelece normas para a celebração da concordata; regula os direitos dos credores e sua respectiva graduação e disciplina a rehabilitação do fallido. Separar o fundo da fórmula, para entregar aquelle á União e esta aos Estados, é demolir a instituição, pois tão entrelaçadas se acham as disposições legaes de um e de outra, que reciprocamente se completam, produzindo um só todo compacto e harmonico. Tira da lei da fallencia o rito processual, escreve Thaller, e tereis um edificio levantado no ar e sem alicerces» (*parte primeira, § 3.º*).

O congresso nacional da Republica Argentina, o qual tem a attribuição, expressamente conferida por um texto constitucional, de legislar sobre fallencias, não separa as disposições processuaes das materiaes. No actual Codigo de Commercio Argentino vêm-se

conjunctamente disposições de direito commercial e de processo nos artigos relativos ás fallencias. «Existem tal cohesão e immediatas relações entre as disposições de fundo e as que são reputadas processuaes, que a separação offerceria defeitos capitaes no que se póde chamar a economia da lei. Com effeito, uma vez estabelecidas as disposições geraes em materia de fallencia, determinados os extremos que a produzem, e os effeitos juridicos que de tal estado decorrem para o commerciante, para terceiros e para os actos executados depois da cessação de pagamentos, impõe-se naturalmente uma ordem immediata de disposições que regulamentem os requisitos e as exigencias necessarias á declaração judicial do dito estado, á fórma dessa declaração, comprehendendo todas as medidas tendentes á arrecadação de bens, nomeação de um administrador ou syndico, etc., etc.» (Parecer da *Commissão de Codigos* da Camara dos Deputados Argentina).

Na propria Suissa, onde a lei de 11 de abril de 1889 regula a fallencia em toda a Confederação, os Cantões têm apenas a faculdade de organizar o processo civil brevissimo e o processo summario em materia de opposição ou de requerimento de fallencia, estando as leis que nesse sentido fizerem os Cantões *sujeitas á approvação do Conselho Federal* (Carvalho de Mendonça, *ibidem*).

Se ha processos, como o da fallencia, que são inseparaveis da lei material, não se póde admittir a doutrina do sr. dr. João Mendes Junior, que estende a inseparabilidade sem razão plausivel a um grande numero de processos especiaes, para não dizer a todos. E' assim que o illustrado jurisconsulto affirma que os Estados não pódem alterar os processos das acções relativas á hypotheca e á letra de cambio, porque taes

processos estão ligados a essas instituições, e como que dimanam ou da sua razão de ser, ou da sua razão de existir.

A' grande maioria dos nossos jurisconsultos parece que essa opinião não tem fundamento. Quando se discutio no senado do imperio a lei de 5 de outubro de 1885, nenhum dos projectos parlamentares que tomaram parte nos debates se lembrou de dizer que o processo executivo, estabelecido pela nova lei, era inapplicavel aos contractos já feitos a esse tempo. Os senadores que exigiram a inclusão na lei do art. 11, apenas o fizeram pela consideração de que a transformação da adjudicação forçada em adjudicação livre, ou facultativa, é materia de direito substantivo, e não de processo.

Se hoje uma lei do Estado nos fizesse regressar á acção decendiaria para a cobrança das dividas hypothecarias, quem poderia dizer que se tinha desnaturado a hypotheca por se lhe ter restituído o seu processo primitivo, o processo que já a Ord., liv. 3.º, tit. 25, havia estabelecido para as *demandas fundadas em escripturas publicas*?

Foi o proprio sr. dr. João Mendes Junior quem escreveo que as letras de cambio são cobradas em alguns paizes por acção summaria, e em outros por um processo executivo. Se o legislador do Estado, em vez da assignação de dez dias, dêsse ao devedor o prazo de cinco dias para oppôr seus embargos, seria licito asseverar que a instituição das letras de cambio fôra desnaturada por esse novo processo?

Ha, pois, processos especiaes, como o da fallencia, que por excepção não se pódem separar das leis materiaes. Admittidas essas excepções, a regra é a alterabilidade do processo sem prejuizo das instituições de direito substantivo.

Os Estados têm competência, em regra, para legislar sobre o processo. Tal é a conclusão a que nos levam as premissas lançadas nestes artigos.

Sempre que os Estados, no exercício da faculdade constitucional, ultrapassarem os limites da sua actividade legislativa, ao Congresso Nacional cumpre corrigir os vícios das leis dos Estados. Na propria Suissa, como vimos ha pouco, o Conselho Federal tem esse poder corrector.

Quanto á enumeração dos processos especiaes que o poder federal deve instituir, ninguem no Brazil mais competente para essa tarefa do que o sr. dr. João Mendes Junior, desde que se disponha a observar o preceito constitucional, em vez de o modificar pela sua interpretação.

Foi para o fim de o provocar a emprehender essa tarefa de utilidade pratica para todo o paiz, que escrevi estas notas despretenciosas.

Dr. Pedro Lessa.

A NOVA PHASE DA DOCTRINA

E

DAS LEIS DO PROCESSO BRASILEIRO

I

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II

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

1.º Soberania da União e autonomia dos Estados;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III

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

«Póde organizar-se de tal modo o poder judiciario de um Estado, que o effeito das melhores leis «substantivas seja annullado na pratica em virtude da «viciosa constituição da judicatura. Consequentemente, «para ser coherente com suas premissas, o sr. dr. «João Mendes Junior devia negar ao Estado competencia para legislar sobre a organização judiciaria. «Não o fará de certo, porque lh'o véda o texto expresso da Constituição. Não deve egualmente recusar «ao Estado competencia para legislar sobre o processo «pela mesma razão.»

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

João Mendes Junior.



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, factó 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 invariantes 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 canalisada 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 idade média, com as lições de Aristoteles desvirtuadas e com os dogmas catholicos, e a estes sujeita de tal arte, que foi cognominada *ancilla theologiae*, 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 terrenó 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 phisosophicas 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 inestimável 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 prophesia, 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 falem *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, despreza a realidade viva e palpitante da lei, e affirma certos conceitos geraes, e faz certas divisões arbitrarías, 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 letra 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 podem ser as enumeradas no artigo 35, e não podem 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 letras, 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 egualmente 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 competências—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 acceta 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. Amphiphio, 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 acceito 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 accomodar-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 contenham 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 logarès 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 enquanto 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, aparelho 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 organizados 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 bôa fé o réo não pôde 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 pretenções 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 pôde affirmar que a acção ordinaria tenha os mesmos actos ordinatorios em sua fórmula 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 decendario 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 pôde 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 pôde convir o processo executivo como meio de facilitar o credito imobiliario; em outro pôde 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* pôde ser feito em nosso paiz hoje como antes do decreto citado, que absolutamente não alterou a natureza e os effeitos 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 *oposição*, 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, Mattiolo e outros, fazem uma distincção quanto aos actos decisórios, 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).

Mattiolo 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 fôrma 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 attribúe 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 reproducção 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 pôdem 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 da reg. n. 737? Houve algum jurisconsulto brasileiro (não exceptuo 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 evitar 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 pôde 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 cardaes 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.



DIREITO COMMERCIAL

Prescrição das notas promissórias

Uma das condições da lei é a clareza; uma lei obscura crêa graves embaraços ao magistrado, é objecto de largas controversias no fôro e deixa sempre os litigantes em duvida se seus direitos foram ou não conculcados.

Estas considerações adaptam-se á justa ao assumpto de que vamos nos occupar, bem que em escorço.

Se as notas promissórias prescrevem em 5 annos é questão sobre que dissentem abalisados escriptores, entendendo uns affirmativa, outros negativamente.

Por igual variam os nossos tribunaes no modo julgal-a.

Opinando com os que sustentam a não prescrição das notas promissórias em 5 annos, passamos a considerar os argumentos addusidos pró e contra.

Aquelles que respondem pela affirmativa dizem:

O Codigo Commercial estabelece no art. 426 que as notas promissorias, sendo assignadas por commerciante, serão reputadas como letras de terra.

O artigo 443 determina que as acções provenientes de letras prescrevão no fim de 5 annos, a contar da data do protesto, e na falta deste, a contar do seu vencimento.

O artigo 427 manda servir de regra para os titulos de que trata o artigo 426, o que o codigo dispõe em relação as letras de cambio.

Consequentemente, as notas promissorias equiparam-se as letras de terra; ora, as letras de terra prescrevem em 5 annos—logo, as notas promissorias tambem prescrevem em igual tempo.

Se os prazos designados na legislação commercial para a prescripção das obrigações, que regula, tem por fundamento a celeridade das operações mercantís, a mesma razão que justifica a prescripção de 5 annos para as letras de terra milita para a das notas promissorias.

Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.

Taes são os fundamentos em que se esteiam aquelles que opinam pela affirmativa.

Vejamos o reverso.

A despeito das notas promissorias, assignadas por commerciante, serem reputadas como letras de terra, e como taes, equiparadas ás de cambio, nos termos

do artigo 426 do Codigo Commercial, nos parece que o prazo para sua prescripção é o de 20 e não o de 5 annos.

E isto se deduz da natureza da prescripção e do confronto de diversos artigos do Codigo.

A prescripção não é um direito natural, embora o contrario dissessem Grotius e Puffendorf; é uma instituição das leis positivas, cujo objectivo é evitar a incerteza nas transacções sociaes.

Ella envolve, pois, perda de direito; e é um principio inconcusso de hermeneutica juridica, que as leis desta ordem devem ser interpretadas *stricti juris*.

Já esta theoria era adoptada pelos romanos—O fr. 14 Dig. 1.º 3 de Legibus—estatuia: *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*.

Este texto de Paulo nenhuma duvida deixa que as disposições contrarias ou que se segregam dos principios geraes de direito são de estricta interpretação.

A prescripção é uma excepção e a excepção constitue uma derogação do direito commum.

A prescripção ordinaria dos direitos e obrigações commerciaes é a de 20 annos, como evidencia o art. 442 do Codigo.

Esta é a regra.

Todas as outras prescripções de menor prazo são especiaes e devem ser expressas.

O direito tem a sua linguagem.

As notas promissorias, posto que reputadas letras de terra, e como taes similares as de cambio, conser-

vam o nome particular que lhes dá a terminologia jurídica.

Esse nome é especificado em a nossa legislação que o distingue das letras para certos effeitos, como se vê no Regulamento do Sello que destacou as notas promissórias das letras para o pagamento do imposto.

O proprio Regulamento Commercial n. 737, tratando dos titulos que dão direito a acção decendial, nomenclatura as notas promissórias em paragrapho diverso d'aquelle em que se occupa das letras.

O Codigo no artigo 427 determina que tudo quanto fica estabelecido no titulo 16, com relação as letras de cambio servirá igualmente de regra para as letras de terra e para as notas promissórias no que lhes possa ser applicavel.

E, pois, da possivel applicação dos dispositivos desse titulo é que deflue a igualdade das notas com as letras.

Não se trata ahi de prescripção que é materia especial do titulo 18.

E' portanto forçada a consequencia que, sendo as notas promissórias equiparadas ás letras, *ipso-facto* prescrevem no mesmo prazo destas.

O argumento baseado na celeridade das operações mercantís é tambem de todo ponto improcedente, visto como não se presta a conclusão d'elle deduzida —é mais lata que as premissas.

De feito—a celeridade prova apenas que as prescripções commerciaes devem ter prazo menor do que as civis.

Conseqüentemente, uma vêz que a prescripção de 20 annos das notas promissórias é inferior a dos títulos civis, que é de 30 annos, não colhe o argumento que por ventura se pretenda deduzir da falta de presteza nas transacções, que é infensa a indole do commercio.

Embora repunte o Codigo, para certos effeitos, as notas promissórias como letras, não se segue que houvesse reconhecido identidade de natureza entre taes instituições.

As letras são, em verdade, instrumentos de contracto cambial, e as notas promissórias não têm naturalmente esse character.

Uma vêz, pois, que as instituições são diversas e que o contracto de cambio é mais rapido em virtude do credito especial que representa, justo é que o prazo da prescripção seja menor para as letras do que para as notas promissórias.

O Codigo Commercial francez, no artigo 187, contém igual disposição a do artigo 427 do nosso codigo, e em secção diversa, tratando da prescripção, marca no artigo 189 o prazo de 5 annos para as acções relativas as letras de cambio e *bilhetes á ordem*, que são as nossas notas promissórias.

Ora, pela Ordenança de 1673 os *bilhetes á ordem* só prescreviam no prazo de 30 annos, e o legislador francez expressamente assimilou as duas prescripções em uma só; portanto, o legislador brazileiro, que copiou daquelle codigo quasi que textualmente tudo

quanto concerne ás letras de cambio, parece que muito de industria afastou-se delle, silenciando no artigo 443 as notas promissórias.

O assumpto é susceptível de vastas indagações e de amplo desenvolvimento, mas nos limitamos apenas a externar, em substancia, as razões que actuam em nosso espirito para crer que—

As notas promissórias prescrevem em 20 annos.

Dr. Frederico Albranches.



MONOGRAPHIA

SOBRE O

CONVENIO FINANCEIRO DO BRAZIL

(The Funding Loan)

«O *Funding* domina hoje, por todos os lados, a politica brasileira. Finanças, economia, administração, direito, politica, revisão, tudo vae topar nelle.»

RUY BARBOSA.

(Edit. da *Imprensa* de 30-6-99).

- I—Antecedentes Historicos.**—Synthese politica, economica e financeira.—Soluções indicadas.—Alvitre preferido.—Casos de intervenção.
- II—Theor do convenio.**—Apreciações contrarias e favoraveis.—Dados estatisticos.—Confronto com o convenio argentino.
- III—Execução do convenio.**—Effeitos apreciados.—Inefficacia da incineração do papel.—Questão de principios...—Tentativas de resgate frustradas.
- IV—Consequencias provaveis.**—Os pagamentos em especie.—Novação do contracto e unificação da divida externa.—Refórmias tributaria e monetaria.—Opiniões diversas.
- V—Conclusões.**



I. ANTECEDENTES HISTORICOS

1).—Nenhum estudo imparcial e proveitoso sobre o convenio brasileiro de 1898 pôde ser feito sem ter-se em linha de conta a excepcional gravidade, naquelle anno, da situação geral do paiz, tanto sobre o ponto de vista financeiro, como economico e politico.

A não indicação, sob esse triplice aspecto, dos mais notaveis factos que exerceram influencia ou que determinaram aquelle acontecimento—além de attestar imperdoavel lacuna, impossibilitar-nos-ia de formar juizo completo e seguro sobre tão interessante assumpto.

—Por isso, ao começar este ligeiro escripto diremos que, sob o ponto de vista politico, o paiz se encontrava em um periodo de duvidas e incertezas, em uma época de transição de um governo que contava seus dias, após acirradas contendadas, e de uma proxima administração que a todos acenava com as mais sorridentes esperanças.

Extinguia-se, pois, o primeiro quadriennio de um governo civil já bem fatigado com porfiada lucta, terribes provações e custosa experiencia.

As questões externas da Trindade e das Goyanas; as reclamações italianas; as questões internas da guerra no sul e nos sertões da Bahia; o interregno da interinidade governamental; (1) o levante da escola militar; a scizão republicana de 3 de Junho de 1897; o attentado de 5 de Novembro do mesmo anno; o fechamento do Club Militar; a intolerancia partidaria; tudo em conjuncto, collocando, em crise permanente o governo, tornava-o menos forte para agir desembaraçadamente na resolução dos negocios financeiros já bastante complicados por uma série bem antiga de accumulados erros (2).

—Por sua vez a situação economica não offerencia base lisonjeira ás finanças do paiz, tal era, como infe-

(1) O Governo do então vice-presidente foi de 11 de Novembro de 1896 a 5 de Março do 1897.

(2) Relativamente ao anno de 1897 assim exprimiu-se em seu relatório o *dr. Bernardino de Campos*, ministro da Fazenda, pag. 15: «Os graves acontecimentos de Março de 1897, as perturbações de Maio, a campanha de Canudos e os crimes hediondos de 5 de Novembro marcam terribes depressões na escala das relações commerciaes e financeiras.»

lizmente ainda é, a baixa continuada e persistente do valor do nosso principal artigo de exportação, motivada pelo excesso de producção (1).

De facto, no periodo de 1895 a 1896, seis milhões de saccas de café, cotadas na base de quatro libras cada uma, produziram vinte quatro milhões de libras; no de 1896 a 1897 oito milhões e quinhentas mil, cotadas a duas e meia libras cada uma, produziram vinte e uma mil duzentas e cincoenta libras; no de 1897 a 1898 onze milhões cotadas a uma e meia libra cada uma, produziram dezesseis milhões e quinhentas mil libras, sendo que aquelle vil preço, ainda hoje mal sustentado, reduzio á quasi metade o valor total da nossa exportação! (2)

Tão rapida quão colossal depreciação, occasionando enorme disequilibrio no balanço internacional e influindo directamente no mercado monetario, tornando onerosa a compra de letras para os pagamentos no exterior, (3) não podia deixar de perturbar toda e qualquer combinação e permittir, ao mesmo tempo, as mais terriveis conjecturas!

A «crise havia chegado ao seu maior auge», como ainda ha pouco confirmou, em sessão de 26 de Junho ultimo, na Camara, o deputado Augusto Montenegro.

(1) O valor official da exportação do Brazil é mais ou menos de setecentos e cincoenta mil contos; o café figura na razão de quinhentos mil, a borracha na de cento e cincoenta mil e os outros productos na de cem mil.

(2) Vide a estatistica apresentada no parecer da actual commissão do orçamento (1899) e publicada na *Gazeta Commercial e Financeira*, de 9 de Setembro de 1899.

(3) Nos referimos ao *balanço internacional*, nestes tempos tão confundido com a *balança commercial*. Esta indica a parte mais consideravel das transacções internacionaes, mas sómente aquellas que são constatadas pelas repartições aduaneiras; *aquelle* abrange o *todo* das transacções commerciaes e financeiras entre uma nação e todas outras com as quaes mantêm relações commerciaes e financeiras.

E', porém, commum o erro de traduzir-se o termo *bilan* por *balança* e *d'ahi*, não raro, a proposital confusão.

—A despeito de uma administração séria e honesta, sinistro aspecto offerecia a situação financeira do paiz.

No exterior o 4 % brasileiro era cotado entre 42 e 44 % e o 5 % entre 47 e 49 isso nas vesperas do convenio. Semelhante depreciação jámais attingida pelos nossos titulos era o resultado de uma longa campanha de descredito promovida contra o nosso paiz, por meio de falsas informações telegraphicas adrede forjadas, como por exemplo a do celebre despacho de 10 de Outubro de 1896 do *Times*, annunciando, em um só dia, trezentas fallencias na praça do Rio!

No interior desde as caixas economicas que ainda sobrelevavam crescente retiradas até a menos importante repartição aduaneira, onde as rendas publicas diminuiam consideravelmente, tudo afigurava-se um oceano de difficil trato.

Os empréstimos internos e externos contrahidos até então pelo governo civil (1) e que attingiram a mais de quatrocentos mil contos em papel, bastaram apenas para pôr em ordem os compromissos nacionaes, estando, em Junho de 1898, inteiramente exgottados os recursos para o governo attender a todas as exigencias da administração financeira.

A inquietação pela sorte das finanças brasileiras era geral em todos os espiritos patriotas. Os alvitres immediatamente aconselhados, taes como o monopolio do café, o arrendamento da estrada de ferro Central, o imposto pessoal, a severa fiscalisação nas rendas, de par com innumeradas providencias administrativas e fiscaes, eram insufficientes para regular uma gestão finan-

(1) Os empréstimos *internos* contrahidos foram os seguintes: em 1895 de cem mil contos, juros 5 % tipo 95; em 1897 de sessenta mil contos; e os *externos* os seguintes: em 1894 de dois milhões de libras em letras de 9, 12 e 15 mezes, tipo 97 e em 1895 de seis milhões de libras ao tipo de 85, juros 5 %.

ceira que, em 1895, verificava um *deficit* de 37.000 contos em 1896, outro de 40.000, em 1897, ainda outro de 156.000 (!) todos elles principalmente occasionados pelo cambio cuja depressão, em junho de 1898, attingio a 5 $\frac{7}{8}$ d. sobre Londres.

Tudo o que se pedia ao imposto, tudo o que se arrancava ao bem-estar do povo, tudo o que se deixava de applicar a elementos do progresso, á explorações naturaes, tudo o que se deixava de dedicar a melhoramentos de qualquer ordem, era cada vez mais insufficiente para saciar esse abutre que nos devorava. (1)

Historiando esta difficil phase porque passou o nosso paiz, eis como exprimiu-se o festejado publicista brasileiro dr. José Carlos Rodrigues:

«Parecia insolvavel a crise, que de longe vinha, perturbando toda vida economica e financeira da Republica. O rumor de que era inevitavel a bancarota, murmurado com sinceridade por uns, pela ignorancia do estado real das cousas por muitos e por exploração de character partidario por alguns, não concorria pouco para o desalento que leva direito ao completo desanimo. Em conferencias publicas dizia-se com solemnidade, os remedios geralmente indicados para resolver as nossas difficuldades, já viriam tarde, o desastre era inevitavel. Na tribuna ouviam-se manifestações no mesmo sentido. A crise chegou, na verdade, ao ultimo periodo e percebia-se, claramente, no começo do anno de (1898) que era preciso a todo custo resolvel-a.» (2)

Tal era, em synthese, a situação em que se fez o accordo do *fundimg.*

(1) Edit. da *Gazeta de Noticias* de 22 de Junho de 1899.

(2) Vide o *Jornal do Commercio* de 19 de Novembro de 1898 onde se encontra um estudo completo e minucioso sobre a administração do ex-presidente da Republica, dr. *Prudente de Moraes*.

2).—As SOLUÇÕES INDICADAS pelas circumstancias eram:—decretar bancarrota, um accordo para obter-se a redução dos juros ou o recebimento destes por meio de emissão de novos titulos, espaçada a amortisação.

A *suspensão dos pagamentos* foi aconselhada na camara dos deputados e defendida por alguns organs de publicidade, especialmente o «*Estado de S. Paulo*» que, em uma série de artigos, procurava demonstrar a conveniencia desse decisivo alvitre que importava na recusa de todo e qualquer arranjo com o credor europeu.

Eis como argumentava aquella folha: (1) «Dado o actual preço do ouro é claro que antes de tudo torna-se preciso que a União effectue com os credores um accordo pelo qual, por exemplo, durante cinco annos, deixe de pagar os encargos da divida que tinha com a condição de ser garantida—de nos dez annos subsequentes pagar conjunctamente, juros, juros atrazados e accumulados nesses cinco primeiros annos. Em cinco annos poderíamos reorganisar integralmente o nosso systema economico e financeiro, apparelhar a nação por meio de leis e de riquezas reaes, para solver todos os seus compromissos.

Se a situação actual é, como se diz geralmente, tal que é forçoso chegarmos á insolvabilidade, *o dever do governo é dizer francamente ao paiz a verdade e acceitar a responsabilidade da suspensão de pagamentos com a qual salvaria a nação, com o sacrificio apenas de sua propria popularidade*».

Posto que o estado de *bancarrota* ou fallencia real se imponha sempre pela fatalidade dos aconteci-

(1) *O Estado de S. Paulo*, editorial de 21 de Março de 1898 e seguintes, sob o titulo «A União e o Cambio», devidos á penna do jornalista José Barbosa.

mentos, tanto aos individuos como ás nações, (1) o certo é que achava-se o nosso paiz ainda em condições de preferil-o ou não, e portanto podemos inquirir:

A Republica sentia-se forte para manter-se após a bancarrota tanto em relação a politica interna como externa?

Os credores assistiriam impassiveis a declaração da bancarrota sem que o menor protesto viesse perturbar a vida do nosso povo?

Quaes as consequencias de se proclamar a insolvabilidade de um paiz, considerado exclusivamente sob o ponto de vista economico, um dos mais ricos do mundo?

Não. Havia toda conveniencia de se appellar para o futuro.

—Relativamente á *reducção de juros* força é convir que, importando em immediato prejuizo dos credores, talvez não fosse facil conseguil-a, embora tirando-se proveito das difficuldades do momento.

Admittida a hypothese desse assentimento sem que exigencia alguma quanto a quaesquer garantias para a nova ordem de cousas, assim demonstrou, posteriormente, as consequencias dessa solução, o dr. Ferreira de Araujo:—O total circulante dos emprestimos é de £ 37.697.900, exigindo um serviço annual de juros £ 1.652.108. Os outros serviços incluidos no *funding*, importando em 1.115:892, temos ahi o total de £ 2.768.000. Imagine-se que o Governo obteria a reducção a 80, a 75, a 50 % nessas responsabilidades; teriamos, na primeira hypothese, £ 2.214.400;

(1) A' bancarrota declarada no 2.º quartel deste seculo pela Georgia, Luisiana, Minesota, Florida, Alabama, as duas Carolinas, o Arkansas, Mississippi, Tennessee e Virginia (Estados Unidos) succedeu o facto singular do repudio da divida contrahida—sem que... (n'aquelle tempo) os governos europeos dêssem o menor passo em soccorro da fortuna europea, ali gravemente fraudada.

na segunda £ 2.076.600; na terceira £ 1.384.000. A que cambio obteria o Governo essas sommas dado que os credores fossem tão condescendentes que acceitassem tal reduçção sem mais nada? Deixando de entrar *absolutamente* no mercado para aquellas responsabilidades o cambio de $5 \frac{7}{8}$ subio á taxa de 8, salvos os effeitos da anticipaçção, descontados pela especulaçção. Que cambio teriamos nós se, embora obtida a reduçção de juros, o Governo pezasse ainda no mercado, para obter aquelle ouro que periodicamente teria que remetter para o exterior? (1)

Esta objecçção nos parece tanto mais acertada quanto é certo que o Governo tinha que acudir egualmente ao serviço em ouro de alguns empréstimos internos, sem exclusão das amortisaçções.

Tal soluçção, effectivamente, pouco adiantaria e até podia ter mallogrado exito, attendendo-se que actualmente o agio de ouro é de 242,76 ou a depreciaçção do papel attinge a 70,83 %!

Nem se diga que aproveita o exemplo dado em Portugal pelo decr. de 13 de Junho de 1892 e lei de 20 de Maio de 1893, de accordo com cujas disposiçções não se deu ao credor estrangeiro, pelos juros vencidos, mais do terço em ouro. As condiçções eram inteiramente differentes e não se tratava de toda divida externa portugueza. (2)

3).—Restava o ALVITRE PREFERIDO do pagamento em papel dos juros vencidos, isto é, em titulos emit-

(1) Editorial da *Gazeta de Noticias* de 25 de Junho de 1899.

(2) Consulte-se o *Diario do Governo* de Portugal, de 2 de Julho de 1898, e correspondencia d'aquelle paiz para o *Jornal do Commercio* de 21 de Abril de 1898, e o *Estado de S. Paulo* de 1 do mesmo mez e anno.

Em relaçção a outro caso singular de reduçção provisoria a 30 % do serviço em ouro da divida grega pela lei de 22 de Dezembro de 1893, consulte-se o *Jornal do Commercio* de 13 de Novembro de 1897, de 14 de Março de 1898 e a *Imprensa* de 26 de Junho de 1899.

tidos a limitado praso e o que, importando em adiamento, era todavia mais facil de se obter.

Esse alvitre, não prejudicando o opportuno recebimento em especie, teve por base a convicção de serem transitorias as difficuldades financeiras do paiz e jámais o reconhecimento de sua insolvabilidade.

Além disso, creando uma situação relativamente folgada para o Thezouro, veio o convenio proporcionar mais tempo ao governo, ao poder legislativo para tomarem providencias a bem da reorganisação do paiz.

Criticando o convenio dizem os seus contrarios que elle:—*a*) augmentou o capital devido ou a divida externa;—*b*) mudou a situação dos credores que de simples chirographarios passaram a privilegiados com hypotheca sobre todas as Alfandegas do Brazil;—*c*) que afinal pela letra de uma de suas clausulas declarou expressamente a bancarrota.

Contestando todas estas asserções diremos:—Augmentou o capital devido por ser isso mais vantajoso e preferivel ao systema até então quasi sempre observado de se pagar juros e amortisações com o producto *liquido* de emprestimos novamente realizados. Ahi estão todos os relatorios dos ministerios da fazenda para attestar o asserto. (1) Na hypothese actual entregam-se titulos *ao par*, como dinheiro de contado, deixando-se, de em grande parte, ainda mais augmentar o capital devido por meio da suspensão por treze annos das amortisações; pelo systema antigo o au-

(1) O actual ministro da Fazenda *dr. J. Murinho*, á pag. XVIII do seu relatorio escreve:—«Não é mysterio para ninguem que antes de 1889, uma parte mais ou menos importante de diversos emprestimos externos, foi destinada ao serviço dos juros vencidos e de dividas já existentes.

Este facto foi se accentuando cada vez mais, de sorte que os ultimos emprestimos externos do regimen republicano foram quasi completamente absorvidos no pagamento de juros de divida no exterior.

