

2.^a *Dissertação proferida no Congresso Juridico Commemorativo da Independencia do Brazil, no Rio de Janeiro, na scssão de 26 de Outubro de 1922, sobre a these IV da Secção de Direito Judiciario. — Presidencia do Exm. Sr. Ministro Edmundo Muniz Barreto*

THESE IV

“O incremento da vida judiciaria e a necessidade de solução rapida de certas situações de anormalidade, apreciaveis de plano pelos tribunaes e incabiveis no remedio de *habeas-corpus*, exigem a criação de um instituto processual capaz de reintegrar, immediatamente, o direito violado? Quaes as condições para sua admissibilidade? Qual o complexo de actos que deve constituir sua forma?

As conclusões a que chegou o illustre sr. Presidente na solução desta these, conclusões que admitto e com as quaes estou de pleno accordo, me dão o desejo de estudar-se nas diversas acções e remedios juridicos, que se encontram no nosso direito processual, não ha algum que possa preencher os fins a que se refere a questão apresentada.

Não são muito variados os ritos processuaes, de que dispomos.

Temos as acções **ordinarias**, contendo todas as regras, preceitos e prazos necessarios para a mais alta

indagação do direito contestado; as **summarias**, que para relações de direito menos importantes, dispensam algumas das formalidades processuaes e fazem abreviar certos termos e prazos; e temos, finalmente, **acções especiaes**, ou de caracter particular, adequadas a certas relações de direito, em que as pretensões juridicas já se acham revestidas de meios de prova, que as tornam menos contestaveis, ou se baseam em factos de tal gravidade que exigem uma medida prompta e efficaz.

Da categoria dessas acções especiaes são:

I) as **decendiarias applicaveis para garantir o direito fundado em escriptura publica**;

II) as **possessorias** que se iniciam por mandados para a prohibição ou reintegração de certos actos;

III) as **juratorias** (antigamente de juramento d'alma) para quando, faltando provas ao auctor, elle recorre ao proprio depoimento do reu;

IV) as **comminatorias**, para quando se tenha de exigir do reu certos actos ou declarações mediante uma pena, geralmente a de perda de algum direito d'elle, ou reconhecimento immediato do direito do autor;

V) as **executivas**, finalmente, para quando a prova do pretendido direito fôr de tal ordem que se considere sufficiente para dispensar a phase da sua declaração; de modo que o reu é chamado em juizo para responder á execução de sua dívida, como a uma verdadeira **execução** de sentença.

Temos, portanto, apenas 7 categorias de acções para todos os actos e relações de direito, que se tenham de submeter á decisão do poder judiciario.

Procuremos saber de algumas dessas 7 especies de formas processuaes já existentes póde remediar á situação anormal a que a these se refere; da mesma forma que o "habeas-corpus, em materia de processo cri-

minal, satisfaz, summariamente, á reparação dos ataques e ameaças á liberdade individual.

Para isto será util lembrar uma distincção importantissima em materia de processo e que não tem sido tomada em bastante consideração pelos nossos processualistas.

E' a distincção entre a phase **declaratoria** e a phase **executoria** de todo o processo judicial.

Não é que as nossas leis de processo tenham desconhecido essa distincção; não é que os nossos praxistas deixem de observar a separação natural e imprescindivel que entre ellas existe. O Reg. 737 de 1850 fala por mais de uma vez em causa principal ou **acção principal** para distinguil-a da **execução**; e todo processualista na exposição da materia, que ensina, não mistura nem confunde as materias de uma dessas phases com a da outra.

Mas nem a lei, nem os expositores, fazem sobressahir, como deviam, a importancia dessa distincção. Entretanto, ella me parece capital para uma primeira divisão das acções em sentido geral; e de tal modo fecunda as suas consequencias, na systematisação do processo civil e no fundamento de sua theoria, que não pode deixar de ser posta em maior evidencia, do que tem sido até hoje.

E' ella que nos vae servir, segundo penso, senão para dar a resolução definitiva da questão especial que me propuz, ao menos para encaminhar a verdadeira solução que esta deve ter.

Se prestarmos attenção, veremos que o fim da acção propriamente dita, isto é, da **causa principal**, como chama o nosso Reg. 737, não é reintegrar o direito violado, como geralmente se diz; este escopo é peculiar, é exclusivo da outra phase do processo, que é a **execução**.

