

DIREITO JUDICIARIO

Prelecções do Exmo. Snr. Dr. Francisco Morato, lente cathedratico na Faculdade de Direito de São Paulo.

(Sem responsabilidade da Illustrada Cadeira)

Meus Senhores,

Estudavamos a posição encyclopedica do Direito Judiciario, quer dizer, a sua classificação no quadro geral das sciencias juridicas. Vimos que elle faz parte do Direito Publico interno e que esta classificação se funda em principios, razões tão manifestas, tão palpaveis que alguns autores, entre elles o grande Sardo, affirmam que para se contestar a verdade desta theoria, seria preciso não ter noção exacta e nitida do que seja Direito Publico e do que seja Direito Privado.

Varias razões ou caracteristicos demonstram esta. Era o que tinhamos começado a enumerar quando fomos interrompidos pela hora.

A primeira é a da certeza e segurança da protecção social á relação juridica, protecção e segurança que se não podem objectivar senão por meio de orgãos do poder publico porque, se deixassemos entregue a administração da justiça á propria vontade individual, á propria reacção da pessoa, evidentemente acabariamos com a ordem social, estabelecendo o chãos nas relações sociais. Além disso, só o poder publico é que é capaz de dirigir de um modo constante, efficaz, de um modo uniforme, o direito nas suas manifestações ou no mundo phenomenal. Evidentemente, a sciencia que trata desta applicação, a disciplina que versa sobre este assumpto ha de ser por força, uma bipartição do Direito Publico interno, e não

do Direito Privado.

Além disso - é a segunda razão -, o processo, a demanda, é um estorvo economico: as questões judiciais produzem um abalo social contrario á livre circulação da riqueza e expansão da actividade individual, pelo que o poder publico, que tem obrigação de zelar da harmonia e do desenvolvimento pacifico da sociedade, que tem de zelar do que se chama o estado hygido do Direito, naturalmente tem o interesse directo e preponderante em remover esse obstaculo, de reduzir esses embaraços ás relações economicas, por meio das leis processuaes, que tendem a esse fim. Dahi se conclue que o Direito Judicial é uma parte componente do Direito Publico interno.

Mais ainda: ao Estado é que incumbe o custeamento dos orgãos do Poder Judiciario; o Estado é que paga os vencimentos dos orgãos judicantes e até dos orgãos auxiliares, dos orgãos de administração. E se o Estado é que paga o custeio desse aparelhamento judiciario, evidentemente é porque elle pertence ao Direito Publico e não ao Direito Privado. Para que fosse uma cousa do interesse immediato e directo do cidadão, a este caberia prover a esses dispendios.

Outra razão está no principio de que as leis processuaes não podem ser mudadas pela vontade das partes, e aquillo que não pode ser mudado pela vontade das partes, é necessariamente de Direito Publico. Os senhores conhecem o principio que já vinha do Direito Romano: o Direito Publico é o que não pode ser mudado pela vontade das partes. E como as leis processuaes não podem ser alteradas pelos litigantes, evidentemente essas leis participam da natureza de lei publica.

Não se illudam aquelles que imaginam collidir com

este principio a razão de podorem as partes muitas vezes eleger este ou aquelle processo, escolher este ou aquelle modo para as acções que põem em juizo. O Reg. 737 diz expressamente que as partes pódem dispôr nos seus contractos que quaesquer duvidas que entre ellas surgam se resolvem por meio de acção summaria. Mas esta faculdade, esta eleição, prova exactamente a these que estamos fundamentando, porque, se as partes elegem este ou aquelle processo, as partes não podem alterar o formalismo desse processo. Se as partes elegem a forma summaria para resolver uma pendencia qualquer, são ellas obrigadas a seguir essa acção summaria em todo o seu ritualismo, o seu formalismo juridico. Consequentemente, ainda este exemplo vem a ponto de fundamentar a exactidão da these de que as leis processuaes são de Direito Publico.

Quanto ás relações do Direito Judiciario com outros ramos das sciencias juridicas, com outros ramos da jurisprudencia, isto é um principio unicamente apoditico, e evidentemente porque, se o Direito Judiciario faz parte do quadro geral da jurisprudencia, evidentemente ha de ter relações de intimidade com todas as ramificações, com todas as disciplinas, com todos os rebentos desse grande quadro. Do contrario, não haveria a syntehse, não haveria o aspecto desta unidade que forma a jurisprudencia.

Relação

Cicero dizia muito bem que omnes artes quae ad humanitatem pertinent habent quoddam commune vinculum et quasi cognatione quadam inter se continentur.