A unica differença entre esse facto e o que se dá no accordo de 15 de Junho é que neste o emprestimo, para pagamento dos juros da divida externa e garantia de estrada de ferro durante tres annos, foi feito pelos mesmos

gmento era de facto, attendida esta exigencia, além do prejuizo occasionado pela differença entre o typo da emissão e o valor nominal do emprestimo, assim como pelo juro contado desde a data da operação. Quanto ao facto de se dizer que de credores desgarrantidos passaram elles a credores privilegiados com primeira hypotheca sobre todas as alfandegas do Brazil é preciso que se faça uma distincção entre os titulos do *funding* e do debito antigo. Para estes é inexacto ter-se dado em garantia a hypotheca alguma, a hypotheca das alfandegas só existe em relação ao *funding*, cujos titulos representarão a 6.^a ou 7.^a parte de toda divida externa.

Demais, quanto á garantia hypothecaria, convém lembrar-se do que escreveu, o sr. cons. Rodrigues Alves, quando ministro da fazenda. (1)

«Em 1829 o emprestimo externo que levantamos, com *hypotheca da renda das alfandegas*, foi obtido pela taxa de 5 %, typo de 52. Em 1839 lançamos o emprestimo a 76 e juros 5 % com *hypotheca das rendas das alfandegas e especialmente da do Rio de Janeiro*,

. Ainda em 1843 o atrazo no pagamento das amortisações dos nossos emprestimos externos subia a £ 1.883.030. Para resgate do emprestimo portuguez de 1825 tivemos de contrahir emprestimo externo em 1852, com *hypotheca das rendas das alfandegas*.

credores a quem era devido o pagamento desses juros, ao passo que em outras épocas os novos emprestimos foram tomados por pessoas diversas.

O facto financeiro essencial nesta questão é o pagamento de uma divida com os recursos obtidos por um novo emprestimo. Esse facto essencial existe entre nós, ha muitos annos; o facto accidental é ser o emprestimo feito pelos mesmos credores dos juros vencidos; isso é o que se deu de especial no accôrdo de Junho.

E' por isso, sr. Presidente, que ninguem poderá negar que o embryão desse accordo vem dos tempos do antigo regimen e que a Republica, longe de destruil-o em seus elementos essenciaes, o alimentou e desenvolveu, determinando a explosão da catastrophe financeira de que aquelle accôrdo é a expressão.»

(1) Relatorio de 1896, pag. 25.

Em 1854 *não se fez o resgate* do empréstimo de 1824, que venceu-se, por não se poder levantar novo empréstimo em consequencia da guerra do oriente segundo declarou o relatorio do ministro da fazenda de então, Marquez do Paraná».

Declaração expressa de bancarrota, a julgar pela redacção do art. 1.º do contracto onde se diz, que «O Governo reconhecendo não poder pagar *em dinheiro* os juros de sua divida externa», tambem não, por se cogitar da especie ou modo do pagamento e por não ter havido interrupção no serviço dos juros. Com os titulos entregues e com pequeno desconto o credor immediatamente foi recebendo em ouro os juros devidos, podendo preferir ficar com os mesmos titulos emittidos a 5 % juro quasi pelo dobro do que geralmente o capital vence na Europa. Se fosse real a insolvabilidade quem accitaria *ao par* os titulos do *funding*?

Se não pretendemos elucidar o assumpto, tão diversa e injustamente apreciado, qual a vantagem pratica de discutir-se um facto consumado? (1)

4).—CASOS DE INTERVENÇÃO. O eminente estadista brasileiro sr. conselheiro Ruy Barbosa examinando o convenio em face da pressão estrangeira, depois de explanar completamente o assumpto, (2) chegou, entre outras, ás seguintes conclusões:

(1) A operação do convenio foi iniciada pelo snr. *Tootal*, director do «London and River Plate Bank», commissionado por um poderoso grupo de possuidores de titulos brasileiros; depois foi profundamente modificado em suas bases e acceito pelo *dr. Bernardino de Campos* e o Governo secundados em Londres pelo *dr. Campos Salles*, então presidente eleito da Republica. Vide o *Jornal do Commercio* de 12 de Julho de 1898.

(2) Vide os editoriaes da *Imprensa* de 30 de Junho, 1, 2, 4, 6 e 7 de Julho do corrente anno, sob as seguintes epigraphes—*O problema—Os direitos do devedor—A theoria dos credores—A attitude das potencias—A independencia dos Estados—A solução.*

«Tres theorias disputam, na materia, a palma da verdade: a que impõe ao governo da patria do credor a *obrigação* de intervir (é a theoria dos credores); a que lhe nega a obrigação, mas lhe reconhece o *direito* (é a theoria dos estadistas e juristas britannicos); a que o absolve da obrigação recusando-lhe, ao mesmo tempo, o direito (é a opinião *commum*, sem chegar a ser o *jus receptum*, na doutrina).

Refugada por todas as auctoridades e inclusive a dos factos, a theoria da intervenção obrigatoria, que só no gremio suspeito dos interessados tem adeptos, fica circumscripto o debate ás duas ultimas; a que admite como *direito* a intervenção e a que de todo o desconhece a não ser nos casos extremos de má fé, desigualdade em protecção de uns credores contra outros, ou abono do debito ao credor pelo inter-ventor.

A theoria, que proclama em these esse direito, na pratica o desmente; porque nunca o exerceu contra as nações fortes, apesar de serem por parte dessas, insignes os casos de attentado contra os direitos commerciaes dos seus credores. Ainda em relação aos Estados mal defendidos, ou indefesos os casos de uso desse arbitrio tem sido excepçoes na historia internacional da bancarrota, e quasi todos alludem a povos situados na zona fronteira entre o oriente e o occidente, entre a civilisação christã e estados sociaes inferiores. (1)

O que fica magistralmente escripto nos habilita a acreditar que em face da honrosa e tradicional conducta do Brazil em attender pontualmente os seus com-

(1) N'esta cathegoria estão o Egypto, a Turquia e Tunis. No primeiro interveio a Inglaterra em 1876, 1882 e 1885; no segundo a mesma potencia e a França, em 1855; no terceiro a França.

promissos á obstinação ou á cegueira' dos seus credores, nenhuma medida violenta podiam ou podem obter a seu favor dos governos europeus.

Essa convicção, porém, não basta para nos pre-munir contra situações que, por ventura, no futuro possa encontrar-se a nossa patria. E' manifesta a suprema necessidade do nosso governo e dos nossos legisla-dores cuidarem de a tempo amparal-a ; é esse o brado unisono de todos os brasileiros!

II. THEOR DO CONVENIO

5).—Contracto feito a 15 de Junho de 1898 entre o Governo da Republica do Brazil (daqui em diante denominado «O Governo» representado pelo bacharel José Antonio de Azevedo Castro, Delegado do The-souro Brasileiro na Inglaterra, de um lado e os srs. N. M. Rothschild & Sons de New-Court St. Swithins Lane in the City of London, na Inglaterra, banqueiros e negociantes (daqui em diante denominados «srs. Roth-schild»), de outro lado, pelo qual o Governo, reco-nhecendo não poder pagar em dinheiro os juros dos emprestimos de sua divida externa, os do da Compa-nhia Estrada de Ferro Oeste de Minas de 1893 de 5 % garantido, os do emprestimo interno ouro de 4 $\frac{1}{2}$ % de 1879 e as sommas pagaveis ás diversas Companhias de estradas de ferro garantidas (uma lista desses emprestimos e das estradas de ferro garantidas foi inserida no annuncio, cuja cópia vai annexa) e tambem não poder prover o fundo de amortização dos diversos emprestimos e de resgate do de 4 $\frac{1}{2}$ % interno ouro de 1879, resolveu, usando das autorisa-ções dadas na lei permanente de 11 de Setembro de 1846, n. 401, confirmada pelas de 9 e 10 de De-

zembro de 1896; ns. 427 e 428 e pela lei de Orçamento de 15 de Dezembro de 1897, n. 489, fazer o accôrdo abaixo indicado relativo ao pagamento dos ditos juros e suspender a operação dos diversos fundos de amortização durante o periodo infra-mencionado.

E como as letras do Thesouro referentes ás £ 2.000.000 emittidas em Janeiro de 1898 devem ser especialmente excluidas do accôrdo assim feito e devidamente pagas de conformidade com o contracto, conforme o Governo por este declara, isto posto o Governo por este declara—que os juros dos diversos emprestimos e de sommas pagaveis pelas garantias devidas em 1.º de Janeiro de 1898 ou em qualquer data posterior até 30 de Junho de 1901 não serão pagas em dinheiro, mas satisfeitas pela emissão de Titulos consolidados (Funding bonds) que deverão ser emittidos periodicamente, vencendo o juro annual de 5 %; e em relação aos ditos fundos de amortização e resgate—que os mesmos serão suspensos até 30 de Junho de 1911. E em firmeza do que é por meio deste accordado e declarado pelas partes o seguintes:

1.—O Governo, por intermedio dos srs. Rothschild emittirá titulos, que serão denominados «United States of Brazil 5 % Funding Bonds» em somma não excedente ao total de £ 10.000.000, vencendo o juro de 5 % ao anno.—Os ditos titulos serão garantidos por uma primeira hypotheca das rendas da Alfandega da Capital Federal do Rio de Janeiro (sujeitas apenas ao provimento do pagamento do capital e juro das ditas 2.000.000 libras esterlinas em letras do Thesouro) e comprehendendo tal hypotheca, como garantia accessoria, as rendas das Alfandegas de todos os outros portos dos Estados-Unidos do Brazil, no caso de serem insufficientes as da Alfandega da Capital Federal.

2.—Durante o preparo dos titulos os srs. Rothschild emittirão cedulas que serão depois trocadas pelos titulos. As cedulas ou titulos serão emittidos periodicamente pelos srs. Rothschild aos possuidores de *coupons* dos diversos emprestimos, cujo pagamento de juros em dinheiro é suspenso, como e quando esses *coupons* forem apresentados para pagamento, e tambem como e quando fôr requerido o pagamento das garantias dadas ás estradas de ferro. A emissão será feita á razão de £ 100 nominaes de titulos por £ 100 dos juros pelos quaes é o Governo directamente responsavel e das sommas pelas quaes é elle responsavel sob suas garantias. As cedulas ou titulos vencerão juros da data em que se vencerem os *coupons* ou garantias pelas quaes forem emittidas.

3.—Os titulos serão resgatados no periodo de 63 annos a partir de 1.º de Julho de 1898, por meio de um fundo de amortização accumulado de $\frac{1}{2}$ % ao anno, que deverá começar em 1.º de Julho de 1911 e será applicado semestralmente em 1.º de Janeiro e 1.º de Julho de cada anno, na compra de titulos quando o preço estiver abaixo do par e em sorteios, realizados em Londres em presença de um notario publico, pela fórmula do costume, quando o preço estiver ao par ou abaixo do par. Qualquer titulo sorteado para pagamento será, juntamente com o juro que, de accôrdo com o theor do titulo, fôr por elle devido, pago no fim de um mez da data do sorteio. Os titulos sorteados deixarão de vencer juro da data em que se tornarem pagaveis. Os juros dos titulos serão representados por *coupons* annexos aos mesmos e serão pagaveis por trimestres em 1.º de Janeiro, 1.º de Abril, 1.º de Julho e 1.º de Outubro de cada anno em Londres na casa bancaria dos srs. Rothschild em libras esterlinas e tambem em Paris, Amsterdam, Bruxellas e Hamburgo ao cambio do dia sobre Londres, devendo

o primeiro pagamento de taes juros ser feito em 1.º de Outubro de 1898. Os srs. Rothschild receberão 1 $\frac{0}{0}$ sobre a importancia dos *coupons* por elles pagos e $\frac{1}{2}$ $\frac{0}{0}$ sobre a importancia nominal dos titulos resgatados com $\frac{1}{8}$ $\frac{0}{0}$ adicional de corretagem sobre os titulos comprados, porcentagens estas que são as concedidas em relação aos empréstimos do Governo.

4.—Os titulos serão da fôrma que fôr approvada pelos srs. Rothschild e trarão as assignaturas do representante do Governo Brasileiro e dos srs. Rothschild ou de seu representante e serão isentos de todos os impostos brasileiros presente, e futuros, quer ordinarios quer extraordinarios.

Os titulos ou qualquer outro titulo geral contemporaneo ou outro documento, conforme fôr necessario, hypothecarão completamente as rendas da Alfandega da Capital Federal do Rio de Janeiro como principal garantia e as das Alfandegas dos outros portos dos Estados-Unidos do Brazil como garantia accessoria do serviço dos titulos. Todas as despesas de qualquer natureza relativas á execuçáo do accôrdo assim estipulado, inclusive o custo da impressáo das cedulas e titulos e o sello delles tanto na Inglaterra como no Exterior, serão por conta do Governo.

5.—A fim de attender ao pagamento dos juros das cedulas ou titulos e a amortizaçáo destas e outras despesas respectivas, o Governo, quinze dias pelo menos antes da data em que qualquer pagamento de juros deva ser feito ou qualquer compra ou sorteio tenha de ser effectuado, remetterá por sua conta e risco aos srs. Rothschild em Londres os fundos necessarios para os fins supra indicados.

6.—Os srs. Rothschild receberáo como remuneraçáo dos seus serviços prestados e dos que tenham de ser prestados relativamente ao accôrdo á emissáo

dos titulos, uma somma igual a 1 % sobre a importancia nominal maxima dos titulos e mais, como remuneração ás casas estrangeiras por intermedio de cujas Agencias os titulos sejam emittidos no exterior, $\frac{1}{4}$ % sobre a importancia nominal dos titulos emittidos por intermedio delles.

As ditas porcentagens serão pagas sobre a importancia nominal dos titulos quando forem periodicamente emittidos.

7.—A emissão dos titulos e a sua troca por *coupons* dos antigos emprestimos e a emissão dos titulos para as sommas pagaveis sob garantias, se fará nos termos do annuncio inserto nas principaes folhas diarias de Londres (cuja minuta foi approvada pelo dito Delegado) e uma cópia da qual é annexada a este contracto e que deverá ser considerado parte do mesmo e a elle incorporado da mesma maneira em todos os respeitos como se as clausulas contidas no dito annuncio fossem aqui repetidas.

8.—O Governo antes de 1.º de Julho de 1901 não emittirá emprestimo algum externo, não permitirá que emprestimo algum seja emittido sob sua garantia, nem emittirá emprestimo algum interno cujos juros devam ser pagos na Europa a cambio determinado sem prévio accôrdo escripto dos srs. Rothschild.

9.—O Governo terá liberdade de, em qualquer tempo, resgatar ao par os titulos em circulação e a realização de qualquer nova operação que fôr desta arte julgada necessaria será confiada aos Srs. Rothschild.

10.—O Governo communicará sem demora ao Congresso que o accôrdo com os possuidores de titulos e outros providos por este contracto foi effectuado.

Como testemunho as mãos das partes, no dia e anno primeiro acima escripto, assignaram pelo dito bacharel José Antonio de Azevedo Castro em presença de

—pelos ditos srs. Rothschild & Sons em presença de —«*Funding Scheme*» (1) dos Estados-Unidos do Brazil:

Tendo o Governo dos Estados-Unidos do Brazil resolvido consolidar (to fund) durante tres annos, isto é, de 1.º de Julho de 1898 a 30 de Junho de 1901, os juros da Divida Externa, os do emprestimo interno ouro de $4 \frac{1}{2} \%$ de 1879 e tambem diversas sommas pagaveis annualmente pelas garantias de Estradas de Ferro, s. excia. o sr. Ministro da Fazenda, de accôrdo com as leis ns. 401 de 11 de Setembro de 1846, 427 de 9 de Dezembro de 1896, 428 de 10 de Dezembro de 1896 e 489 de 15 de Dezembro de 1897, auctorisou os srs. N. M. Rothschild and Sons a emitirem uma somma não excedente a £ 10.000.000, capital nominal 5% , em titulos especialmente garantidos pela renda das Alfandegas, como abaixo se declara.

Os seguintes emprestimos serão incluídos no plano:

Emprestimo de 1883	$4 \frac{1}{2} \%$
Emprestimo de 1888.	$4 \frac{1}{2} \%$
Emprestimo de 1889	$4 \frac{0}{0}$
Emprestimo de 1895	$5 \frac{0}{0}$
Emprestimo garantido de 1893	$5 \frac{0}{0}$.

A Companhia Oeste de Minas

Emprestimo interno, ouro de.	$4 \frac{1}{2} \%$
de 1879.	

E tambem as sommas garantidas das seguintes Estradas de Ferro:

The Alagôas Railway Company (Linha Principal).

The Alagôas Railway Company (Ramal da Assembléa).

The Greath Western of Brazil Railway Company.

The Conde d'Eu Railway Company.

The Central Bahia Railway Company.

(1) Prospecto.

The Brazil Great Southern Railway Company.

The Bahia and São Francisco Railway Company
(Timbó Branco).

The Dona Thereza Christina Railway Company.

Southern Brazilian Rio Grande do Sul Railway
Company.

Companhia Mogyana.

The Minas and Rio Railway Company.

The Natal and Nova Cruz Railway Company.

Compagnie Générale de Chemins de Fer Brésiliens
(Paranaguá a Curityba).

Compagnie Générale de Chemins de Fer Brésiliens
(Prolongamentos e Ramaes).

Compagnie de Chemins de Fer Sud Ouest Brésiliens
(Linha de Santa Maria a Cruz Alta).

Compagnie des Chemins de Fer Sud Ouest Brésiliens
(Linha de Cruz Alta a Uruguay).

The Bahia and São Francisco Railway Company.

The Recife and São Francisco Railway Company.

Chemins de Fer São Paulo and Rio Grande.

Os fundos de amortização e resgate dos emprestimos serão suspensos por espaço de treze annos a partir de 1.º de Julho de 1898.

Os ditos titulos de 5 % serão especialmente garantidos pela renda da Alfandega do Rio de Janeiro sobre a qual terá primeiro emprego (preferencia), depois de deduzida a somma necessaria para o pagamento das £ 2.000.000 em letras do Thesouro emittidas em Janeiro de 1898 que são reembolsaveis, á razão de £ 500.000 por semestre, sendo a primeira prestação devida em 1.º de Julho de 1898. Os titulos serão garantidos pela renda das Alfandegas dos outros portos da União, no caso de ser em qualquer tempo insufficiente a da Alfandega do Rio de Janeiro.

Segundo os relatorios officiaes a renda da Alfandega da Capital Federal elevou-se em 1897 a 92.000 contos de réis, equivalente ao cambio de 7 d. a £ 2.683.333 e, ao cambio de 8 d., a £ 3.066.666.

A renda total das Alfandegas da União, inclusive a renda acima indicada, elevou-se a 244.000 contos de réis, equivalente ao cambio de 7 d. a £ 7.116.666 e ao de 8 d. a £ 8.133.333.

Em 1.º de Janeiro de 1899 e dessa data em diante, *pari passu* com a emissão dos Titulos, o Governo depositará no Rio de Janeiro em *trust* no London and River Plate Bank, Limited, London and Brazilian Bank, Limited e Brasilianische Bank für Deutschland, o equivalente dos ditos titulos em papel-moeda corrente ao cambio de 18 d. e o papel-moeda equivalente aos titulos emitidos de 1.º de Julho a 31 de Dezembro de 1898 será depositado pela mesma fórma durante o periodo de tres annos a contar de 1.º de Janeiro de 1899.

O papel-moeda depositado ou será retirado da circulação e destruido, ou, se e quando o cambio tornar-se favoravel, será applicado na compra de lettras em Londres a favor dos srs. N. M. Rothschild & Sons, afim de ser levado ao credito do «Fund» para o futuro pagamento em ouro dos juros dos emprestimos e garantias das Estradas de Ferro.

Os titulos de 5 % serão isentos de todos os impostos brasileiros.

Os titulos serão ao portador do valor de £ 20, £ 100, £ 500, £ 1.000 cada um, com *coupons* para juros á razão de 5 % ao anno, pagaveis por trimestre a 1.º de Janeiro, 1.º de Abril, 1.º de Julho e 1.º de Outubro, em Londres, em dinheiro esterlino e em Paris, Amsterdam, Bruxellas e Hamburgo ao cambio do dia sobre Londres.

Os títulos serão resgatados pelo fundo de amortização accumulado de $\frac{1}{2}$ % ao anno que será applicado semestralmente na compra de títulos quando o preço estiver abaixo do par, e, quando estiver ao par ou acima do par, por meio de sorteios. O resgate dos títulos por meio do fundo de amortização começará no fim de dez annos contados de 30 de Junho de 1901, mas o Governo reserva-se o direito de pagar o emprestimo ao par em qualquer tempo.

Este plano foi formulado com approvação do dr. Campos Salles, Presidente eleito da Republica, que durante a sua recente visita a Londres esteve em comunicação constante com o seu Governo sobre o assumpto; e antes de sua partida manifestou S. Ex.^a sua satisfação pelo plano e assegurou que durante sua administração fará quanto estiver em seu poder, afim de collocar em bases solidas as finanças do Brazil e restabelecer o credito de seu paiz.

— *Condições* que devem ser observadas pelos possuidores de títulos dos emprestimos supra mencionados, para a consolidação (funding) de seus *coupons* que deverão ser apresentados até 30 de Junho de 1901, inclusive.

Em troca de seus *coupons*, receberão os possuidores um recibo da importancia depositada.

Esses recibos devem ser apresentados em importancias não inferiores a £ 20 para serem trocados por cedula, que será depois trocada por títulos do novo emprestimo de 5 %.

Sendo o menor valor do titulo £ 20, dar-se-hão certificados para as fracções de £ 20, e estes podem ser depois trocados por cedula ou titulo pela mesma fórmula que os recibos, isto é, em importancia não inferiores a £ 20.

Nenhum juro será pago sobre os recibos ou certificados fraccionaes, mas a cedula ou títulos dados em

troca dos recibos ou certificados vencerão juros da data vencida dos *coupons* para os quaes foram os recibos emitidos.

Os recibos e certificados para os *coupons* vencidos em differentes datas devem ser conservados em separado, quando apresentados para serem trocados por cedulas.

Sómente recibos e certificados para *coupons* vencidos na mesma data pódem serem pregados conjunctamente para perfazerem a somma para ser trocada por cedulas ou titulos.—New Court, E. C. 15 Junho 1898.

6).—APRECIÇÕES CONTRARIAS AO CONVENIO. O illustrado snr. conselheiro Ruy Barbosa não tardou muito em manifestar-se contra o convenio, criticando em uma série de artigos as suas principaes clausulas bem como a propria redacção onde se via a confissão official da nossa insolvencia. (1)

Affirmando que a situação economica e financeira do paiz impunha o alvitre da novação de todos os contractos para se alterar equitativamente as condições da nossa responsabilidade, mediante juro menos oneroso e amortisação menos forte, condemnou francamente o convenio que, no seu modo de ver, não passa de uma aggravação da divida em troco de momentanea folga, para mais tarde o paiz ficar nos mesmos embarracos augmentados por um debito adicional.

Escreveu s. excia.:—«*Funding loan*, expressão que por tantos modos se tem tirado em vulgar entre nós, quer dizer propriamente *emprestimo de capitalisação*. É' uma operação mercantil, que, dispensando temporariamente ao devedor o serviço de amortização e

(1) Vide a collecção da *Imprensa* relativa aos mezes de Junho e Julho de 1899.

juro, os vae successivamente accumulando ao capital primitivo, e augmentando assim progressivamente a massa dos encargos sujeitos a juro e amortização. Da essencia dessa especie de contractos é, pois, aggravarem a afflicção aos povos arruinados, que a elles se aventuram. Não podem ser negocio sincero e honesto nem da parte do devedor, nem da do credor. Um conta apenas ganhar tempo, entregando o resto á fortuna. O outro simula beneficiar, para dominar mais completamente o fallido. Por isso não se conhece um só caso dessa especulação insidiosa, em que ella não sossobrasse». (1)

Se não estivessemos apenas registrando tão notavel opinião, procuraríamos contestal-a inquirindo primeiramente:—qual é, na generalidade dos casos, o contracto de divida que deixa margem ao devedor honesto, porém, impontual ou remisso e que, antes de tudo, não cuida de ordenar as suas finanças?

Uma opinião, justamente considerada e que levantou-se logo contra o convenio, exculpando especialmente a fórmula assás reservada pela qual era negociado, foi a do snr. senador Leite e Oiticica. Sua excia., reservando o direito de analysal-o, após a sua publicação do contracto, em vibrante discurso, pronunciado na sessão do senado de 18 de Julho deste anno, manifestou-se ainda francamente contra tudo quanto se fez.

(1) *Imprensa* de 26 de Junho de 1899. Respondendo á esta apreciação escreveu o *dr. Ferreira de Araujo*, em editorial da *Gazeta de Noticias* do dia immediato, o seguinte:—«Esse emprestimo, essa capitalisação de juros e amortisação durante um certo tempo, não importa inevitavelmente uma aggravação de encargos, porque a folga que elle concede ao devedor fornece a este o meio de libertar-se pelo menos em parte do mal que sobre a sua solvabilidade exerce um de seus elementos de ruina o cambio. Durante esta folga a melhora do cambio, o augmento da producção, os novos impostos, a economia severa, a fiscalisação das rendas e todos os melhoramentos administrativos de ordem economica e financeira com que póde occupar-se o governo, que deixa de ter por algum tempo a faca aos peitos, podem mudar radicalmente a situação...»

«O governo, disse sua excia., agachado no seu mutismo, na sua inercia, deixa que se consumme a queda do nosso credito, muito contente com a proposta que meia duzia de interessados lhe fizeram acceitar como unica alternativa possivel para a bancarrota completa, premio de sua incapacidade!» (1)

Na imprensa coube á *Tribuna* combater o convenio em diversos artigos que brilhantemente concorreram para o inteiro esclarecimento da questão (2); tambem o *Paiz* oppoz-se ao convenio declarando, em editorial de 29 de Junho de 1898 —«que d'elle hão de dizer os economistas e financeiros o que disseram do emprestimo Morgan, nem mais nem menos. »

7).—APRECIACÕES FAVORAVEIS AO CONVENIO. Um dos estadistas brasileiros que primeiro se manifestou pelo convenio, foi o snr. senador Rodrigues Alves que, varias vezes, tem occupado a pasta da fazenda.

Em sessão do senado de 18 de Julho de 1898, pronunciou s. excia. notabilissimo discurso do qual extractamos o seguinte trecho.—«O senado conhece a situação do paiz, e não é necessario que eu repita as peripecias dessa phase tristissima que temos atravessado: a receita dando mal para o encargo das despesas e o *deficit* sempre crescente, sempre ameaçador. Quando a situação era de tal sorte grave o que fez o Congresso? mandou ao Governo um orçamento desequilibrado, orçando a receita da Republica em 342 mil contos e decretando despesas no valor de 372 mil contos, isto é, creou desde logo uma differença de

(1) O snr. Senador Oiticica analysou a carta que os snrs. Rothschild & Sons dirigiram ao dr. Campos Salles e a resposta deste a qual, na opinião insuspeita do *Times* de 20 de Junho de 1898, foi correcta e satisfactoria. Esta correspondencia encontra-se no «Retrospecto Commercial» do *Jornal do Commercio* de 13 de Julho de 1898 e de 31 de Janeiro de 1899.

(2) Vide a *Tribuna* de Junho e Julho de 1898.

30.000 contos em desfavor da receita comparada com a despesa. Contava, é certo, o Congresso com o beneficio das novas tarifas das Alfandegas, mas este calculo falhou porque a renda diminuiu. Fez-se o calculo da despesa contando-se com a taxa cambial de 8, mas esta desceu quasi a 5; e para cumulo de nossa infelicidade, quando o cambio cahio determinando um *deficit* maior, por um conjuncto de causas surgio a crise do café, diminuindo consideravelmente o preço desse producto, aggravando ainda mais as condições do mercado de cambio. No meio destas difficuldades o Governo procurava recursos por toda parte; o seu credito no paiz pôde-se dizer tinha desfallecido, não havia dinheiro; lá fóra os capitalistas estrangeiros não queriam trazer os seus capitaes para um paiz que se achava em condições economicas e financeiras tão difficeis. Em julho havia grande pagamento a fazer-se de oitocentas e um milhão de libras esterlinas; era a quantia necessaria para pagamento de juros.» (1)

Assim expondo a situação, inquiria: Qual o expediente que restava ao Governo senão celebrar o convenio? Qual outro caminho ou plano a seguir para conjurar tamanhas difficuldades?

Outra opinião emittida, a favor do convenio, foi a do illustre snr. dr. Serzedello Corrêa, ex-ministro da fazenda, que a respeito assim exprimiu-se, na Camara dos Deputados, em sessão de 13 de Setembro de 1898:—«Em synthese o convenio é a substituição dos pagamentos em especie pelo pagamento em novos titulos de renda —elle é pois um emprestimo celebrado, porém, *ao par*, exclusivamente destinado ao serviço da nossa divida...»

Ainda ha pouco, em sessão de 9 de Setembro ultimo, accrescentou s. excia.:—« O accordo de Lon-

(1) Este discurso está publicado no *Jornal do Commercio* de 19 de Julho de 1898.

dres foi apenas um interrègno para nos aparelharmos afim de ou dominar as urgencias da situação ou nos entregarmos perdidos, desmoralizados e sem credito aos horrores de uma situação em que não quer pensar, mas que podia ser identica a do Egypto ou da Turquia.»

