

Direito Processual

Lições de Theoria do Processo

CONTINUAÇÃO DA REVISTA ACADEMICA N. 29 DE 1921 PAG. 266

PONTO 6.º

Noção historica do processo—60-51. O processo em sua origem, e no Direito Romano—62-65. As cinco acções da lei—66-67 Os seus preceitos, symbolos e ritos—68-69 O processo formulario e as formulas—70. As duas phases das acções—71. O processo extraordinario—72-75. Os diversos termos e actos das acções em sua evolução—76-77. O processo á revclia—78. Transição para a forma escripta do processo—79-80. A execução pessoal e patrimonial—81. Resumo.

60 — O processo não é mais do que a forma pratica do direito, o meio de sua realisação. E portanto a sua origem vem a ser a propria origem do direito. Desde o momento em que se conheceu que uma regra de conducta social devia ser obrigatoria, ficou estabelecido o direito, e assim que se determinou uma forma de exigir o seu cumprimento e realisação, ficou constituído o *processo*.

Os primeiros actos humanos para affirmar uma pretensão de apparencia juridica devem ter sido os da justiça privada. Cada um por si mesmo obtinha e assegurava pela propria força aquillo que julgava direito seu.

Mas só neste facto não póde haver direito nem processo. O direito só existe quando é reconhecido por

um grupo social que prestigia e impõe o seu respeito, e só ha o processo quando para se estabelecer esse prestigio e esse respeito se praticam certos actos de forma fixa e determinada.

61 — Não ha conhecimento exacto da origem historica do direito nem do processo, mas no Direito Romano, podemos acompanhar a historia do processo desde um periodo muito afastado até o seu ultimo desenvolvimento.

No periodo historico mais antigo de Roma o processo consistia na observancia das *acções da lei* (*legis actiones*). Eram cinco formas de processo diferentes que serviam para realizar todas as relações de direito conhecidas até então.

Dellas a mais rudimentar e que mais se approximava da primitiva justiça privada era a de *tomada de penhores*, (*pignoris capio*).

Era uma especie de penhora, ou arresto que o credor realisava por suas proprias mãos em bens do devedor, até que este satisfizesse a divida.

Só tinha verdadeiramente de forma processual o facto de ser exercida com palavras formaes, pronunciadas em tom solemne. Mas dispensava a presença de um magistrado, e podia se exercer na ausencia do proprio devedor.

62 — Havia ainda a *detenção pessoal* (*manus injectio*), que era tambem como acto de justiça privada, exercida pelo proprio credor, não já sobre os bens, mas sobre a propria pessoa do devedor.

Se este não dava um garante (*vindex*), o credor levava-o preso com autorisação do magistrado, conservava-o em prisão privada durante 60 dias, e podia amarral-os com peias e com grillhões de um peso limitado.

Por fim se a divida não era satisfeita, o preso ficava adjudicado ao credor, que podia vendel-o como es-

cravo, ou matal-o. Se eram muitos os credores podiam até retalhar o cadaverr e dividir entre si os pedaços.

63 — Apezar desse rigorismo que repugna ás idéas modernas, já o processo só se pôdia realizar na presença do magistrado.

Ao réo dava-se um recurso de defeza: Nos 60 dias em que se conservava preso, era obrigatoriamente levado pelo credor perante o magistrado em tres dias consecutivos de feira e ali apregoava-se a importancia da dívida e era elle exhibido na expectativa de encontrar algum amigo ou interessado que por elle pagasse a dívida ou lhe servisse de fiador, (*vindex*).

Essas duas formas de processo, por isso mesmo que eram violentas e rigorosas, só se applicavam em casos limitados; e correspondiam ao nosso actual processo de arresto e detenção pessoal, ou ás acções executivas e fiscaes.

Ellas serviam não só de acção para dividas julgadas incontestaveis, como os nossos processos executivos, mas tambem de execução das sentenças pronunciadas em outras acções.