Todas as sciencias estão, mais ou menos entrelaçadas, e conforme o entrelaçamento se alarga ou se aperta, se afasta ou se approxima, dahi vêm as grandes classificações segundo os principios philosophicos. No quadro geral do Di-

reito ha relações entre todas as dependencias, entre todas as disciplinas juridicas. Essas relações se fazem sentir um pouco mais intensas, um pouco mais visiveis, ora num departamento que em outro, ora neste, ora naquelle.

O Direito Judiciario tem relações intimas com todas as outras dependencias da jurisprudencia, mas mais directamente com algumas dellas: por exemplo, a Phylosophia do Direito, o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito Commercial, o Direito Internacional, a Economia Politica, a Medicina Publica e a Estatistica.

Com o Direito Philosophico, com a Philosophia do Direito, com o Direito Natural:- Por uma razão: é que o Direito Natural tem as regras absolutas que dominam todas as legislações. Ao lado do direito singular, do direito positivo, das instituições e regras peculiares a cada povo, resultantes do meio ambiente, das influencias mesologicas, ditadas pelo genio, pelas tendencias, de cada nacionalidade, nós encontramos um conjuncto de maximas, de principios superiores, principios estranhos ás circumstancias de tempo e de espaço, principios ditados pela razão universal, principios que formam a summula do Direito Natural e que animam a todas as legislações. Se o direito philosophico, se a Phylosophia do Direito não é mais do que a summula dos principios ethicos que animam a todas as legislações, que preside a todos os textos, evidentemente a Philosophia do Direito, não só como resumo dos principios ethicos, senão tambem como methodo de operação para o estudo do direito, a Philosophia do Direito tem uma relação de absoluta necessidade, de uma intimidade proxima, quasi que se confunde com os outros ramos do direito porque é uma sciencia que preside ao direito em todos os seus departamentos.

tamentos.

Quanto ao Direito Constitucional:- As relações são também de grande intimidade por uma razão muito simples: é que a Constituição, como os senhores sabem, constitue o Código fundamental não sómente dos direitos publicos, senão também dos direitos civis do cidadão; e é na Constituição que nós vamos encontrar o arcabouço da organização social; é ali que encontramos a enumeração dos direitos capitais do homem e do cidadão; é alli que encontramos os lineamentos da propria organização judiciaria e do direito processual. Consequente-mente, o Direito Judiciario vai assentar suas bases, suas regras, directamente no Direito Constitucional.

Quanto ao Direito Civil, Commercial e Criminal:- Se o Direito Judiciario não é mais que a effectivação dos outros ramos do direito e particularmente destes, a sua approximação com estas sciencias ha de ser mais pronunciada que com os ramos afastados do quadro geral da jurisprudencia.

Com o Direito Internacional:- Nós observamos estas relações quando tratamos, por exemplo, da execução de rogatorias, do exame e homologação de sentenças estrangeiras: é uma autoridade que pede uma execução de uma ordem neste paiz. O Direito Judiciario está se entrelaçando com o Direito Internacional para conhecer como deve cumprir esta e para que effectos. Ao mesmo tempo, a interpenetração das sociedades e a theoria do estatuto real e estatuto pessoal fazem com que não seja possivel, na ordem judiciaria, um advogado cumprir o seu myster sem conhecer as regras do Direito Internacional comparado com os principios do Direito Judiciario.

Com a Medicina Publica:- A mesma cousa: quer se discuta ta uma questão de impedimento de casamento, quer se discuta

caso em que a viuva se acha de esperanças, e é preciso nomear um curador ao vente, é evidentemente a medicina que resolve o caso.

Com a estatística:- A estatística não é simplesmente a sciencia das quantidades determinadas, das quantidades numericas, senão principalmente das quantidades systematizadas, de maneira que essa disciplina, que hoje tem tomado uma grande expansão no direito moderno em todas as ordens do conhecimento, representa um elemento substancial para o julgamento do facto. É com a estatística que o jurista vai verificar a melhor ou inferior efficacia de um preceito juridico numa hypothese dada, afim de corrigir a deficiencia ou aperfeiçoar a mesma regra.

Assim, os senhores observam, verificam as relações intimas do Direito Judiciario com todos os ramos, com todos os outros departamentos do direito, particularmente com esses e tambem com a Economia Politica, porque, tendo esta por objecto sobretudo o augmento e a circulação da riqueza e concorrendo o processo de modo muito directo para isto, necessariamente ha uma relação intima entre uma e outro.