Quando uma parte vem com a sua acção em juízo, não pode conseguir, desde logo, uma reparação, uma reintegração do seu pretendido direito.

Esse direito não é ainda reconhecido, é uma simples **pretensão** de character juridico, que só se converterá em **direito** effectivo, quando fôr reconhecido.

Se fôr de facto declarado e reconhecido o direito, a sua reintegração se fará, não por esta primeira acção proposta, mas sim pela **execução**, que já é uma nova causa, que não é mais a **causa principal**; e que tem de ser processada em novo juízo, e iniciada por uma nova citação pessoal.

A distincção dessas duas phases do processo traz, como primeira consequencia, mostrar qual o verdadeiro fundamento da acção em seu inicio.

Esse fundamento só póde ser a duvida ou a **incerteza** sobre o direito allegado.

E é exactamente para resolver essa duvida essa **incerteza**; é para obter a sentença reconhecendo ou não o direito contestado ou contestavel; é, finalmente, para transformar uma simples **pretensão** em um direito effectivo que a acção é proposta em juízo. O interesse, o character **juridico** da pretensão, a allegação de uma lei autorizando-a, são condições que acompanham aquelle primeiro fundamento, mas não lhe tiram a primazia.

Uma segunda consequencia da distincção, de que falo, é uma nova divisão geral das acções, fundada na natureza da pretensão e da sentença que a tem de julgar. E' a divisão das acções em **declaratorias** e **condemnatorias**.

Fica sendo assim **declaratoria** aquella em que o autor só pretende o reconhecimento do seu direito sem o desejar oppor nem o executar contra outrem; aquella em que regularmente não se dá opposição de pessoa

certa e determinada e que, como as acções reaes, póde ser opposta "*erga et adversus omnes*".

E' a essa categoria que pertencem as chamadas **acções prejudiciaes**, acções **de estado**, tendentes a reconhecer as posições diversas, que occupa o individuo na sociedade civil, e que, hoje, se reduzem ás **de estado de familia**.

Não se lhes deve conservar o nome de **acções prejudiciaes**, porque nem são meras acções preparatorias, intentadas antes de outras acções principaes "*prae iudicium*", nem comprehendem, sómente, as acções de estado civil, mas abrangem todas aquellas que se destinam ao puro conhecimento de um direito.

Nesta categoria deve-se comprehender certas acções de nullidade e as do juizo divisorio: inventario, divisão e demarcação.

Acções de condemnação são aquellas que, alem da declaração do direito, visam obrigar a pessoa certa e determinada ao cumprimento da obrigação resultante do direito declarado; são aquellas que só se completam e só obtem o seu resultado, sendo executadas.

Vemos, desde já, dessas noções que o remedio juridico desejado não deve ter o simples caracter de uma acção **declaratoria**, de um puro reconhecimento do direito, pois que deve ter uma execução immediata e dirigir-se a pessoas certas e determinadas que são causa da violação do direito allegado.

Vejam, agora, o phenomeno da diversidade de formas processuaes para saber o que melhor conviria ao caso, de que nos occupamos.

Estabelecido o criterio da duvida ou incerteza sobre a pretensão juridica para a divisão das acções, fica, naturalmente, explicada a razão da diversidade de formas e ritos, que já enumerámos.

Quando a pretensão juridica é muito duvidosa e

incerta, quando soffre a contestação dos que se lhe podem oppôr, quando é, além disso, de valor e importancia consideravel, ficará submettida a todas as formalidades e demoras estabelecidas no processo ordinario.

Quando a incerteza não é, porém, tão consideravel; quando o direito pretendido tem a seu favor certas probabilidades, certas presumpções, quando, além disso, a pretendida violação do direito é causada por actos attentatorios de ordem social, por actos que podem ser cohibidos de momento, dá-se a acção summaria. dão-se as diversas acções especiaes, já referidas.

Ora, dessas diversas acções ha uma categoria, que é destinada a cohibir as situações de anormalidade a que se refere a these em discussão.

E' a dos **interdictos**, que a pratica continuada do fôro veio, afinal, a restringir aos simples casos das violações possessorias e, que, hoje, só são conhecidos, quando referentes á materia de posse.