64 — As outras tres formas de processo ou de *acções da lei*, já admittiam defeza mais ampla, garantida por maiores formalidades.

A *acção de juramento*, (*per sacramentum*) tinha uma forma processual bem caracterisada, consistente na imitação de una briga entre duas partes contendoras. O autor affirmava a sua qualidade de proprietario ou de credor, o réo oppunha affirmação contraria; e quando fingiam querer se atracar, o magistrado mandava suspender para significar que o caso era de processo e dependia de uma decisão.

Essa decisão não era dada pelo magistrado, mas sim por um tribunal proprio para isto, ou por um juiz ou arbitro escolhido pelos proprios litigantes, ou pelo magistrado. A phase do processo perante este dizia-se

in jure, a outra em que dava-se o julgamento era *in judicio*.

As afirmações das partes eram garantidas por uma aposta em dinheiro que cada um depositava mediante um juramento, dando-se a esse acto o nome de *sacramentum*.

A decisão da causa era referida, não ao direito das partes, mas ao ganho ou perda da aposta feita (*utrius sacramentum justum, utrius injustum esset*). Considerava-se assim provado o direito em favor daquelle que ganhava a aposta.

Esta era considerada a forma de processo ordinario (*legis actio generalis*).

65 — O processo *por meio de arbitramento* (*per judicis postulationem*), era outra acção da lei que tinha lugar, segundo parece, quando se iniciava pedindo logo a nomeação de um arbitro ou de um perito (*judex*) para dar valor ao objecto da demanda, ou decidir uma questão de facto necessaria para inicio da acção.

O processo *por emprazamento* (*per conditionem* ou simplesmente *condictio*) era de data mais recente; importava em uma simplificação do processo ordinario, que era o do juramento (*per sacramentum*), a que já nos referimos.

Dispensava as formalidades da acção perante o magistrado, e começava por uma intimação ao Reu (*condictio*) para escolher juiz ou arbitro dentro de trinta dias.

66 — Todas estas acções ou formas processuaes, obedeciam a preceitos communs. Eram divididos em duas partes ou *phases* distinctas; a primeira exercia-se perante o magistrado, (*in jure*) e tinha por fim a exposição do facto controvertido e a designação do juiz que devia resolver a demanda; a segunda passava-se perante esse juiz (*in judicio*) que podia ser, ou um tribu-

nal determinado, ou um arbitro nomeado para dar a decisão.

O magistrado era investido de função publica. Foi a principio o rei; com a republica passou a ser o consul, e depois foi um funcionario especial, — o *prætor*.

Em qualquer caso a jurisdicção do magistrado não comprehendia a attribuição de julgar (o *manus iudicandi*); Esta competência ao juiz, tribunal ou arbitro nomeado para a causa .

A citação consistia na intimação feita extrajudicialmente pelo proprio autor ao reu para com elle comparecer perante o magistrado (*in jus vocatio*).

O reu não podia desobedecer; apenas lhe era facultado mandar em seu logar um responsavel (*vindeç*).

Se não respeitasse a intimação, o autor tomava testemunhas e prendia-o. Se procurasse fugir ou frustar a citação, ficaria sujeito á detenção pessoal (*manus injectio*), de que já falamos, e então ficava de todo á mercê do credor.

67 — O processo, que era oral, consistia em palavras fixas e determinadas, pronunciadas emphaticamente e com gestos solemnes” Essas formalidades eram exigidas com tamanho rigor, que bastava a troca, o engano de uma palavra para tornar nulla a acção.

Os processos se exerciam regularmente em um logar do *forum* chamado *comitium*. Ahi sobre um estrado se elevava a cadeira e ahi aonde sentava-se o magistrado, e isto constituia o *tribunal*.