Diversos orgãos da imprensa nacional e estrangeira se declararam favoraveis ao convenio.

No conceito do *Jornal do Commercio* (1) «foi elle, effectivamente, de incontestavel vantagem para as nossas finanças e ha de concorrer para o melhoramento das condições do paiz». Para a *Gazeta de Noticias* cujo redactor chefe sustentou larga polemica em favor do convenio (2) foi elle «o ponto em que levou uma série de erros accumulados e só um erro poderiamos commetter ainda e seria não empregar todo o nosso esforço em honrar o compromisso que por elle assumimos.» (3)

Entre muitas folhas estrangeiras que se occuparam do assumpto, o *Times*, de 16 de Junho de 1898, declarou: «E' fóra de duvida que o presente projecto não beneficiará permanentemente o Brazil se o Governo brasileiro, durante os proximos tres annos, não só não introduzir como não levar a effeito outras medidas de alta economia e administração no paiz. O *Bullionist*, depois de expor as condições do convenio, assim concluiu um extenso artigo:—«Desde que se iniciou o *funding* os titulos do emprestimo de 1889 subiram de 41 a 66 $\frac{1}{4}$, os dos caminhos de ferro de Minas

(1) Editorial de 19 de Novembro de 1898. Vide tambem o *Jornal* de 27 de Julho de 1898. Identica opinião tiveram a *Noticia* e o *Debate* de Junho e Julho tambem de 1898.

(2) Editoriaes dos mezes de Junho e Julho de 1899.

(3) A integra deste artigo encontra-se na *Brasilian Review* de 23 de Junho ultimo. Esta folha, em 15 do mesmo mez e anno, consagrou um lisonjeiro artigo sob a epigraphe o «Anniversario do Funding.»

de 43 a 69 $\frac{1}{2}$, as novas apolices são hoje cotadas a 91. Como se vê a situação geral das finanças brasileiras inspira confiança e esperança». Edmond Théry, redactor chefe do *Économiste Européen*, além de emitir identica opinião, tratou especialmente em um folheto (1) do convenio, mostrando as vantagens dessa operação tanto para as finanças federaes, como para os credores do Brazil.

Iriamos longe se fossemos aqui consignar todas opiniões dos demais organs autorizados que, em sentido favoravel, se pronunciaram acerca do convenio.

8).—DADOS ESTATISTICOS. Pelo convenio ficaram suspensas, por 13 annos, a amortisação da divida externa e interna de 1879, para cujo serviço o governo despendia annualmente, £ 545.730. (2)

Os juros da divida e as garantias de juros pagos, annualmente, na importancia de £ 2.877.531 passaram a ser realizados em titulos emittidos *ao par*, juros de 5 %, e resgataveis em 63 annos a $\frac{1}{2}$ % ao anno de 1911 em diante.

Durante o triennio que decorrer de 1.º de Julho de 1898 a 3 de Julho de 1901, a emissão de titulos do *funding* será na importancia approximada de £ 8.604.760, somma essa em que justamente importa o serviço dos juros dos emprestimos de 1879, 1883, 1889, 1895, d'Oeste e das garantias de juros das Estradas de Ferro e á qual quantia corresponderá um resgate de papel moeda de 115.300:000\$000. (3)

(1) *Les Finances et le change du Brésil*, pag. 79 á 87.

(2) A amortisação dos emprestimos internos até hoje não tem sido levada a effeito, em virtude da lei n. 91, de 23 de Outubro de 1839 e n. 158, de 18 de Setembro de 1840.

(3) Até 30 de Setembro haviam sido resgatados 52.190:053\$000. *Diario Official* de 2 de Novembro de 1899.

N'esse momento (1) as responsabilidades totaes do Thezouro, com os serviços ora incluídos no *funding* e com o do proprio *funding*, serão os seguintes:

Emprestimo de 1879 interno	123.440
» » 1889 externo	735.528
» » 1895 »	366.580
» » 1888 »	238.436
» » 1883 »	148.140
» » Oeste »	169.404
» <i>Funding</i>	430.238
	<hr/>
	2.211.766
Garant. de E. de F.	1.111.282
	<hr/>
£.	3.323.048

A arrecadação de 15 % ouro, será a seguinte na proporção das arrecadações aduaneiras:—para 180 mil contos £ 3.000.000; para 200 mil £ 3.333.300 o que habilitará o paiz a recommençar o regimen normal dos pagamentos.

A nossa divida externa que era de £ 37.697.900 em 1898, passará a ser de 45.000.000 em 1901.

Na peor das hypotheses, findo o convenio, voltar-se-á ás *mesmas* difficuldades de 1898, (visto estarem adiadas as amortizações) sendo preciso quasi igual quantidade de ouro para o serviço das nossas responsabilidades externas.

9).—CONFRONTO COM O CONVENIO ARGENTINO. E' innegavel que ha differenças radicaes entre o novo *arranjo* e o *arreglo* argentino o qual contém effectivamente clausulas assáz onerosas, como passamos a indicar:

(1) A *Noticia* de 4 de Julho de 1899, publicou um detalhado artigo sobre a execução do *funding*, exhibindo dados estatísticos completos. Estes foram transcriptos na *Gazeta de Noticias*, de 5 d'aquelle mez e no *Jornal do Commercio*, de 6 tambem do mesmo mez. O *snr. senador Rodrigues Alves* em seu discurso no senado, na sessão de 18 de Julho de 1898, logo após o convenio, exhibio os mesmos dados com insignificante differença.

Convenio Brasileiro ou emprestimo Tootal		Convenio Argentino ou emprestimo Morgan (2)	
Capital	£ 8 a 10.000.000 (1)	Capital	£ 15.000.000
Prazo.	3 annos	Prazo.	3 annos
Typo .	Par	Typo .	Par
Juro	5 %	Juro	6 %
Amortização depois de 13 annos .	1/2 %	Amortização, desde logo	1 %
Incineração facultativa. Equivalente á emissão a 18 d.		Incineração obrigatoria	15 milhões
Garantias	Rendas aduaneiras	Garantias	Rendas aduaneiras
Fôro	Brazil	Fôro .	Um tribunal com séde em Londres
Extremos	78 1/2 a 91	Extremos	63 1/2 a 70 %
Causa principal.	Embaraços economicos inamoviveis	Causa principal.	Abuso do credito
(Operação razoavel e possivel) (3)		(Operação insupportavel, inexequivel) (4)	

Basta a simples inspecção sobre estas notas para se reconhecer quão injusto é equiparar as duas operações, primeiras no genero, realisadas na America.

(1) A commissão do orçamento actual calculou a emissão do emprestimo em £ 8.604.660 correspondente a um resgate de 115.300.000\$000.

(2) O convenio argentino foi entabolado pelo governo de *Pelligrini*. A somma total dos compromissos em ouro da Republica attingia então a £ 37.463.383; ao iniciar a revisão de 1893 £ 44.152.980, em 31 de Dezembro de 1898 a £ 63.279.555, conservando hoje o serviço da divida 38 a 39 %, da receita, ou quasi igual proporção á França e só inferior á Italia cuja divida absorve 50 %, da receita. As principaes autoridades em materia de finança, se pronunciaram contra:—o ministro *Terry* considerou o convenio «caro e humilhante»—Relat. das Fin. tomo 1.º pag. 156; o snr. *Agostinho de Vedia* declarou pela *Tribuna*, de 22 de Abril de 1893: «Esta negociação não se explica senão por uma allucinação da nossa parte»; o snr. *A. Martinez* considerou a peor negociação que se podia realisar ou antes uma desastrosa operação, «Les Finances de la Republique Argentine», pags. 253 e 256.

O presidente *Saenz Peña* em 1893, fazendo constar que a Republica não podia supportar a continuação do convenio denunciou-o, chegando a novo accordo firmado pelo ministro *Romero* e nas seguintes bases:—Para os primeiros 5 annos (12 de Julho de 1893 a 12 de Julho de 1898) pagamento dos juros sómente na razão de 3 1/2 %, obtendo pois uma importante reduccão na metade do serviço annual!, d'ahi até 12 de Julho de 1901 serviço completo de juros e commissão; de 12 de Julho de 1901 em diante, juros, commissão e amortisação. Accordado que ainda está vigorando.

Consulte-se a respeito:—O *Estado de S. Paulo* de 23 de Março de 1898, o *Paiz* de 29 de Maio de 1898, o *Jornal do Commercio* de 30 do mesmo mez e anno, *A Tribuna* de 6 e 7 de Junho do mesmo anno, a *Imprensa* de 23 de Junho e o *Brazilian Review* de 4 de Julho ambos do corrente anno.

(3) Esta apreciação encontra fundamento no extenso artigo sobre o activo nacional e que, sob o titulo de «Ainda é tempo», publicou o dr. *Pires de Almeida* no *Jornal do Commercio* de 19 de Março de 1899 e.. na execução do convenio.

(4) .Como os factos demonstraram.

III. EXECUÇÃO DO CONVENIO

10).—Convencidos de que o convenio brasileiro, de 15 de Julho de 1898, foi uma operação rasoavel, determinada pelas condições do momento e da qual resultou incontestavel repouso economico de alta valia para o paiz—nada mais resta do que fazermos votos pela sua fiel observancia e completa execução.

Durante o actual interregno já o governo tem levado a effeito algumas medidas tendentes á reconstituição financeira e estamos certos continuará iniciando e realizando outras que forem indicadas pelos grandes interesses nacionaes.

Verdade é, portanto, que vae sendo rigorosamente cumprido, nenhuma conveniencia ha em denunciá-lo (como aliás já foi suggerido) para não encontrarmos em identica situação a que chegou a activa e emprehendedora nação argentina.

Ali, a despeito de todo mundo reconhecer que a denuncia do convenio de 1891 foi um acto justo e patriotico, de indeclinavel necessidade—todavia não deixou tal resolução de prejudicar os creditos do paiz, tendo até contribuido para o insuccesso de um emprestimo ultimamente pretendido nos mercados monetarios da Europa.

Na cidade de Antuerpia (1) quando constou aos credores que o Governo Argentino procurava negociar um emprestimo no começo do anno, entraram elles na bolsa e levaram-na a decidir que nenhum novo emprestimo argentino teria cotação emquanto todos os credores não estivessem satisfeitos. As bolsas de Bruxellas, Pariz, Londres e Berlim negaram-se a dar um passo tão decisivo, mas deixaram que livremente se inferisse que

(1) *Brasilian Review* de 4 de Julho de 1899.

embora não houvesse recusa antecipada de cotação ellas se reservavam para estudar o assumpto, quando lhes fosse requerida a cotação.

Mas, em relação ao actual convenio, será possível que, no curto espaço de tempo de tres annos, estejam regularizadas as finanças do Brazil?

Examinaremos, mais adiante, esta questão. (n. IV)

11).—EFFECTOS DO CONVENIO. Os principaes effectos do convenio foram os seguintes:

a)—affastar o governo do mercado de cambias. Tal era a perniciosa influencia que semelhante facto produzia no mercado monetario que impossivel tornou-se, afinal, o calculo orçamentario para as differenças do cambio.

Esta verba teve o seguinte movimento:

1895 .	29.550:400\$000
1896	45.000:000\$000
1897	55.000:000\$000
1898	110.000:000\$000

b)—a conversão do emprestimo interno (ouro) de 1890 em papel, bem como os juros pagaveis tambem em ouro.

Esta operação foi realisada em virtude do dec. 2907 de 11 de Junho de 1898, sendo convertidas (1) as apolices 4 % ouro, em titulos de 5 % papel, e todos na importancia de 124.655:000\$000, obtendo só nesta operação, ha tanto tempo reclamada, uma economia superior a vinte mil contos.

(1) Esta conversão, se bem que realisada quatro dias antes do convenio, foi todavia subordinada ao plano financeiro que o governo tinha em vista.

E as providencias tomadas em relação aos empréstimos de 1868 e 1889, sendo que os juros deste não peçam mais no orçamento e os titulos daquelle foram submettidos a um regimen semelhante ao *fundding* pelo qual a despeza com os respectivos juros ficou diminuida de 1.500:000\$000. (1)

c) — a criação de um fundo de resgate e outro de garantia do papel moeda (2) cujo exito a ninguem é dado avaliar, com segurança, por serem medidas de ordem artificial, sem effeito permanente e duradoiro, principalmente attendendo-se á depressão economica do paiz.

Sem resolver-se o problema da producção, sem o concurso simultaneo dos elementos economicos, de lenta elaboração mas de resultados decisivos, nada se conseguirá, de estavel e de definitivo, em prol das finanças nacionaes, embora se estanque a emissão e se garanta o almejado equilibrio orçamentario. (3)

(1) A circulação destes titulos, juros ouro, era em 31 de Março ultimo a seguinte: emissão de 1868 a 6 % de 11.584:590\$; emissão de 1879 a 4 1/2 % de 22.035:500\$; emissão de 1889 a 4 % de 18.350:000\$. Relat. da Fazenda de 1899, pag. 14.

— Consulte-se o parecer n. 144—1899. *Diario do Congresso*, pag. 1315. A lei n. 640 de 14 de Novembro de 1899 que orçou a receita geral da Republica para o exercicio de 1900 no art. 2.º § 4.º autorisou o Governo a effectuar operações de credito para o resgate dos empréstimos de 1868 a 1889.

(2) Esta ideia indicada na Mensagem lida no Congresso Nacional, em 3 de Maio deste anno, pelo *dr. Campos Salles*, foi incluida no projecto do deputado *Augusto Montenegro*, por elle fundamentada em sessão de 26 de Junho e convertida em lei n. 581, de 20 de Julho ultimo. Ficou assim constituido um fundo especial applicavel ao *resgate* do papel, com os seguintes recursos:—renda (papel) proveniente dos arrendamentos das estradas de ferro—cobrança da divida activa—rendas eventuaes e saldos—; para *garantia* uma quota de 5 %, ouro, além dos 10 % sobre os direitos de importação;—saldo de certas taxas em ouro—renda (ouro) proveniente de arrendamento das Estradas de Ferro—rendas eventuaes, ouro.

—O art. 4 da cit. lei, é assim expresso: — O fundo de garantia será constituido em metal ou seu equivalente, depositado em um estabelecimento *bancario de Londres*, devendo os juros do deposito ser encorporados ao mesmo fundo.

(3) Os fundos do resgate e de garantia do papel moeda são, todavia, pontos capitaes do programma do governo; acerca do primeiro assim referiu-se o *dr. J. Murtinho*, em seu relatorio, pag. XXXII:—«O entusiasmo que

d) — as diferentes e proveitosas medidas como a economia *real* (1) em diversos departamentos da administração — a criação dos impostos internos (2) — e o estabelecimento do imposto em ouro o qual virá evitar os grandes abalos ou a trepidação no movimento commercial occasionada pela concorrência do Governo ao mercado de cambias.

«Estes tres agentes financeiros: — a redução da despeza, em todos os ramos da administração publica, para corresponder ao empobrecimento actual do paiz; — o imposto de consumo para corresponder á nossa viciosa organização industrial — e o imposto em ouro para corresponder ao mercado de cambio, em que uma massa enorme de papel moeda desvalorizado imprime o cunho de uma sensibilidade doentia, constituem, na expressão do governo, os tres aparelhos de

tenho pelo resgate do papel-moeda não me cêga, porém, a ponto de não ver os perigos que elle pôde trazer se não fôr executado com grande prudencia e extraordinario criterio. O perigo está em que a redução do papel traz como consequencia uma redução na amplitude da circulação, na extensão do apparelho circulatorio, que se manifesta por grande diminuição de negocios. Dahi uma modificação profunda na estructura da sociedade, considerada debaixo do ponto de vista industrial, commercial e governamental». Mais adiante accrescenta o mesmo Ministro: — «E' necessario mesmo algumas vezes suspender temporariamente a acção do resgate. .».

— Como se vê, é mesmo uma medida difficil e complexa; um remedio perigoso! E' pena que o illustre ministro que tão bem sabe curar a fraqueza dos doentes pelo emprego de tonificantes não applique a sua therapeutica á *anemia economica* do paiz, tomando o desenvolvimento das forças productoras como o ponto de partida de todos seus planos de governo!

— O snr. *senador Leite e Oiticica*, em discurso pronunciado no senado, em sessão de 15 de Julho de 1899, demonstrou que a ideia de fundos de resgate e garantia não é nova, visto ter sido, por vezes, suggerida no Congresso desde 1891. (*Diario do Congresso Nacional*, pag. 731).

(1) A «*Noticia*», em 16 de Novembro ultimo, consagrou suggestivo editorial ao primeiro anniversario do actual governo e por onde se vê que o convenio habilita o governo a pagar 47.000 contos da administração transacta; resgatar 52.000 (papel moeda); remetter para Londres 26 mil; ter em caixa equal quantia.

(2) Na Argentina a criação dos impostos internos de consumo fez parte do plano financeiro de *Peligrini* cujo governo realisou o primeiro convenio. *José A. Terry* «Finanzas» — Conferencias, pag. 63. — *Alberto Martinez* «Les Finances de la Republique Argentine», pag. 269.

adaptação do nosso organismo financeiro ao nosso meio economico.» (1)

e)—a refórma radical na confecção da lei de meios, como se deprehe de da simples inspecção de sua nova structura, para o anno de 1900.

Assim é que creou um titulo especial de receita oriunda da emissão annual do emprestimo de que o orçamento cogita, no valor de 25.627:876\$593 para occorrer á despesas inscriptas no orçamento da Fazenda, que montam a 15.745:251\$278 e outras do orçamento da viação. Por outro lado, em virtude do mesmo convenio, vê-se no orçamento vindouro a quantia de 44.869:379\$000 (papel) destinada á incineração, alvitre adoptado, o anno passado, pelo Congresso Nacional, quando teve de resolver sobre o destino a dar ao deposito constituido pelo citado convenio. (2)

Além destes effeitos do convenio financeiro podiamos indicar outros principaes como a incineração do papel moeda que faz objecto do seguinte §.

12).—INEFFICACIA DA INCINERAÇÃO DO PAPEL MOEDA.

Uma das clausulas do convenio é o deposito, durante o periodo de tres annos, do equivalente dos titulos emittidos em papel moeda, ao cambio de 18 d.

O destino desse deposito é assim expressamente designado:—«O papel moeda depositado *ou* será retirado da circulação e destruido *ou* se quando o cambio tornar-se favoravel, será applicado na compra de lettras em Londres, a favor dos snrs. N. M. Rothschild & Sons, afim de ser levado ao credito do *Fund* para

(1) Relatorio da Fazenda de 1899, pag. XXXVIII.

(2) Vide o parecer n. 144—1899, da Commissão do Orçamento.—Id. Lei n. 559 de 31 de Dezembro de 1898, art. 7.^o e n. 35 do art. 43 da lei n. 652 de 23 de Novembro de 1899 que fixou a despesa para 1900.

o futuro pagamento em ouro dos empréstimos e garantias das Estradas de Ferro».

O Governo em vez de, immediatamente, indicar destino mais conveniente a cerca de 115 mil contos que depositará dentro daquelle periodo—preferio o processo da incineração e, de accordo com a lei orçamentaria de 1898, já inutilisou até 30 de Setembro ultimo 52.190:053\$000. (1)

Aquella clausula do convenio oriunda da crença (principalmente no estrangeiro) de existir superabundancia de papel moeda em nosso paiz—com verdade, não tem produzido o desejado effeito. Seu intuito era a melhoria do cambio e a cotação d'este ainda não excedeu de 8 $\frac{15}{16}$ d. sobre Londres, após o convenio, estando presentemente a menos de 7 d.

E' geral a opinião contraria á incineração feita sem saldos orçamentarios.

O snr. Ruy Barbosa combateu vigorosamente a incineração do papel moeda. (2) Escreveu aquelle publicista:—«Mas estar em *deficit*, ser obrigado para lhe acudir, a carregar no peso dos tributos, não ter certeza ainda assim de vencel-o, e desviar de seu destino inviolavel, a solução das dividas instantes esse peculio extorquido á nação em nome de suas despezas necessarias, para o incendiar é aventurar-se a um arbitrio, sobre contrario ao bom senso, inconciliavel com a moral e com a humanidade. »

A opinião mais corrente no paiz é contra a incineração, a despeito de julgarem alguns que esse mal póde ser remediado com uma correspondente emissão.

(1) *Diario Official* de 2 de Novembro de 1899, pag. 9111; *Jornal do Commercio* de 23 de Outubro ultimo.

(2) Vide os artigos sobre esta questão na *Imprensa* de 16 e 18 de Junho e de 20 e 23 de Julho de 1899.

O snr. conselheiro Angelo do Amaral, manifestando-se a respeito, (1) accrescentou:—O resgate, além de inoportuno, é perigoso. Ou toda emissão está effectivamente em gyro ou grande parte della jaz inactiva nas caixas dos bancos e em poder dos particulares. Na primeira hypothese a incineração ha de produzir uma revolução nos preços, mas em sentido contrario a que foi produzida pelas emissões posteriores de 1889, isto é, aggravará a crise economica, devida principalmente á desvalorisação do nosso primeiro artigo de exportação, difficulterà mais os descontos e precipitará o paiz em uma situação peor do que a que se trata de remediar. Na segunda hypothese, a incineração será um sacrificio inutil emquanto se restringir á quantidade de papel que está fóra da circulação, porque igual quantidade virá substituil-a.

O snr. conselheiro Lourenço de Albuquerque, condemnando cathegoricamente a incineração, assim esclareceu ainda a questão:—Diz-se: nada mais facil do que uma emissão se for necessario; logo se a queima for um mal terá prompto remedio. Erram os que assim discorrem, e provêm o seu erro de não considerarem que os danos de uma emissão, mesmo de pouco vulto que faça o governo depois da moratoria, serão incomparavelmente aos beneficios que possa ter produzido a queima de muitos milhares de contos de réis. Será o despertar da desconfiança com todos seus funestos corollarios: terá a gravidade de uma recahida. »

Na Republica Argentina o governo tambem assumiu formal compromisso de retirar da circulação 15 milhões de piastras, durante os tres annos do convenio, e posto tivesse estabelecido um imposto especial para

(1) *Jornal do Commercio* de 9 de Julho e de 2 de Agosto de 1899.

esse fim, não chegou a incinerar mais do que 4.834.287 nos annos de 1891 e 1892 e de 8.865.816 em 1893 e 1894.

Apreciando a inefficacia deste expediente, escreveu o snr. Alberto Martinez:—«Comme je l'ai déjà avancé, les résultats pratiques de cette mesure, dans le sens de la valorisation de la monnaie dépréciée, furent nuls: le pouvoir executif brûlait, religieusement e avec une grave solemnité, le 15 de chaque mois, une somme déterminée—en general, 500.000 piastres de papier monnaie—mais il resultait que la valeur de celui, ci, loin d'augmenter, diminuait encore davantage, au tableau des cotes journalières de la bourse». (1)

Reconhecendo o mallogro da incineração o governo, pelo orgam do seu ministro das finanças, declarou:— «o poder executivo reconhece que 8 milhões de piastras retiradas annualmente da circulação não póde ser uma somma assáz forte, para alterar de uma maneira fundamental, o preço do nosso papel, mas o que affirma é que esta quantidade será efficaz, *uma vez augmente a producção do paiz, que a exportação exceda a importação, isto é, que os saldos internacionaes sejam favoraveis á republica.*» (2)

Verificou-se, pois, que tudo dependia do desenvolvimento da producção, sob todos os seus variados ramos, e que a incineração não podia dar resultado sem o excedente progressivo ou ao menos constante, nas receitas do Estado. (3)

(1) «Les Finances de la République Argentine», pag. 545.

(2) «Memorial das Finanças e da Administração Nacional», 1893.

(3) *Léon Say*, em seu «Dictionnaire des Finances», vol. I, pag. 1301, escreveu: «Un des problèmes les plus difficiles à résoudre est le retrait du cours forcé. Tant qu'un pays soumis à ce régime se trouve, par suite d'un excès d'importation, débiteur de saldes considérables envers l'étranger, le retrait reste impossible. La pratique l'a démontré dans maintes et maintes circonstances.»

O dr. Amaro Cavalcanti, em seu livro «O Meio Circulante Nacional» pag. 298 e de seus «Elementos de Finanças» pag. 430 affirma:—«Não

13).—**QUESTÃO DE PRINCIPIOS.** As principaes medidas que o governo está levando a effeito para a inteira execução do convenio, para obter a valorisação do meio circulante e voltar aos pagamentos em especie, são pois as seguintes:—retirada gradual do papel-moeda—creação dos fundos de resgate e de garantia—reducção das despesas—impostos internos—imposto em ouro.

Todas estas medidas, de ordem artificial, são subordinadas ao pensamento do actual presidente da Republica, e assim expresso na Mensagem de 3 de Maio ultimo:—«Estou convencido de que a *solução da questão financeira depende menos das forças naturaes do paiz do que do acerto das medidas que o poder publico tivér de adoptar.*»

O actual ministro da fazenda cuja orientação se filia á escola liberal e individualista, com a mesma uniformidade de principios em relação á questão do meio circulante, assim definiu-se:—«A solução pelo augmento do valor da exportação, a que mais conviria aos interesses do paiz, porque traria a valorisação da circulação sem diminuir-lhe a extensão *é extremamente lenta para um problema tão urgente*, mas póde e deve servir de auxiliar e complementar á solução pela reducção do papel pelo meio circulante». (1)

«O effeito da reducção da massa de papel sobre a elevação da taxa cambial e consequente valorisação

é queimando parte do papel-moeda, todo elle mesmo se quizerem, que a circulação ha de tornar-se metálica. E' condição preliminar do resultado dessa operação que haja excedente progressivo ou ao menos constante nas receitas do Estado. . . ».

(1) O *Jornal do Commercio* de 1 de Outubro de 1899, criticando o relatório do actual ministro da Fazenda, destacou entre as suas conclusões a seguinte:—«Só uma reducção na massa do papel ou um augmento no valor da exportação poderá elevar a taxa cambial normal; e como este augmento é de um processo lento e duvidoso, elle crê que deve perseverar em queimar o papel.» Achar uma lei rigorosa entre a circulação existente e a parte da produção que

de nossa circulação monetaria é, pois, um facto incontestavel.

Esse effeito, pequeno a principio, em virtude da exiguidade da quantia retirada da circulação, ir-se-ha accentuando com o augmento do resgate, e estou convencido de que com o mesmo valor de 24,5 milhões esterlinos para nossa exportação, e independentemente de qualquer entrada de ouro do exterior, não havendo causas deprimentes de ordem politica, o cambio subirá a 9, 10, 12 e 15 quando tivermos redusido a circulação a 650, 580, 490, 390 mil contos.» (1)

Synthetizando as ideias contidas nos trechos acima transcriptos que se prestam á extensa analyse, chegaremos ás seguintes conclusões :

1.º—que é secundaria a questão da expansão das forças economicas do paiz, como aliás attesta o facto de não ter-se ainda resolvido nenhum problema agricola ;

2.º—que por ser extremamente lenta tal evolução deve ella ser deixada á lucta da concorrencia.

Em relação á ordem economica do paiz ou a seu principal ramo de producção, preconisa s. excia.— « a lucta da concorrencia entre os diversos lavradores produzindo, por meio de liquidações, a selecção natural, manifestada pelo desaparecimento dos inferiores e permanencia dos superiores. »

3.º—que dependendo a reorganisação financeira da valorisação do meio circulante—á retirada gradual do

é exportada, quasi que toca os limites do absurdo, accrescentou o *Jornal*.—Na mesma folha, em 6 do mesmo mez, appareceu um artigo, attribuido ao ministro da Fazenda, em que explicou-se a fórmula apresentada, não duvidando que uma lei sobre o valor do papel-moeda expresso mathematicamente é uma cousa impossivel no estado actual dos nossos conhecimentos.

—O *dr. Alexandre Góes*, em diversos artigos publicados no *Estado de S. Paulo* de 3 de Outubro, criticou o referido relatorio, occupando especialmente deste interessante ponto que foi muito discutido em todos os centros commerciaes e financeiros.

(1) Relatorio do ministerio da Fazenda de 1899, pag. XXXII.

papel corresponderá, em breve tempo, a elevação da taxa cambial.

Positivamente não cremos no exito do plano economico financeiro posto em pratica de par com a leal execução do convenio e praza aos céos estejamos errados ou se confundam as nossas apprehensões com « os gritos da ignorancia », como tão incisivamente se exprime no seu relatorio, o actual ministro da fazenda. (1)

Limitadas de um modo formal e definitivo as emissões, iniciado o *regimen da dieta* ou da economia na despeza publica, fiscalisada com todo o rigor a percepção das rendas—a attenção geral devia se concentrar, unica e exclusivamente, na agricultura que é a base de toda a prosperidade real do Brazil.

Infelizmente isso não succede.

