

A JURISPRUDENCIA

NA ORGANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL PATRIO

Na formação do direito civil ao observador attento apparecerá o producto de numerosos e differentes factores, ora na consciencia juridica popular, ora emergindo de diversas e variadas circumstancias.

O legislador que pensar que lhe é possivel crear o direito, em vez de limitar-se a traduzil-o em principios fixos e determinados, não tardará a se convencer de que suas disposições se tornarão inexecuiveis.

A jurisprudencia que lentamente se fórma sob o influxo da rasão esclarecida pela sciencia, ainda que de character manifestamente pratico, (refiro-me á jurisprudencia dos tribunaes *usus fori*) era um dos mais importantes factores do direito nacional.

A feição unitaria que esse direito mantinha no antigo regimen e que resistiu á poderosa influencia da nova organização federativa, que introduziu a diversidade,

a variedade na autonomia politica dos novos Estados, essa feição unitaria, repetimos, como que estacionou ante o novo systema politico.

De feito, entibiaram-se os principaes elementos organicos do direito; o elemento scientifico, desde que a decadencia dos estudo juridicos começou a invadir o ensino official, e a jurisprudencia dos Tribunaes, por diversas causas que depois assignalaremos.

E como poderia a jurisprudencia dos Tribunaes sem o influxo da inspiração scientifica do direito unitario, vasado em moldes uniformes concorrer mais para a formação do direito nacional ?

Como poderiam ser o melhor interprete das leis a praxe e o estylo de julgar e a decisão dos arestos seguida universalmente pelos doutores, na phrase do assento de 23 de março de 1786 ?

A importancia do processo civil, todos o comprehendem, pôde se avaliar pelas intimas relações que o prendem ao interesse social, ao direito publico.

Assim o processo civil, o direito criminal e o processo criminal entram no direito politico, segundo o pensar de Savigny.

A acção e o processo nascem da violação do direito e da necessidade de reprimil-a.

E desde que essa repressão não seja o effeito do acaso e para que ella se execute de uma maneira regular e certa, é indispensavel a intervenção do Estado.

O codigo civil, se o tivessemos, os preceitos da lei seriam inertes, se o processo lhe não desse movimento e vida.

E' pois, como ensina Saredo, o direito judiciario que o põe em actividade.

« Chi viene a trasformare per così dire, questo codice civile? Chi gli infonde quel soffio di vita, che lo rende attivo, che lo incarna ogni giorno nei mille e complicati rapporti di diritto privato? Quello é il codice di procedura civile. »

A feição multiforme do processo que inevitavelmente ha de emergir da competencia dos Estados, creando cada um seu direito judiciario, não pode ser indifferente á formação uniforme da jurisprudencia dos tribunaes.

Vê-se pois, que um dos elementos organicos, de direito nacional, tornando-se multiplo e variando pela fôrma de sua composição, deixa de ter o typo homogeneo essencial á uniformidade desse direito.

Accresce ainda que, o direito civil que temos é o antigo direito portuguez, composto de legislações promulgadas sob influencias politicas diversas, mixto de direito canonico e de costumes locaes e peculiares áquella nacionalidade, além do direito romano que, em toda a Europa constitue o typo de suas legislações.

As formas processoaes e as instituições juridicas civis, não tinham ainda assumido phisionomia bem discriminada e distincta; de modo que, é difficil traçar-se com firmeza uma linha divisoria clara, entre as formas processoaes e os actos constitutivos do direito civil.

Comprehende-se, por isso, a difficuldade da differenciação.

Ora, si é certo que *os tribunaes esforçam-se por chamar o direito ás necessidades da vida, emquanto a sciencia lida por approximal-o do seu ideal*, é razoavel suppôr-se que, esta elaboração, actuando por um trabalho constante sobre materiaes variados, não po-

derá offerecer à formação do direito nacional sinão elementos heterogeneos.

Convém também ponderar que, a timidez dos juizes, recorrendo constantemente ao poder executivo para solução de casos occurrentes, tem se implantado nos costumes do fôro, desde o regimen decahido e ainda perdura.

A constituição do poder judiciario, segundo o plano constitucional, em duas instancias, com um tribunal revisor, que uniformisasse a jurisprudencia, com a faculdade de caçassão, seria uma aspiração digna de estudo pelos homens politicos do Estado e pelos poderes publicos.

Na anterior organização monarchica, já sentiamos essa falta, attenta à quasi impossibilidade do antigo supremo tribunal para fixar a intelligencia pratica das leis, porque suas decisões podiam ser rescindidas pelas relações revisoras.

Hoje temos, é certo, o Supremo Tribunal Federal, com a sua competencia restricta nos termos do artigo 59, n. 3 § 1.º a) e b) da Constituição Federal; mas essa competencia incompleta e restricta não basta para a infirmitade da jurisprudencia, elemento organisador do direito civil e patrio.

Cumpra também assignalar como uma das causas da deficiencia de nossa jurisprudencia, quer considerada como sciencia, quer considerada em sua pratica, a estreitesa ou superficialidade dos estudos propedeuticos do direito civil.

Em relação à jurisprudencia dos tribunaes, esta causa torna-se mais saliente em consequencia do trabalho material que onera um numero limitado de juizes.

Estes homens oberados de serviços forenses, consomem o tempo disponivel na leitura arida e oppilante de volumosos manuscriptos, de modo que, forçosamente limitam seus estudos a uma só materia, que os esteriliza, porque rompe o laço que os une ás outras sciencias segundo o conceito de Cicero.

