

Questões Práticas

Não são sómente as questões theoricas, as de doutrina, as que se originam de indagações philosophicas, que interessam áquelles que se dedicam ao estudo da sciencia do direito.

As questões praticas, as que surgem no campo da lucta judiciaria, as que se debatem perante os Tribunaes a respeito da intelligencia de uma lei, de sua applicação aos casos occorrentes, tambem são de real importancia, e esta será tanto mais consideravel, quanto delicado e grave for o objecto da duvida ou do ponto controvertido.

O bem estar do cidadão, o seu patrimonio, a sua familia, a sua liberdade, a sua honra emfim, podem estar em jogo nas pugnas forenses, e portanto não é extemporanea, não é uma perda de trabalho a exploração de assumptos que continuadamente occupam a attenção d'aquelles

que figuram no vasto scenario denominado juizo.

No fôro criminal, onde as hypotheses se estabelecem com frequencia e variam segundo as circumstancias de que se revestem os factos que cahem debaixo da sancção da lei penal, mais se impõe a necessidade de estudar e de se resolver as controversias, que possam ser suscitadas e que effectivamente apparecem sendo apreciadas e julgadas differentemente.

No fôro civil, comprehensivo do commercial, não são menores as desintelligencias e difficuldades na solução das questões.

Por isso, e porque temos unicamente em vista offerer aos nossos alumnos alguns elementos para encaminhal-os no inicio da carreira a que se destinam, emprehendemos, sob o titulo *Questões Praticas*, a exposição de diversas duvidas, procurando removel-as por meio de ligeiras considerações.

DO FLAGRANTE DELICTO

O que se deve entender por flagrante delicto, de modo a ser effectuada sem violencia e dentro dos limites legaes a prisão de qualquer delinquente, tem sido materia de larga discussão e tem dado lugar a julgamentos desencontrados ou desharmonicos.

A inexacta intelligencia das disposições processuaes referentes ao caso e ao mesmo tempo a impressão produzida pela leitura de

leis estrangeiras são incontestavelmente a causa geradora da diversidade, que se observa na maneira de pensar dos escriptores e nos julgados.

E' certo que na legislação dos paizes cultos e nas licções dos escriptores se encontra uma fonte de esclarecimentos, a que se deve reccorrer quando se procura assentar em base segura uma opinião sobre qualquer ponto de direito; mas tambem é certo que não se pode invocar impunemente taes subsidios, havendo disposições reguladoras da especie, que firmam um conceito claro e terminante.

O flagrante delicto como motivo determinador da prisão dos delinquentes data de longo tempo entre nós. A sua historia mostra que elle tem soffrido modificações reclamadas pelo direito, que progride e se aperfeiçoa para attender melhor ás necessidades sociaes.

A ord. Liv. 1.º tit. 65 § 37 attribuia ás Justiças o poder de prender em caso de ferimento, dizendo :

«E mandamos, que quando as Justiças acodirem aos arroidos, onde acharem alguma pessoa ferida, e lhes for dito e mostrado aquelle ou aquelles, que se disserem ser culpados os prendam logo, como que delles tivessem culpas obrigatorias para prisão. E posto que lhes não seja requerido por parte alguma, nem dito qual é o culpado, se ao Juiz no arroido parecer, que alguns são culpados, poderá prender até seis pessoas.»

Levantando-se duvidas sobre o dispositivo da citada Ordenação, foi decretada a lei de 25 de Setembro de 1603, declarando como se hão de entender as prisões em flagrante delicto, e extendendo-o a outros casos, nos seguintes termos:

«Faço saber aos que esta lei virem, que eu fui informado, que algumas pessoas se aggravão por instrumento e petições, de serem presos sem primeiro constar da culpa porque o devem ser, allegando, que não forão presos em flagrante, e são providos por despacho das Relações, por se duvidar pelos desembargadores dellas, se forão presos em flagrante na forma da Ordenação do Liv. 1 tit. 65 § 37, de que se segue notavel prejuizo á Justiça, e damno ás partes offendidas. Pelo que, querendo eu nisso prover como convem ao serviço de Deus e meu, para se atalhar aos delictos, e os delinquentes serem presos e castigados, como por suas culpas merecerem, com o parecer do meu Conselho, além do que a dita ordenação dispõe :