Estamos de inteiro accordo com o ex-ministro da fazenda, dr. Bernardino de Campos que, em seu relatorio de 1897, pag. 112, escreveu:—«Augmentar a producção do paiz, fomentando as industrias, promovendo a polycultura de accordo com os climas e qualidade das terras, diminuindo as despezas publicas, eis em synthese, o processo mais efficaz com que se pôde ter meios seguros para valorisar o meio circulante.» (2)

(1) Relatorio do ministerio da Fazenda de 1899, pag. XXXI.

(2) Em seu recente pamphleto ácerca da circulação monetaria, na Italia, indicando a reconstituição economica do paiz como base de toda e qualquer reforma financeira, escreveu *Federico Flora*:—«La riduzione della circolazione non è però sufficiente da sola ad eliminare il corso forzoso se prima una maggiore produzione, un maggior risparmio, un notevole incremento della ricchezza nazionale non permettano di riscattare il debito esterno o di dargli un equivalente, fazendo nel paese titoli stranieri. La contrazione della circolazione può affretare questo resultado, non produrlo. Il problema quindi è duplice: finanziario ed economico.»

E assim pensam a torrente dos economistas estrangeiros mais autorizados.

—O snr. *General F. Glycerio*, em sessão da Camara de 17 de Outubro ultimo, apoiando-se nas doutrinas intervencionistas, da maior extensão das attribuições do Estado, especialmente se tratando do Brazil, apresentou depois de fudamentar, um projecto de um emprestimo de 100.000 contos cujo

Desenvolver todos os ramos da producção nacional era o principal lemma do programma d'aquelle ministro que, como L. de Lavergne, tambem comprehendeu que não ha boa situação economica sem boa situação agricola.

Nada, porém, disso admittem em nosso paiz os extremados partidarios das doutrinas individualistas!

Effectivamente, na ordem economica, as principaes ideias do governo se reduzem a um systema logico, dedusido de certas premissas que não guardam relação ou dependencia alguma com a realidade dos factos.

Taes premissas embora evidentes, como lucidamente expoz o ministro da fazenda actual, não contendo uma verdade absoluta, jamais respondem ás condições do momento.

Erro gravissimo, diz-nos autoridade contemporanea (1) é pois esse de isolar completamente o phenomeno economico e consideral-o independente da sociedade onde o mesmo se realisa e se desenvolve.

Na ordem economica e na quadra presente, pretende-se isso, entre nós, e o principio dominante é o que se relaciona com a formula egoista da selecção natural verificada na desigualdade das condições da livre concorrência e. *cosi va il mondo.*

14).—TENTATIVAS DE RESGATE FRUSTRADAS. O snr. conselheiro Ruy Barbosa já demonstrou brilhantemente «que a historia nacional da incineração do papel-moeda, evidencia com uma das paginas mais eloquentes, a incompatibilidade entre o *deficit* e o resgate, entre o

producto será destinado á lavoura e a proporção que os mutuarios forem realisando as suas amortisações em notas, estas serão immediatamente incineradas. *Diario do Congresso* de 18 de Outubro de 1899, pag. 1.992.

(1) *Ugo Rabbeno* «L'Odierna crisi nella Scienza Economica, pag. 6.

desiquilibrio financeiro e a volta dos pagamentos em especie.»

Para melhor comprehensão do asserto, em seguida, vamos resumir os principaes dados historicos, de accordo com que expendeu aquelle illustre financista patrio. (1)

- As leis de 6 de Setembro de 1835 e n. 109, de 11 de Outubro de 1837 providenciaram sobre o resgate, especializando a primeira certas rendas;
- Pouco depois dessa primeira tentativa, á vista do *deficit* orçamentario, a lei n. 91, de 23 de Outubro de 1839, facultava o augmento que se realisou, do papel por uma emissão de 6.112:730\$000;
- Em 1840 a 1841 o resgate montou em 4.704:529\$000;
- Em 1841 vio-se o governo obrigado a emittir 4.720:555\$630;
- Em 1856 o governo retirou da circulação as notas do Banco do Brazil e entregou ao Thesouro. . . . 17.500:000\$000;
- Mas, substituiu-as pela mesma quantia em notas suas, pagando com somma equivalente em apolices;
- Em 1878 o dec. n. 6882, de 16 de Abril determinou que, no fim de cada exercicio, se recolhesse 6 % da emissão;
- O mesmo decr. autorisou a emissão de 60.000:000\$000;
- Em 1886 a lei n. 3.313, de 16 de Outubro autorisou o poder executivo a retirar da circulação cinco mil contos até nivelar o valor da moeda ao fixado na lei n. 601, de 11 de Setembro de 1846 art. 1.º— e nesse regimen chegou-se a resgatar 7.500:000\$000;
- Pouco depois teve que emittir o duplo para acudir aos bancos, nos apuros da praça;
- Em 1889 o decreto 10.336, de 6 de Setembro, estabeleceu a incineração annual de seis mil contos, marcando o prazo de cinco annos para a extincção do papel inconversivel;
- Mas o banco preposto ao resgate, retirando no primeiro anno. . . . 7.775:000\$000, em papel, entregue ao Thesouro, a troco do seu equivalente em apolices, implicitamente repudiou, logo após a revolução, o seu contracto, requerendo ao governo o auxilio da lei n. 3263, de 18 de Julho de 1875;
- Em 1893, em execução ao decr. n. 1167, de 17 de Dezembro de 1892, queimou-se 5.327:000\$000 de papel moeda;
- A lei de 23 de Setembro de 1893 que approvou esse acto, cedendo aos embarços do Thesouro, perante o *deficit*, eliminou d'aquella medida a clausula imperativa da incineração;

(1) Editorial da *Imprensa* de 23 de Julho de 1899.

—Em 1895, por ocasião do governo levantar o empréstimo de 100 mil contos, de accordo com o art. 7 do decr. 1976, de 25 de Fevereiro daquelle anno resgatou 30.000 mil contos;

—Em 1896 o decr. n. 2405, de 16 de Dezembro, autorisou a substituição dos *bonus* emitida no valor de 80.000:000\$000 em notas com-muns. (1)

Qual o ensinamento a tirar-se de todas estas lições historicas?

—Que o Brazil precisa menos de resgate, menos do proprio ouro do que aquillo com que se obtém uma e outra cousa—a producção abundante e variada, o desenvolvimento agricola, a prosperidade industrial!

Resgatar o papel-moeda, *sem poder* é remar contra maré.

IV. CONSEQUENCIAS PROVAVEIS

15).—Convencidos da exactidão do conceito emitido por notavel escriptor contemporaneo:—«L'économe peut prédire l'avenir s'il a eu soin d'éprouver ses conclusions et ses hypotheses au contact des faits» (2) — não achamos fóra de proposito tambem fazer algumas considerações sobre as consequencias do convenio de 15 de Junho, attentos os differentes factos a que temos nos referido n'este ligeiro estudo.

Já o snr. conselheiro Lourenço de Albuquerque escreveu: «O ajuste é exequivel e será lealmente exe-

(1) Além destas contradicções, cumpre accrescentar que *nenhum* resultado obtiveram—as leis n. 1349, de 12 de Setembro de 1866, § 8, e n. 1508 de 28 de Setembro de 1867, art. 9, determinando se assignasse uma quota nas leis annuas para o resgate;—as leis n. 1764, de 28 de Junho, art. 20 e n. 1836 de 27 de Setembro, art. 13, de 1870, applicando o saldo orçamentario ao mesmo fim;—a lei n. 2348, de 25 de Agosto de 1873, idem quanto aos saldos e depositos;—a lei 2960, de 31 de Outubro de 1879, art. 21, idem, quanto ao imposto do fumo;—o decr. n. 255, de 10 de Março de 1890 commettendo o serviço do resgate ao Banco Nacional;—o decr. 1154, de 7 de Dezembro de 1890, art. 7, estabelecendo a tal providencia;—o decr. 2412, de 28 de Setembro de 1896;—emfim muitos outros actos legislativos. . .

—*Amaro Cavalcanti* «Meio circulante Nacional», vol. 2.º, pag. 322.

(2) *Thorold Rogers* «L'Interpretation Économique de l'Histoire» pag. 18.

cutado; o que não cremos é que, no seu termo, em 15 de Junho de 1901, sejam taes as nossas condições que possamos voltar, com segurança, ao regimen normal dos pagamentos. Finanças avariadas, como as nossas, não se reconstituem e consolidam no curto periodo de tres annos; destruir será sempre muito mais facil que restaurar e para trazel-as ao estado em que se acham foram precisos oito annos de indefesso trabalho.» (1)

Por melhor que sejam os nossos desejos o que ficou dito é uma previsão que nos parece segura, certa e infallivel e com a qual estamos de inteiro accordo.

Em finanças, acima do sentimento, do dever e do patriotismo, estão a fatalidade dos acontecimentos e a realidade esmagadora dos factos, com os quaes não se póde deixar de contemporisar para o exito do plano que se tem em vista.

A despeito de muitas e acertadas medidas já postas em pratica pelo actual governo do paiz que tamanho esforço tem empregado pela causa commum — não ha negar a insufficiencia do triennio para a reorganisação financeira do paiz. E' mister a renovação do prazo e as consequencias provaveis serão não só o convencimento desse facto como da inefficacia de um ou outro alvitre já tomado e exequibilidade manifesta de outras soluções a preferir.

16).— OS PAGAMENTOS EM ESPECIE. Depois de referir-se á diminuição das rendas aduaneiras que espera ser compensada ou neutralizada pelo augmento certo

(1) «O programma financeiro», artigo publicado no *Jornal do Comercio* de 16 de Julho de 1899.

nos impostos internos e redução na despesa em todos os élos da administração, eis como se exprime o illustre dr. J. Murinho em relação a este assumpto:

«Dada, pois, com todas estas compensações e, na peor das hypotheses, uma situação semelhante a de 1898, quanto á relação entre a receita e a despesa, estaremos sem duvida, quando expirar o convenio de 15 de Junho, *em condições de voltar ao pagamento em especie*, pois, como é sabido, a differença de cambio foi a causa mais notavel da suspensão d'aquelles pagamentos, e recebendo o Governo actualmente uma parte das rendas aduaneiras, ao cambio de 27, terá incontestavelmente os recursos necessarios para o serviço no exterior sem os onus da differença de cambio.» (1)

Infelizmente, parece-nos, o paiz vae ter completa desillusão relativamente a tão almejado pagamento em especie proporcionado pela arrecadação em ouro de certa parte dos impostos aduaneiros!

O novo systema, é, em parte, assemelha-se ao plano já posto em pratica pelo illustre presidente do Pará na confecção do orçamento estadual em ouro medida que difficilmente se accomoda com o nosso regimen de circulação fiduciaria.

Para chegarmos á convicção que a innovação trazida á nossa organização financeira, não passa de mero expediente, basta inquirir:

—A não ser para conseguir-se uma regular contabilidade fiscal ou dar uma ideia exacta no conjuncto e em detalhe da despesa publica—qual a vantagem que póde advir, *para a economia nacional*, o facto de consignar-se no orçamento da despesa 16,387 contos, *ouro*, ou tres, quatro e mais vezes *papel*, correspon-

(1) Relatorio do Ministro da Fazenda de 1899, pag. XLI.

dente ao mesmo ouro, para acudir-se ao serviço da dívida externa?

—Exclusão feita da conveniencia do Governo receber, diuturnamente, certa quantia em ouro das Alfandegas o que realmente o dispensa de concorrer ao mercado de cambiaes —qual a vantagem que resulta, *para a economia nacional*, da arrecadação de 18.000 contos, *ouro*, de impostos aduaneiros ou tres, quatro e mais vezes *papel*, correspondente ao mesmo ouro?

Sob *um regimen de circulação fiduciaria*, absolutamente nenhuma! pura questão de fórma. mero jogo de algarismos.

O dispendio da energia, da força ou da produção nacional é sempre na mesma intensidade, num e noutro caso.

Em tal pé, pouco ou nada adianta o almejado expediente do pagamento em especie e nem com tal remedio artificial se conseguirá a reorganisação financeira do paiz. (1)

Na Republica Argentina chegou-se a verificar o asserto e tanto é verdade que o chefe do Estado, em notavel mensagem, foi o primeiro a affirmar:—«Le retour aux payments en métallique doit reposer sur des bases solides, pour qu'il soit durable. Il doit être décrété par le développement de la richesse, de la puissance industrielle et commerciale et, aussi, par la fortune accumulée et non pas en vertu d'un loi imperative». (2)

Não servio-nos, porém, está experiencia historica!

(1) O dr. *Serzedello Corrêa* que tão brilhantemente tem discutido estes assumptos no Congresso Nacional, em discurso proferido em sessão de 10 de Setembro ultimo (pag. 2185 do *Diario do Congresso Nacional*), reconheceu que o expediente dos pagamentos em especie «não basta» sendo preciso assegurar-os com outras medidas.

(2) *Alberto Martinez* «Les Finances de la Republica Argentina» pag. 532. E' tambem isso que aconselhou *Arthur Raffalovick* em sua con-

17).—A NOVAÇÃO DO CONTRACTO E A UNIFICAÇÃO DA DIVIDA EXTERNA. E' opinião corrente que o exiguo e rapido prazo de trez annos não basta para o governo debellar a crise economica e financeira do paiz.

A insufficiencia desse brevissimo periodo já foi posta em evidencia pelo snr. conselheiro Lourenço de Albuquerque (1) e não fazemos mais do que assignalar aqui uma proposição exacta que aliás vae sendo confirmada pelos acontecimentos.

Quem reflectir sobre a actual situação financeira do paiz, tendo em vista a persistente baixa do cambio o decrescimento das rendas e outros factos—não poderá deixar de estar de pleno accordo com aquella asserção.

Importa, portanto, cuidar-se convenientemente da renovação do convenio de 15 de Junho, exigindo-se mais vantagens embora ampliando as garantias.

Entre estas está o fazer-se extensiva a hypotheca das rendas aduaneiras a *todos* os titulos da divida externa.

Entre as vantagens a exigir ahi estão duas principaes:—a unificação de todos os titulos da divida externa e a reducção dos juros que são onerosos e excessivos.

A ideia da unificação já foi largamente discutida na Republica Argentina, depois que o ministro Ro-

ferencia perante a Sociedade de Economia Politica de Paris. Vide o *Journal des Économistes* de 15 de Setembro de 1897 ou o *Économiste Français* de 18 de Setembro do mesmo anno.

(1) Editoriaes do *Journal do Commercio* de 16 de Julho e de 20 de Agosto de 1899. No primeiro artigo escrevia s. excia:—«Se apezar do cumprimento religioso do accordo de 15 de Junho e do acertado emprego dos recursos de que ainda podemos dispor, não estiver até 1901 debellada a crise financeira, não houvermos conseguido o estavel equilibrio do orçamento *sem empréstimos nem emissões*, será então o caso de pedirmos aos credores que consintam na reducção dos juros dos seus capitaes, e elles não o recusarão á nossa boa fé e lealdade.»

mero teve occasião de submettel-a á apreciação do congresso nacional, em 4 de Outubro de 1895, referindo-se entretanto o seu projecto aos titulos federaes e provinciaes. O ensinamento de tal discussão muito póde nos aproveitar, embora seja o nosso objectivo principal uniformisar sómente o juro reduzindo-o a 4 %.

E tal reducção é indispensavel e equitativa, inteiramente justa.

Para chegarmos á tal convicção é bastante termos, em linha de conta, os encargos referentes ás garantias de estradas de ferro, já expostos ao paiz no parlamento nacional, pelo illustre deputado dr. Serzedello Corrêa ex-ministro da Fazenda.

— O capital das companhias de caminhos de ferro inglezes no Brazil sóbe a cerca de 18.500.000 libras e, sobre esta somma, garantiu o Governo Brasileiro por espaço de 30 annos em uns casos, de 90 em outros, juro permanente, cuja taxa varia de 6, 6 $\frac{1}{2}$ e 7 % (!) ao anno e quasi que tem pago taes garantias em sua totalidade e só ahi tem uma despeza annual de mais de um milhão. (2) Casos ha de linhas ferreas em que o Governo já se acha e para muitas achar-se-á, quando cessar a garantia, no desembolso effectivo, por juros pagos de quantia superior ao dobro, ao triplo da avaliação de seu custo sem ter a posse das estradas!!.

(1) *Alberto Martinez «Les Finances de la République Argentine»* pag. 288.

(2) *Diario do Congresso Nacional*, pag. 2186. Discurso pronunciado em sessão de 10 de Setembro de 1899. O dr. *Serzedello Corrêa* citou o facto da empreza ferro-via do Natal a Nova Cruz e o caminho de ferro da Bahía a São Francisco, o qual ao expirar o prazo da concessão deve ter custado ao Governo para mais de £ 11.000.000 por garantia de juro, ficando ainda assim a linha toda propriedade da Companhia que só terá de cedel-a ao Governo se este lhe pagar o preço fixo de £ 1.800.000!

—Diante destes e outros factos que se escudam em algarismos é justo que procuremos obter dos nossos credores concessões razoaveis, tanto mais quanto nos sujeitamos a toda série de sacrificios para retomarmos os pagamentos em especie.»

Sendo assim, ainda é tempo de se cuidar da re-forma do convenio e em, novo ajuste, o que vae mais uma vez advogar por nós, são os interesses dos proprios credores, cujos intuitos talvez não tenham outra mira senão a influencia monetaria e o predominio commercial n'este grande e futuroso paiz.

18).—REFORMAS TRIBUTARIA E MONETARIA. Uma vez accordado o espaçamento do prazo do convenio e estabelecidas as alterações que as circumstancias do momento aconselharem, o governo ficará habilitado a proseguir no seu programma para chegar —«á conquista segura do súpremo ideal financeiro—nunca até hoje attingido—o equilibrio orçamentario sem emissão nem emprestimo» — bella synthese, com que terminou a *Mensagem* de 3 de Maio de 1898, o actual presidente da Republica, dr. Campos Salles.

Só assim o governo poderá volver suas vistas para a angustiosa situação da agricultura nacional (1) e, ao mesmo tempo, lançar as bases de duas reformas inadiaveis e urgentes, ha tanto tempo, reclamadas;—a tributaria e a monetaria (2).

(1) Em nosso *Manual de Sciencia das Finanças*, procurámos demonstrar que, sem a expansão das forças economicas do paiz, de par com uma rigorosa economia nos gastos publicos, *nenhuma* reforma monetaria deve ser levada a effeito, nem ao menos se poderá chegar á valorisação do meio circulante. Pags. 227 e 277, ns. 90 e 105.

(2) O dr. *Paes de Carvalho*, em sua *Mensagem*, de 7 de Abril ultimo, ao Congresso Legislativo do Pará, disse: Retocar a constituição na parte referente á distribuição das rendas, não é uma questão para a qual a actualidade esteja a exigir uma solução urgente. *O que é urgente é a elaboração de uma lei confirmativa, se for caso della, e sobretudo explicativa do texto constitucional que, apesar de claro, repetidas controversias, quanto ao direito de cobrança de certas taxas, tem de algum modo obscurecido.*»

Na Allemanha, a formula conhecida: «A' *União*, os impostos indirectos; ao *Estado* os impostos directos; ao *Município* os impostos locais», foi brilhantemente comprehendida por Miguel que, por isso, conseguiu invejavel renome entre as celebridades contemporaneas. *Journal des Economistes* de 15 de Outubro de 1898. «Les Finances de la Prusse.»

—A reforma tributaria, delimitando a competencia da União, do Estado e do Municipio, impedindo a decretação e arrecadação de impostos manifestamente contrarios á linha geral traçada pela Constituição de 24 de Fevereiro de 1891, fazendo desaparecer graves e sérias divergencias, constantemente suscitadas em detrimento do vinculo federativo ou da unidade nacional.

—A reforma monetaria, tendo por objectivo o estabelecimento de um novo padrão que exprima justa relação ou equivalencia com o meio circulante, cuja posição artificial tem sido reconhecida, desde a lei de 11 de Setembro de 1846, que procurou dar ao papel moeda um valor superior ao que representava no momento ! (1)

Effectivamente, no decorrer dos ultimos quarenta annos, o papel moeda só attingiu o limite fixado por tal lei, quasi que momentaneamente, em 1875 e 1889 excedendo-o em 1863 e 1864, mantendo-se persistentemente tres, quatro e cinco dinheiros abaixo do par.

Representando a vigencia do padrão da lei de 1846 «um anachronismo injustificavel, em disparidade flagrante com a situação real da circulação» como bem exprimio-se o ex-ministro da Fazenda, dr. Bernardino de Campos (2) — é de esperar-se que semelhante reforma, aventada por F. Belisario em 1886, vencedora no Senado em 1891, graças aos esforços de Amaro Cavalcanti, seja em breve uma realidade.

(1) O diagramma exhibido pelo dr. *José Carlos Rodrigues*, á pag. 126 de seu folheto sobre «Finanças», indica claramente semelhante facto.

(2) Relatório do Ministerio da Fazenda relativo ao anno de 1897, pag. 129.

—A lei n. 359, de 30 de Dezembro de 1895 e o decr. n. 2261, de 21 de Abril de 1896 alteraram o padrão monetario para a arrecadação dos direitos aduaneiros.

Essa reforma, como prenuncio do estabelecimento da circulação metálica, por sua vez jamais será duradoura e fecunda, sem a prosperidade económica e a expansão do trabalho nacional.

19).—OPINIÕES DIVERSAS. O snr. cons. Ruy Barbosa, comquanto não se manifestasse contra a renovação do convenio, como se infere do seu artigo, na *Imprensa*, de 26 de Junho ultimo, no qual aconselhou ao governo retroceder, em 1899, do que fez em 1898, como os argentinos retrocederam em 1893 do que tinham feito em 1891, melhor definiu-se, quando escreveu o seguinte: «Mas antes de nos abeirarmos á raia do descredito, da hypotheca e do sequestro pela força estrangeira, antes de aceitarmos um pacto, onde se acha, resvaladio e ingreme, esse declive, antes de entregarmos á avidez ultramarina, com o privilegio executivo sobre as nossas aduanas, o orgam nutridor da existencia da União, havia um preliminar necessario, um preservativo historico, um remedio terminante por empregar e de cujo emprego nem se cogitou sequer: — a restituição dos bens nacionaes á União e o augmento de sua renda pela reforma da constituição republicana.

Além dessa não ha solução alguma. (1)»

—O snr. Paes de Carvalho, em sua ultima «Mensagem», considerando que o convenio foi um recurso que a urgência das circunstancias nos conduzio e admittindo a possibilidade de sua revisão entende que todos os Estados devem constituir, ao lado da União, «uma só poderosa responsabilidade» prompta a manter immune o credito nacional. S. excia., lembrando uma

(1) *Imprensa*. Editoriaes de 26 de Junho e 7 de Julho de 1899. *Mensagem* apresentada ao Congresso Legislativo do Estado do Pará, em 7 de Abril de 1899 e cujos extractos se encontram no *Jornal do Commercio* de 16 do mesmo mez e anno.

ideia sua, anteriormente aventada, quanto á conveniencia de se tentar uma operação no exterior, com a solidariedade de todos os Estados, além das garantias especiaes dadas pela União, assim exprimio-se: «O appello aos Estados tem todas as probabilidades de successo. Alguns delles como o de S. Paulo e Minas e outros que têm encargos de divida exterior, seriam os primeiros a preferir compromissos que visassem a restauração das finanças federaes, porque delles seriam largamente compensados pela extincção dos outros «incalculaveis e indefinidos» que lhes exigem as desastrosas taxas cambiaes. Os outros, que constituem a maior parte, já fatigados de inutilisar esforços na pesquisa dos recursos monetarios, de que não podem prescindir, nos mercados estrangeiros, terão a seu turno retribuição cabal aos seus passageiros sacrificios, no melhor tratamento que os capitaes lhes dispensariam. Um só e mesmo interesse os levaria portanto, a convergirem para o alevantado objectivo de reerguer o credito do paiz.»

—O snr. dr. F. Silviano Brandão, illustre presidente de Minas, o homem da «economia» em materia de despeza publica, assignalando, em sua Mensagem de 15 de Junho de 1899, a gravidade da situação do paiz, tambem entende que «aos Estados incumbe, como supremo empenho, no momento actual, estreitar fortemente os laços de solidariedade que os prendem á União, grande força e prestigio ao poder central afim de que se firme, de vez, a confiança na estabilidade da Republica. (1)

—O snr. Serzedello Corrêa, reconhecendo que as medidas tomadas na vigencia do convenio não bas-

(1) O dr. *Silviano Brandão* é o presidente de Estado que tem conseguido maior redução na despeza publica. Na vigencia de um orçamento inferior a 20.000:000\$000, fez redução no valor de 5.183:806\$772. *Diario Official* de Minas. Supplemento ao n. 139, de 16 de Junho de 1899.

tam para assegurar os pagamentos em especie e a prosperidade do paiz, pensa que, em momento opportuno, assim que as circumstancias o permittirem, deve o governo tentar larga operação de credito com o fim de reduzir o capital da nossa divida externa e, depois, por meio de uma ou de varias conversões successorias, fazer a reducção dos juros dessa divida e com a reducção, a unificação dos nossos titulos. Por essa forma, poderá o governo reduzir de muito o serviço da divida, obtendo assim reaes vantagens para o Thesouro. Uma vez reduzidos os nossos encargos de treze milhões a pouco mais de um milhão, estará assegurada a nossa prosperidade economica (1). Quanto á alienação da Estrada de Ferro Central, conhecendo o valor desse immovel, não será capaz de sacrificar-o em operação ordinaria e sim, usará d'elle com o fim de salvar o credito da Republica e dar-lhe uma base que de futuro evite os desastres de que temos sido victimas. Não é, pois, sua excia. infenso á alienação da Central (2).

— O dr. Amphiphio, em importante discurso pronunciado na Camara dos Deputados (3), estudando

(1) Discurso pronunciado na sessão de 10 de Setembro ultimo. *Diario do Congresso Nacional*, pag. 2186.

(2) A questão da conveniencia, alienação ou arrendamento não está ainda bem estudada, comquanto já esteja o governo armado dos necessarios poderes para dispor desse grande patrimonio da União.

Alguns supõem que, mesmo reduzida á metade o debito externo da União com a renda dessa Estrada, os *offerecimentos* de dinheiro não faltarão ao paiz cujo governo logo levantará outros empréstimos, organisando de novo este terrivel contrapeso. da nossa imprevidencia e do nosso progresso. Quanto ao arrendamento, no *Jornal do Commercio* de 30 de Outubro de 1897, escreveu o snr. conselheiro Lourenço de Albuquerque:—«O arrendamento das estradas de ferro, medida que sinceramente applaudimos embora seja a tacita confissão da incapacidade administrativa dos que governam, pode, se for feito em boas condições, *dar-nos talvez um anno de respiro*; não resolve, porém, o problema financeiro: é um simples expediente. Consumidos os recursos que d'ahi se esperam, os quaes em grande parte serão applicados ao pagamento das despezas já feitas, mais grave será a situação do thesouro, se providencias não forem logo tomadas.»

(3) Sessão de 9 de Outubro de 1899. *Diario do Congresso Nacional* de 10 do mesmo mez.

a crise financeira do paiz, que julga ser devida á lesão enormissima occasionada á União, pela devolução das terras publicas, minas e proprios nacionaes aos Estados (Art. 64 da Const. Fed.), patrimonio esse de valor incalculavel que moralmente garantia os compromissos externos da Nação, lembrou o alvitre das *contribuições matriculares* sobre os Estados Federados, como unidades subordinadas, que são, ao Governo Federal, guardada a proporção mathematica com a quota de beneficios dos valores doados.

«Esta especie de imposto, disse s. excia., em vigor nos Governos Federativos da Suissa e Allemanha e já praticada nos Estados Unidos, se nada contradiz, no seu aspecto economico, os principios da sciencia, é tambem de correcção incontestavel, no seu aspecto juridico, como acto de poder e soberania do Governo da União, attenta á dualidade organica do Governo Federal, Estado e Federação ao mesmo tempo, e, nesse duplo character, representando, simultaneamente e permanentemente, uma dupla associação de pessoas physicas e moraes, tão sujeitas como as outras ao imperio de sua vontade, nos limites e pela forma do seu instrumento de constituição, a constituição nacional».

— Poderíamos ainda registrar outras opiniões, enunciadas por homens competentes. relativamente ao problema financeiro do paiz, na vigencia do convenio de 18 de Junho.

Nenhuma, porém, se nos afigura mais fecunda do que a dos congressos da lavoura, das sociedades de agricultura, de todos os centros de producção nacional, que, n'este momento, estão em agitação benefica, reclamando a attenção dos poderes publicos (1).