As partes se compromettiam previamente a submeter-se á decisão da causa e esse compromisso verificava-se por meio de testemunhas que *ambas* apresentavam. Chamava-se a isto *litem contestari*, trazer testemunhas para a questão; e dahi proveio a expressão *litis contestatio* de que derivou a nossa contestação da lide, e afinal o termo *contestação*. O effeito da *litis con-*

testatio era fazer terminar toda relação jurídica anterior e substituí-la pelo direito que surgisse da decisão da causa.

68 — Deste systema de processo das *acções da lei*, foi gradualmente se passando para outro mais apropriado ás novas necessidades, e que tomou a denominação de *processo formulario*.

Com as *acções da lei*, o papel do magistrado era muito restricto; não conseguindo conciliar as partes mandava-as para o arbitro (*in judicio*), sem poder dar instrucções para o julgamento, a não ser que mandasse applicar alguma das *acções* preestabelecidas. Mas com a necessidade de ir mandando applicar aquellas *acções* aos novos casos, o magistrado começou a redigir uma instrucção escripta, *formula*, pela qual o *arbitro* ou *jurado* se devia guiar logo que verificasse os factos. Este uso se alargando de mais a mais, deu logar a que se estabelecesse definitivamente o processo formulario (*per formulas*) em substituição ao das *acções da lei*.

69 — As antigas palavras sacramentaes dessas ultimas *acções* foram se substituindo pelas das *formulas*, que tinham tambem a vantagem de serem adaptadas ás novas necessidades. O magistrado podia por meio da *formula*, *conceder acções* (*judicium dare*) não só para os casos já estabelecidos por lei ou costume, mas ainda para as novas relações de direito que iam surgindo. As *formulas* já existentes podiam mesmo se ir adaptando para esse fim, e as novas que iam se admittindo constituíam com ellas um formulario adoptado.

Deste modo as diversas *acções* que se foram admittindo, iam-se classificando, segundo a origem, o objecto e a applicação, em diversas especies que não teem mais correspondentes entre nós.

Assim distinguíam-se ellas em *civis*, *honorarias*, *directas*, *uteis*, *ficticias*, *de facto* (*in factum*), *arbitraes* e outras ainda.

70 — Neste systema processual das formulas ainda persistia a divisão caracteristica do antigo processo romano em duas phases distinctas: perante o magistrado (*in jure*) e perante o arbitro ou jurado (*in judicio*).

Mas desde o tempo das acções da lei começou o magistrado em casos especiaes a dar decisões por si, sem submeter a causa ao julgamento do arbitro, sahindo assim das normas estabelecidas (*extra ordinem*).

Com o systema formulario, este modo de decisão foi se tornando cada vez mais frequente, de modo que por fim, quando o magistrado indicava ou approvava um arbitro para dar a decisão, não o fazia mais como uma necessidade da forma processual, mas como mera faculdade, considerando-o simples delegado ou substituto seu, para auxiliar-o na tarefa de julgar.

71 — Dahi surgiu o terceiro systema processual dos romanos que, fundando-se nesses processos fóra da antiga norma (*extra ordinem*) ficou se chamando processo extra-ordinario (*extraordinarium judicium, extraordinaria cognitio*). O uso das formulas, por desnecessarias foi pouco a pouco se extinguindo; o processo veio a passar-se perante magistrados publicos desde seu inicio até a sua ultima decisão, de modo que no tempo de Justiniano já não havia o menor vestigio do systema anterior do processo por formulas, e da divisão do juizo.

72 — Diversos termos e actos do processo foram tambem passando por transformações equivalentes. A citação que era realisada pelo proprio autor, intimando o reu para *comparecer em juizo* (*in jus vocatio*), foi aos poucos se transformando no conhecimento que se dava ao Reu sobre o objecto da demanda (*denuntiatio actionis*) e se tornou acto publico, sendo depois substituido por um acto escripto (*libellus conventionis*) que era notificado á parte por um official publico (*tabularius, viator, executor*). E esse libello continha a expo-

sição do facto e das pretensões do auctor, como a intenção e a demonstração, (*intentio et demonstratio*), das antigas formulas.