«Hei por bem, e mando, que quando os julgadores, ou quaesquer outros officiaes de Justiça que poder tiverem para prender, acudirem ás brigas e arruidos, e quaesquer outros delictos, pelos quaes os delinquentes, conforme as minhas Ordenações, devem ser presos, posto que o não achem na briga, nem lhe sejam mostrados para logo os poderem prender, ou chegarem a tempo, que haja pouco espaço, que a briga foi acabada, e o delicto commettido, tendo informação certa por onde os delinquentes fugirão, sem perguntarem mais testemunhas, os seguirão, e procurarão de com effeito os prender, posto que fóra do logar, onde commetterão o delicto, continuando o seguimento

delles e não se divertindo a outra coisa alguma, porque pareça que deixarão de os seguir; e os que nesta forma forem presos, me praz (por ser conforme o Direito) que se hajão, e regulem por presos em flagrante...»

A Ord. considerava flagrante delicto o caso em que as Justiças acodindo aos arruidos encontravam alguém ferido.

A prisão recahia necessariamente sobre aquelles que fossem apontados como os delinquentes, e não sendo indicado alguém, o Juiz poderia prender, se entendesse, até seis pessoas.

A lei de 1603 foi mais além: determinou que fossem presos como em flagrante aquelles delinquentes que houvessem fugido depois de commettido o crime, uma vez que a lucta tivesse acabado pouco tempo antes do apparecimento da autoridade, e esta recebendo informação exacta da direcção seguida pelos delinquentes fosse em sua procura sem interrupção.

Tal era o nosso antigo direito sobre o flagrante delicto, direito arbitrario e violento, que dava ao Juiz poder para prender em flagrante até seis pessoas que lhe parecessem culpadas, quando elle, indo a qualquer lugar onde tivesse havido algum disturbio, encontrasse alguém ferido, não se indicando qual o culpado, e que chegava a considerar tambem em flagrante a prisão que os officiaes de Justiça deveriam effectuar, quando elles acudindo a quaesquer crimes sujeitos á prisão, e não achando na lucta os delinquentes, tivessem pouco tempo depois de commettido o delicto informação certa por onde os delinquentes fugiram.

A Constituição Política de 25 de Março de 1824, declarando no art. 179 garantir por diversas maneiras a inviolabilidade dos direitos civis e politicos dos cidadãos brasileiros, que tivessem por base a liberdade e a segurança individual, determinou que ninguém podesse ser preso sem culpa formada, excepto nos casos especificados na lei, e que a prisão sómente fosse executada por ordem escripta da autoridade legitima, salvo em flagrante delicto.

Desde então a prisão em flagrante passou a ser effectuada em virtude do preceito constitucional.

Decretado o Codigo Criminal em 16 de Dezembro de 1830, os casos do flagrante delicto não podiam ser os mesmos da legislação anterior estabelecida de harmonia com o direito penal codificado no livro 5.º das ordenações Philippinas.

Um direito novo que reconhecia a personalidade do cidadão, que proclamava a igualdade perante a lei, que extinguiu os privilegios que não fossem essencial e intimamente ligados aos cargos por utilidade publica, que não permittia a prisão sem culpa formada, excepto nos casos declarados na lei, que prohibia a prisão, salvo em flagrante delicto, sem ordem escripta da autoridade competente e que mandava punir quem desse e quem requeresse a ordem quando arbitraria, não devia ficar subordinado aos preceitos de uma legislação atrasada, degradante e barbara, que applicava os açoutes, a tortura, marca de ferro quente e outras penas crueis.

Um direito novo reclama para sua execução novas regras, que se adaptem ao espirito do mesmo direito.

Por isso a Constituição de 1825, architectada por moldes liberaes e dignos de um povo que se tornou independente pela energia de seus brios, comprometteu-se ou antes fez a Nação obrigar-se a dar dentro do menor espaço de tempo possivel umCodigo Criminal, fundado nas solidas bases da justiça e equidade.

E a promessa foi cumprida, sendo decretado o Codigo, que fundou o seu alicerce com o principio de que *«não haverá crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualifique»*.