No Direito Judiciario, por exemplo, quando temos de organizar o quadro dos órgãos judicantes e de estudar o desenvolvimento das acções do mundo forense, sob o ponto de vista dos emolumentos, é na Economia Politica que vamos procurar aquelle principio notavél, aquelle principio informativo segundo o qual devemos tornar a justiça tanto mais barata quanto seja possivel, porque, se de um lado consideramos, em face das leis economicas, que o ideal da justiça seria uma justiça gratuita, nós, considerando os principios philosophicos, as necessidades da vida e sobretudo as lições da Economia Poli-

tica(?), chegamos á conclusão de que a justiça gratuita é uma utopia e, como não devemos fazer leis para não serem leis, devemos abrandar este principio, para prestar justiça retribuída, mas de um modo que ella fique ao alcance de todos.

Na theoria do Direito Judiciario vemos grandes mestres sustentando o principio da gratuidade da justiça, como o grande Bentham; vemos, por outro lado, os vultos eminentes de Bordeaux, na França, e João Mendes Junior, no Brasil, a sustentarem a necessidade dos emolumentos, unicamente para estimular os juizes a tornar mais celeres as acções.

Como ultima these deste capitulo do programma, vem a referente á manifestação do Direito Judiciario na vida pratica, ao influxo dos principios ethicos e das formas organicas da praxe forense.

Ao influxo dos principios ethicos e das formas organicas da praxe forense, diz o programma por uma razão muito simples e que em resumo já apontei aos senhores: é que a pratica e a theoria andam congregadas numa relação inseparavel.

O Direito Judiciario manifesta-se na vida pratica ; não é apenas nesta actuação exterior, não é apenas no desenvolvimento do formalismo, no desenvolvimento dos formularios, mas tambem na applicação dos principios ethicos. Quando pomos em actividade uma relação juridica por meio de um dos remedios judiciais, que se chaman acções, attendemos não apenas á necessidade pratica da operação, mas attendemos tambem ao principio que anima este acto juridico.

Fizémos ver aos senhores que não é possivel separar a pratica da theoria: podemos distinguir uma cousa de outra, mas nunca fazer uma separação. A intelligencia, dissómos, tem duas modalidades relativamente á verdade: ou considera

a verdade de um modo absoluto, sem cogitar da sua applicação na vida pratica, ou cogita da verdade tendo em vista a sua applicação no mundo real.

No primeiro caso, nós temos o intellecto especulativo, a razão pura; no segundo, temos o intellecto pratico ou a razão pratica. Mas numa e noutra hypothese, a intelligencia, especulativa ou pratica, olha para a verdade, para os principios. No primeiro caso, o intellecto especulativo procura a verdade para as virtualidades do conhecimento de principios, a sciencia, a sabedoria; no segundo, procura a verdade que se chama rectidão, quer dizer, a verdade applicada ao acto.

É por isso que se diz que o Direito Judiciario se manifesta na vida phenomenal, na vida pratica, ao influxo das dos principios ethicos e das formas organicas da praxe forense. Formas organicas que não são outra cousa mais que as manifestações dos principios ethicos porque, quando nós procuramos, por exemplo, a explicação de um principio, o que nós procuramos não é sómente aquillo que se está fazendo, é também a razão do porque se faz assim. A praxe forense não é outra cousa mais do que o conjuncto dos dados da experiencia conjuncto dos dados da experiencia que se manifesta pelo que se fez, pelo que se faz e pelo que se vae fazer.

A pratica é a mesma praxe na operação. Os senhores não confundam pratica forense com praxe. A praxe é o conjuncto dos principios que animam a pratica forense. A precipitada razão humana(?), como dizem os autores allemães, dando-nos a experiencia daquillo que tem passado por todos o cadinhos de exemplos processuaes, a praxe representa o conjuncto desses dados.

A praxe é o conjunto dos dados da experiencia; a pratica é a communhão daquillo que se fez, daquillo que se faz, e daquillo que se vae fazer. A praxe tem como órgãos de suas manifestação:

- 1º) os arestos;
- 2º) os usos e estilos;
- 3º) os pareceres concordes dos jurisconsultos;
- 4º) as opiniões dos praxistas;
- 5º) os formularios.

A praxe se manifesta ou a praxe se estuda diante dessas fontes: as decisões dos tribunaes, os usos e estilos forenses, as opiniões concordes dos jurisconsultos, as opiniões dos praxistas, e as lições dos formularios.