Os interdictos eram entre os Romanos ordens ou **mandados** expedidos pelas autoridades judicarias com o fim de decretar a prohibição de actos offensivos de direitos alheios ou mesmo attentatorios da ordem e interesse publicos.

Differiam das acções propriamente ditas pelo facto de começarem, não por uma citação do reu para responder á acção que contra elle se intentava, mas por uma ordem imperativa ao reu para realisar ou cohibirse de certos actos.

Havia neste sentido innumeradas especies de interdictos, entre os quaes está o "**de homine libero exhibendo**", de que falla muito a proposito o exmo. sr. Presidente em suas conclusões.

Desses interdictos só nos restam os relativos á posse.

São acções que se especializam, portanto pelo facto seguinte:

Não são, como as executivas, que dispensam a phase declaratoria do processo, para se iniciar pela execução. Mas, como exigem uma medida prompta e effi- caz sobre a pratica ou não de actos de que resulta a of- fensa de direitos alheios, iniciam-se por essas medidas para depois abrirem a discussão sobre o direito alle- gado.

Pade-se dizer que ellas se iniciam por um acto da phase **executiva** do processo, deixando para depois, o andamento da phase **declaratoria**; de maneira que a sentença de declaração poderá revogar a medida pre- liminar concedida.

Mas na pratica processual do direito portuguez, desde tempos muito remotos, havia um desses interdi- ctos, ao qual se dava uma applicação mais ampla, a ponto de poder ser considerado, como forma processual de character geral, applicada não só para amparar a posse contra a ameaça de certas aggressões de facto, mas ainda para fazer effectivas as relações de direito em que se pode pedir a pratica ou a abstenção de cer- tos actos.

E' o remedio conhecido pelos nomes de "interdi- cto prohibitorio, preceito comminatorio" ou "accão de embargos á primeira" e que é consagrado na Ord. do Liv. 3.º tit. 78 § 5 nas palavras seguintes que con- vem registrar pelo sabor do estylo pittoresco e interes- sante desse nosso antigo Codigo de Leis: "**Se** **alguem** **se** **temer** **de** **outro** **que** **o** **queira** **offender** **na** **PESSOA**, **ou** **lhe** **queira** **sem** **razão** **occupar** **e** **tomar** **suas** **cousas** **po-** **derá** **requerer** **ao** **Juiz** **que** **segure** **A** **ELLE** **E** **AS** **SUAS** **COUSAS** **do** **outro** **que** **o** **queira** **offender**; **a** **qual** **se-** **gurança** **lhe** **o** **Juiz** **dará.**"

Vê-se por essa disposição que o legislador nesse

caso não se quiz occupar, exclusivamente, com a posse ou actos possessorios, mas sim com todo acto ou obstenção que viesse prejudicar os direitos de alguém.

Assim, bem entendeu o nosso jurista patrio J. J. Ribas, quando, consolidando a materia de processo, trata das "**causas de preceito**" comminatorio ou embargos á primeira em secção separada das causas possessorias, nos seus artigos 769 e 776 e dá a faculdade de usar desta acção a toda pessoa, contra outrem que occupar ou tomar as suas cousas, ou **offendel-o em seus direitos**.

A expressão "**offender em seus direitos**" é, perfeitamente, equivalente á da ordenação consolidada, "**offender na pessoa**", e é empregada como hypothese differente da outra tambem protegida pela mesma lei, e consagrada nas palavras: **ou lhe queira sem razão occupar e tomar suas cousas**.

Em qualquer desses casos aquella ordenação nessa **redundancia**, que é peculiar ao legislador d'aquelle tempo, diz, ainda, que a parte offendida "**poderá requerer ao Juiz que o segure a elle e AS SUAS COUSAS, do outro que o quizer offender**".

O caso, é, portanto, muito claramente o de um remedio juridico, destinado o proteger a pessoa em seus direitos, da mesma forma que o habeas-corpus a protege em sua liberdade.

Esse remedio juridico póde satisfazer, completamente, a todas as condições estabelecidas pela these que discuto.

Elle se destina, exactamente, a dar "**uma solução rapida**" a certas situações anormaes de violação ou ameaça ao direito individual.