Consoante com as prescripções da Constituição e do Codigo Criminal, appareceu em 29 de Novembro de 1832 o Codigo do Processo Criminal que dispoz no art. 131 :

«Qualquer pessoa do povo pode e os officaes de justiça são obrigados a prender, e levar á presença do juiz de paz do districto, a qualquer que for encontrado commettendo algum delicto, ou em quanto foge, perseguido pelo clamor publico.

«Os que assim forem presos entender-se-hão presos em flagrante delicto.»

Pimenta Bueno (Apontamentos sobre o Processo criminal Brasileiro, n. 154) tratando do caso de flagrante delicto diz :

«Flagrante delicto é aquelle que na actualidade se está commettendo ou que acabou de commetter-se, sendo o réo ainda acompanhado pelo clamor publico, pessoas que o perseguem, ou estando ainda com as armas e instrumentos ou effeitos do crime em acto consecutivo».

O distincto jurisconsulto referio-se a Pereira e Souza, ao Código Francez e á Novissima Reforma Judiciaria Portugueza.

Pereira e Souza (Primeiras linhas sobre o Processo Criminal, nota 145) diz :

«Flagrante delicto se chama aquelle mesmo acto em que o réo acaba de commetter o crime, e o acto successivo em que se vai em seu seguimento».

O Código Francez de Instrucção Criminal no art. 41 dispõe :

«O delicto que se commette actualmente, ou se acaba de commetter é um flagrante delicto. Serão também reputados flagrante delicto o caso em que o réo é perseguido pelo clamor publico, e o em que é preso com os effeitos, armas, instrumentos ou papeis fazendo presumir que elle é autor ou cúmplice, comtanto que isso seja em um tempo proximo do delicto».

A Novissima Reforma Judiciaria Portugueza no art. 1020 declara o seguinte : «Flagrante delicto é aquelle que se está commettendo, ou se acaba de commetter sem intervallo algum. Reputa-se também flagrante delicto o caso em que o delinquente, acabando de perpetrar o crime, foge do lugar delle, e é logo continua e successivamente seguido pela Justiça ou por qualquer do Povo».

O preclaro jurisconsulto citado, acceitando as ideias contidas nas tres fontes a que recorreu, fundio-as e tirou uma definição, que não se ajusta perfeitamente aos moldes estabelecidos pelo nosso direito processual, que limita o flagrante delicto a dois casos certos, que asseguram, tanto quanto o permite a natureza humana, a convicção da existencia do facto delictuoso e de quem seja o seu autor.

Como se vê da disposição do Código do Processo Criminal citada, somente são considerados flagrante delicto o acto de estar alguém commettendo algum crime (synonimo de delicto conforme o art. 1.º do Código Criminal de 16 de Dezembro de 1830) e o acto de ir o delinquente fugindo, quando perseguido pelo clamor publico.

O Código do Processo Criminal, attribuindo a qualquer pessoa particular a faculdade, e impondo aos officiaes de justiça a obrigação de prender a qualquer delinquente, limitou a respectiva acção a dois momentos certos e determinados, isto é, ao momento em que o delinquente está praticando o crime, e ao momento em que o delinquente vai fugindo, sendo perseguido pelo clamor publico.

Desta maneira o Código do Processo presta uma homenagem á liberdade, porque não consente que quem quer que seja possa ficar privado do mais importante direito, que a Constituição Política confere ao cidadão, sem que offereça uma prova directa e publica de que fez uma violação á lei penal.

Em ambas as hypotheses indicadas no Código do Processo se encontra essa prova; mas é necessario não entender materialmente as expressões—em quanto foge perseguido pelo clamor publico.

Com effeito o clamor publico, essa manifestação popular em perseguição do delinquente, deve ser consecutivo, immediato á acção criminosa, e não pode ter intermittencias ou solução de continuidade, porque o clamor publico, que é a principio levantado pelas pessoas que presenciaram a mesma acção, augmenta, cresce e se avoluma pelo concurso de

outras pessoas, que também vão no encalço do delinquente com o fim de fazer efectiva a prisão.

