

# THEORIA

DO

## PROCESSO CIVIL E COMMERCIAL

### INTRODUÇÃO

#### NOÇÕES PRELIMINARES

#### CAPITULO I

##### DETERMINAÇÃO SCIENTIFICA DO DIREITO JUDICIARIO

##### § 1

##### *Definição do Direito Judiciario*

No mechanismo que põe em acção a força abstracta do direito—these, e no modo e forma de sua actividade funcional, esteia-se o *Direito Judiciario* (1), que definimos—*complexo das leis e formas segundo as quaes o poder judiciario restabelece o equilibrio das relações de direito violadas ou ameaçadas, ou sómente as declara de modo solemne* (2).

(1) Toda legislação perfeita assignala-se por trez momentos fundamentaes: 1.<sup>o</sup>) *determinação das regras do direito abstracto*, ou o direito em these; 2.<sup>o</sup>) *organização judiciaria*, ou o mechanismo que realisa a força do direito; 3.<sup>o</sup>) *processo*, ou o complexo das normas segundo as quaes funciona a organização judiciaria para applicar as regras abstractas de direito ás relações de direito concretisadas.

E' nos dous ultimos d'estes momentos que se accentua especificadamente a concepção do *direito judiciario*.

(2) O ultimo membro da definição allude á actividade meramente graciososa ou administractiva da autoridade judiciaria. Vide *infra* §

§ 2

*Sua embryologia*

As linhas embryologicas do *Direito judiciario*, que tambem se pôde denominar a *pathologia juridica*, achamol-as no seguinte conceito de Savigny (1): *Le droit* (no sentido subjectivo, poder ou faculdade) *ne se manifeste jamais plus clairement que si, denié ou attaqué, l'autorité judiciaire vient à en reconnaître l'assistance et l'étendue*; e no de Ihering (2): *Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel der Kampf*.

§ 3

*Sua necessidade politica.*

A pretensão—que cada qual pôde defender por si os seus direitos contra as violações de terceiro—não é nem convem que seja regra nas sociedades constituídas (3). A diversidade dos meios de defesa seria fecundo germen de intoleravel anarchia. D'ahi, a necessidade do poder judiciario, pois só na uniformidade dos meios de garantir a estabilidade dos direitos individuaes reside a condição da ordem collectiva ou social (4).

(1) *Traité du droit Romain*, 1. 7.

(2) *Der Kampf um's Recht*, p. 1. « O fim do direito é a paz; a lucta, o meio de attingil-a. »

(3) Nas faculdades e restrições contidas em varios textos do direito romano, canonico e patrio está consolidada a existencia juridica da chamada *legitima defesa*. Vide frs. 7 *ad leg. jul. de vi privata* (XLVIII, 7), 176 de div. reg. jur. (L, 17), 3 § 9, 17 de vi et vi armata (XLVIII, 16), 29 § 1 *ad leg. Aquil.* (IX, 2), 10 § 6 *quæ in fraud. cred.* (XLII, 8 X de homicidio (V, 2); Cod. Pen. arts. 32 § 2º, 34 e 35; Ord. IV, 58 § 2.º

Vide mais Carrara, *Discorso sul diritto della difesa pubblica e privata*, Opuscoli, I, 35; Fioretti, *Su la legittima difesa*; Arndts, *Le Pandette*, ed. de Serafini, § 94; Ihering, *Esprit du D. R.* § 11 a 14.

(4) A opinião de Puchta (*Lectiones* § 80) — que o principio que vê no exercicio arbitrario da defesa privada alguma cousa de illegitimo, é absolutamente moderno, e producto do regulamentarismo e da tutela excessiva do poder publico contemporaneo—não tem por si nenhum argumento logico nem a lição da historia do transformismo juridico. *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi*—tal era a norma, que assim formulada por Paulo (fr. 176 de div. reg. jur. L, 17), já muito antes d'elle dominava entre as agremiações humanas.



§ 4

*Historia das instituições judicarias*

No estudo das instituições judicarias dos povos antigos e modernos encontra-se positiva e accentuada predominancia da lei universal da instabilidade para o progresso. Como em qualquer das outras espheras captadas pelo genio investigador do homem, e que constituem outras tantas sciencias e artes—cosmogonia, geologia, zoologia, botanica, sociologia, linguistica, escripta, pintura, esculptura, musica, etc.,—achamos, na evolução historica daquelles instituições, nitidamente assignalada a lei darwinistica da selecção natural, completada pela do transformismo indefinito de Spencer (1), até que, no ponto actual do cyclo já percorrido, é na mais segura e breve adaptação da fórma á relação de direito litigiosa que assenta o melhor systema judicario, cujas condições fundamentaes devem ser: *promptidão, simplicidade, garantia* (2).