(1) O *Paiz* de 21 de Novembro de 1899 e *Gazeta de Noticias* de 23 do mesmo mez, publicaram suggestivos artigos sobre o estado da lavoura se-

Em favor deste conceito passamos a citar o seguinte facto :

Quando em Março de 1898, na camara dos deputados de Portugal, o snr. Ressano Garcia, ministro da fazenda, defendeu, num longo e notavel discurso o seu projecto de accordo com os portadores de titulos da divida externa, levantou-se um deputado não menos illustre, o snr. Luciano Monteiro que, demonstrando-se por longo espaço de tempo na tribuna, não citou algarismo algum, nem de leve se referio ao numero de libras e a apolices a pagar pelo Estado aos seus credores externos. O snr. Luciano Monteiro pediu ao parlamento nacional que desviasse os olhos por instantes da triste realidade, e imaginasse o que seria o pequeno Portugal, se o governo não tivesse, a tempo cuidado sériamente da agricultura. Este orador emerito não disse nada de finanças e, sem embargo, foi o que com mais proficencia e acerto, discutio a questão financeira. Applicando o conto e usando das mesmas palavras de um apreciado jornalista (1), diremos:— Só conhece a fundo a nossa crise financeira quem claramente vê como ella se relaciona com a crise da lavoura e que tanto mais depressa e mais effizamente dominaremos a primeira quanto menos tempo consumirmos em libertar-nos da segunda.

Tambem para nós, o grande remedio da crise brazileira, de par com a indispensavel renovação do convenio, — está em, immediatamente, o Governo cuidar da producção nacional, promovendo a polycultura, amparando a lavoura de café, animando a propaganda deste producto no exterior e abrindo novos mercados

cundando o movimento agricola, considerando a agricultura como inteiramente abandonada pelos poderes publicos. Em S. Paulo, o jornal *Lavoura e Comercio* á cuja frente se acha o infatigavel batalhador *J. A. Leite Penteado*, mantém uma util propaganda em prol da lavoura.

(1) Editorial do *Estado de S. Paulo* de 15 de Março de 1898.

á nossa exportação. Uma commissão composta de homens competentes, como Luiz Barreto, Moura Brazil, Fabio Leal, André Wernek, J. Paixão e tantos outros se procedesse a um inquerito, nesta especialidade, muito auxiliaria ao Governo.

Não se comprehende como a Republica que foi buscar no Norte America, o molde de sua structura politica, não trouxesse tambem o espirito pratico daquelle povo, que, guiado por ideias proteccionistas—intelligentes, esclarecidas e não banaes e ineptas—chegou ao fastigio do poder, assumindo a hegemonia da America e ameaçando dominar o mundo! (1)

V. CONCLUSÃO

20).—Reunindo materiaes que podem servir de base para melhores estudos sobre o convenio brasileiro, procurando no trama confuso dos factos contemporaneos, indicações geraes tendentes a modificarem a melindrosa situação do paiz, inspirando-nos em dados positivos da estatistica official e nos grandes interesses da patria, julgamos haver justificado e comprovado as seguintes conclusões:

1.º)—O convenio financeiro do Brazil, realisado em 15 de Junho de 1898, não raro julgado injustamente, foi uma operação razoavel senão salvadora, determinada pelas circumstancias e de efeitos salutaes embora a inconveniente incineração do papel moeda;

2.º)—O objectivo principal do convenio—a volta dos pagamentos em especie—em nada aproveita á economia nacional, pelo contrario virá aggravar a crise

(1) O seguinte conceito de Gambetta é com prazer que sempre repetimos:—«Fomentar, defender e proteger os interesses da grande producção nacional é a mais bella e eficaz propaganda do partido republicano!»

actual, á vista da insufficiencia da producção nacional e do regimen de circulação fiduciaria;

3.º)—Havendo o convenio contribuido para uma certa ordem e regularidade nas finanças, torna-se indispensavel o espaçamento do prazo, nelle estipulado, afim de se levantar do abatimento em que se acham as forças naturaes do paiz, e obter-se a prosperidade economica, *sem a qual será inutil toda e qualquer reforma financeira.*

E, neste momento, em que a esquadra nacional se aprésta para conduzir o illustre Chefe do Estado á Republica Argentina, onde os economistas e financistas tanto estigmatizam o conceito—«El que venga atrás que arree»—fazemos votos para que dalli regressse feliz, afim de, a tempo, realisar seus planos patrioticos de governo, aliás já encetados, e, findo o quatriennio, transmitta ao successor legal, um governo forte, de renome, de reaes serviços á Republica. (1)

S. Paulo, 10 de Dezembro de 1889.

Dr. Weiga Filho.

(1) *Errata:*

<i>Pag.:</i>	<i>Onde está:</i>	<i>Leia-se:</i>
221	—sem que exigencia—	sem exigencia.
224	—do que escreveu	—o que escreveu.
227	—situações que	—situações em que.
237	—exculpando	—inculpando.

DIREITO CIVIL

Responsabilidade do Estado pelas acções
ou omissões de seus funcionarios.

Todo aquelle que causa damno a outrem, é obrigado a reparal-o. *C'est là une des maximes fondamentales des sociétés. Le principe de la responsabilité civile est une conséquence essentielle et directe de l'équité et du droit naturel.*—La Responsabilité Civile, HENRY GUERIN.

Se il divieto di offendere, (neminem lædere,) costituisce uno dei principii fondamentali della equità e dell'ordine sociale, e niuno crediamo abbia mai pensato diversamente, la giustizia umana non può tollerare, che le offese rimangano senza soddisfacimento.—GIORGI, Teoria delle obbligazione nel Diritto Moderno Italiano, pag. 195.

Furis præcepta sunt hæc honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.—ULPIANO, fr. 10 § 1.º, Dig. Liv. 1.º Tit. 1.º, Inst. Liv. 1.º Tit. 1.º

E é isto que está consagrado na legislação de todos os povos. A falta pela qual é obrigado a responder aquelle que lesa o direito alheio, comprehende

todas as causas da imputabilidade desde o dolo até a mais ligeira imprudencia, e d'ahi resulta que a falta póde constituir um delicto civil ou quasi delicto civil. —LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*. Tom. 20, pag. 406.

A falta póde ser resultado d'uma acção ou omisção, acto positivo ou negativo, *culpa in faciendo*, *culpa in omittendo*.

«Rispetto poi alla colpa di omis-
«sione, non vi può essere dubbio, che
«sottopone ai danni interessi, come quella,
«di commissione. Di fronte alla legis-
«lazione romana si poteva dubitare, se
«la colpa *in omittendo* cadesse sotto la
«sanzione Aquiliana; ritenendosi da molti
«eruditi in base al testo letterale del
«plebiscito relativo, che la *lex Aquilia*
«provvedesse unicamente ai danni deri-
«vanti da *culpa in faciendo*.

«Se non che, studii più accurati
«sul testo hanno oggi persuaso la mag-
«gior parte degli eruditi, che sebbene
«la legge Aquilia prendesse letteral-
«mente in mira la sole *culpa in faciendo*,
«il Pretore e l'opera della giurisprudenza
«ne seppero estendere l'applicazione per
«mezzo delle azioni *utiles* o *in factum*
«*accommodatae legi Aquiliae*, anche alle
«*culpa in omittendo*. Per ezempio, al
«fornaciaio, qui *ad fornacem obdormivit*,
«e *negligenter custodiit*: al medico, che
«*dereliquit curationem*; al padrone, che
«rimasto impassibile di fronte al conte-
«gno offensivo del servo *prohibere po-*
«*tuit, et non fecit*.

«Le leggi moderne, riconducendo
«le cose alla semplicità naturale, esten-
«dono l'obbligo del risarcimento tanto
«alle colpe di commissione, quanto a
«quelle di omissione: ben inteso per al-
«tro, che quando si parla di colpa per
«omissione, si deve intendere la tras-
«gressione di un dovere, per il quale
«taluno era in obbligo di fare quello
«che non fece; giusta l'aforismo, *qui*
«*non facit, quod facere debet, videtur fa-*
«*cere adversus ea quæ non facit.*» GIORGI,
«Teoria delle obbligazioni nel Diritto Mo-
«derno Italiano, vol. 5, pag. 214; CHIRONI,
«Colpa Contrattuale, pag. 7; MEUCCI, Ins-
«tituzioni di Diritto Amministrativo; LAU-
«RENT, *Principes de Droit Civil Fran-*
«*çais*, vol. 20, pag. 410; SOURDAT, *Traité*
«de la Responsabilité, vol. 1, pag. 494;
«CHIRONI, Colpa Extra — Contrattuale,
«vol. 1.»

A responsabilidade pelo damno póde vir de um *facto proprio*, ou de um *facto de outrem*. No primeiro caso a responsabilidade se chama *directa* e no segundo *indirecta*, si bem que a responsabilidade indirecta seja uma verdadeira responsabilidade por *facto proprio*, pela culpa *in eligendo*, ou pela culpa *in vigilando*. — GIORGI, obr. cit., pag. 371.

«La raison de cette responsabilité
«est que certaines personnes doivent
«veiller sur la conduite d'autres individus
«qui leur sont subordonnés à divers ti-
«tres, et empêcher le dommage que l'i-
«nexpérience ou la malice de ceux-ci
«pourraient causer.

«A ce point de vue, il est donc
«permis de dire que ce n'est pas là une
«dérogation positive au principe de la
«personnalité des fautes, car la personne
«ainsi déclarée civilement responsable
«est elle-même considérée par la loi
«comme ayant commis une faute tout
«au moins d'imprudence ou de négli-
«gence, en ne veillant pas sur l'agent
«du dommage SAURDAT, obr. cit., vol. 2,
«pag. 3.»

E' esta a doutrina que vem do direito romano e que encontrou largo desenvolvimento no direito moderno.

Si o *acto positivo* deve ser considerado *delicto civil*, e o *acto negativo quasi delicto civil*; si a falta pelo *facto proprio* deve ser considerado *delicto civil*, e a falta pelo *facto de outrem quasi delicto civil*; si deve ser considerado *delicto civil* o *facto doloso*, e *quasi delicto* o *facto culposo*, pouco importa. A distincção entre *delicto* e *quasi delicto* não tem importancia pratica, nem doutrinal; é uma reminiscencia historica do direito romano, transplantada sem razão para os codigos modernos; *perchè la regole e le sequela di un fatto illecito non dipendono dal nome di delitto o di quasi delitto.*—GIORGI, obr. cit.

São quatro as condições para que possa ter lugar a responsabilidade directa ou indirecta: a) o *facto* deve ser imputavel; b) *culposo*; c) deve ser causa do *damno*; d) *illicito*.

«Il concorso dell'elemento sogget-
«tivo, dello stato d'animo dell'agente
«rispetto alla lesione contenuta nel suo
«atto, o derivante da esso, acquista al-

«l'azione illecita (*lesione injuriosa; elemento oggettivo dell'atto culposo*) il carattere di *culposa* (colpa in senso lato: «d'intenzione, o pur di negligenza).

«La illiceità non stà soltanto nell'agire nel *fare*, ma anche nei *non fare* («omissione). CHIRONI, *La Colpa nel Diritto Civile Odierno*, pag. 7.»

A culpa póde ser lata, leve e levissima, distincção estabelecida no direito romano, e aceita no direito patrio. — Ord. Liv. 4.º, tit. 53 § 2.º; art. 24 do Cod. Penal.

Ha delicto em face da lei penal, como em face da lei civil.

E' uma obrigação a indemnisação do damno resultante de actos delictuosos, subsistindo essa obrigação, ainda quando o acto practicado seja sómente considerado delicto ou quasi delicto civil, ainda quando o autor do damno não possa ser alcançado pela lei penal.

«A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil. Art. 31 do Cod. Penal.»

Feitas estas considerações, vamos demonstrar:

a) *Os principios, as disposições legales que regem a responsabilidade pelo facto de outrem, se applicam ao Estado, ao Municipio, pelo facto de seus empregados ou funcionarios,*

b) *O Estado de S. Paulo é obrigado a indemnisar os prejuizos causados ao autor.*

As pessoas jurídicas podem ser classificadas sob dois aspectos: quanto ao modo de sua existência e ao de sua manifestação. (1) Consideradas quanto ao primeiro modo, as pessoas jurídicas se dividem em pessoas jurídicas de *existência necessaria* e de *existência voluntaria e contingente*. São pessoas jurídicas de *existência necessaria* o *Estado*, as *provincias* e os *municipios*. Desde que o Estado é, segundo a legislação pátria, considerado pessoa jurídica, também está sujeito às leis civis e communs, os seus litígios á alçada do poder judiciario e ás fórmulas communs. (2)

«Todos os corpos ou pessoas mo-
«raes, o Estado, os departamentos, as
«communas, os estabelecimentos publi-
«cos, assim como as sociedades civis e
«commerciaes, estão, em principio, su-
«jeitos ao direito commum, no que diz
«respeito á formação das obrigações.
«Para elles, como para os particulares,
«as obrigações têm a sua fonte nas
«disposições legaes que regem o direito
«de propriedade, nos contractos, nos
«quasi contractos, nos quasi delictos e
«devemos accrescentar: nos delictos. E
«isto porque, si a natureza das cousas
«obsta a que as individualidades mo-
«raes sejam attingidas pelas penas af-
«fictivas corporaes estabelecidas pelas
«leis de repressão, *nada* se oppõe a que
«incorram nas obrigações pecuniarias,
«em razão dos delictos de seus agentes.

«Estes ultimos podem ser attingi-
«dos pela pena corporal. As diversas

(1) RIBAS, Curso de Direito Civil Brasileiro.

(2) RIBAS, Curso de Direito Civil Brasileiro.

«administrações, porém, a que penten-
«cem esses agentes estão sujeitas ás re-
«parações civis do damno causado pelo
«delicto. (3)

«L'Etate est-il responsable lorsque,
«administrant, il lèse un droit? Tout
«droit lésé donne lieu à une réparation,
«à moins que la partie lésée ne se trouve
«en face d'un pouvoir irresponsable; or
«le gouvernement est responsable quand
«il agit comme tel; ce qui est déci-
«sif. (4)

Le persone giuridiche manifestano l'attività rela-
tiva allo scopo di loro esistenza col mezzo di rappre-
sentanti, e per conseguenza tutte le regole date sulla
materia della responsabilità pei fatti del rappresentante
hanno applicazione a loro riguardo. (5)

O Estado não tem imunidades para escapar á
lei da responsabilidade. O direito publico não é uma
esphera de immuniidade e inviolabilidade. Si o Estado
não age dentro da esphera que lhe é traçada, e lesa
o direito alheio, é obrigado a reparal-o. Ahi está o
grande principio da egualdade de direitos, consagrado
expressamente na Constituição Federal e na Constitui-
ção do Estado de S. Paulo.

«*Todos são eguaes perante a lei.*»
Constituição Federal, art. 72 § 2.º; Cons-
tituição de S. Paulo, art. 57 § 3.º

Neste sentido ahi vão as eloquentes palavras de
LORENZO MEUCCI, professor de Direito Administrativo

(3) *Traité Général de la Responsabilité*, vol 2.º, pag. 452, SOURDAT.
(4) LAURENT, *Principes de Droit Civil Français*, vol. 20, pag. 440.
(5) CHIRONI, *Colpa Extra-Contrattuale*, vol. 1.º, pag. 352.

da Universidade de Roma, em sua esplendida obra—
Instituições de Direito Administrativo, 3.^a edição:

«Lo Stato, essendo la vita collet-
«tiva della nazione ordinata e rappre-
«sentata giuridicamente a tutela dell'or-
«dine e della giustizia, ed altresì allo
«svolgimento morale, intellettuale ed
«economico in quanto possa essere rag-
«giunto dell'azione collettiva, ha regole
«sue proprie e speciali, moderatrici, del-
«l'azione sua verso il suo fine, formanti
«quindi un ramo di diritto legislativamente
«ed anche scientificamente distinto, *ma*
«*che non per questo fórma meno una sfera*
«*giuridica, come quella di ogn'altra li-*
«*bertà privata, la quale non può essere*
«*transgredita senza che sia luogo alla ri-*
«*parazione del diritto offeso, che appar-*
«*tenza ad altra quale che sia persona*
«*pubblica o privata, Il diritto pubblico*
«*non è già una sfera d'immunità e di*
«*inviolabilità, un'antitesi del diritto pri-*
«*vato. È un ramo o un'applicazione*
«del diritto ai rapporti dello Stato, che
«soggiace quindi, come ogni altra es-
«senza giuridica, alla condizionalità della
«coesistenza ed armonia di tutti i di-
«ritti. Il principio che non v'è diritto
«contra diritto, vale per tutto il campo
«giuridico.

«Ne segue che lo Stato, libero
«anche esso dentro la sua sfera, sia pur
«lata della sua azione legittima, se la
«passa ed offende il diritto altrui, deve
«ripararlo. *Ciò significa il gran principio*

«*della eguaglianza dei diritti. Qui non v'ha luogo a distinzione di personalità, nè di funzioni nè di scopi. Il principio della responsabilita per lesione di diritto è assoluta. Una restrizione o eccezione sola lo distruggerebbe.*»
MEUCCI—Instituzioni di Diritto Amministrativo, pag. 272.

Dizem os Drs. Figueiredo Junior e José Hygino, ministros do Supremo Tribunal Federal: «Relativamente ao ponto juridico fundamental da causa, sem me fazer cargo da critica de todos os argumentos em que edifica o accordam, *pela primeira vez, entre nós, a theoria da absoluta irresponsabilidade do Estado pelos abusos dos seus funcionarios*, apenas quanto ao principal—de que «o Estado, como pessoa juridica, não commette delictos, nem lhe póde ser imputado o quasi-delicto da negligencia na fiscalisação dos seus funcionarios»—, pedirei permissão para ponderar: 1.º que a responsabilidade civil não é attributo da responsabilidade criminal e que, nem por serem insusceptiveis desta, ficam as pessoas juridicas a coberto d'aquella; 2.º que a responsabilidade civil do Estado assenta, não na presumpção de culpa *in vigilando*, mas no principio da representação juridica, em virtude da qual o representado se obriga pelos actos ou factos do representante, praticados dentro dos poderes da representação, principio applicavel ao Estado, agindo por intermedio dos seus orgãos legitimos, quer nas relações contractuaes, quer nas extra-contractuaes.—(CHIRONI, *Colpa Contrattuale*, 2.^a ed. Cap. IX). Se, pois, o funcionario publico abusa das suas funcções e lesa direitos de terceiros, não ha como furtar-se o Estado á reparação do damno. Nem colhe a objecção de que o Estado não autorisa abusos. E' preciso não confundir o abuso, isto é, o máo uso das attribuições

legaes, com o excesso de poder, consistente na pratica de actos exorbitantes d'aquellas attribuições. Se neste ultimo caso é evidente a irresponsabilidade do Estado, não menos evidente é que, no primeiro, subsistindo o principio da representação, o Estado responde pelos danos causados a terceiros pela culpa dos seus agentes no exercicio das suas attribuições. Não obsta tambem o preceito estatuido no art. 82 da Constituição e invocado no accordam; porquanto, ainda quando se queira entendel-o com referencia unica á responsabilidade dos funcionarios para com terceiros, tal responsabilidade de nenhum modo implica com a do Estado, conforme a regra de direito que estabelece a obrigação solidaria do preposto e do committente pelas perdas e danos causados a outrem por facto culposo do preposto no desempenho da commissão—Direito, vol. 73, pag. 511.»

A doutrina sustentada pelos illustres Drs. José Hygino e Figueiredo Junior é a verdadeira. O proprio Supremo Tribunal Federal, mudando de opinião, a sustentou em decisão posterior.

O systema da absoluta irresponsabilidade do Estado, que tem por base a *impeccabilidade do principe*, pertence ao tempo em que era considerado *sacrilegio* duvidar do principe. «Il fatto stesso del principe era registrato accanto al caso e alla *vis divina*, e ciò non solo nei rapporti tra privati, ma di fronte allo stesso principato. La forma dispotica di governo, la confusione della sovranità col potere e coll'Amministrazione menavano a tali conseguenze.»—MEUCCI, obr. cit., pag. 245. Este systema é uma reminiscencia historica do direito.—GIORGI, obr. cit., pag. 485.

Ha outro systema que distingue no Estado duas pessôas, uma *politica* e outra *civil*, e os partidarios desse systema sustentam que o Estado, como *pessôa*

civil, é responsável pelos actos de seus agentes, e irresponsável como *pessoa politica*. E' falsa a distincção. O Estado age sempre como *poder politico*, ainda quando é *pessoa civil* ou *proprietario*.

Não se póde fazer abstracção da missão politica do Estado; porque fóra desta missão o Estado não existe. Si se reconhece que o Estado é responsável como *pessoa civil*, deve reconhecer-se que tambem o é como poder politico. O Estado é sempre poder soberano, e não se comprehende que elle se despoje d'uma qualidade que lhe é essencial. (6)

«La duplice personalità che alcuni vorrebbero riscontrare in lui è dottrina contraria all'indole dello Stato, alla necessità nella quale egli trova la ragione della propria esistenza. (7)

«Lo Stato, per quanto collettiva, è sempre una unità, cioè persona unica essenzialmente esistente ed operante per lo scopo del bene pubblico: unica nè più nè meno come la persona privata. Solo, come lo scopo si scinde in diverse qualità di beni, così anche le attività e funzioni dello Stato possono distinguersi, per comodità, logica e per certi effecti, allo stesso modo come si scinde in varie e parziali rappresentanze per necessità di governo. Ma, perchè l'azione dello Stato varia di direzione secondo gli scopi e sia pure di qualità e libertà di movimento, per questo distinguere nello Stato due persone o tre, parmi astrazione ardita,

(6) LAURENT, obr. cit., vol. 20, pags. 441 e 448.

(7) CHIRONI, Colpa Extra Contrattuale, vol. 2, pag. 2.

«logicamente inesata e quindi giuridicamente periculosa.» (8)

Pratique o Estado actos *jure imperii* ou *jure gestionis*, é sempre Estado. Esta é a doutrina constitucional, e quando o Estado, na Constituição Federal e na Constituição do Estado de S. Paulo, arts. 72 e 57, «assegura a brazileiros e estrangeiros, residentes no paiz, a *inviolabilidade* dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á *propriedade*», o faz sem reserva de actos, sem distincção de actos *jure imperii* e *jure gestionis*. Esta doutrina está consagrada, no «accordam» do Supremo Tribunal Federal, de 6 de Março de 1897, condemnando o ESTADO DE PERNAMBUCO a indemnisar os prejuizos causados por acto *jure imperii*, (9) e no «accordam» do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de Dezembro de 1897, condemnando o municipio, parte integrante do Estado, a pagar á Companhia Frontão Paulista os prejuizos resultantes de um acto *jure imperii*, practicado por seu representante, (10) devendo notar-se ainda que o Supremo Tribunal Federal, depois de ter sustentado, em accordam de 28 de Abril de 1897, (11) que o Estado não responde pelos *abusos* e *excessos* de seus funcionarios, no exercicio de suas funcções, mudou de opinião, e em accordam de 19 de Maio de 1897, (12) condemnou a Fazenda Nacional a pagar os prejuizos causados por funcionarios da União em uma propriedade particular. (*)

(8) MEUCCI, obr. cit., pag. 278.

(9) Direito, vol. 73, pag. 337.

(10) Cartorio do escrivão Dr. Marques.

(11) Direito, vol. 73, pag. 504.

(12) Direito, vol. 73, pag. 520.

(*) O Supremo Tribunal Federal, em accordam de 27 de Julho de 1898, declarou: «E' indisputavel a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares pelos funcionarios publicos, orgãos de sua acção, ficando-lhe salvo o direito regressivo contra estes para haver o que houver pago pelos seus abusos e omissões. (Const., art. 82).»

De modo que, de accôrdo com a jurisprudencia brazileira, quer se considere o Estado *como poder politico*, ou *como pessoa civil* ou *proprietario*, é elle sempre responsavel pelos actos *illicitos* de seus funcionarios ou empregados; pouco importando que essa responsabilidade venha de actos positivos, ou negativos; porque, em direito, a falta ou é resultante da culpa *in faciendo*, ou da culpa *in omittendo*.

«L'Etat représenté par les divers
«ministeres et administrations ou regies
«publiques, est, comme tout commettant,
«responsable des dommages causés par
«ses employés, agents ou serviteurs, dans
«l'exercice de leurs fonctions ou de leurs
«services. Ce principe est constant.» (13)

«Aussi est-il parfaitement reconnu
«que le troisieme paragraphe de l'art.
«1384, C. Civ., est applicable à l'Etat,
«à raison du dommage causé par les
«agents des diverses administrations, dans
«les fonctions qui leur sont attribuées.
«La Cour de Cassation proclame, dans
«de nombreux arrêts, que «les règles
«posées par les art. 1382, 1383, 1384,
«C. Civ., sont applicables, sans exception,
«dans tous les cas où un fait quelcon-
«que de l'homme cause à autrui un
«dommage produit par la faute de son
«auteur; que l'*Etat*, représenté par les
«différentes branches de l'admistration
«publique est passible des condamna-
«tions auxquelles le dommage causé par
«le fait, la *negligence* ou l'imprudence de
«ses agents, peut donner lieu.» (14)

(13) AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil, tom. 4, pag. 759.

(14) SOURDAT, Traité de la Responsabilité, tom. 2, pag. 445.

«L'Etat est-il responsable, á titre de
«commettant, des delits, et quasi delits
«commis par ses agents?»

«A notre avis l'Etat est responsa-
«ble lorsqu'il est commettant; de sorte
«que le principe général de la respon-
«sabilité reçoit toujours son application
«à l'Etat considéré comme *gouverne-*
«*ment.*» (15)

«Ma in ogni caso, in tema di res-
«ponsabilità per le colpe commesse dai
«suoi rappresentanti, lo Stato ha figura
«giuridica di *committente*, e i suoi fun-
«zionari sono i *commessi.*» (16)

Que o Estado é obrigado a indemnizar os danos causados por culpa *in faciendo* e *in omittendo* de seus agentes, reconheceu o Congresso Nacional, votando a lei n. 425 de 5 de Dezembro de 1896, pela qual foi aberto o credito de *quatro mil contos de réis* para indemnização de prejuizos causados a italianos, *habitantes no paiz*, tendo sido paga aquella quantia em 9 de Dezembro de 1896.—Decreto n. 2397 de 7 de Dezembro de 1896—Relatorios do Ministro das Relações Exteriores, 1896, 1897, pag. 110 e 114, 22.

Tambem foram indemnizados, por acto do poder executivo, os individuos seguintes:

«Domeneck, Balverdú & C.^a, por
«actos de *depredação, saqueio* e *violencias*
«*personaes.*—110:000\$000.—Relatorio
«do Ministro das Relações Exteriores,
«apresentado em Maio de 1895, pag.
«229.

(15) LAURENT, obr. cit. vol. 20, pag. 443.

(16) CHIRONI, Colpa Contrattuale, pag. 519.

«Pierre Denis & C.^a, pelos prejuizos
«que soffreram em consequencia de acto
«de agente do governo. — **250:000\$000**
«—Relatorio do Ministro das Relações
«Exteriores, 1895, pag. 222.

«Léon Bastide e sua mulher, vic-
«timas de *violencias de agentes de poli-*
«*cia e officiaes de justiça*, encarregados
«da execução de um mandado para ar-
«resto de mercadorias existentes no es-
«tabecimento commercial de Bastide, em
«Pelotas. Pagamento pela Alfandega de
«Porto Alegre. — **50:000\$000.**—Relato-
«rio cit., pag. 226.

Ahi vae a mensagem do Presidente da Repu-
blica, pedindo ao Congresso Nacional o credito de £
1.098.19,2 como indemnisação dos prejuizos cau-
sados aos proprietarios do vapor *Stanmore*, por acto
da *policia sanitaria* :

«Snrs. membros do Congresso Na-
«cional. --O vapor inglez *Stanmore*, o
«qual sahira de New-Port, ultimo porto
«de sua escala na Inglaterra, no dia 13
«de Agosto de 1892, e depois tocára
«em Las Palmas (ilhas Canarias), tendo
«d'ahi zarpado, a 23 do mesmo mez,
«com destino a Santos, chegou a este
«ultimo porto a oito de Setembro se-
«guinte.

«Vigorava então o acto do governo
«que havia declarado suspeitos de *cho-*
«*lera morbus* os portos das ilhas Britan-
«nicas, a contar de 19 do dito mez de
«Agosto, pelo que estacionava á entrada

«da barra de Santos um vaso de guerra
«brazileiro afim de fazer as devidas in-
«timações aos navios que demandavam
«aquelle porto.

«Occorreu que, ou por ter havido
«engano por parte do commandante do
«*Stanmore*, na transmissão do signal
«indicativo da data da sahida do porto
«de procedencia da embarcação, ou por
«ter sido o *alludido signal mal interpretado*
«*a bordo do navio de guerra brazileiro*, foi
«o vapor *Stanmore* considerado sujeito
«a tratamento sanitario e compellido, ha-
«vendo chegado o dito navio de guerra
«quasi a fazer uso de sua artilharia, a
«seguir para o lazareto da Ilha Grande,
«o que effectivamente realisou.

«Verificado neste estabelecimento
«quarentenario que fôra *descabida* a sus-
«peição do vapor de que se trata, por-
«quanto sahira de New-Port antes do
«dia em que começou a ser observado
«o interdicto sanitario dos portos das
«ilhas Britannicas, teve o *Stanmore* livre
«pratica immediata, e solicitaram os res-
«pectivos proprietarios que se lhes in-
«demnisassém dos prejuizos resultantes
«da travessia a que havia sido *indevi-*
«*damente* obrigado o navio, travessia
«durante a qual se vio forçado a quei-
«mar parte do carregamento, á falta de
«combustivel.