Em taes condições a prisão sómente é reputada em flagrante delicto, se é realisada quando o delinquente é apanhado commettendo o crime, ou quando elle, tendo praticado o acto delictuoso, vai se retirando do lugar para frustrar o esforço das pessoas que o perseguem com o intento de captural-o e conduzi-lo á presença da autoridade.

Assim não pode haver prisão em flagrante sem testemunhas presencias do delicto, pessoas, que tendo visto o delinquente commettendo o crime, lhe deram voz de prisão que realisaram immediatamente, ou foi effectuada em acto continuo se o delinquente, fugindo do lugar do crime, foi sem interrupção perseguido pelo clamor publico.

O conceito do flagrante delicto, formado por Pimenta Bueno e reproduzido na Pratica das Correções de Olegario H. de Aquino e Castro, foi além da raias traçadas peloCodigo do Processo Criminal, porque estabeleceu um terceiro caso de flagrante delicto, em que qualquer pessoa poderá ser legitimamente presa, isto é, *estando ainda com as armas e instrumentos ou efeitos do crime em acto successivo*.

Esse caso foi colhido do Codigo Francez de Instrucção Criminal, que considera haver também flagrante delicto, quando o réo é preso com os efeitos, armas, instrumentos ou pa-

peis, fazendo presumir que elle é autor ou cúmplice, contanto que isso seja em tempo proximo do delicto.

Em verdade o encontro de alguém, após um crime, com os objectos, armas e instrumentos do mesmo crime desperta a suspeita ou a presumpção de que esse alguém é o autor do crime que foi praticado, ou cúmplice.

Mas, por isso mesmo que ha na hypothese uma presumpção, é que a prisão não deve ser effectuada.

Assim como quem é encontrado com as armas, instrumentos ou effeitos de um crime, que se acabou de commetter, pode ser autor ou cúmplice, tambem pôde ser completamente extranho ao mesmo crime.

A doutrina de Pimenta Bueno, que tem servido de fundamento a diversos julgados, abre espaço a graves injustiças.

Si uma pessoa encontrar outra agonisante em consequencia de um ferimento que recebeu, e retirar da victima a arma mortifera na occasião em que se approximar uma terceira pessoa, esta poderá prender a que se achar com a arma em punho, porque na opinião de Pimenta Bueno se verifica um caso de flagrante delicto.

Si em um conflicto, de que resultar a morte de um dos luctadores, intervier uma pessoa e conseguir apossar-se da arma homicida, e, fugindo o criminoso, apparecerem em acto continuo outras pessoas, estas poderão prender o interventor que ainda tiver a arma, porque na opinião de Pimenta Bueno se verifica um caso de flagrante delicto.

Si a um suicidio alguém acudir em socorro da victima e tomar-lhe a arma, sobrevin-

do em acto consecutivo outras pessoas, estas poderão prender aquella que se achar ainda com a arma, porque na opinião de Pimenta Bueno se verifica um caso de flagrante delicto.

No crime de furto, si alguma pessoa apanhar o objecto subtrahido, que o criminoso abandonou certo de que era perseguido, ou apprehendel-o por conhecer que era furtado, afim de entregal-o á competente autoridade, a mesma pessoa poderá ser presa por aquellas que, vindo em acto consecutivo em procura do criminoso, a encontrarem ainda com o objecto furtado, porque na opinião de Pimenta Bueno se verifica um caso de flagrante delicto.

Nos casos figurados e em muitos outros que podem occorrer, a prisão seria injusta, arbitrária e violenta, porque recahiria sobre um innocente.

A isso se poderá oppôr os arts. 132 e 133 do Código do Processo Criminal, que determinam que o Juiz, interrogando o preso em flagrante sobre as arguições que lhe fizerem o conductor e as testemunhas, só o mande pôr em custódia em qualquer lugar seguro, se do interrogatorio resultar suspeita contra o mesmo preso; e portanto que a prisão nas indicadas hypotheses ou não teria effectividade, ou se fosse mantida porque do interrogatorio resultou suspeita contra o conduzido, não haveria injustiça, arbitrio ou violencia, por quanto a prisão seria fundada na lei processual.