(1) Pensamos que as duas conhecidas leis, de Darwin—segundo a qual o progresso consiste, por meio da selecção natural, isto é, pelo aniquilamento do pernicioso ou inutil para a conservação do que é proveitoso ou util na adaptação do individuo ás circumstancias em que vive—e de Spencer—segundo a qual a transformação do homogeneo em heterogeneo é a propria essencia do progresso—completam-se uma pela outra; e assim dil-o positivamente um dos mais valentes pensadores da Italia contemporanea, Cogliolo, no mais profundo e original trabalho juridico que ultimamente temos lido — *Teoria dell' evoluzione darwinistica nel diritto privato*: « Nella scienza sociologica (pag. 4), lo Spencer ha esaminato l'evoluzione organica delle nazioni al lume dei principii darwinistici. »

(2) Muitos exemplos poderíamos produzir em apoio do conceito *supra*, isto é, que do mesmo modo por que no mundo physico a homogeneidade da massa primitiva passou por differenciações successivas ao estado de heterogeneidade actual, ainda provisorio, tambem no mundo sociologico as instituições judicarias, primitivamente homogeneas, foram se differenciando, por uma necessidade de selecção, até que modernamente apresentam um admiravel mechanismo de heterogeneidades convenientes, tambem susceptiveis de novas differenciações. Já o não dissera, ha quatorze seculos, o imperador Justiniano (Cod. const. 2 § 18 *veteri jure*, II, 17); *humani juris conditio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea quod stare perpetuo possit: mutas enim formas edere natura novas deproperat*? E trez seculos antes não tivera Ulpiano a intuição d'esta doutrina quando prendeu o di-

§ 5

*Princípios informativos do processo civil, ou sua legitimidade (1)*

As leis e formas constitutivas do direito judiciário, naturalmente consideradas, importam n'uma restrição da liberdade individual (2); mas toda lei restrictiva da liberdade precisa, para parecer legitima, firmar-se á sobre razões ou princípios de necessidade e de utilidade.

Os princípios que legitimam as leis e formas do processo civil são os quatro seguintes:

reito ao *usu exigente et humanis necessitatibus*? Também antes de Ulpiano dissera Aulio Gellio, que *leges, ut facies coeli et maris, varientur*.

Dous exemplos, porém, bastarão para dar idéa completa do assumpto. Vamos buscal-os na organização do processo civil romano. Guardavam primitivamente os romanos tal connexão entre o conteúdo e a forma, que a falta de uma virgula matava o processo: *si virgula nequit, causa cadit*; pois bem: a evolução differencial dos tempos subseqüentes chegou ao extremo opposto: *plurima facta tenent, quæ nondum facta vetantur*.

Quanto ao proprio processo — ao principio dominava o homogeneo systema das *legis actiones*, em numero de cinco: a *actio sacramento*, a *judicio postulatio*, a *condictio*, a *manus injectio*, e a *pignoris capio*; relação de direito que se não podesse enquadrar em alguma d'estas acções, ficava indefesa. Esta inadaptação, que se tornava tanto mais perniciosa quanto mais se desenvolviam as relações sociaes, e portanto, mais se multiplicavam as relações de direito, abriu logar á primeira differenciação entre o *jus* e o *judicium*, depois entre a organização da instancia (processo *in jure*) e a lide (processo *in judicio*), ainda entre a *jurisdictio* e o *officium judicis*, e appareceu, com o seculo VI, o systema das *formulas*. Foi então que dominou aquella alludida superstição pela forma, e tão rigorosa era a necessidade da pronunciação de certas e determinadas palavras, que na espirituosa phrase de Ihering (*Espr. du Dr. Rom.*, III, 134), no frontespicio da historia do direito romano poder-se-ia escrever esta epigraphe: *In principio erat verbum*. Mas a evolução não podia parar, e com Deocleciano (an. 294 de Chr.) veio a *extraordinaria cognitio*, que differenciando novas relações de direito e com estas novas acções, abriu por sua vez logar á maravilhosa heterogeneidade judiciaria contemporanea, tão complexa em suas actuações reaes quão simples em sua morphologia legal.