«Discussida a questão, que a Lega-
«ção Britannica apoiára, chegou o go-
«verno, por intermedio do Ministerio das

«Relações Exteriores, ao accordo de
«pagar aos reclamantes a quantia de
«£ 1.098.19.2, como *indemnisação dos*
«*prejuizos soffridos.*

«Para effectuar o pagamento venho
«pedir-vos o necessario credito.

«Capital Federal, 12 de Julho de
«1897.—*Prudente J. de Moraes Barros.*
«Presidente da Republica.» (*Diario Offi-*
«*cial* de 17 Julho de 1897). (*)

Não se poderá dizer que o *extrangeiro* tem um direito mais extenso para ser indemnizado. A garantia estabelecida na Constituição Federal e Constituição de S. Paulo, *em favor da inviolabilidade* dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á *propriedade*, é *igual* para todos, brasileiros e estrangeiros *residentes* no paiz. E cabem aqui as palavras do Ministro de Extrangeiros do Imperio do Brazil, na *Nota*, dirigida ao Ministro da Italia, em 17 de Novembro de 1870, e transcripta no Relatorio do Ministro das Relações Exteriores da Republica Brasileira em 1893:

«A garantia de segurança para o
«extrangeiro lhe é devida, não por essa
«qualidade, mas sim pela de *habitante*
«do paiz. O extrangeiro não tem di-
«reito sinão a uma protecção *igual* á
«que cabe aos nacionaes.

«Quando o extrangeiro vae a um
«paiz, tem, sem duvida alguma, *direito*
«á *segurança* de seus bens e de sua
«pessoa; mas é preciso não esquecer
«que esta garantia lhe é devida, não
«porque elle é extrangeiro, mas porque
«*torna-se habitante do paiz.* Esta distinc-

(*) Foi concedido o credito. Lei n. 563 de 31 de Dezembro de 1898.

«ção, como mui bem disse MR. DES-
«COMBES, é a verdadeira base dos di-
«reitos de estrangeiros e da protecção
«que elle pôde invocar em seu apoio.»

«Il y a une regle fondamentale
«dans chaque pays, disse MR. ROUHER,
«c'est que l'étranger ne peut pas avoir
«un droit plus étendu que les regni-
«coles!!»

O Estado, não garantindo a vida, a liberdade e a propriedade do *habitante* do paiz, e assim *violando a promessa* que faz em sua Constituição (Constituição Federal e de S. Paulo), incide em responsabilidade civil, está sujeito ás leis communs de responsabilidades e obrigado a indemnisação.

«Quando lo Stato pone in essere
«un provvedimento, ed ordina o fa ese-
«guire un atto relativo al diritto pubblico,
«il privato non potrà in modo alcuno
«sollevare questioni sulla violazione in-
«giusta del suo diritto invocando all'uopo
«le disposizioni del codice civile.

«Ma ciò, finchè lo Stato agisce entro
«i confini della legge che nell'interesse
«generale autorizza a compiere atti
«contrari ai diritti, dell'individuo: sia
«leso un interesse, sia un diritto (la dis-
«tinzione non è gran fatto buona), lo
«Stato agisce legittimamente, nè può
«essere questione de responsabilità. Non
«si può concepire il fatto illecito se
«manchi l'elemento fondamentale della
«*injuria, del facere sine jure*, e qui lo
«Stato agisce manifestamente com di-
«ritto.

«Ma non è tale la questione. Certo, «posta in questi termine, non si può «fare a meno de rispondere ch'essa nep- «pure può sorgere. Sorge, quando nell'at- «tuare la misura di diritto pubblico l'at- «tuazione avvenga in modo de *dare un «danno non consentatito dalla legge*. Qui «il diritto pubblico può esercitare in- «fluenza per *dedurne la irresponsabilità* «dello Stato? No: la esercita quando «l'azione avvenga *conformemente alle sue «disposizioni*, nella quale ipotesi il danno «del privato non può dar luogo a ri- «sarcimento; quando poi si *faccia* cosa «che esse *non consentano*, non si agisce «più *jure*, ma *sine jure*: allore com- «parisce l'elemento della *injuria*, della «quale *la responsabilità* è necessaria con- «seguenza.

«E siccome l'efficacia delle norme «di diritto pubblico sta sin quando esse «siano strettamente e giustamente osser- «vate, così, *qualora non lo siano*, non «si può più invocare il diritto pubblico «*le cui disposizioni furono violate*, e si «viene, stante *injuria*, *soto l'impero del «codice civile.*» (17)

A responsabilidade do Estado se justifica como a de todo committente pela obrigação que lhe incumbe de bem escolher seus prepostos, de os vigiar e de lhes dar ordens e instrucções. O Estado exercendo direitos de policia, que lhe pertencem, é responsavel

(17) La Colpa nel Diritto Civile Odierno, Colpa Extra-Contrattuale, CHIRONI, vol. 2, pag. 5.

pelos abusos de poder, actos illegaes, imprudencias ou negligencia de seus agentes. (18)

A responsabilidade do poder publico pelo damno causado á propriedade particular pelos tumultos (*mots*) e motins (*riots*) funda-se no principio de que a autoridade tem o dever restricto de manter a ordem. (19)

Dizer que o Estado não é responsavel pela destruição da propriedade particular, devida á *negligencia* de seus agentes, a quem incumbe obstar a destruição, é sustentar uma doutrina que, no dizer de MERRIL, *obr. cit., is not in accordanee with a sound public policy*, é negar o que affirma a Constituição Federal, assim como a de S. Paulo, que asseguram aos *habitantes* do Estado a *inviolabilidade* da propriedade. Pouco importa que as constituições citadas digam nos arts. 82 e 61:

«Os funcionarios publicos são responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercicio de seus cargos, assim como pela indulgencia, ou negligencia em não responsabilisarem effectivamente os seus subalternos.»

Esta é a responsabilidade dos funcionarios para com o Estado, responsabilidade *interna*. (20)

A responsabilidade *externa* é a que assumio o Estado para com aquelles a quem assegurou a *inviolabilidade* dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade *que elle garante* em toda a sua plenitude.

(18) SOURDAT, *obr. cit.*, vol. 2, pag. 459.

(19) American and English Encyclopedia of Laws, JOHN H. MERRIL, vol. 15, pag. 1558.

(20) MEUCCI, *obr. cit.*, pag. 228.

«*La seconda specie, cioè di respon-*
«*sabilità esterna, è di genere amminis-*
«*trativo e giuridico: il primo de quali*
«*ha per sanzione il reclamo e concerne*
«*la querela d'interesse, il secondo ha*
«*per sanzione l'azione giudiziaria e ri-*
«*guarda gli adempimenti o le riparazioni*
«*di diritto.*» (21)

Quando se entenda que os funcionarios publicos são responsaveis pelos danos causados pelos seus actos em exercicio de funcções, não exclue a responsabilidade do Estado, em face dos arts. 72 da Constituição Federal e 57 da Constituição do Estado de S. Paulo, que asseguram a inviolabilidade da propriedade, que, ainda, pelos mesmos arts. § 17 e § 12, é garantida em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade publica, mediante prévia indemnisação.

A vida do Estado sómente se manifesta pela acção de seus funcionarios. Desde que elle garante a inviolabilidade da propriedade, não póde deixar de responder pelos danos causados a esta, por actos illicitos de seus funcionarios ou empregados, em exercicio de funcções. Se assim não fosse, não haveria a garantia que o Estado assegura; si assim não fosse, a destruição da propriedade resultante de actos positivos ou negativos de funcionarios em exercicio de suas funcções, seria uma desapropriação disfarçada, e sem indemnisação, o que repellem aquellas Constituições, quando garantem que não póde haver desapropriação sem prévia indemnisação.

O *habitante* do paiz tem a *segurança* do Estado, e não de Pedro ou Paulo. E' o Estado que deve indemnisar.

(21) MEUCCI, obr. cit., pag. 242.

«Suivant nous, il faut nécessairement quant au fond, se rattacher à des principes; et, en dehors des *lois spéciales*, on ne trouve que dans le *«droit commun»*. (a)

Ainda admittido que o direito patrio fosse omisso, nem por isso o Estado escaparia á responsabilidade de indemnizar os prejuizos causados.

«Sempre que se apresenta um pleito em juizo, cumpre que o decida o magistrado em cuja attribuição cabe; nem se póde recusar a fazel-o a pretexto que a lei é omissa, pois esta recusa importa o delicto de denegação de justiça. No actual estado, porém, da legislação patria, difficilimo e perigoso seria o cumprimento deste dever, se não houvesse outras *fontes subsidiarias* de direito; porquanto deficiente como é esta legislação, o magistrado teria de recorrer muitas vezes ao direito racional, cuja applicação ás emergencias da vida pratica não poderia deixar de dar logar a interminaveis controversias, e ampla facilidade ao imperio do arbitrio disfarçado.

Previdente determinou a legislação patria as fontes a que o jurisconsulto deve ir pedir as regras complementares do direito; de sorte que para todas as possiveis relações juridicas haja sempre principios que as dominem.» (22)

(a) SOURDAT, obr. cit. pag. 458.

(22) Curso de Direito Civil Brasileiro.

Entre as fontes subsidiarias do direito civil brasileiro figura o *direito das nações cultas*, conforme determina o direito patrio.

A responsabilidade do Estado, segundo o direito americano, é uma responsabilidade geral que se applica a todos os casos em que qualquer propriedade fôr destruída por *motins* ou *tumultos*. (23) E esta responsabilidade cabe nos Estados Unidos ás municipalidades; porque a maior parte da policia é exercida pelas camaras municipaes. A responsabilidade existe desde que se prove *negligencia da policia* na prevenção do crime, havendo neste sentido innumeradas decisões. (24)

Na Inglaterra a responsabilidade do Estado pela destruição da propriedade particular em *tumultos e motins* foi reconhecida por varios actos do parlamento e pelo poder judiciario.

Em 1886 foi promulgada, com a data de 25 de Junho, a lei que regula a indemnisação dos danos causados por motins.—*An act to provide compensation for losses by riots*—

«Where a house, shop, or building
«in any police district has been injured
«or destroyed, or the property therein
«has been injured, stolen, or destroyed,
«by any persons riotously and tumultuously
«assembled together, such compensation as
«herein-after mentioned shall be paid out of the
«police rate of such district to any person who
«has sustained loss by such injury, stealing,
«or destruction.» (25)

(23) MERRIL, obr. cit., pag. 1559, vol. 15.

(24) American Decisions, vol. 88, pag. 248, e vol. 97 pag. 605.

(25) The Law relating to riots, 3.^a edição, A. H. BODKIN.

As leis francezas de 23 de Fevereiro de 1790, art. 5; de Julho de 1790 art. 11; o decreto de 6 de Outubro de 1790; a lei de 27 de Julho de 1791 art. 3; de 17 de Julho de 1892; do 16 do prairial do anno III art. 1.º; do 4.º thermidor do anno III, art. 4.º, consagraram o principio da responsabilidade pelos damnos causados pelos tumultos, responsabilidade sustentada pela lei do 10 vindemario do anno IV, e ainda pela lei de organização municipal de 5 de Abril de 1884 que no art. 106 dispõe:

«Les communes sont civilement responsables des dégâts et dommages resultants des crimes et délits commis à force ouverte ou par violence sur leur territoire, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit envers les personnes, soit contre les propriétés publiques ou privées.»

Esta responsabilidade cabe ás communas por terem estas em seu poder a policia local, em virtude da disposição do art. 108 que diz:

«Les dispositions des arts. 106 et 107 ne sont pas applicables.»

«1.º Lorsque la commune peut prouver que toutes les mesures qui é taient en son pouvoir ont été prises à l'effet de prévenir les attroupements ou rassemblements, et d'en faire connaitre les auteurs;

«2.º Dans les communes où la municipalité n'a pas de la police ni de la force armée.»

Desde que o Estado, ou a Comuna ou Camara Municipal, tem em seu poder a policia ou força armada, corre-lhe o dever de manter a ordem, de garantir a propriedade, e, si não o faz, é responsavel

pelos prejuizos causados, ainda mesmo que a destruição da propriedade tenha tido logar *por paixão politica*.

E' a doutrina que se encontra na decisão do Tribunal Civil de Lyon, em seguida transcripta.

DALLOZ,—Jurisprudence Générale, 1870, première partie, pag. 194:

«Attendu qu'aux termes des articles
«combinés 2, 3, 5 et 8, tit. 4, de la loi
«du 10 vend. an 4, *les communes sont*
«*responsables des pillages et devastations*
«*commis*, soit sur leur territoire, soit
«même sur le territoire des communes
«voisines, par des attroupements formés
«de leurs habitants, armés ou non armés;
«qu'elles ne peuvent échapper à cette
«responsabilité qu'à la charge de justi-
«fier: 1.º de l'emploi qu'elles ont fait de
«tous les moyens en leur pouvoir pour
«prévenir le désordre; 2.º de la non partici-
«pation de leurs habitants à ce désordre;
«qu'à défaut de l'une ou de l'autre jus-
«tification, leur responsabilité reste entière;
«que la loi dont il s'agit, inspirée par
«une pensée de sage politique et de
«haute moralité, a placé les personnes et
«les propriétés sous la sauvegarde des
«communes: qu'elle a voulu intéresser
«tous les citoyens à se prêter un mutuel
«secours dans le danger; qu'elle a eu
«pour but de forcer, par la crainte des
«dommages — intérêts, les habitants de
«chaque commune à veiller au maintien
«l'ordre public sur leur territoire; qu'elle
«n'a été abrogée par aucune loi posté-

«rieure, et qu'au contraire la jurispru-
«dence a été appelée à en faire une fré-
«quente application; que si quelques arrêts
«l'ont déclarée inapplicable à la ville de
«Paris pendant les grandes commotions
«politiques, cette exception se fonde sur
«ce que Paris est le siège du pouvoir
«central, et que là, dans les temps de révo-
«lutions, l'élément dépassait les proportions
«d'un simple trouble communal, qu'elle
«constituait une attaque contre le Gou-
«vernement même, auquel seul il incombe
«alors de prescrire toutes les mesures
«nécessaires pour se défendre et proté-
«ger la personne et les biens des cito-
«yens:—Que cette exception ne saurait,
«à aucune titre, être invoquée par la
«ville de Lyon; qu'il s'agissait, dans l'es-
«pèce, d'un spectacle autorisé par l'auto-
«rité municipale, qui avait agréé l'em-
«placement du Grand-Camp pour l'a-
«scension de l'aérostat; qu'il était facile
«de prévoir que ce spectacle attirerait
«une grande foule; qu'il eût été prudent
«de tenir sur les lieux ou dans le voi-
«sinage une force suffisante pour préve-
«nir tout désordre; qu'il importe peu
«que la foule se soit d'abord pacifi-
«quement assemblée pour assister au
«spectacle; qu'il aurait fallu l'empêcher
«de devenir tumultueuse, de se précipi-
«ter dans l'enceinte et de commettre des
«actes de violence; *qu'il importe peu*
«*également que ces actes n'aient pas été*
«*commis sous l'excitation des passions po-*
«*litiques; que la loi ne fait dépendre la*

«responsabilité des communes, pour les
«dévastations commises par un rassemble-
«ment, de leurs habitants, ni du mode de
«formation de ce rassemblement, ni du
«mobile qui le pousse au désordre et à
«la violence;—Que vainement, enfin, la
«ville de Lyon allègue que les sieurs
«Godard n'ont pas rempli leur program-
«me; que, d'une part, il n'est pas justifié,
«et que la ville ne demande même
«pas à prouver l'insuccès de l'ascension
«provienne de la faute des frères Godard;
«que cet insuccès semble, au contraire,
«devoir être attribué, avec beaucoup plus
«de vrai semblance, à l'état de l'atmos-
«phère;—Que, d'autre part, en droit, on
«ne pourrait admettre, sans violer la loi
«et porter une grave atteinte à des prin-
«cipes d'ordre public, qu'une prétendue
«faute d'un simple particulier puisse cau-
«ser et surtout justifier les actes de vio-
«lence et de dévastation de la foule, et
«absoudre la commune de sa responsa-
«bilité;—Attendu, enfin, que les sieurs
«Foltête sont des tiers qui n'ont nulle-
«ment coopéré à la prétendue faute des
«sieurs Godard;—Que les documents de
«la cause permettent de fixer équitable-
«ment l'indemnité due à 3,100 fr. por
«la valeur, soit au simple, soit au double
«des objets dégradés ou dispersés;—Par
«ces motifs, le tribunal déclare la demande
«recevable et fondée à l'égard de la ville
«de Lyon, et condamne la dite ville à
«payer au sieur Foltête, pour les causes
«susrelatées, la somme de 3,100 fr. à

«titre d'indemnité supplémentaire, et é
«tous les dépens.»

E ainda a mesma doutrina se encontra na decisão da Côte de Bordeaux, considerando a communa responsavel pelos prejuizos causados ao jornal—*La Guienne*—(o mesmo caso do *Commercio de S. Paulo*), decisão que vai transcripta em seguida.

DALLOZ, Jurisprudence Générale. Répertoire, *verb. commune*, n.º 2678, nota 1, e n.º 2697:

«Attendu que, s'il est difficile de ne
«pas reconnaître, ainsi que les soutient
«M. le maire de Bordeaux, que le désor-
«dres commis dans les *bureaux* de La
«Guienne ont été les consequences de
«l'irritation excitée par ce *journal*, cette
«circonstance ne pouvait, sous aucun
«rapport, justifier de violences ses de
«voies de fait; et qui ceux qui avaient
«á se plaindre des articles de ce *journal*
«devaient, s'il y avait lieu, se pourvoir
«par les voies de droit et le traduire
«devant les tribunaux; d'ou il suit que
«les provocations de ce *journal* ne pour-
«raient servir d'excuse et faire cesser la
«responsabilité dont la ville serait tenue.»

«Il a été jugé, en conséquence, que
«l'irritation occasionnée par un *journal*
«ne justifie pas les violences exercés dans
«ses *bureaux* par des rassemblements, et
«n'empêche pas la commune d'être res-
«ponsable des dommages causés.»

O Estado de S. Paulo, pelo empastelamento dos jornaes—«Roma»—que era publicado nesta cidade, e do qual eram proprietarios *Volpari e Frasca*, e—

«Seculo»—que era publicado em Jundiahy, e do qual era proprietario *Adriano Curti*, o Estado pagou aos primeiros a quantia de **32:000\$000**, e ao segundo **5:000\$000**.

A prova disto está no documento de fls. 87, no Relatorio do Ministro das Relações Exteriores do Brazil, apresentado em 1895, pag. 152, e mais no que se lê á pag. 8 dos DOCUMENTI DIPLOMATICI PRESENTATI AL PARLAMENTO ITALIANO DAL MINISTRO DALHI AFFARI ESTERI, Roma, 1895:

«I danni patiti da nostri nazionali
«erano rivelanti. Per tacere di altri, i
«signore Volpari e Frasca ebbero a sof-
«frire un duplice saccheggio della stam-
«peria del giornale *Roma*, di cui essi
«erano proprietari; il sinhor Adriano
«Curti ebbe distrutta la sua tipografia,
«dove si stampava un giornale di oppo-
«sizione, per istigazione e con intervento
«del presidente del municipio, colonello
«Siqueira de Moraes e di un deputato al
«Congresso di San Paolo»... D'ordine
«del presidente dello Stato, il ministro
«delle Finanze assegnó 80 conti di réis
«(franchi 100.000 circa) d'indemnità per
«i reclami presentati a questo Consolato.
«Ai signori Volpari e Frasca fu asse-
«gnata una somma di 32 conti; al signor
«Adriano Curti, una di 5 conti.»

«Os damnos soffridos pelos com-
«patriotas eram importantes. Os Snrs.
«Volpari e Frasca duas vezes soffreram
«o saque de sua typographia, onde se
«imprimia o jornal *Roma*, o Snr. Adri-

«ano Curti viu destruida a sua typogra-
«phia, onde se imprimia um jornal de
«oposição, e isto por instigação e inter-
«venção do presidente da Camara Muni-
«cipal de Jundiahy, coronel Siqueira de
«Moraes e de um deputado ao Congresso
«de S. Paulo.

«Por ordem do presidente do Estado,
«o Ministro das Finanças concedeu 80
«contos de réis de indemnisação pelas
«reclamações apresentados a este Con-
«sulado.»

«Aos Snrs, Volpari e Frasca coube
«a quantia de 32 contos...»

«ao Snr. Adriano Curti, a de
«5 contos. »

Do que acabamos de allegar e provar resulta que o Estado é responsavel pelas acções ou omissões dos seus funcionarios no exercicio das suas funcções.

S. Paulo, 1897.

Dr. Oliveira Escotel

PHILOSOPHIA DO DIREITO

Da complexidade do direito. Distinção entre a moral e o direito. Relações do direito com a sociologia, com a anthropologia, a sciencia economia e a politica.

Pela observação, directa e indirecta, ou historica, sabemos que o homem tem sempre tido a sua actividade subordinada a regras de direcção, ou normas de conducta.

No periodo embryonario de uma sociedade um campo livre de acção e o gozo de certos bens são assegurados aos individuos pelo temor das represalias, —movel que actúa sobre os proprios animaes gregarios. Entre os homens, seres dotados de melhor memoria, e capazes de prevêr, ao temor das represalias junta-se um outro freio,—o receio da reprovação de seus actos pelos outros membros da collectividade. Constituida a auctoridade social, emprega o chefe todos os meios a seu alcance para prevenir as luctas materiaes, que tanto enfraquecem a tribu. Dahi um outro motivo de restricção da actividade individual, — o medo das penas. Mais tarde, morto o chefe respei-

tado e temido, o culto dos antepassados, uma das formas rudimentares da religião, imprime um caracter sagrado aos preceitos estabelecidos pelo chefe quando vivo. (1)

Nessas épocas primitivas o direito, a moral e a religião, se confundem. Entre todos os povos antigos, nota COGLIOLO com razão, os preceitos religiosos, moraes e juridicos, formam um conjuncto homogéneo. (2) E' por isso que, para conhecermos as primeiras instituições de um povo, precisamos estudar-lhe as primeiras crenças, como tão cabalmente demonstra Fustel de Coulanges. (3)

Até aqui temos alludido unicamente aos preceitos, ás regras de direcção, ás normas de conducta impostas á actividade do homem.

Essas normas, abstrahindo da religião, assumpto extranho ao nosso estudo, constituem a moral pratica, ou a arte da moral, que importa não confundir com a sciencia da moral.

A moral pratica tem seu fundamento na moral scientifica. Os preceitos ethicos são deduzidos dos principios ethicos, como toda arte se deduz de uma ou mais sciencias. (4)

Como e porque se formuláram normas de conducta, ou preceitos moraes? Taes preceitos são creações arbitrarías e accidentaes dos homens, ou exprimem consequencias necessarias, imposições da natureza humana? Eis o objecto da sciencia da moral.

Salvo um numero limitado de excepções, as theorias moraes pódem dividir-se em duas grandes cate-

(1) SPENCER, «Justice», cap. 4.^o, § 19.

(2) «Filosofia del Diritto Privato», liv. 1.^o § 8.^o

(3) «La Cité Antique», introduccão e liv. 2.^o

(4) O. JANET, «Philosophie Scientifique», pag. 8.

gorias: as theorias religiosas e as theorias metaphysicas. Para as primeiras as normas da conducta humana estão traçadas pela vontade divina. Para as segundas as regras moraes são dadas pela consciencia esclarecida pela luz da razão, faculdade impessoal, que é um raio da razão divina. (5)

As theorias religiosas, que têm por base a revelação, observa SPENCER com muita justeza, importam a completa negação da moral. Ou a distincção entre o bem e o mal, entre os actos que nos levam á felicidade e os que nos conduzem á infelicidade, é um facto que podemos observar e estudar, ou é uma distincção que só tem origem e existencia na vontade de Deus. Se bastam os processos logicos para a apreciação da conducta, temos o objecto de uma investigação scientifica, podemos constituir a sciencia da moral. Se não, affirma-se tacitamente que as cousas humanas iriam perfeitamente bem, se ignorassemos as regras estabelecidas pela vontade divina, e sobrenaturalmente reveladas. (6)

E' esse um absurdo que nenhum adepto da moral religiosa admite. Ha uma connexão necessaria entre os nossos actos e a felicidade, ou a infelicidade, a que elles nos levam. Os sectarios da moral revelada não negam, nem poderiam negar, o vinculo que fatalmente prende, como o effeito á causa, as consequencias boas, ou conformes á nossa natureza, aos actos moraes, e as consequencias más, ou contrarias á nossa natureza, aos actos immorales. A cada momento recorrem a essa demonstração scientifica, para fazerem comprehender a necessidade da observancia dos preceitos moraes. Veja-se esta soberba, esta esplendida pagina do padre

(5) EUGÉNE VÉRON, «*La Morale*», pag. 138.

(6) SPENCER «*The data of ethics*», cap. 4.º, § 18.

LACORDAIRE: « Qui est ce jeune homme? D'où vient que son regard est terne, ses joues sans couleur, et creusées, ses lèvres tristes, sa tête morne? La jeunesse est le printemps de la beauté: Dieu, qui est toujours jeune parce qu'il est toujours beau, a voulu dans nos premières années nous donner quelque chose de la physionomie de son éternité. Le front du jeune homme est le resplendissement du front de Dieu, et il est impossible de voir une âme vierge sur un visage pur, sans être ému d'une sympathie qui contient de la tendresse et du respect. Or, ce don si grand, ce don qui précède le mérite, mais non pas l'innocence, Dieu l'ôte à qui en abuse dans précoces passions que je ne veux plus même nommer. Le vice s'imprime sur cette chair brillante qui touchait le cœur: il y trace des plis honteux, des rides prématurées et accusatrices, je ne sais quoi de caduc qui n'est pas le signe du temps, ni des méditations de l'homme voué à d'austères devoirs, mais l'indice certain d'une dépravation qui a passé en dévastant. Le sillon gagne avec l'opprobre, et l'on voit ces ombres apparaître parmi nous, transparentes et vides, comme si déjà le jugement dernier les avait atteintes et les présentait sans voile au mépris de la terre et du ciel.

« Ainsi en est-il de toutes nos passions: chacune a son châtiment terrestre et révélateur, destiné à nous apprendre que leur route est fausse, et que la félicité n'est pas au terme des joies qu'elles nous causent. Si la volupté tue la jeunesse et la vie, le jeu renverse au milieu d'atroces angoisses les fortunes les plus assurées, et l'ivresse, à force de donner des secousses à la raison, dégrade l'intelligence, dont elle est le premier flambeau, et l'approche d'un hébètement que dédaignerait l'animalité. L'orgueil, que l'on croirait plus froid, a cependant des orages cachés sous ses glaces, comme ces mers du pôle où les vents peut-être ont moins de prise et d'action, mais qui, à des moments donnés, dissolvent leurs masses

inertes et semblent annoncer au monde l'éroulement de ses bases. Les haines et les vengeances couvent sous l'orgueil mécontent, et l'ambition trompée a des saisissements douloureux qui navrent jusqu'à la mort les hommes tombés» (7).

Ahi está o *castigo terreno* do peccado, isto é, as connexões causaes necessarias entre o acto immoral e suas consequencias perniciosas á natureza humana.

Os propugnadores da escola subjectivista, intuicionista ou metaphysica, affirmam que não se póde discernir o bem do mal senão pela luz da razão, pela idéa innata do bem, criterio de que se utiliza a consciencia para julgar os actos voluntarios. Negam consequentemente a relação natural e necessaria entre os actos e seus resultados. E' ainda a subversão da moral. Essa doutrina presuppõe a egualdade de todas as intelligencias, o que nunca se poderá provar. Para que a lei moral fosse obrigatoria para todos os homens, fôra necessario que todos a comprehendessem egualmente, que todas as intelligencias interpretassem do mesmo modo as idéas absolutas, universaes e eternas. Sómente assim todas as consciencias julgariam uniformemente os actos voluntarios (8).

Temos um unico processo scientifico para discriminar o bem do mal, e approvar certa conducta e reprovar a contraria: é o estudo das connexões causaes, das ligações necessarias, entre os nossos actos e suas consequencias. Fôra delle não ha base scientifica para a ethica. Investigar as leis geraes da vida e as condições da existencia, para dellas deduzir quaes as acções que tendem necessariamente a produzir a felicidade, e as que dão resultados contrarios,—eis o objecto da sciencia da moral.

(7) «*Conférences de Toulouse*», vol. 5.^o, pag. 81.

(8) E. VÉRON, *ibidem*.

Ninguem melhor do que SPENCER ainda expoz o methodo para a formação desta sciencia. Em uma carta dirigida a S. Mill, dizia o profundo pensador: «A idéa que eu sustento é que a moral propriamente dita—a sciencia da recta conducta—tem por objecto determinar *como* e *porque* certos modos de conducta são prejudiciaes, e outros convenientes.

Esses resultados bons e máus não pódem ser accidentaes, mas, pelo contrario, consequencias fataes da constituição das cousas. Em minha opinião, a sciencia moral tem por fim deduzir das leis da vida e das condições da existencia as especies de acções que tendem necessariamente a produzir a felicidade e as que causam a infelicidade. Feito isso, taes deducções devem ser reconhecidas como as leis da conducta; devem ser obedecidas a despeito de quaesquer considerações directas e immediatas de felicidade, ou de desgraça.