«Etenim omnes artes quæ ad humanitatem pertinent habent quoddam commune vinculum et quasi cognitione quadam inter se continentur.»

Um dos chefes da escola de Thibergien na Allemanha insistia energicamente nesse conceito quando affirmava que, as sciencias particulares eram ramos da arvore da sciencia.

Alimentam-se da mesma seiva e prendem-se ao mesmo tronco commum; mas d'elle se desgarram, seguindo diversos rumos em procura da luz; cada uma se forma de um renovo distincto, que é seu principio proprio e dá nascimento a outros renovos, que se tornam principios constitutivos de novas ramificações. E' assim que, a sciencia se divide e subdivide-se indefinadamente afim de explorar todas as partes da realidade.

Isso justifica a definição que da jurisprudencia deu Ulpiano: «Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti sciencia.»

Assim, si não tinhamos jurisprudencia no regimen monarchico unitario, hoje nenhuma esperanza nos resta de tel-a no systema federativo, tendo por um lado a unidade do direito nacional e por outro a diversidade do direito judiciario.

O que é certo é que, havemos de ter sempre uma jurisprudencia variavel, incoherente, sem principios certos sem tendencias definidas, e formada ao influxo de inspirações estranhas ao elemento scientifico.

Dessa jurisprudencia que ha de ser a dos estados federados, e a da União, as quaes se hão de consultar reciprocamente, nos casos constitucionaes, para applicação das leis, resultará inevitavelmente uma massa indecisa e informe de decisões contradictorias, e incapaz de constituir o direito nacional.

Confrontando-se desde já (agora que estamos na primeira phase do novo systema politico adoptado) a jurisprudencia dos estados federados com a dos juizes e tribunaes federaes, para quem o processo e o direito são os mesmos podem calcular-se quantas causas de divergencias e de erros se accumulam e impedem a formação do direito nacional.

O direito é, sem duvida, um trabalho incessante, não sòmente de poder publico, mas do povo todo inteiro. Entretanto, deve-se reconhecer que o direito scientico é sòmente accessivel a certa classe de cidadãos, que o desenvolvem e determinam rigorosamente seus principios, de modo que a sciencia juridica, bem com a jurisprudencia dos tribunaes, entram incessantemente com os principaes factores do mesmo direito. Mas, como observa um dos grandes vultos da sciencia, o poder desses dois factores é limitado. Podem em casos determinados pelo direito existente, regular, favorecer o movimento, mas não poderiam construir os diques que impedem o rio de precipitar-se em outra direcção, a não ser a acção bem combinada e efficaz da lei, como acto determinado do poder publico. Não é, pois, por um acaso, mas por uma necessidade geralmente estabelecida na essencia do direito que todas as formas substanciaes do processo e do fundo do direito se vinculem a leis (*)

(*) Von Ihering, La lutte pour le droit—pag. 7

Na propria Allemanha o trabalho da unificação legislativa e processual progride rapidamente.

Continuamos, portanto, a pensar, como já o manifestámos em o nosso prefacio ás annotações do processo civil e criminal mineiro, que a variedade de formas processuaes nos estados vai viciar profundamente a formação do direito nacional.

Esboçando as idéas que aqui se vêm enunciadas, se me deparou a these do illustre dr. Tobias Barreto, these que se inscreve assim : *As faculdades juridicas como factores do direito nacional.*»

Depois de mostrar o abysmo que se abriu, alguns decennios, entre a theoria e a praxe juridica, assim expõe seu modo de pensar, para obviar o isolamento entre a theoria e a arte juridica,—indicando o meio, a seu ver proveitoso, para encher esse assignalado abysmo.

«Eu não dou muito, já é superfluo dizel-o, pela sciencia das nossas faculdades ; mas ainda de menos valor me parece o traquejo rude e grosseiro dos tribunaes, onde Themis e Minerva não só brigam, porém brigam e esbofeteam-se.

Um dos nossos professores de direito, os quaes em regra pouco fertil de excepções, não são espiritos que tenham coragem de dar aos pobres, ou de sacudir pela janella toda a sua velha mobilia scientifica e munir-se de outra nova no gosto e altura do tempo, toma feições gigantescas, comparado com a maioria da magistratura.

E isto provém justamente da especie de muralha chinesa que os nossos habitos lançaram entre os homens da sciencia, como tal, e os homens da pratica, do direito em acção; sendo, porém, que os primeiros devem aguentar com a maior parte da culpa desse estado de

segregação prejudicial a ambos. Porquanto, em vez de regar continuamente a arvore da sciencia que foi posta à sua guarda, em vez de fazer render os talentos que lhe foram confiados, os juristas *da cadeira* sacrificam os interesses da theoria scientifica aos da chicaneria, etc. »

O meio de resolver o problema, segundo o citado escriptor, é o de se armar as faculdades juridicas da attribuição de contribuirem em forma de pareceres e consultas sobre as questões mais graves que fossem levantadas na esphera do direito.

Não penso, como o illustre preopinante; mas creio que a diffusão dos estudos propedeuticos muito contribuiria para mais segura orientação dos estudos juridicos de modo que a elaboração scientifica do direito e a jurisprudencia dos tribunaes, expurgados de vicios originarios, entrariam melhor, não obstante a diversidade processual, como principaes factores organicos do direito civil patrio.

Ouro Preto, 27 de junho de 1894.

V. M. DE MELLO FRANCO.