(1) A idéa d'este § hauri-a em Manfredini, *Programma del corso di Diritto Giudiziario Civile*, ns. 92—99, cujos principios acima litteralmente traduzi. Penso com Fontenelle, que *ce n'est qu'en montant sur les épaules des autres que nous pouvons voir d'un peu loin*.

(2) A liberdade natural assenta, d'entre outros, sobre os dous seguintes principios, que o direito judiciário limita ou restringe: *vim vi repellere licet*—*nemo ad factum precise cogi potest*.



I. *Princípio logico*, que consiste na escolha dos actos e fórmulas mais aptas para descobrir a verdade e evitar o erro (1);

II. *Princípio juridico*, que consiste no proporcionar aos litigantes igualdade na demanda e justiça na decisão (2);

III. *Princípio politico*, que consiste em prover os direitos privados da maxima garantia social com o minimo sacrificio de liberdade individual (3);

IV. *Princípio economico*, que consiste em fazer com que as lides não sejam tão dispendiosas que se possa dizer que a justiça civil é feita só para os ricos (4).

## § 6

### *Classificação do processo civil no quadro geral da sciencia juridica*

Na justa observação de Saredo (5), só aquelles, que não teem idéa exacta do direito publico ou do direi-

(1) Vide *infra* §.

(2) Idem §.

(3) Este e o principio seguinte condensariamos num só, sob o titulo de *principio politico-economico*. E' a mesma lei cardinal da Economia Politica —maximo resultado com minimo esforço—applicada ao direito judiciario, e que para Ihering (ob. cit., III, 23) é uma das leis vitales da jurisprudencia.—Vid. *infra* §.

(4) A gratuidade da justiça—eis indubitavelmente o ideal philosophico, larga e eruditamente preconizado por Barnouvin, *De la Justice gratuite*. As custas representam verdadeiro imposto indirecto, e segundo dizia Franklin, *ironicamente*, no parecer de Ancillon (*E'spr. des Constit.*, p. 276), os povos nunca estarão contentes com os seus governos enquanto estes não acharem um meio de governar sem impostos.

Eis uma passagem de Bentham (*Tr. des preuves judic.*, II, 406), naturalmente verdadeira: « Le premier vice radical des impôts sur les procédures est de tomber sur un individu à l'époque même où il est le plus probable qu'il n'est pas en état de les acquiter. Le moment où une partie de sa propriété, plus ou moins considérable, est injustement détenue ou saisie, est celui qu'on choisit pour lui demander une contribution extraordinaire. C'est dans le cours d'un procès qui arrête son industrie, qui suspend ses revenus, qui lui ôte, au moins pour un temps, des ressources sur lesquelles il avait compté; c'est lorsqu'il gémit sous la main d'un oppresseur, d'un spoliateur, que les gardiens de l'innocence lui font payer à chaque pas les actes par lesquels il cherche à maintenir ses droits ou à y rentrer! »

Vide entretanto Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile*, cap. XVI.

(5) *Istituzioni di Procedura Civile*, Introd. XX.



to privado, desconhecem que o direito judiciario em geral pertence ao direito publico do Estado (1). E assim como aquelle estimado professor, para sustentar a sua these, limita-se a transcrever o eminente Savigny, imital-o é o que temos de melhor a fazer.

« A primeira missão do Estado, e a mais indispensavel, consiste em traduzir o direito por caracteres visiveis, e assegurar a sua autoridade, o que comprehende duas ordens de acção: 1.º o Estado deve protecção ao individuo atacado em seu direito: as regras produzidas por esta ordem de acção constituem o que se chama *processo civil*; 2.º independentemente de qualquer interesse privado, o Estado deve manter o direito em si mesmo e reprimir a sua violação. Este resultado o Estado obtem por meio das penas... e as regras que dominam esta acção comprehendem-se sob a denominação de *direito criminal*, das quaes o *processo criminal* não fórma mais do que uma parte. Assim, o processo civil, o direito criminal e o processo criminal entram no direito politico.... Quanto ao processo civil, a acção do Estado por tal fórma se acha ligada aos direitos dos individuos, que na realidade é impossivel separal-os completamente; mas isto em nada muda os caracteres essenciaes d'estas differentes partes do direito. E' por isso, que para abraçar ao mesmo tempo este duplo ponto de vista, costumamos, e com razão, substituir a expressão *direito politico* pela expressão mais geral *direito publico*, que a um tempo comprehende o processo civil e o direito criminal. » (2).