Um exemplo fará comprehender mais claramente o que eu quero dizer. Nos tempos antigos, a astronomia planetaria compunha-se de um certo numero de observações accumuladas sobre a posição e os movimentos do sol e dos planetas; de vez em quando essas observações permittiam predizer approximadamente as posições que certos astros occupariam em determinadas épocas. A sciencia moderna da astronomia planetaria consiste em deducções da lei da gravitação, deducções que nos dão a conhecer porque os corpos celestes occupam *necessariamente* certos lugares em certas épocas. A relação que ha entre a antiga astronomia e a astronomia moderna é analogá á que se dá, no meu entender, entre a moral utilitaria e a sciencia da moral propriamente dita. A objecção que eu faço ao utilitarismo em vóga é que elle não attingio a fórma desenvolvida da moral: não comprehende

que já passou o periodo primitivo da sciencia da moral» (9).

Nenhum erro mais imperdoavel do que confundir a moral utilitaria com a moral scientifica. A primeira, observando um grande numero de casos, induz que uma certa conducta produz o bem, e a conducta contraria o mal. Não passa de uma affirmação parcial, deficiente, do principio de que as regras moraes se basêam em leis naturaes.

Não reconhece a applicação da causalidade em toda a sua extensão ao dominio da ethica. Não se eleva á dignidade de systema scientifico.

A moral scientifica, temos dito, estuda as leis da vida e as condições da existencia do homem, para sobre esses dados formular as normas de conducta que nos permittam attingir o maximo de intensidade na vida do individuo e da sociedade.

Essa theoria ethica presuppõe um postulado: *queremos todos viver*. Quaesquer que sejam nossas idéas philosophicas, ou as nossas crenças religiosas, a quasi unanimidade dos homens reputa a vida um bem. A observação dos factos não contraria esse postulado; antes o confirma.

Sendo assim, cumpre investigar quaes os nossos actos voluntarios cujas consequencias importam a conservação e o desenvolvimento da vida do individuo e da sociedade, que é a cathegoria do individuo, o meio em que elle necessariamente vive.

Por caminhos diversos, empregando methodos diferentes, a moral religiosa e a intuicionista chegam quasi aos mesmos resultados. As regras de direcção, ou normas de conducta, formuladas por essas duas

(9) Obra citada, cap. 4.º, § 21.

escolas não differem no fundo das que preconisa a moral scientifica. Diferença profunda só ha nos methodos. A moral scientifica não admittre processos logicos diversos da inducção e deducção.

As normas de conducta formuladas sobre a base desses processos, óra dizem respeito unicamente á vida do individuo, óra á vida do individuo em relação com seus semelhantes, ou com a sociedade. No primeiro caso temos preceitos puramente moraes; no segundo preceitos que ainda se dividem em duas classes. A uns o Estado liga a sancção material, o emprego da força physica de que dispõe para obrigar a cumpril-os; a outros não. Não está sujeita ao arbitrio do Estado essa discriminação dos preceitos ethicos. E' o gráo de necessidade da observancia de certas regras que exige a sancção coercitiva.

Demais, ha preceitos ethicos que não poderiam ser protegidos pelo emprego da força, sob pena de acarretar a sua observancia maiores males que a sua transgressão, desde que o respeito a taes normas fosse obtido por esse meio. O Estado não deve intervir na vida domestica, na vida religiosa. Se o fizesse, bem poderíamos dizer com o poeta romano: «*Et propter vitam vivendi perdere causas.*» Por amôr á vida sacrificariamos os mais nobres fins da existencia.

Os preceitos ethicos defendidos pela sancção material do Estado, ou que devem sê-lo, são os que constituem o dominio do direito.

O direito é uma parte da moral.

Sem razão philosophica, alguns escriptores procuram distinguir a moral do direito sob certos aspectos, que, bem estudados, não nos auctorizam a fazer essas distincções. Veja-se, por exemplo, TISSOT («*Introduction Philosophique à l'Etude du Droit,*» liv. 1.º, cap. XXIV), que é fertil nessas *differenças entre o direiito e a moral.*

A moral tem um caracter positivo, diz elle, e o direito um caracter negativo. Não é verdade. A moral contem preceitos negativos, como o direito. Basta, para nos convenceremos dessa verdade, que leiamos o bello «*sermão sobre a maledicencia*» de BOURDALOUE, a 11.^a lição sobre a *mentira* das «*Notions de Morale*», de CARRAU, e os sublimes «*pensamentos*» de MARCO-AURELIO sobre o dever de não nos encolerizarmos, nem odiarmos os nossos semelhantes.

Por outro lado, ha regras e instituições de direito que têm um caracter positivo. A organização da assistencia publica; creação exigida pelo direito individual de assistencia, é incontestavelmente uma applicação do preceito —*faze a outrem o que queres que te fizessem*—, *axioma pratico*, diz TISSOT, que resume as regras da moral

Dissemos que a moral pratica, ou a arte da moral, tem seu fundamento na moral--sciencia, ou desta é deduzida, como toda arte é deduzida de uma ou mais sciencias.

Logicamente, pois, a sciencia da moral é anterior á arte da moral. Mas, chronologicamente, a moral pratica precedeo a sciencia da moral.

Antes de haver um conjuncto systematico de conhecimentos verdadeiros e certos sobre as leis a que estão subordinados os phenomenos moraes, e consequentemente tambem os phenomenos juridicos, já havia a pratica, ou a arte, da moral, e consequentemente tambem a pratica, ou a arte, do direito. Foi o que se deu com a medicina, com a navegação, com a agronomia, e com todas as mais applicações de conhecimentos de uma ou mais sciencias. As artes se tornam scientificas quando a sciencia exerce sua influencia sobre ellas. (10)

(10) A. BAIN, *Logique Déductive et Inductive*, vol. 1.^o, pag. 41.

As normas da moral, e especialmente as do direito, que representam o *minimo dos preceitos necessarios para assegurar a paz social*, e portanto a vida collectiva, e portanto a vida do individuo (11), vão sendo estabelecidas a pouco e pouco em virtude do instincto de conservação, isto é, daquelle estimulo interno que leva o homem, assim como o animal, a praticar os actos necessarios á sua conservação ou á da especie.

As generalisações da sciencia, baseadas sobre uma prolongada observação, apparecem depois que a arte foi praticada por diuturno espaço de tempo.

* * *

Os phenomenos coexistem, penetram-se, complicam-se de tal modo, que não é facil dispor-os em uma série rigorosa. Essa é a difficuldade das classificações sciêntificas, que nos leva a escolher entre os diversos meios de classificar os menos imperfeitos e mais adequados ao fim que se tem em mente. (12)

Essa complicação, ou complexidade, é maior, e mais evidente, nos phenomenos sociaes do que nos estudados pelas sciencias inferiores.

Não raro um mesmo phenomeno é objecto de duas ou mais sciencias, está sujeito a leis do dominio de duas ou mais sciencias.

Então, a diversidade das sciencias depende dos pontos de vista, dos aspectos, sob que encaramos os phenomenos. Assim a investigação das leis da circulação da riqueza é materia da sciencia economica ;

(11) CIMBALI, *La Morale ed il Diritto*, cap. 1.^o

(12) BRESSON, *Les Trois E'volutions*, pag. 2.

mas, como os diversos modos por que circula a riqueza influem no desenvolvimento da sociedade, e consequentemente tambem do individuo, e na adopção pelo legislador de certas normas de preferencia a outras no que concerne a esse phenomeno economico residem condições de progresso social—dependentes da nossa vontade, a circulação da riqueza é simultaneamente assumpto da sciencia economica e da sciencia do direito.

Vejamus, embóra perfunctoriamente, em que consiste essa complexidade da moral, e particularmente do direito.

* * *

Estudemos em primeiro lugar as relações do direito com a sociologia.

Ainda hoje é grande o numero dos que negam a existencia de uma sciencia social fundamental, ou mesmo a possibilidade de se formar uma sciencia social fundamental. Não devemos extranhar esse facto: tão nova, tão incipiente, é essa sciencia, que no proprio «*Instituto Internacional de Sociologia*» um de seus membros chegou a dizer que ella é uma sciencia cujo advento se aguarda,—«*plutôt attendue que constituée*». (13)

Que a constituição da sociologia é difficillima, e que apenas assistimos em nossos dias ao começo do penosissimo trabalho da formação dessa sciencia,—eis uma verdade que nos parece incontestavel. Mas, um abysmo separa essa verdade da affirmação dos que entendem ser impossivel o estudo—pela observação—dos phenomenos sociaes como base de genera-

(13) *Annales de l'Institut International de Sociologie*, 1894, pag. 21.

lisações scientificas, de inducções de leis sociaes. Do numero destes é o litterato Tobias Barreto, o qual — não sabemos porque — alguns espiritos frivolos têm tido a velleidade de transformar em homem de sciencia, como se para o ser bastasse conhecer pela rama, e indigestamente, alguns escriptores allemães, ainda não trasladados para o francez. Com a sua invencivel incapacidade de raciocinar seriamente, e com proveito, sobre qualquer assumpto scientifico, o poeta pernambucano acreditava que «o estudo dos phenomenos sociaes, considerados em sua totalidade e reduzidos á unidade logica de uma systematisação scientifica, daria em resultado uma monstruosa pantosophia, incompativel com as forças do espirito humano» (14).

Vê-se, logo, por essa tirada que o illustre professor não tinha uma noção clara do que constitúe o objecto, ou o dominio da sociologia, Daqui a pouco trataremos desse ponto.

Negar a possibilidade de se formar a sociologia equivale a affirmar que os phenomenos sociaes não estão sujeitos a leis, que esses phenomenos se produzem *ao acaso*.

Mas, que é o *acaso*? Na accepção usual, é a antithese da *lei*. Aquillo que não póde ser subordinado a uma lei, deve ser attribuido ao acaso. E' verdade, entretanto, que tudo o que acontece é o resultado de alguma lei, um effeito de certas causas, e nós poderíamos prevê-lo, se conhecessemos essas causas e essas leis. Quando se volta, ou se tira uma carta, no jogo, o facto é uma consequencia da posição da carta no baralho. A posição da carta no baralho é consequencia do modo como as cartas tinham sido baralhadas, ou da ordem em que tinham sido dadas na partida

(14) *Estudos de Direito*, pag. 448.

antecedente, circumstancias que são também effeitos de causas anteriores. Um conhecimento exacto das causas nos teria permittido prevêr os effeitos (15).

Na asserção de que os phenomenos sociaes são produzidos, não de conformidade com certas leis, mas ao acaso, a analyse descobre esta outra proposição: não se conhecem as causas dos phenomenos sociaes, ou, mais propriamente, taes causas não pódem ser determinadas. Proseguindo-se no estudo dessas proposições, chega-se facilmente á conclusão—a que chegou SPENCER—de que a negação da sciencia social procede de attribuirmos a producção dos phenomenos sociaes á Providencia, á vontade divina, ou á acção dos grandes homens. (*Introdução á Sciencia Social*, cap. 2.º).

Mas, se a existencia de uma ordem preestabelecida das cousas, de um plano divino na formação do universo, não nos impede de admittir a uniformidade no curso dos phenomenos materiaes, na repetição, por exemplo, dos factos sujeitos á lei da gravitação, porque não admittiremos a mesma, ou semelhante uniformidade, na producção dos phenomenos sociaes?

A questão unica é a de saber se realmente os phenomenos sociaes obedecem a certas leis, e se já temos descoberto algumas dessas leis.

A theoria dos *grandes homens* como propulsores do progresso social é tão absurda, que hoje está reduzida a um numero limitadissimo de adeptos. Os *grandes homens* são incontestavelmente productos do meio social. Antes que um grande homem possa refazer uma sociedade, é preciso que a sociedade o faça préviamente. E' impossivel que um Aristoteles des-

(15) STUART MILL, *Système de Logique*, vol. 2.º, pag. 48 da 3.ª edição da trad. de Peisse.

ceda de paes cujo angulo facial meça cincoenta grãos, e que se veja um Beethoven em uma tribu de canibaes. Todas as modificações sociaes de que um *grande homem* é auctor immediato têm suas causas principaes nas gerações de que elle proveio (16).

A existencia, pois, de uma ordem de cousas pre-estabelecida e o facto de serem os homens notaveis os factores immediatos de certas mutações sociaes, não nos inibem de investigar as leis a que obedecem os phenomenos sociaes.

Entendem alguns que sociologia e philosophia da historia são expressões equivalentes (17).

No conceito de BARTH, que é um dos propugnadores dessa idéa, a philosophia da historia, cuja materia é a universidade dos phenomenos historicos, e cujo fim é explicar a evolução da humanidade, não poderia attingir o seu alvo sem conhecer as transformações sociaes. Inversamente, seria impossivel á sociologia explicar as transformações sociaes sem o conhecimento da evolução da humanidade. Vê-se que o proprio BARTH, para quem a sociologia e a philosophia da historia são cousas identicas, chega afinal á conclusão de que, se não podemos separal-as, se cada uma dessas sciencias é condição para o estudo da outra (o que não se comprehende), devemos todavia distinguir uma doutrina da outra.

O que se chama vulgarmente *philosophia da historia* é um conjuncto de especulações tão destituidas de base segura por emquanto, que ainda não é licito apresental-o com os fóros de sciencia. O fim dessas especulações é descobrir as leis que têm presidido ao

(16) SPENCER, *ibidem*.

(17) BARTH. *A philosophia da historia sob o ponto de vista sociologico*. *L'Année Sociologique*, pag. 116.

desenvolvimento da humanidade. «As vastas construcções abstractas que constituem a philosophia da historia, inspiraram não sómente ao publico, mas aos proprios espiritos illustrados, uma invencivel desconfiança *a priori*: FUSTEL DE COULANGES, diz seu ultimo biographo, era severo para com a philosophia da historia; tinha a esses systemas a mesma aversão que os positivistas alimentam em relação aos conceitos puramente meta-physicos.

Com ou sem razão (provavelmente sem razão) a philosophia da historia, que não tem sido cultivada sómente por homens bem esclarecidos, prudentes, de intelligencia vigorosa e sã, está desconsiderada» (18).

Qualquer que seja a nossa opinião sobre o valor da philosophia da historia, o que é certo é que seu fim consiste em descobrir as leis que presidem á *evolução da humanidade*, ao passo que o da sociologia é descobrir as leis a que estão subordinados certos phenomenos da *sociedade*. Isso basta para distinguir as duas ordens de investigações.

AUGUSTO COMTE reputava a sociedade, como objecto de investigações scientificas, um todo indivisivel. A sciencia social para elle é uma só. O direito, a economia politica e a politica, são partes desse todo. A palavra—*sociologia*—nessa accepção é o denominador commum das sciencias sociaes.

Cada uma das sciencias sociaes tem um dominio seu, consagra-se ao estudo das leis que regem uma determinada classe de phenomenos, está encerrada em uma esphera limitada, particular. O direito occupa-se com as leis que regem aquelles factos sociaes que são

(18) LANGLOIS e SEIGNOBOS, *Introduction aux Etudes Historiques*, advertencia.

condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, dependentes da vontade humana, e garantidos ou que o devem ser pelo Estado.

O campo da economia politica é a ordem social das riquezas, e seu fim é dar-nos a conhecer as leis que regem os phenomenos da producção, circulação, distribuição e consumo das riquezas. Objecto da politica é o conjuncto dos phenomenos sociaes em cuja producção póde intervir o Estado, modificando-os em beneficio da sociedade.

Acima dessas verdades particulares, das leis a que estão sujeitas essas classes de phenomenos especiaes, ha verdades geraes, leis que regem a sociedade considerada como um todo, e não as partes desse todo. Ao conhecimento dessas leis geraes, fundamentaes, é que se deve dar a denominação de sociologia, é que cabe com justeza essa denominação.

Bem conhecemos a razão por que AUGUSTO COMTE não admittiu sciencias sociaes particulares: os phenomenos sociaes estão de tal modo ligados, connexos, entre si, que o estado de qualquer parte do todo social tem sempre uma relação intima e indissolúvel com o estado contemporaneo de todas as outras partes, não sendo possível dar-se uma modificação em qualquer das partes sem que o phenomeno repercuta nas outras. O estudo de uma dessas partes racionalmente não póde ser feito sem o das outras (19).

Mas, como observa ANZILOTTI com justeza, o consenso dos factos sociaes, a intima conexão que os liga, e as relações de reciproca dependencia em que se acham entre si, apenas representam um momento e um

(19) *Cours de Philosophie Positive*, tomo 4.º, lição 48, edição de 1839, pag. 353.

aspecto, embora importantissimo, da realidade social: sob essa unidade, resultado da engrenagem dos factos sociaes, estende-se uma variedade infinita, na qual os factos assumem caracteres proprios e distinctivos, e as leis que os regem se dividem e diversificam correspondentemente. Ora, cada sciencia tem por objecto uma certa ordem de phenomenos e de leis, e a cada sciencia compete demonstrar que os seus phenomenos e leis apresentam certos caracteres especificos e distinctivos; que, estudando uma ordem particular de phenomenos naquillo que lhes é proprio e nas leis immediatas que os governam, desempenha uma funcção essencial a que qualquer outra doutrina não seria adequada (20). Com esse criterio não é difficil distinguir na vasta congérie dos phenomenos sociaes séries diversas, ordens varias, que constituem os objectos das diversas sciencias sociaes particulares, cada uma das quaes tem o seu dominio proprio.

Essas diversas sciencias sociaes particulares, ou especiaes, formaram-se, ou começaram a se formar antes de uma sciencia social geral ou fundamental, o que fez BONELLI dizer que a sociologia substituiu as antigas sciencias sociaes, imprimindo-lhes uma perfeita unidade (21).

A analyse e a reflexão, porém, nos mostram que além dos phenomenos do dominio das sciencias sociaes particulares ha uma ordem de factos sociaes geraes, fundamentaes, a qual constitúe a materia da sociologia.

Alguns escriptores confundem a sociologia com a philosophia do direito. O facto, entre outros, tem a seguinte causa: por muito tempo a philosophia do

(20) *La Filosofia del Diritto e la Sociologia*, pag. 46.

(21) *Del limite essenziale che separa la Sociologia dalla Biologia*.

direito tratou de assumptos da sociologia. Póde-se dizer mesmo que a sociologia começou sob as azas da philosophia do direito.

Muitos systemas philosophico-juridicos procuram explicar simultaneamente a origem do direito e a da sociedade. O systema de HOBBS é um exemplo; e a theoria do *contracto social* de ROUSSEAU, a qual tem sido exposta e discutida, como capitulo da philosophia do direito, por innumerous jurisconsultos, é outro, e muito frisante.

Mas, a verdade é que o direito, não obstante ser um elemento importantissimo, uma condição indispensavel, da sociedade, não póde dizer-se a substancia do organismo social, e menos ainda o caracter unico ou principal desse organismo. Se é certo que sem o direito não seria possivel a coexistencia social, não é menos certo que o direito suppõe, e não crêa, a convivencia social. O direito coordena a sociedade, mas para isso se serve das proprias forças que a sociedade contem em seu seio. Ha, pois, um complexo de factos que precedem o direito, e que este *presuppõe*. Pouco importa que o direito seja uma condição do viver social. A condição de um facto não é o proprio facto, nem a causa desse facto (22).

O direito é um determinado aspecto da vida social; mas, não é toda a vida social, o complexo da vida social.

Não se póde, pois, substituir ao estudo geral e syntetico da vida social o estudo de um dos seus aspectos particulares, o que quer dizer que não se póde substituir a philosophia do direito á sociologia.

A philosophia do direito dá-nos os principios fundamentaes do direito, as relações dos diversos

(22) ANZILOTTI, obra citada, pag. 85.

ramos da sciencia juridica entre si, e as relações do direito com as sciencias affins. Consequentemente, não abrange todo o quadro das leis sociaes.

Fóra do seu dominio ha muitas leis sociaes.

Ha as que regem os phenomenos estudados por sciencias sociaes particulares, como são a economia politica, a moral social e a politica.

Ha as leis que presidem á origem, formação, ou genese, crescimento, estructura e actividade das sociedades (23).

Estas ultimas leis formam a materia da sociologia, que é uma sciencia social geral, o que não quer dizer um *grupo* de sciencias sociaes particulares, um denominador commum dessas sciencias.

GIDDINGS facilita a comprehensão do que constitúe o dominio da sociologia por meio de uma comparação que vale a pena reproduzir. E' relativamente recente a formação da biologia. Tanto a palavra como a idéa foram recebidas com grande reluctancia. Que ha na biologia geral, objectava-se, que já não esteja comprehendido na botanica, na zoologia, na anatomia ou na physiologia?

Respondiam os biologistas que os phenomenos essenciaes da vida—a estructura celular, a nutrição e o deperecimento, o crescimento e a reproducção, a adaptação ao meio e a selecção natural—são communs á planta e ao animal; que a estrutura e a funcção são incomprehensíveis quando separadas; e que para ter uma idéa verdadeira e completa da vida é preciso estudar os phenomenos vitaes em sua unidade e em suas phases especiaes. Certamente devemos aprender a botanica e a zoologia; mas, como preparo

(23) GIDDINGS, *Princípios de Sociologia*, trad. de Lestrade, cap. 1.º

necessario, como base de estudos posteriores, devemos estudar a biologia geral, a sciencia dos phenomenos essenciaes e universaes da vida sob as suas fórmulas multiplas. Com a sociologia dá-se a mesma cousa.

Os aspectos particulares da vida social são objectos de investigação da economia politica, da politica, etc. Mas, ha perguntas de ordem geral a que essas sciencias não respondem. A sociedade é um todo organico? A actividade social é continua? Ha certos factos essenciaes, certas causas, certas leis, que se observam nas agremiações de toda especie, de todos os tempos, sobre que se apoiam as fórmulas sociaes especiaes, e que estas implicam? Se ha, essas verdades universaes, que o direito não ensina, nem a economia politica, nem qualquer outra sciencia social particular, devem ser ensinadas como preparo para o ensino das sciencias sociaes especiaes. Uma analyse dos caracteristicos geraes dos phenomenos sociaes e a enunciação das leis geraes da evolução social devem formar a base dos estudos sociaes especiaes. Essa base commum das sciencias sociaes particulares, —sciencia dos elementos e dos primeiros principios sociaes,—é a sociologia (24).

Todas as sciencias que concernem ao homem moral, observa com razão H. ST. MARC, são obrigadas a ter em conta a sociedade, sob pena de serem falsas, ou incompletas. Mas, isso não quer dizer que a sociologia absorva essas sciencias. As primeiras são estudos do homem na sociedade, que é o seu elemento; a segunda é um estudo da propria sociedade, isto é, do vinculo social.

As primeiras presuppõem os homens agrupados; a segunda investiga *porque e como* os homens se agrupam. (25)

(24) GIDDINGS, obra citada, cap. 2.º.

(25) *Revue d'Economie Politique*, 10.º anno, pag. 321.

Partindo da observação, directa e indirecta, dos factos, em todos os pontos do tempo e do espaço possíveis, a sociologia nos dá esta verdade fundamental: a sociedade é um elemento necessario, um meio no qual o homem fatalmente vive e se desenvolve.

Ainda partindo da observação, directa e indirecta, dos factos, em todos os pontos do tempo e do espaço possíveis, a sociologia nos dá esta outra verdade geral: a sociedade só pôde existir, e só existe, restringindo os associados o campo de sua actividade. Essa restricção da actividade observa-se entre os proprios animaes gregarios. (26)

Ora, ahi temos duas leis fundamentaes, geraes, que constituem a base de toda a sciencia do direito. Que é o direito, senão uma restricção da actividade dos homens em sociedade?

Vê-se, pois, aqui bem claramente a natureza da sociologia, que é o tronco que sustenta as diversas sciencias sociaes particulares, e consequentemente o direito,—uma das sciencias alludidas.

* * *

Não nos compete estudar profundamente qual é o objecto da anthropologia. Basta-nos saber o que a respeito ensina um dos auctores classicos nessa materia.

Segundo TOPINARD, a palavra anthropologia sempre significou o estudo do homem. A principio, comprehendia unicamente o estudo do homem moral; mais tarde o do homem physico. Hoje abrange um e outro.

O citado escriptor define-a: *é o ramo da historia natural que trata do homem e das raças humanas.* A

(26) SPENCER *Justice*, cap. 2.^o

anthropologia e a ethnologia são duas faces diversas do estudo do homem, duas sciencias distinctas, que se auxiliam mutuamente. A primeira occupa-se com o homem e as raças humanas; a segunda com os povos e as tribus, taes como os conhecemos pela geographia e pela historia. A ethnologia divide-se em duas partes: a ethnographia, que é a descripção de cada povo, de seus costumes, religiões, linguas, traços physicos e filiações historicas; e a ethnologia propriamente dita, que estuda esses mesmos assumptos em seu complexo, e com relação a todos os povos ou a muitos delles. A ethnographia é especialmente descriptiva, e tem uma grande parte do seu conteúdo consagrada á estatistica e aos detalhes. A ethnologia procura determinar o papel que as raças humanas desempenham na evolução da humanidade.

Do dominio da anthropologia são a anatomia e a morphologia, os diversos ramos das sciencias medicas, especialmente a physiologia, a psychologia normal e morbida.

Na accepção lata do termo, a anthropologia comprehende a ethnologia. Nesse sentido a anthropologia, póde-se dizer ainda com TOPINARD, tem por objecto o estudo dos caracteres anatomicos, physiologicos, pathologicos, ethnicos, linguisticos, historicos e archeologicos.

O conhecimento desses diversos caracteres presta ao direito tres especies de subsidios.

Em primeiro lugar, *para a formação de certas leis* é necessario o conhecimento de certos caracteres anthropologicos. O direito positivo contem normas que determinam o momento em que o ente humano começa a ser considerado *pessoa*, a idade em que se permite o matrimonio a cada um dos sexos, a idade em que cessa a menoridade, differenças quanto aos direitos e obrigações impostas pela diversidade dos

sexos, da saúde e das edades, prohibições exigidas pelo gráo de parentesco.

Evidentemente não são do dominio do direito os conhecimentos que auctorisam o legislador a estabelecer essas regras. Nada mais faz o legislador do que revestir da fórma e da sancção da *lei* as leis que o physiologista apurou e lhe ministrou.

Em segundo lugar, *para o conhecimento do direito no passado, para o estudo da historia do direito*, são preciosos, senão indispensaveis, os subsidios fornecidos pela anthropologia. Sem os caracteres ethnicos, taes como o cannibalismo, a instituição das castas, o modo de enterrar os mortos, os monumentos, armas, utensilios e instrumentos de trabalho, seria impossivel em muitos casos conhecer a vida de um povo, e consequentemente as suas instituições. Sem os caracteres linguisticos, historicos e archeologicos, de uma nação que existiu em época muito remota, como reconstituir o direito que a regeo?

No excellente livro de LAVELEYE,—*De la Propriété et de ses formes primitives*,—especialmente no capitulo primeiro, deparam-se nos abundantes exemplos da contribuição dos estudos anthropologicos para o conhecimento do direito no passado.

Finalmente, *para a applicação do direito positivo* ainda precisamos a cada passo dos subsidios da anthropologia.

Deixando de mencionar o valioso concurso da anthropometria para o descobrimento das reincidencias em materia criminal, basta-nos attentar nos esclarecimentos ministrados pela medicina legal, propriamente dita, aos que applicam as leis civis, ou as criminaes. Sem a intervenção da medicina legal, como poderia o juiz bem julgar nos casos duvidosos de gravidez,

ou de nascimento, nos delictos contra o pudor, a saude, e a vida, quando se trata de averiguar a aptidão para procrear, ou quando é mister o exame do estado mental do individuo, para o fim de o sequestrar, ou isolar, para se lhe decretar a interdicção, para decidir sobre a validade de actos juridicos praticados por individuos suspeitos de alienação mental, ou para apurar a responsabilidade criminal de um réo?

* * *

Não discutiremos a questão de saber qual é, em meio das muitas definições da economia politica, a que mais precisamente determina o objecto definido.

Bem podemos dizer, alterando ligeiramente a definição de LEROY-BEAULIEU, que a economia politica é a sciencia que estuda pela observação as leis a que estão subordinados os phenomenos da producção, circulação, distribuição e consumo das riquezas.

Por essa definição accetamos a classica divisão da sciencia economica em quatro partes—producção, circulação, distribuição e consumo, contra a opinião de alguns economistas como GIDE, o qual só admitte a divisão em producção, repartição e consumo. (27)

A parte da economia politica que se occupa com a producção das riquezas, trata dos tres elementos que concorrem para a realisação desse phenomeno:—a natureza e as diversas forças naturaes, o trabalho e o capital.

O legislador promulga normas juridicas, que regulam o modo de usar das forças naturaes, que garantem a liberdade nos contractos que têm por objecto o trabalho, ou que restringem a vontade do ho-

(27) *Principes d'Economie Politique*, pag. 14.

mem nesses contractos, e que dizem respeito á aquisição, conservação e emprego dos capitaes, ou consagrando a plena liberdade, como querem muitos economistas, ou cerceando a vontade dos individuos, como querem outros.