As decisões dos tribunaes chamam-se, em direito, arestos. Arestos são as decisões concordes proferidas pelos tribunaes superiores em ponto controvertido e duvidoso de direito. A palavra, na sua etymologia grega, quer significar ^(arenga) exactamente decisão sobre assumpto importante. Alguns pensam que a palavra é de origem francêsa; e pensam porque a primeira monographia sobre arestos foi de um autor francês que alli estuda muito esse assumpto. Mas, no francês, arrêt vem da palavra arestum, palavra latina. Ha ainda o vocabulo arrêter, arredar, parar; mas, evidentemente, não é este o sentido da expressão juridica, porque a idéa de aresto corresponde á idéa de uma decisão. Mais: a prova de que a etymologia é grega e não latina, francêsa, está em que modernamente ninguem pronuncia com o r vibrante francês, mas com o r sonoro e brando grego.

Outrora, na terminologia das Ordenações Philippinas, não se usava da palavra aresto; usava-se da palavra fazanha.

que correspondia a decisão proferida em casos graves, em casos estranhos, em casos controvertidos. Depois os decisionistas começaram a usar da palavra aresto e esta ficou consagrada na technica ou terminologia do direito patrio.

O aresto, para produzir o effeito de crear a praxe, de ser invocado, exige varios requisitos: é preciso que sejam proferidos todos por tribunaes superiores, sobre casos graves, que haja concordancia entre elles e que sejam proferidos em occasiões em que os tribunaes funcionem pacificamente, calmamente. Por isso os decisionistas quando fazem as colleccoes de arestos, examinando-lhes a qualidade e não apenas a somma, aconselham que se procurem aquellas decisões proferidas em tempos calmos e não em tempo de paixões politicas.

Os colleccionadores de arestos chamam-se em Portugal decisionistas. Podem-se tambem denominar arestographos, mas a palavra mais apropriada é exactamente decisionistas. Dupin, na monographia, aconselha o emprego da palavra arestographo. Foi elle que inventou esta expressão; e conta, com certo espirito e como censura áquelles que fazem colleccões de arestos um pouco indigestamente, conta que, tendo escripto na composição do seu trabalho a palavra arestographo, os compositores transformaram-n'a em arestophago, e elle teve o impeto de deixar essa palavra como censura áquelles que não sabem fazer colleccões. A palavra arestista é empregada em sentido pejorativo.

Depois dos arestos vêm, como forma organica da praxe forense, os usos e estilos. Usos são os actos reiterados, actos praticados continuamente, com certa continuidade. Quando estes actos reiterados se referem á construcção do direito, os usos chamam-se costumes; quando se referem ao modo de proce-

der, á forma, os usos chamam-se estilos. Os senhores não confundam estas palavras, porque não é bonito que profissionais não conheçam a technica, a terminologia da profissão. Não ha confusão possível entre costume e estilo. A palavra generica é uso, para designar a continuação, a reiteração dos actos; a palavra costume é o mesmo uso, quando se refere ao uso como construindo o direito; a palavra estilo é o mesmo uso quando se refere ao modo de proceder.

Eu exemplificarei, para que os senhores tenham uma idéa nitida: o costume, os senhores sabem que é fonte do direito. No Direito Commercial o costume é invocado constantemente como supprindo as deficiencias e ambiguidades das leis commerciaes. No proprio Código Civil nós temos o costume regendo certas relações, como, por exemplo, a da locação, cujo tempo, diz o art. 1210, será regulado segundo os usos locais. Ahí temos o uso, o costume, dando a regra do direito, sendo a fonte do direito objectivo.

O estilo é este uso continuado, em relação ao modo de proceder. Vejamos um exemplo: no caso de constituição do testamento cerrado. O tabellião tem que fazer uma série de formalidades solennes; depois, manda a lei que o testador cerre o testamento e cosa, quer dizer, que feche e costure o testamento: é o testamento cerrado. Os senhores sabem que isso póde ser feito de um modo ou de outro, de mil maneiras. Entretanto, o uso de se cerrar e costurar o testamento é este: o tabellião dobra, cose, costura com cinco pontos de retroz preto, e, sobre cada um delles, lança outros tantos pontos de lacre encarnado. Este uso de cerrar o testamento, de costurar por esta forma, é um estilo: não ha lei nenhuma que o imponha. É o estilo que concorre para dar esta maneira. As-

sim têm os senhores a distincção nitida do que seja o estilo e o costume: o uso produzindo o costume em relação á construcção do direito, e o uso produzindo o estilo em relação ao modo de proceder.

O estilo para ser obedecido deve ter varios requisitos. Em primeiro lugar, não se contrario á lei; e, em segundo lugar, a diuturnidade de tempo: ter um prazo mais ou menos longo. Alguns autores marcam-lhe o tempo de dez annos. Outros, mais razoavelmente, e esta é a doutrina verdadeira, deixam isto ao criterio dos juizes.