(1) Ninguém melhor do que Cogliolo, na sua *Filosofia del diritto privato* § 9.º, accentuou a linha divisoria entre o direito publico e o direito privado, e com a sua doutrina harmonisa-se perfeitamente a classificação, que do processo civil, fazemos no texto.

(2) Savigny, *Tr. du Droit Rom.*, § IX.



Ainda outros argumentos concorrem a demonstrar que o processo civil, propriamente dito, é um ramo do direito publico do Estado. Assim:

I. A reintegração das relações de direito desequilibrados por actos livres de outrem, os quaes formam as violações das relações de direito, para não constituir (vid. § 3.<sup>o</sup>) nova causa de perturbações continuas, precisa ser operada de modo uniforme, ou como ainda diz Savigny — de maneira regular e certa. A livre acção isolada de cada individuo é o germen do arbitrio. Ora, só o Estado, como órgão personificador da collectividade, póde, por sua intervenção, excluir os perigos que proviriam da expansão illimitada da defesa individual. Logo, as leis de processo, resguardando o interesse geral da ordem collectiva, são de direito publico.

II. O Estado tem interesse em que as relações economicas privadas tenham a segurança e estabilidade que são necessarias á productividade dos capitães, porquanto é na somma das riquezas individuaes (1) que assenta a riqueza social. Ora, toda demanda é um estorvo economico posto á livre circulação dos valores que ella torna litigiosos, e portanto, toda demanda é um mal social. Logo, a intervenção do Estado, justificando-se pelo interesse que tem na remoção d'este mal, dá ao processo civil o caracter scientifico que o leva ao quadro do direito publico.

III. Este duplo interesse do Estado impõe-lhe a necessidade de organizar o poder judiciario, e portanto, de occorrer á necessaria despesa. Mas as instituições creadas e mantidas pelo Estado em vista do seu proprio interesse, posto que reflexo, são de direito publico. Logo, tambem o são as leis do processo civil.

---

(1) Vide Saredo, op. cit., Intr. n. XXI.

IV. Um dos caracteristicos do direito publico é não poder ser alterado pelas convenções privadas (1). Ora, as leis do processo civil não estão sujeitas á vontade privada. Logo, são de direito publico.

§ 7

*Relações entre o Direito Judiciario e os outros ramos da sciencia juridica.*

Parte componente do organismo juridico geral, o *Direito Judiciario* prende-se, por laços de connexão logica, aos outros ramos do direito, e mais proxima-mente:

I. A' philosophia do direito.

Si é uma verdade, hoje experimentalmente demonstrada, o que dizia Cicero: «*Omnes artes quæ ad humanitatem pertinent habent quoddam commune vinculum et quasi cognatione quadam inter se continentur*» — chega a ser evidente a connexão entre a philosophia geral e qualquer ramo da sciencia humana. Logo, a philosophia do direito, que é o ramo da philosophia geral que *leva o espirito á inducção das leis mais geraes e das causas mais remotas dos institutos juridicos* (2), bem como á *integracção de seus ultimos resultados* (3), e o direito judiciario, que é parte integrante da sciencia geral do direito, são entre si connexos.

II. Ao direito constitucional.

Dissemos em outro trabalho (4), que «a lei organica do poder judiciario deve guardar tão estreita

(1) *Jus publicum privatorum pactis mutare non potest* — fr. 38 de pactis (XI, 14).

(2) Cogliolo, *Filosofia del Diritto Privato*, p. 8.

(3) Puglia, *Manuale di Procedura Penale*, p. 17.