Na parte da sciencia economica denominada—circulação das riquezas—estudam-se assumptos como estes: a permuta, o valôr, a moeda, o credito, os bancos, o commercio—interior e exterior, as crises commerciaes.

Cada uma dessas materias é egualmente objecto do direito. Consequentemente, sem o conhecimento das leis economicas não poderia o jurista formular as regras de direito que devem regular os direitos e obrigações no que toca a esses factos.

A repartição das riquezas é o capitulo em que se procura conhecer a origem e o fundamento da propriedade, a legitimidade da herança, a utilidade da grande ou pequena propriedade, a parte do capital na distribuição da riqueza, a parte do empresario e a do operario, as vantagens das associações de operarios, e tantos outros assumptos de palpitante actualidade.

Ainda aqui como poderia o legislador promulgar leis que satisfizessem as necessidades sociaes sem os ensinamentos da sciencia economica?

Finalmente, no capitulo—o consumo das riquezas estuda-se o luxo, a economia, o pauperismo e a influencia da caridade.

Sobre cada um desses phenomenos economicos, causas de relações juridicas, só podemos estabelecer regras de direito que não tenham os defeitos das produções empiricas—conhecendo previamente o que ensina a economia politica.

É' principalmente no direito commercial que se nos manifesta com clareza o subsidio prestado pela sciencia economica para a formação das normas juridicas.

Mas, em que consiste esse subsidio?

A missão do legislador se limita a dar o enyolucro, a fórmula da *regra de direito*, ás leis economicas, a garantil-as com a sancção de que dispõe o Estado, ou deve elle empregar os meios de que póde utilisar-se para influir, modificando o curso dos factos economicos, corrigindo a acção dos factores naturaes?

É' essa a magna e incandescente questão, tão controvertida entre os adeptos da escola classica, liberal, ou orthodoxa, de um lado, e os sectarios das theorias socialistas, revolucionarias ou conservadoras, do outro.

Entendem os primeiros que não podemos modificar as leis naturaes a que estão sujeitos os factos economicos, e que não colheriamos proveito algum, se pudessemos alterar e alterassemos essas leis, porquanto ellas são as melhores que é possivel conceber. (28) Tal é a theoria de BASTIAT, LEROY-BEAULIEU, MOLINARI, e tantos e tantos outros.

A intervenção do legislador se reduz a um *minimum* indispensavel para garantir a segurança dos individuos. O papel do legislador que quer manter a ordem social e favorecer o progresso cifra-se em desenvolver as iniciativas individuaes. (29)

A escola classica quer a conservação da propriedade, tal como tem sido juridicamente organizada, a manutenção da liberdade nas relações entre o proletariado e o capitalismo, da herança *ab-intestato*, das leis que permittem o luxo, das restricções que o Estado

(28) Charles Gide, obra citada, pag. 24.

(29) Gide, *ibidem*.

se tem imposto em tudo o que concerne á producção dos phenomenos economicos.

Os socialistas de diversos matizes querem, pelo contrario, que o Estado intervenha, modificando o curso dos factos economicos, supprimindo a propriedade individual, segundo alguns, reduzindo-a, ou cerceando-a, segundo outros. A organização das sociedades actuaes se lhes afigura eivada de vicios, que, se não forem eliminados pela acção legislativa, produzirão a decadencia e a morte dessas collectividades.

Elles não negam a existencia das leis naturaes a que as agremiações humanas estão subordinadas. Affirmam que essas leis não querem dizer immutabilidade, mas, sim, transformação, evolução. E a evolução consiste neste caso na passagem da organização liberal da propriedade para a delineada pelo socialismo, dependendo o typo desta organização do ideal de cada sub-escola.

Na opinião dos socialistas de diversos matizes, o legislador deve conhecer o modo como se têm reproduzido os phenomenos da producção, circulação, distribuição e consumo das riquezas, para modificar o curso desses phenomenos, corrigindo-os, suavizando-os, de conformidade com o principio da egualdade.

Com qual das duas escolas antagonicas está a verdade?

Se o legislador devesse preoccupar-se unicamente com o aspecto economico da sociedade, com o desenvolvimento da riqueza, certo que lhe cumpriria abster-se de legislar sobre os factos de ordem economica, para o fim de lhes modificar a direcção. Mas, a producção e o augmento da riqueza não são fins; são meios para a obtenção de fins mais elevados. «A riqueza, diz VON SYBEL, não tem em si mesma valor algum; adquire

valor sómente enquanto satisfaz as necessidades do homem; conseguil-a é para nós um meio de alcançar mais altos escopos. Quando a producção da riqueza contraria esses escopos mais nobres, as leis economicas não deixam por isso de ser a expressão da verdade, mas devem submeter-se a leis superiores, e a sociedade e o Estado têm não só o direito, como o dever, de exigir de todos os individuos que se conformem com essa submissão, obrigando-os em caso de necessidade (30)».

A escola socialista evolucionista tem razão, quando ensina que o legislador precisa dos subsidios da sciencia economica, deve conhecer-lhes ás leis, mas não para lhes dar indistinctamente a fórma juridica e a sancção do Estado.

Na complexa e delicadissima operação de procurar a formula que traduza o equilibrio, o justo accordo, dos interesses, dos elementos sociaes em jogo, reside uma das maiores difficuldades da sciencia e da arte da formação das leis.

Indubitavelmente não se conformariam com a idéa de justiça as regras de direito tendentes a facilitar a expansão da riqueza, desde que esse desenvolvimento economico só aproveitasse a uma pequena parte da sociedade.

Por outro lado, não garantiriam as condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, e, pois, não seriam juridicas, no rigoroso sentido do termo, as normas que resguardassem o principio da liberdade e a iniciativa individual, desde que taes normas tolhessem a expansão economica, incontestavel condição de desenvolvimento individual e social.

(30) Citado por PUGLIA, *Il Diritto nella Vita Economica*, pag. 56.

Sem o prévio conhecimento da sciencia económica não é possível legislar sobre um grande numero de relações de ordem juridica; mas, nem sempre a missão do legislador se reduz a verter no direito as leis economicas em toda a sua pureza.

* * *

Difficilmente se encontrarão dois escriptores que tenham a mesma noção da *politica*.

Na Allemanha, como observa HOLTZENDORFF, não ha dois compendios em que se nos deparem as mesmas idéas sobre o objecto da politica.

Apenas estão accordes muitos auctores em admitir que a politica é *sciencia e arte*.

A principio, na infancia dos Estados, a politica é apenas uma arte, o que tambem se verifica com a moral e o direito (31). Mas, á proporção que se vão accumulando as observações dos factos politicos, que a historia se vae tornando um repositorio de factos sufficiente para ministrar base ás generalisações da sciencia, a politica vae assumindo um character scientifico.

Arte, a politica nos dá uma nova criação de ordem social, de utilidade publica, o melhoramento das instituições, ùma victoria sobre o inimigo. Sciencia, a politica procura conhecer as leis a que estão sujeitos os phenomenos politicos (32).

Quaes são esses phenomenos? Como se distinguem dos demais phenomenos sociaes? Qual é o objecto, o dominio da politica?

HOLTZENDORFF, NOS SEUS *Principios de Politica* (33), reduz as principaes theorias a respeito a dois grupos.

(31) BLUNTSCHLI, *La Politique*, cap. 1.º, trad. de Riedmatten.

(32) BLUNTSCHLI, *ibidem*.

(33) Cap. 1.º, trad. do Sr. Souza Bandeira.

No primeiro inclúe as dos escriptores que definem a politica—*a theoria da vida social e de suas transformações, em opposição á jurisprudencia, que é a theoria da sociedade no estado de repouso.* No segundo estão as que ensinam ser a politica—*a sciencia que estuda os meios adoptaveis para se conseguirem os fins do Estado.*

Os termos em que é dada a primeira definição seriam accetaveis, se de facto pudessemos dividir todos os phenomenos sociaes em duas classes, e incluir em uma todos os phenomenos de ordem dinamica e em outra todos os de ordem estatica. Nesse caso os da primeira classe constituiriam o objecto do estudo da politica, e os da segunda o do estudo da jurisprudencia.

Mas, ha factos sociaes de ordem estatica que escapam do dominio do direito, e taes são os que fazem o objecto da moral social, por exemplo. Por outro lado, certas subdivisões da sciencia do direito presuppõem necessariamente a actividade, o movimento, e, pois, pertencem á ordem dos factos dynamicos. Taes são o direito processual e o administrativo (34).

Demais, a historia do direito se confundiria com a historia da politica, porquanto uma e outra se occupam com a sociedade em movimento.

A segunda definição não tem os requisitos de uma definição scientifica. Para que o fosse, seria necessario que nos indicasse os factos cujas leis a politica estuda. Toda sciencia tem por fim o conhecimento das leis que regem uma determinada classe de phenòmenos.

Posto que vaga em seus termos, a definição de FUNCK-BRENTANO aproxima-se mais do que deve ser uma definição accetavel 'da politica. Diz FUNCK-

(34) HOLTZENDORFF, *ibidem*.

BRENTANO que a sciencia da politica estuda os factos, assignala-lhes as consequencias, e formula-lhes as leis quanto possivel (35).

Não nos explica a definição reproduzida quaes os caracteres dos factos investigados pela politica. E' o que só se póde conhecer pela leitura dos diversos capitulos da obra de BLUNTSCHLI, ou da de FUNCK-BRENTANO, ou da de BERGERET (36). São factos do dominio da politica todos aquelles em cuja producção é dado intervir aos poderes publicos—legislativo e executivo, para o fim de os modificarem em beneficio da sociedade.

Foi obedecendo a essa corrente de idéas que SCHAFFLE definiu a politica como arte, dizendo que é a arte de guiar todas as tendencias sociaes divergentes, imprimindo-lhes novas direcções communs e medias, com a minima resistencia collectiva e a minima perda de forças (37)

Na politica de todo estadista digno desse «*bello nome*», ao lado de um conjuncto de vistas sobre as necessidades sociaes em geral, ha sempre uma idéa predominante, um principio director, uma feição característica. O ideal de GUIZOT era a politica doutrinaria ou do *justo* meio, o de EMILIO OLLIVIER o imperio liberal, o de GLADSTONE fazer da Inglaterra a espectadora desinteressada do equilibrio europeu, o de CAVOUR e BISMARCK a unidade das respectivas nações, o de FALLOUX o clericalismo, o de THIERS o scepticismo politico e social, o de ROUHER a paixão pelos gosos materiaes, o de GAMBETTA a democracia (38).

(35) *La Politique*, pag. 48.

(36) *Structura e Vita del Corpo Sociale*, vol. 1.º, parte geral, cap. 5.º

(37) *Principes de Politique*.

(38) DE CASTELLANE, *Les Hommes d'État Français du XIX Siècle*, prefacio.

Se as qualidades pessoas do estadista valem muito, não se póde negar a utilidade do conhecimento da historia como base de inducções politicas. A preconizada e indiscutivel vantagem da experiencia dos negocios publicos não é outra cousa senão a *sciencia* dos factos e das leis a que estão sujeitos.

Em grande parte os desastres das nações são devidos á ausencia desses conhecimentos.

A consequencia logica da admissão da politica no quadro das sciencias sociaes é a necessidade de confiar as funcções politicas unicamente aos competentes, a uma classe de *homens privilegiados pelos meritos pessoais* (39).

A missão do politico consiste em averiguar: 1.º se a instituição, a reforma, o acto que pretende realisar, se conforma com os principios; 2.º se é opportuno; 3.º quaes os meios technicos que devem ser empregados para a conversão da idéa em realidade concreta (40).

A politica está subordinada aos principios da moral e do direito, subordinação aliás evidente para quem acceita as noções que vimos expondo desde o começo deste artigo. Não se comprehende que ao politico seja permittida a realisação de concepções contrarias ás diciplinas que nos ensinam as condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade.

Se se trata da creação de intuições, ou da reforma das já existentes, aos principios philosophicos da ethica e da jurisprudencia importa que recorramos para termos o criterio por meio do qual distinguiremos as idéas politicas acceitaveis das que devemos condemnar e repellir.

(39) NOVICO, *Conscience et Volonté Sociales*, pag. 61.

(40) HOLTZENDORFF, cap. 3.º

Se se trata de outros actos politicos, cumpre verificar se se conformam com as leis positivas.

Sob esse aspecto a politica está sujeita ao direito.

Mas, por seu termo o direito depende da politica, que, interpretando as necessidades e utilidades sociaes, converte o direito ideal em direito positivo. Compete á politica inquirir se a concepção de um novo instituto juridico, ou da reforma de uma instituição existente, se ajusta com os principios dados pela philosophia do direito, para depois estudar a opportunidade e os meios technicos de realisar a idéa.

Não se deve dizer que o direito está comprehendido na politica, ou é uma parte desta sciencia. Como bem pondera HOLTZENDORFF, o direito só póde ser considerado assumpto de estudo politico, quando se examina, não o seu valor intrinseco, mas a sua influencia real na vida. (41) Neste sentido, a guerra, o imposto, o trabalho, a reüigião, idéas e interesses extranhos á politica quanto aos principios e regras a que obedecem, são assumptos de ordem politica quando examinados sob o aspecto da influencia que exercem nelles os homens de Estado, modificando-os em beneficio da sociedade.

Dr. Pedro Lessa.

(41) Principios de Politica, cap. 1.º

BIBLIOGRAPHIA

Manual da Sciencia das Finanças pelo DR. JOÃO PEDRO DA VEIGA FILHO—Lente
Cathedratico da Faculdade de Direito de S. Paulo, 1898. 1 vol. in-8.º 322 pag.
Typ. Comp. Industrial.

O nosso collega Dr. Veiga Filho enviou-nos um exemplar do seu livro *Manual da Sciencia das Finanças* que tão brilhantemente foi recebido pela imprensa do paiz e do extran-

Agradecendo a offerta e julgando melhor apreciar o livro do nosso collega ao qual nos prendem relações de particular estima, em seguida transcrevemos o que acerca desse livro escreveu, na *Revista Juridica y Ciencias Sociales*, de Buenos Ayres, o eminente publicista platino, Dr. Ernesto Quesada:

Acaba de llegar al Rio de la Plata este notable libro, escrito por un financista paulistano: es el resultado de su enseñanza en la Facultad de Derecho de la ciudad de São Paulo, conocida por haber sido siempre el albergue de la juventud académica más avanzada en ideas y más notable por el grupo de hombres intelectuales que ha producido.

En aquella Facultad no predomina *clique* académica alguna, por manera que el nivel intelectual del cuerpo de profesores es elevado, ya que existe cierto orgullo paulistano en reunir el núcleo más brillante y competente: el favoritismo y las recomendaciones están excluidos por completo. De ahí que la juventud brasilera acuda á São Paulo con entusiasmo, pues sabe que la enseñanza no será al estilo de las antiguas escuelas de aldea, por bolillas y respuestas imitadas del catecismo, sino que cada profesor estudia con amor su especialidad, la expone con calor y color, encontrándose al corriente del movimiento jurídico contemporáneo en las demás partes

del mundo. Este rasgo característico de aquella Facultad, honra á São Paulo y al Brasil, y no tardará en ejercer verdadera influencia sobre los países vecinos, atrayendo la juventud universitaria, siquiera sea en cursos de perfeccionamiento; como sucede con ciertas universidades de Alemania, que se ven frecuentadas por estudiantes extranjeros, ó por jóvenes graduados de las naciones limítrofes, que concurren á oír exponer tal ó cual materia á determinadas notabilidades. No son, efectivamente, ni las ciudades más populosas ni los centros más importantes los que, por esa sola razón, conquistan el predominio en el mundo académico; sino aquellos lugares que, por insignificantes que sean como población, elevan el nivel intelectual de la enseñanza, la dignifican, honran tan sólo al mérito, y alejan hasta la sombra de la sospecha de que, para figurar en el elenco de profesores, se necesite pasar por las horcas caudinas de camarillas gobernadas por mediocridades ó por figurones de oropel. São Paulo está en camino de convertirse en la Göttingen sudamericana: sólo aplausos merece esa tendencia.

El libro del Prof. Veiga tiene la particularidad de no ser un simple texto universitario, de ese triste número de los que sirven como expositores de segunda mano, que son confeccionados *pro pane lucrando*; sino que es el resultado de la investigación científica entusiasta de un jóven catedrático que, á la par de los libros de Europa, estudia lo que pasa en su patria y en el resto de América, y tiene en cuenta lo que en este continente se publica, sobre todo en el Rio de la Plata. Merece, pues, que nuestros financistas y nuestra juventud académica conozcan la actividad profesional de aquel brasilero distinguido, y puedan tomar en cuenta muchas observaciones, por aqual hechas con agudo espíritu crítico, sobre la gestión práctica de nuestros *financial doctors*, que suelen proclamar fantásticos *superarits*, con el ingenuo sistema de pasar á «gastos extraordinarios» (sin los recursos *idem*) todo lo que desequilibra el presupuesto ordinario; sobre la alquimia doctrinaria de algunos de nuestros financistas de la cátedra ó del parlamento, que pretenden á las veces justificarlo todo, con simples prestidigitaciones de cifras; y sobre el juego malabar del *gaucho banking* de muchos de nuestros gobiernos, que han confiado al papel moneda la bíblica misión de «multiplicar los panes». El Dr. Veiga, al tratar estas materias quisquillosas, que estudia con el natural interés del lindero, es de una exquisita cortesía: se desliza, aparenta no poner punto alguno

sobre as ies, pero, à *bon entendeur, salut*. Debemos agradecer esa fineza, y conviene aprovechar de lo acertado de sus observaciones.

El autor es un abogado joven. En 1884 publicaba su primer opúsculo; *Preliminares do direito commercial*, que era simplemente un estudio académico. Al año siguiente, dió á luz un curioso libro: *O voto e a eleição*, hoy difícil de encontrar, por haberse agotado la edición. En 1888, como abogado, escribió, sobre una cuestión que preocupaba al comercio paulistano, su exposición: *Armuxens alfandegados*. Y em 1892 dirigió la *Synopse commercial de São Paulo*.

La tendencia manifiesta en sus estudios, que parecían concentrarse en los ramos de la ciencia de las finanzas, le abrió las puertas de la Facultad de Derecho de São Paulo: em 1893 se presentó al concurso para optar al puesto de catedrático substituto de la cuarta sección. Su tesis, titulada *O proteccionismo*, desarrolla vigorosa y luminosamente la faz actual de aquella doctrina económica estudiando sus efectos en las principales naciones contemporáneas. Era profesor titular de la cátedra de «ciencia de las finanzas y contabilidad del estado», el doctor José L. de Almeida Nogueira: el éxito de la disertación de Veiga fué tal, que se le nombró profesor suplente de aquel catedrático. Al año siguiente le tocó entrar en funciones, dictando el curso de la tercera cátedra del tercer año: su programa, aprobado por la corporación académica, corre impreso en un opúsculo interesante, porque demuestra la estricta metodología del profesor, que ha sabido presentar un verdadero cuadro sinóptico de aquella ciencia, y no reproducir simplemente el índice de algún manual europeo, más ó menos conocido.

Sin apartarse de sus tareas universitarias, en 1896, en su calidad de secretario de la Bolsa, presentó á la asociación comercial de São Paulo un nutrido *Relatorio* estadístico del movimiento de 1895, estudiando en sus 206 páginas todos los fenómenos económicos de la plaza. Bastará recordar el lema que puso al frente de ese libro: «*La cote de la Bourse, c'est le langage chiffré des événements*», para darse cuenta de la importancia de trabajo semejante. Al mismo tiempo, publicó su notabilísimo *Estudio económico e financeiro sobre o Estado de São Paulo*, dedicado al conocido político paulistano, doctor Campos, entonces gobernador del estado. En esa monografía, que agota la materia, estudia la riqueza pública de aquel es-

tado; sus finanzas, cómo han sido, cómo son, y cómo deben ser; la organización del trabajo agrícola; el régimen ferrocarrilero; y las perturbaciones económicas, deteniéndose en desarrollar una sugerente teoría de las crisis en general, aplicándola á la crisis paulistana, y analizando la conducta del gobierno y de los bancos.

Esa monografía bastaba para dar al catedrático una autoridad indiscutible en la materia. La fama de su curso universitario no trascendía, sin embargo, de la juventud académica. Pero, en virtud de sus trabajos mencionados, el público tributábale ya un justo y merecido respeto, gallardamente conquistado, debe decirse, con su labor tenaz y su ciencia profunda. Pues bien, lo que le colocó en primera fila, fué otra monografía por él publicada em aquel mismo año de 1896, en la *Revista da Faculdade de Direito* (vol. IV); nos referimos á su *Monografía sobre tarifas aduaneiras*. No tiene sinó 70 páginas; pero la síntesis y el método son tan completos y claros, que ese precioso estudio es un modelo.

Mientras tanto, infatigable en la tarea, el autor preparaba la publicación de su curso universitario, profesado durante cinco años. Ese es el libro que ha motivado la presente noticia bibliográfica, y, si hemos entrado en los antecedentes referidos, ha sido para que nuestro público académico se convenza que se encuentra en presencia de un autor respetable y respetado; que no se trata de um trabajo de encargo, de mérito dudoso, y que arranca elogios complacientes á la amistad ó á la indiferencia.

El Pof. Veiga se revela en ese libro no como el Leroy-Beaulieu brasileiro, sinó como el Wagner paulistano; y cuidado que es elogio. Su libro, despues de estudiar en dos capítulos *las generalidades*, dedica cinco detenidos al estudio de *la renta pública*, y dos nutridos á *los gastos públicos*. En seguida, en tres otros, trata *del presupuesto*, y concluye dedicando los cinco últimos capítulos al *crédito público*. El criterio predominante de su libro es el de la economía nacional; tiene siempre en vista á su patria, sus particularidades hacendarias y sus fenómenos comerciales; dedica á la hacienda pública del Brasil no sólo un estudio crítico, sinó histórico, analizándola en el régimen colonial, en el imperial y el republicano, siguiéndola en la esfera federal, provincial y municipal. El régimen bancario y el bursátil le merecen especial dedicación. La crisis monetaria brasileira la estudia comparandola especial-

mente con las crisis argentina, chilena, japonesa y norte americana.

El autor apoya su opinión en columnas cerradas de citas, que demuestran que está al corriente del novísimo movimiento científico de Europa, y de lo que se publica na América. Lástima es que la ciencia alemana no le sea conocida directamente: se nota su influencia al través de las referencias, un tanto anticuadas, de los publicistas franceses, ó algo deficientes, de los escritores italianos.

Cuando se estudia una obra tan profunda como el *System der Volkswirtschaft*, del Prof. W. Roscher, se explica la influencia profunda que semejante enseñanza ejerce. No son esos libros simples versiones taquigráficas de conferencias de clase, en las que un profesor, más ó menos indiferente, se contenta con repetir el último libro que ha leído, ó dar cuenta de las opiniones de los demás sin arriesgar la propia: son, por el contrario, el fruto de largos años de enseñanza, de un estudio analítico admirable en las fuentes de primera mano, de la meditación paciente y absorbida por el fervoroso culto de la ciencia. Hay que estudiar la soberbia historia de las ciencias alemanas—*Geschichte der Wissenschaften in Deutschland*—que la Academia de Munich viene publicando hace años, para darse cuenta de la conciencia y de la profundidad con que allí se cultivam las ciencias y se practica el profesorado. La ciencia de las finanzas, por más contemperánea que sea, no por eso ha sido tratada con menos escrupulosidad ó enseñada con menor empeño. El tratado del Prof. A. Wagner: *Finanzwissenschaft*, es un modelo, no superado aún en los demás países.

El Prof. Veiga no parece haber practicado esos libros, por lo menos no los cita; pero es curiosa la analogía de alguna de sus ideas y la tendencia de su enseñanza, con las que contienen aquellas obras. El dia que el Dr. da Veiga pueda empaparse en las obras magistrales de los grandes publicistas alemanes, su espíritu, naturalmente inclinado á la tendencia predominante en esta materia en el sentido de nacionalizar la economía política, se convertiria de lleno á las doctrinas de los profesores germánicos, por más que sea menester acatar sólo *cum grano salis* las exageraciones de los «socialistas de la cátedra». Pero es siempre importante estudiar las doctrinas de los que vivem en países cuyo patrimonio público da entradas suficientes para servir holgadamente

la deuda pública, sin pedir un céntimo á los contribuyentes !

Un reproche, quizá, tendríamos que hacer al Prof. Veiga. Sus referencias á hechos y opiniones norteamericanas parecen de reflejo, por intermedio de las publicaciones francesas de segunda mano, que acostumbra dar á conocer lo que se piensa en el extranjero cuando en el país de origen la opinión ha tomado ya distinta tendencia. Las investigaciones especiales de las autoridades yankées, sobre los impuestos, las tarifas, y los presupuestos de los diversos países, contienen materiales de importancia. Pero ni libros tan conocidos como el de Wells, *Recent economic changes*, ó el de White, *Money and banking illustrated by american history*, hemos encontrado que sean familiares al profesor brasileiro. Conviene emanciparse de la influencia exclusiva y excluyente de los libros franceses: bien está que se les estudie en primera línea; pero, á la vez, es menester no descuidar los alemanes ó los ingleses. Y lo mismo podría decirse del movimiento italiano, que, justamente en materia de finanzas, ha producido en la última época obras notables: el solo nombre del Prof. Boccardo y su *Biblioteca dell'economista*, exime de entrar en mayores detalles.

El Prof. Veiga se distingue por su empeño en ponerse al corriente del movimiento mundial relativo al ramo que enseña: por eso dá placer leer su libro, como causa estupor seguir en otros países las discusiones técnicas sobre asuntos financieros; así, en Chile, con motivo de su actual crisis económica, diarios y revistas vienen llenos de estudios de carácter tan elemental, discutiendo con tan inexplicable gravedad cosas ha tiempo resueltas en otros países, que ello demuestra que los coge de sorpresa una materia en la cual no se puede improvisar y menos mariscalear.

En este sentido, es absoluto el contraste entre esa avalancha de escritos chilenos, y los que se leen de procedencia brasileira, entre los cuales se destaca el libro del joven y erudito profesor de São Paulo.

No podríamos aquí, sin salir de los límites de una modesta noticia bibliográfica, ocuparnos de los financistas brasileiros, algunos de los cuales han completado su actividad á las discusiones del presupuesto en la cámara, pero produciendo con ese motivo verdaderos libros, como el monumental discurso del doctor Serzedello Correa, pronunciado en septiembre

de 1896. El baron do Rosario tiene un largo trabajo: *Estudo da legislação comparada sobre o orçamento*; Amaro Cavalcanti, su *Reforma monetaria*, sus *Elementos de Finanças*; Ruy Barbosa, sus *Discursos escriptos*; Castro Correia, su *Historia financeira e orçamentaria do Brazil*; Claudio da Silva, su *Monographia sobre a Bolsa*, Baptista de Oliveira, su *Systema financial do Brazil*; Pereira de Barros, su *Direito financeiro do Brazil*. Habría, sobre todo, que recurrir á los diarios de sesiones de los parlamentos, y á los *Relatorios* ministeriales, para avalorar los trabajos que sobre finanzas existen en el país vecino; entre sus financistas más notables han descollado: el vizconde de Itaboraahy, el de Inhomirim, Belisario de Souza, Affonso Celso,—el padre, no nuestro viejo y simpático conocido Affonso Celso Junior, que visitó esta capital em 1882: tan lleno de «laivos da mocidade», pero que se ha condenado después á enigmático silencio, contentándose quizá con la «magna quies» del hogar feliz;—Ruy Barbosa, Lourenço de Albuquerque, Leite Oiticica, el citado Serzedello Correa, y Joaquim Murтинho. Pero, penetrar en el caos de las publicaciones oficiales, sería arrojarse á nadar en pleno océano.

En la nomenclatura anterior, puede que falten muchos y que sobren algunos; pero preferimos dejar al lector la tarea, á veces amarga, de discutir el evangélico *sint aut sunt, vel non sint*.

Lo dicho basta para llamar la atención sobre el movimiento científico brasileiro, en materia de finanzas, y sobre el notable libro del profesor paulistano, que más de uno de nuestros publicistas podría consultar con fruto y aprovechar con ventaja, siquiera para permitirnos diagnosticar con precisión la pasada epidemia de «curanderismo económico», que provocó la última crisis, é impedir su repetición en la próxima. que quiera Dios esté bien lejana; pero que, desgraciadamente, se producirá cuando principiemos el descenso de la curva económica cuya línea ascendente volvemos á retomar, siguiendo la ley fatal de las crisis decenales. Tributemos, pues, un justo aplauso al doctor João Pedro da Veiga Filho, y, al recomendar su *Manual da sciencia das finanças*, hagámos votos porque su actividad profesional no descansa, y podámos pronto leer, con el profundo interés que este libro nos ha despertado, una nueva producción del eminente escritor brasileiro.

Ernesto Quesada.

ENCADERNADO
NA
OFICINA DA
BIBLIOTECA
DA
FACULDADE
DE DIREITO



ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).