Mas, as disposições dos citados arts. 132 e 133 são complementares do art. 131 e referentes aos dois casos de prisão em flagrante— quando alguém é encontrado commettendo crime, ou enquanto foge perseguido pelo clamor publico,— e nos referidos casos não se com-

prehende o mencionado por Pimenta Bueno—*estando ainda com as armas instrumentos ou effeitos do crime em acto successivo.*

Em materia criminal tudo deve ser entendido restrictamente, quer se trate do direito substantivo, quer se trate do direito adjectivo; e assim, tendo o Codigo do Processo determinado as condições em que a prisão se entende em flagrante delicto, é exorbitante dos principios reguladores do direito estender a outros casos. A inclusão de um caso importa a exclusão de outro. *Inclusio unius, alterius est exclusio.*

Não é sómente o Codigo do Processo Criminal que circumscreve a prisão em flagrante aos dois casos indicados conforme a letra do art. 131.

O regulamento n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 no art. 114 dispõe que os chefes de policia, delegados, subdelegados e juizes de paz poderão, estando presentes, fazer prender por ordens verbaes *os que forem encontrados a commetter crimes, ou forem fugindo, perseguidos pelo clamor publico* (art. 131 do Codigo do Processo Criminal). *Fóra destes casos só poderão mandar prender por ordem escripta, passada na conformidade do art. 176 do dito Codigo».*

Como se vê, a prisão só pode ser effectuada sem ordem escripta da autoridade nos dois precisos casos do art. 131 do Codigo do Processo Criminal, e fóra delles não haverá flagrante delicto.

Além disso o Regulamento no citado art. 114 exige a presença da autoridade, como condição para que ella faça prender alguém sem ordem escripta, o que quer dizer, como já ficou exposto, que não pode haver prisão em flagrante sem testemunhas presencias do delicto.

Ora, si a autoridade não tem o poder de fazer prender sem estar presente, e por tanto sem ter visto praticar-se o crime, ou sem ver o delinquente ir fugindo perseguido pelo clamor publico, muito menos o terá qualquer pessoa do povo.

Donde resulta que o simples facto de ser alguém encontrado com as armas e instrumentos ou effeitos de um crime, que acabou de ser commettido, não constitue um caso legal de flagrante delicto, e portanto não autorisa a prisão.

E si assim devia ser no dominio do Código do Processo Criminal, quando estavam sujeitos á prisão os indiciados em crimes que não admittiam fiança, actualmente não poderá ser de outra forma, isto é, ninguém será preso como em flagrante senão nos dois casos expressos no art. 131 do mesmo Código, pois que a prisão antes da culpa formada só poderá ter lugar nos crimes inafiançaveis, por mandado do Juiz competente para a formação da culpa, ou á sua requisição; e neste caso precederá ao mandado ou á requisição declaração de duas testemunhas, que jurem de sciencia propria, ou prova documental de que resultem vehementes indicios contra o culpado, ou declaração deste confessando o crime, como está disposto no art. 13 § 2.º da Lei n. 2.033 de 20 de Setembro de 1871.

Tudo isso mostra de modo evidente que,

não sendo o crime presenciado por alguém, não havendo certeza de sua existência e de quem seja o seu autor, não pode ter lugar a prisão em flagrante.

Flagrante, diz o Dictionario da Academia Franceza, é o que tem lugar, o que se faz, o que se commette actualmente; e, flagrante delicto é o em que se é apanhado sobre o facto.

A prisão em flagrante, segundo o nosso direito, só recae sobre aquelle que é encontrado commettendo algum crime, ou sobre o que foge sendo perseguido pelo clamor publico, como está exposto no art. 131 do Codice do Processo Criminal.

ACÇÃO POSTERIOR AO ARRESTO

O embargo ou arresto, que as leis processuaes autorisam como uma providencia em garantia do credor, deve ser seguido da acção relativa ao direito, que ao mesmo credor pertence.

Não é licito, porém, ao credor vir a juizo quando lhe convier, ou com a mesma liberdade com que em geral pode proceder quanto a outras acções, que não são asseguradas por um arresto previo. A lei estabelece um praso dentro do qual o credor deve agir.

No estado actual da legislação judiciaria, cuja fonte principal é o Regulamento n. 737 de 25 Novembro de 1850, o praso para a propositura da acção é de quinze dias.