73 — O reu citado devia dar caução de comparecer em juizo (*in judicio sisti*) sob pena de ficar de baixo de guarda até o dia do comparecimento, da mesma forma que dava uma garantia de comparecer ás novas audiências (*vadimonium*).

A litis contestação que a principio era o acto de acceitação do juizo e devia ser feita perante testemunhas, ficou sendo no processo formulario o acto solemne pelo qual o autor communicava ao reu a formula da acção (*edere, dictare formulam seu judicium*) e o reu a acceitava (*accipere*). E por ultimo no processo extraordinario a *litis contestatio* era apenas uma expressão para indicar o momento do processo em que se fixavam as pretensões do autor e a defeza do reu approximando-se assim do que é a litis contestação actual.

74 — Outros actos do processo foram tambem se transformando até assumir o character que tem actualmente, e ás vezes até mais complicadas.

A defeza podia ser feita por contrariedade ou negação de pretensão do autor, ou por uma allegação de direitos do reu, tomando neste caso o caracteristico especial da *excepção*; e na continuação do debate travado entre as partes, as allegações tomavam as formas e qualificações da replica e da treplica actuaes, e havia assim a *replicatio a duplicatio* e a *triplicatio*, e as mais allegações possiveis até a terminação dos debates. Admittiam-se as mesmas provas de hoje, mas dava-se maior importancia aos juramentos, principalmente o *decisorio*.

75 — A sentença era, no tempo das *acções da lei* a decisão verbal declarando apenas indirectamente quem tinha ganho ou não a aposta que as partes tinham feito em juizo, e desse resultado é que se deprehendia quem

tinha ou não razão. *Utrius sacramentum justum, utrius injustum esset.*

Passou depois a ser no *processo formulario*, a decisão condemnando o reu a pagar uma somma em dinheiro, á guiza de multa, ou absolvendo-o.

O autor nunca era condemnado; e o reu quando absoldido só por meios indirectos podia resareir-se do damno que soffria com a condemnação injusta. Por ultimo é que a condemnação podia ser não só em dinheiro como na restituição da cousa, e até mesmo, tanto quanto possivel, no cumprimento effectivo de uma obrigação de fazer. Já então podia ser dada tanto contra o reu, como contra o autor pelas custas do processo.

76 — O processo á revelia é uma forma relativamente nova do curso das acções. No systema processual antigo não era absolutamente admittida nem comprehensivel. A acção da lei só podia regularmente ter lugar com a presença do reu; e se este não quizesse comparecer ou não tivesse um garante (*vindex*) era levado á força perante o magistrado. A sua presença em nova audiencia havia de ser garantida por uma caução especial (*vades, vadimonium*). Depois só na phase do julgamento ou *in judicio* é que o não comparecimento do reu deixou de obstar o proseguimento da acção. Neste caso não comparecendo, nem apresentando escusa era o reu condemnado e adjudicado ao credor (*addictus*).

77 — A regra de não haver condemnação á revelia ainda continuou no processo formulario e persistiu até a adopção definitiva do processo extraordinario. Se o reu não pagava nem se defendia, procurava-se forçal-o a isto, tomando-se-lhe a posse de todos os bens (*missio in bona*). Se apesar disto elle não se apresentava, nomeava-se uma pessoa que em seu logar ficava em posse dos bens, produzia a defeza e afinal realisava o pagamento, de modo que sempre houvesse um representante do reu para responder á acção. E' um caso semelhante

ao da fallencia e da insolvencia actuaes, quando os bens são tirados do poder do devedor e entregues em mãos de depositarios ou syndicos para attender ao concurso ou rateio dos credores.

78 — O processo era primitivamente oral, e só pouco a pouco foi tomando uma forma escripta.