O seu processo é dos mais summarios, admittidos na nossa praxe processual, e póde tornar-se summarissimo **instantaneo** se tanto se póde dizer, e participar da

natureza dos processos formados **de plano**, quando o réu, intimado do preceito judicial, não comparece para se defender.

Neste caso, julgado o preceito por sentença, a acção se considera terminada e o réu, desde então, é obrigado a cumprir aquillo que o autor delle exigia.

E' verdade que, comparecendo o réu para oppôr embargos, o preceito se converte em simples citação, e a acção continúa a sua marcha regular, segundo a relação de direito discutida.

Neste caso a acção perde a sua marcha expedita para se transformar em acção commum.

Póde-se objectar que a acção, transformando-se, assim, em processo commum e regular, não preenche os fins da these, nem dá verdadeira solução ao problema proposto.

Mas em materia civil (não criminal) não posso ver um caso em que, comparecendo o réu para defender-se, se deva continuar contra elle em uma medida violenta de excepção.

Se este caso se der, então os actos attentatorios do direito revestem uma gravidade excepcional e já escapam da acção puramente civil para ficar sujeitos ás medidas de policia ou de acção criminal.

Demais, o proprio processo comminatorio, de que venho fallando, dava em sua origem e em sua fonte o remedio preciso a esse caso excepcional.

Quando o preceito comminatorio tinha em vista um acto ou uma prohibição de interesse publico elle tinha logar sem a **clausula de embargos á primeira**, isto é, elle continuava a produzir seu effeito, apezar da defeza do réu.

Eram os quatro casos admittidos pela praxe e que se podem ver em Lobão, Interdictos § 98.

Davam-se elles em summa, quando o preceito com-

minatorio recahia em acto: 1.º) já prohibido por lei; 2.º) que causasse damno irreparavel; 3.º) que fosse contra utilidade publica; 4.º) que soffresse perigo com a demora.

Ribas em sua **Consolidação** art. 770, fundado em certos praxistas, diz que no mandato prohibitorio, passado em virtude dessas acções, se deve conter expressa ou tacitamente a clausula de **embargos á primeira** e assim parece não admittir as excepções a que me estou referindo.

Tambem a Consolidação, feita pelo Dec. 3084 de 5 de novembro de 1898, Parte 3.ª, art. 413 e 414, incluindo indevidamente, o preceito comminatorio entre as acções possessorias não se refere áquellas excepções, dando a entender que não as admitte.

Não é, entretanto, ponto liquido que essas excepções estejam abolidas, e neste caso sigo a legislação processual de Pernambuco que as consagra expressamente, concordando, assim, com o que ensina Lobão.

Em vista das razões expendidas, é claro que, enquanto não tivermos o instituto ou rito processual novo para a reintegração immediata de direitos violados, de que fala a these, a acção de preceito comminatorio satisfaz, perfeitamente, a essa necessidade, sendo adoptada sem a clausula de embargos á primeira, isto é, sem suspensão do preceito, todas as vezes que, além do interesse particular, houver na sua concessão um interesse de ordem publica ou, antes, nos mesmos casos que a antiga praxe admittia sem essa clausula.

*

**

Antes de terminar, ainda lembro que possuímos outros processos civeis, realizados **de plano**, tendo por fim a tomada de medidas rapidas e immediatas.

Não me referi ainda a elles, porque são tidos como meros processos preventivos ou incidentes das acções principaes.

Taes são os processos de arresto ou apprehensão previa de bens, e o da detenção pessoal.

Elles podem ser concedidos com justificação em segredo, e ás vezes até antes da justificação.

São formas de processos especiaes aos fins a que se destinam e não se podem accomodar nem me parecem aconselháveis para o caso em questão.

Reformal-as de modo a se amoldarem sem perigo ás necessidades, de que fala a these, seria um trabalho tão demorado e dispendioso quanto o da criação de um instituto novo, como é a solução dada por s. excia. o Sr. Presidente.

Neste caso seria, indubitavelmente, preferível esta conclusão que acceto por completo, sem prejuizo da preferencia que faço ao nosso direito vigente, isto é, de que elle tem em si mesmo os meios proprios para a applicação exigida.

A questão está em querer e saber applical-o.

Rio, 26 de outubro de 1922.

PROF. DR. METHODIO MARANHÃO.