Assim dispõe o citado Regulamento n. 737:

Art. 331 O embargo ficará de nenhum effeito :

§ 2.º Se o embargante dentro de quinze dias não propuzer a acção competente.

Este praso será declarado no mandado.

A disposição transcripta provoca algumas duvidas que podem frustrar completamente a medida assecutoria do direito do credor.

Segundo a jurisprudencia dos Tribunaes o praso indicado no art. 331 citado se conta da data do embargo, isto é, do dia em que se procede a apprehensão dos bens do devedor; de sorte que basta que o embargado ou arrestado prove que a acção não foi proposta dentro do referido praso, para que o Juiz que ordenou o arresto mande levantá-lo; e nesse caso não se concede novo arresto pelo mesmo facto, que determinou o primeiro.

Compreende-se a necessidade da cessação do embargo, quando o credor não se apressa em propor a competente acção. O embargo é um remedio violento e odioso, e por isso, sendo somente admittido em circumstancias especiaes, não deve subsistir ou perdurar a arbitrio do credor, que incontestavelmente tem interesse em que o devedor permaneça privado da administração e até da posse de seus bens, para por esse meio forçá-lo a uma transacção.

O Direito processual assenta que a acção somente se considera proposta, quando é ac-

cusada na audiência, para a qual foi feita, a citação do Réo.

A doutrina resulta das seguintes disposições do Regulamento n. 737 de 1850:

«Art. 68. Na audiência para a qual for o réo citado deve o autor propor a acção...

«Art. 70. Se sobrevier legítimo impedimento, pelo qual não possa o autor propor a acção na audiência para a qual foi o réo citado, accusada a citação, ficará a proposição da acção differida para a audiência seguinte.

«Art. 71. Se na seguinte audiência o autor não propuzer a acção, será o réo absolvido da instancia.

«Art. 72. Se forem muitos os réos, e não puderem ser todos citados para a mesma audiência, serão accusadas as citações á medida que se fizerem, e a proposição da acção terá logar na audiência em que for accusada a ultima citação.

«Art. 73. Proposta a acção, na mesma audiência se assignará o termo de dez dias para a contestação.»

O decreto n. 3.084 de 5 de Novembro de 1898, que approvou a Consolidação das leis referentes á Justiça Federal, reproduzio nos arts. 167 á 169 da 3.^a parte (Processo Civil) a mesma doutrina do Regulamento n. 737 de 1850 quanto á propositura da acção.

O Regulamento de 1850, determinando que a acção posterior ao arresto seja exercitada dentro de quinze dias, sob pena de ficar sem ef-

feito o mesmo arresto, e estabelecendo que a acção em geral se considera proposta quando em audiencia é accusada a citação do réo, offerece seria difficuldade em sua execução.

As duas disposições são incompatíveis, se chocam em diversos casos, produzindo a nulificação de outra que confere ao credor o direito de amparar o seu credito por meio do arresto.

Ora, nem todas as citações podem ser effectuadas dentro de quinze dias para que sejam accusadas em audiencia, e para que por essa forma a acção fique proposta.

Si a citação houver de ser feita por precatoria ao ausente em lugar sabido, ella não se realizará na maioria dos casos a tempo de ser, depois de cumprida e devolvida a mesma precatoria, accusada em audiencia dentro dos quinze dias subsequentes ao arresto, os quaes serão absorvidos pelo respectivo processo, que poderá ser prolongado pelo réo, oppondo embargos com o proposito de obstar que a precatoria chegue no Juizo deprecante dentro do praso legal.

Si a citação for dependente de editaes, não será certamente accusada dentro dos referidos quinze dias para que possa ser proposta a acção, porque a citação na hypothese só poderá ser havida por feita depois de passado o termo marcado nos mesmos editaes, que é ordinariamente de trinta dias, além do tempo preciso para a justificação, julgamento desta e expedição dos editaes.

Nessas condições, sempre que a citação do devedor somente se puder effectuar por meio de precatoria ou editaes, o arresto ficará de nenhum effeito.

Mas isso seria inutilisar a garantia, a que o credor tem direito.

Si ao credor cabe acautelar-se, fazendo apprehender bens do devedor, quantos bastem para o pagamento da divida, a propria lei que em uma de suas disposições confere a medida protectora, não pôde, em outra, cercal-a de exigencias que a neutralizem.