O primeiro passo para isto foi a transição das *acções da lei* para o processo formulario. Para a decisão *in judicio* era precisa uma formula escripta do magistrado. Já então se começou a redigir autos e termos das declarações das partes e das decisões desses funcionarios, e isto se fazia principalmente nos casos de alguns processos extraordinarios. Depois do ultimo periodo em que essa formula processual tornou-se a common, a sua redacção escripta ficou definitivamente consagrada. Assim da mesma forma que a citação passou de um mero convite ou ordem oral, para um acto escripto que se entregava ao reu, foram todas as antigas declamações e ritos oraes sendo substituidos pelas allegações e termos escriptos.

79 — A execução das sentenças passou tambem por transformações equivalentes. Tambem no Direito Romano o seu fim era satisfazer á necessidade de respeitar o mais possivel o direito reconhecido pela acção. Por isso conservou ella durante mais tempo do que as acções o cunho de coacção privada, tendo o seu character rigoroso e oppressivo de execução *pessoal* em vez de *patrimonial*.

Só pouco a pouco é que esta foi prevalecendo, até se tornar exclusiva como hoje. Assim a *manus injectio*, de que já falamos, era não só uma especie de acção, como um meio de execução, consistindo na *detenção pessoal* do devedor, que era conservado em prisão privada e por ultimo adjudicado ao credor como um bem commum, ou como escravo.

80 — Os meios de execução patrimonial foram a

princípio a apprehensão de bens em penhor, a *pignoris capio*, pela qual o credor se apossava de bens do devedor. Depois veio a venda judicial *de todos os bens* do devedor a um terceiro licitante que offerecesse melhor paga ao credor, era a *bonorum venditio*.

No princípio do Imperio limitou-se a venda a uma parte dos bens que dêsse para pagamento das dividas, — *bonorum distractio* —; e esta medida que foi a princípio um privilegio em favor dos senadores, tornou-se depois geral.

Por ultimo instituiu-se o *penhor tomado* para garantia da sentença, — *pignus in causa judicati captum* — um pouco semelhante á nossa *penhora* actual, que ficou sendo a forma definitiva de garantia das sentenças nas condemnações em dinheiro ou outra coisa fungível. Quanto á condemnação em *cousa certa*, era executada pela entrega judicial da coisa ao credor, por meio da força (*manu militari*.)

81 — Em resumo. A origem do processo confundeu-se com a do direito, e podemos estudal-a em seu desenvolvimento no Direito Romano. Neste havia primitivamente cinco formas de processo chamadas as acções *da lei*, consistentes em ritos e palavras solemnes pronunciadas pelas partes. Duas mais rigorosas, e approximadas da justiça privada, valiam por processos executivos ou meios de execução, as outras tres admittiam os debates entre as partes e a sentença a executar. Havia duas phases no processo. As partes apresentavam-se primeiro perante o magistrado; e, este, depois de ouvi-las no cumprimento dos ritos estabelecidos, mandava-as para os arbitros e tribunaes incumbidos da sentença, (*in judicio*).

Depois, os magistrados começaram a mandar formulas escriptas para as decisões, e o processo começou a ser *per formulas*. Foram tambem apparecendo casos em que o magistrado decidia por si; eram os *processos ex-*

trordinarios. Esses casos tornando-se de mais a mais constantes, ficaram sendo a regra geral, e o processo circumscreveu-se a uma phase unica em que o magistrado decidia por si sem submettel-o a outro juiz.

O processo tinha a principio um caracter privado; a citação era feita pelo proprio autor; o magistrado foi pouco a pouco intervindo, mais para legalisal-o com sua presença do que para intervir nelle. Assim a sua ingerencia foi gradualmente augmentando, de modo que tornou-se o processo um acto publico.

Diversos termos tambem foram se modificando; a citação veio a ser feita por official publico e por acto escripto; a litis contestação ficou transformada na formação do debate; a sentença poude condemnar o reu ou o autor; a execução passou de pessoal á patrimonial e de todos os bens do devedor circumscreveu-se aos necessarios para o pagamento da divida.

METHODIO MARANHÃO.