Mas, o requisito capital é que o estilo, além da observancia diuturna, não seja contrario á lei, porque, os senhores percebem, todas essas formas organicas da praxe, todas essas manifestações exteriores do modo de proceder, não têm outro sentido, ou outro alcance, senão explicar as regras obscuras, as regras occultas das relações juridicas, as regras que não são manifestas, supprir as omissões, as ambiguidades.

É por isso que nós vemos, nesta materia, correrem parallelamente dois brocardos que parecem, á primeira vista, contradictorios. De um lado, dizendo-se: não pelo exemplo, mas pela lei é que se deve julgar. De outro lado, aquelle velho preceito do Direito Romano: os costumes devem observar-se, os costumes têm a autoridade, têm a força de lei, mas como explicando aquillo que está na lei, aquillo que resulta da lei.

O uso e o estilo operam, portanto, nesta conformidade.

Quanto aos pareceres concordes dos jurisconsultos, tambem, quando são repetidos, harmonizados e sempre confor-

mes, têm autoridade de lei, o que parece verdadeiro no Direito Romano. Neste, quando havia um embaraço qualquer, uma deficiência, uma ambiguidade, no texto legal, soccorria-se da autoridade dos grandes jurisconsultos. Quando essas autoridades estavam discordes, prevalecia a opinião de Papiniano. Mas quando os pareceres dos jurisconsultos romanos eram concordes sobre um ponto qualquer de direito, esta concordância tinha tanta autoridade como a lei.

Dá-se a mesma coisa entre nós, com a só diferença de que a autoridade dos pareceres concordes dos jurisconsultos é uma autoridade moral, de maneira que o juiz que violar um principio pacifico na opinião dos doutos não commette propriamente uma prevaricação: commette um deslize nas leis da logica, da doutrina, etc.

Outra manifestação da forma organica da praxe é a opinião dos praxistas, é a opinião tirada dos tratados, dos grandes livros sobre esta materia, como, por exemplo, do livro de Ramalho que, na praxe, é um dos repositórios de sabedoria dos que têm tratado desta materia.

E, por ultimo, vêm, como expressão da praxe, os formularios. Os formularios, porque representam o estudo directo da eurementica e da maneira mais simples de proceder. Quando se trata de praticar um acto qualquer, temos de usar daquellas precauções, daquellas providencias, daquellas cautelas, daquelles eurementas, sem os quaes o acto estaria nullo. O jurista, o professor, o estudante, o professional deve ter sempre em grande mira, ao fazer o uso do direito, o modo por que o direito deve ser usado, deve ver quaes são as cautelas a empregar no caso, porque o emprego dessas cautelas constitue uma das grandes qualidades do jurista. Mas, pode o jurista, muitas vezes, olvidar um ponto qualquer: vem então o formulario para supprir esta possibilidade, esta deficiência, para descarregar a memoria.

interessados cidadãos residentes em estados diversos. Pela Constituição de 91, um dos casos de competência da justiça federal era o em que fossem interessados cidadãos residentes em estados diversos. A revisão constitucional aboliu este caso de jurisdição federal, eliminando o preceito da Constituição neste topico, de maneira que essas questões entre cidadãos de estados differentes passaram a pertencer a jurisdição estadual e, por virtude disso, todos os feitos que se achavam com os juizes da justiça federal foram devolvidos para os juizes estaduais.

Conseqüentemente, se tivéssemos de applicar aqui o principio, vigente no Direito Romano, de que onde a causa começa, ali deve tambem terminar o julgamento, essas passagens seriam irregulares. Entretanto, ninguem duvida que assim é que se deve proceder. Como se explica essa passagem?

Explica-se de uma maneira simples. Em primeiro lugar, a allegação é visivelmente improcedente, pois o processo está em andamento; se o processo não está terminado, como é que se vem dizer que, com a transferencia, veio violar-se um facto consumado? O facto não está consumado. O que está consumado são, em verdade, alguns factos do processo, os quaes serão firmados; mas o facto não está consumado.

Este principio do Direito Romano, expresso na lei trigesima do Codice - de legibus -, não é mais do que a reprodução, não é mais do que a synthese daquelle preceito que vem na lei setima, pelo qual aquelle que houver sido citado para uma causa e mudar de jurisdição ou de fôro, ou tomar a profissão das armas, neste caso não pode declinar do fôro actual.

Como se vê, o Direito Romano não declara que, onde