E' principio de direito que na lei não pode haver contradicção e incompatibilidade, assim como é temeridade dizer que ella dá duas providencias differentes sobre o mesmo objecto.

Quando na lei uma disposição se contrapõe á outra, é necessario entendel-a de forma a evitar o absurdo de não ter effeito o acto a que ella se refere.—*Interpretatio in dubio capienda semper, ut actus et dispositio potius valeat quam pereat.*

O encontro das disposições do Regulamento n. 737, uma que abriga o direito do credor sob um arresto nos bens do devedor, e a outra que impõe ao mesmo credor a obrigação de propôr dentro de quinze dias a acção competente, produz, quando o chamamento do devedor a juizo tiver de ser feito pelos indicados modos, o seguinte resultado: ou o arresto se torna improficuo pela impossibilidade da propositura da acção dentro do referido praso, ou o arresto é mantido, podendo a acção ser proposta depois do mesmo praso.

Na alternativa não ha que hesitar. Entre o direito do credor que periga e o vexame que

o arresto pode causar ao devedor, a escolha deve pender para o lado menos prejudicial. — *Eligendum est quod minimum habeat iniquitatis.*

Effectivamente entre o credor que se apresenta munido de um instrumento comprobatorio da divida, que é um dos requisitos essenciaes para a concessão do arresto, e o devedor que pratica actos para fugir ao pagamento da divida, a escolha é facil. Deve subsistir o arresto, ficando a acção para ser proposta quando o credor, depois de haver vencido o obstaculo legal, tiver conseguido a citação do réo.

A solução não está fóra do espirito do Regulamento n. 737, e antes se accorda com a regra que elle firma no art. 728, dizendo que não correm os termos e dilações, havendo impedimento do Juiz ou obstaculo judicial opposto pela parte contraria.

Nas hypotheses cogitadas ha obstaculo judicial, desde que o credor não pode percorrer toda a escala do processo das citações por precatoria e editaes a tempo de propor a acção dentro dos quinze dias do art. 331 § 2.º do Regulamento.

Não se diga que o Regulamento citado se restringe ao obstaculo judicial opposto pela parte contraria.

Si não ha propriamente um obstaculo opposto pela parte contraria por meio de um acto directo, (menos no caso de embargos á precatoria, em que o acto da opposição é incontestavel) ha todavia um facto decorrente da parte contraria, isto é, de sua ausencia do fóro competente para a acção.

A razão, pela qual o Regulamento suspende o curso dos termos e das dilações, quando

as partes encontram algum impedimento do Juiz ou qualquer obstaculo judicial opposto pela parte contraria, é a mesma que milita em favor do credor, que não pode propor a acção dentro do praso de quinze dias, porque lhe é material e judicialmente impossivel obter a citação do devedor e accusal-a em audiencia no indicado termo.

E' que ao impedido não corre praso. *Impedito non currit tempus*.

Tal é o fundamento do disposto no art. 728 do Regulamento n. 737, que deve ter inteira applicação á hypothese, de que trata, porque onde ha a mesma razão, deve ser estatuido o mesmo direito.

Do estudo do Regulamento surgem ainda outras duvidas, que convem apreciar.

Si a divida não estiver vencida, poderá ter lugar o arresto como um meio preventivo em favor do credor contra o devedor, que por actos de improbidade intenta fraudar a mesma divida? No caso affirmativo, deverá ser a acção proposta dentro de quinze dias?

As questões enunciadas prendem-se ao direito substantivo.

A Ord. L. 3. tit. 35 prohibe que se exija o pagamento da divida antes do vencimento, e impõe pena aos que veem a juizo para esse fim. «Si alguma pessoa citar outra e der petição por escripto ou por palavra contra ella, antes de vir o tempo, ou condição, em que é obrigado fazer, ou pagar alguma cousa, tal pessoa não será recebida em juizo a fazer tal demanda

e pagará as custas em dobro... E além disso haverá o réo todo aquelle tempo, que faltava, para haver de ser demandado, quando o autor primeiramente o demandou, com outro tanto».

Teixeira de Freitas (Consolidação das Leis Civis art. 828) reproduz o preceito da Ord. de que é inadmissivel pedir em juizo o cumprimento de uma obrigação não vencida; o que tem servido de fundamento a decisões dos Tribunaes, e entre elles o Supremo Tribunal de Justiça, conforme o Accordão de 16 de Julho de 1879, transcripto á pag. 670 do 19.º volume do *Direito*.

O Codigo Commercial adoptou no art. 136 o mesmo preceito, dispondo que—nas obrigações com prazo certo não é admissivel petição alguma judicial para sua execução antes do dia do vencimento; salvo nos casos em que elle altera o vencimento da estipulação, ou permite a acção de remedios preventivos.

Como se vê, o direito civil estabelece o principio de que a obrigação só é exequivel findo o termo sob o qual ella foi contrahida; o Codigo Commercial, reconhecendo o mesmo principio, resalvou os dois referidos casos.

Deste modo parece que ante o direito commercial o credor pode usar do arresto como medida preventiva, e não ante o direito civil.

Mas assim não é. A lei civil não pode deixar o credor sem as garantias que o direito processual offerece, e nem consentir que o devedor tire proveito do seu proprio acto em prejuizo do seu credor.

Si a Ordenação, que é ainda a fonte principal do direito civil patrio, não fornece elementos positivos para a solução de um caso occorrente, deve-se invocar as fontes subsidia-

rias, entre as quaes figura a legislação dos paizes cultos.

O Codigo Civil Francez dispõe no art. 1188 que — « o devedor não pode reclamar o beneficio do termo quando elle quebra, ou quando por facto seu tem diminuido a segurança que elle deu pelo contracto ao seu credor ».

O Codigo Civil Portuguez no art. 741 diz: « O cumprimento da obrigação, ainda que tenha praso estabelecido, torna-se exigivel fallindo o devedor, ou, se, por facto delle, diminuíram as seguranças, que no contracto haviam sido estipuladas a favor do credor ».

As disposições dos Codigos citados são identicas; e a razão dellas, segundo se manifestam Pothier (Tratado das obrigações n. 234) quanto ao Codigo Francez, e Dias Ferreira quanto ao Codigo Portuguez (Anotações ao mesmo Codigo) está em que o termo concedido pelo credor ao devedor tem por fundamento a confiança em sua solvabilidade, e desde que esse fundamento falta, o effeito do termo cessa.

Ora, fazendo-se applicação ao nosso direito, não se pode deixar de concluir que o arresto, que tem por base os actos a que se refere o art. 321 do Regulamento n. 737 de 1850, que o Decreto n. 763 de 19 de Setembro de 1890 mandou vigorar no processo civil, e é em geral observado nos Estados, como é na Justiça Federal (art. 202 do Decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890), pode ter lugar como medida preventiva de uma divida não vencida.

A doutrina dos Codigos citados é a contida no art. 136 do Codigo Commercial, por força do qual o credor tem o direito de pro-

mover judicialmente a execução de obrigações não vencidas, nos casos em que é permittida a acção de remedios preventivos.

Assim, não só é admissivel o arresto, como a subsequente acção, conforme já foi julgado pela Camara Commercial em Accordão de 14 de Agosto de 1891 e pela Camara Civil e Commercial da Côte de Appellação em Accordão de 24 de Março de 1892, publicados pelo *Direito*, vol. 58 pag. 245 á 246.

E como se trata de questões praticas, vem a proposito a seguinte hypothese:

Um negociante vende a outro certa quantidade de generos a praso, recebendo letras correspondentes ao tempo convencionado.

Si o comprador, de posse das mercadorias que comprou a praso, começar desde logo a vendel-as precipitadamente e por menos do seu valor; se estiver contrahindo dividas extraordinarias e commettendo algum outro artificio fraudulento—qual será a situação do credor relativamente ao seu devedor?

Deverá por ventura o credor cruzar os braços e assistir impassivel a semelhante depreção?

A resposta só poderá ser uma. O credor acautelará o seu direito por meio do arresto, que é a medida preventiva estabelecida na lei processual, e proporá a acção em seguida.

E' a solução que se accomoda com os principios de justiça e equidade. *Placuit, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ, quam stricti juris, rationem.*

Dr. Augusto Vaz.