(4) Parecer apresentado ao Senado de S. Paulo sobre o *Projecto de Organisação Judiciaria*, convertido na Lei n. 18 de 21 de Novembro de 1891 — Vide *O Direito*, LVII, 213.



connexão com a lei constitucional, quão íntima é a relação que sujeita a função ao órgão, o effeito á causa. Na lei organico-política tem o cidadão o quadro, por assim dizer, anatomo-physiologico de sua existencia como personalidade social: ella é a substrucção do seu substantivismo politico; portanto, na Constituição Política do Estado, quaesquer que este e aquella sejam, está a própria constituição politica do cidadão. Em uma palavra — na Constituição tem este o seu proprio modo de ser sob o ponto de vista social.... Ora, na lei organico-judiciaria está o apparelho que ha de patentear a força latente de cada qual das inviolabilidades constitutivas da nossa personalidade: igualdade, liberdade, segurança e propriedade — quando, da divergencia de duas actividades livres, produzir-se o phenomeno juridico negativo das mesmas inviolabilidades, chamado pelo eminente Savigny — violações das relações de direito.» Logo, no direito constitucional tem o direito judiciario a sua propria origem.

### III. Ao direito civil, commercial e criminal.

A íntima relação que existe entre o direito substantivo e o direito adjectivo, entre o direito material e o formal, é a mesma que ora assignalamos entre o direito judiciario e aquelles trez ramos do direito. Os codigos ou leis civil, commercial e criminal prescrevem as normas substantivas do direito-these; as leis judiciarias regem o exercicio formal das relações de direito na passagem de puras abstracções legislativas para o mundo concreto das relações practicas. A connexão é estreitissima (1).

### IV. Ao direito administrativo.

(1) Eis uma bella figura em Manfredini, op. cit., n. 73: «*La procedura civile e il diritto civile sono fra loro strettamente legati come due ruote d'una medesima macchina insieme addentellate, delle quali una non può muoversi senza dell'altra e senza muovere l'altra.*»

Na mais apurada synthese, dous são os poderes politicos do Estado— o legislativo e o executivo, e este subdivide-se administrativo e judiciario. Mas si estes dous poderes defluem da mesma fonte—a soberania nacional, e ambos visão, um proximo e outro remotamente, o mesmo resultado—executar a lei em bem da harmonia social, mais estreita não póde ser a affinidade que os liga, posto que independentes em suas respectivas funcções. Consequentemente, não podem deixar de ser affins as leis que regulam a existencia juridica de cada um d'elles.

V. Ao direito internacional publico e privado.

Ao primeiro, porque a necessidade de rogar aos governos estrangeiros que deem execução aos actos judiciaes que só nos respectivos paizes são exequiveis, e reciprocamente, dar execução ás rogatorias vindas de fóra da Republica, colloca muitas vezes duas soberanias em face uma da outra.

Ao segundo, porque a theoria, hoje geralmente recebida, dos estatutos pessoal e real, quotidianamente occupa a actividade do poder judiciario.

VI. A' medicina legal.

O Direito Judiciario civil e a medicina legal estarão em contacto sempre que o magistrado houver de resolver questões relativas, por exemplo, ao divorcio por sevicias physicas, á nomeação de curador ao ventre, á capacidade civil nos estados de perturbação mental, á aptidão para procrear ou conceber, á escusa de certas funcções publicas motivadas por molestia etc., etc. V. Tardieu— p. 30, Folie.

VII. A' economia politica.

Varios são os pontos de contacto entre o direito judiciario civil e a economia politica, considerada esta na sua mais larga accepção, isto é, como a sciencia da riqueza social.



a) Já no § 6 n. II ficou esboçada uma das faces d'esta afinidade.

b) Por sua função específica, isto é, garantir a estabilidade das relações de direito, o poder judiciário concorre poderosa e efficientemente para a segurança profissional, para a firmitão da propriedade, para a liberdade do trabalho e do commercio, para tudo, enfim, quanto é factor da riqueza social; é, portanto, uma das forças vivificadoras da economia publica (1).

c) A estabilidade que as decisões judiciais imprimem á propriedade tem dupla vantagem economica particularmente apreciavel: melhora a propriedade particular, impedindo que se prolongue a inercia do possuidor injusto ou precario, e promove a respectiva circulação e distribuição, fonte fecunda da riqueza social.

d) «A economia publica, diz Manfredini (2), influe sobre o direito judiciário emquanto, importando a administração da justiça uma despesa, á mesma administração incumbe suggerir os meios de provel-a sem prejuizo da justiça nem damno do erario publico.»

#### VIII. A' estatística.

Considerada como a sciencia das quantidades sociaes, não puramente numericas, posto que methodicamente dispostas, senão analyticamente apreciadas, (3) é evidente a connexão que prende a estatística

(1) «O magistrado, diz J. B. Say (*Traité d'Economie Politique*, part. VII chap. XVI), é util á sociedade inteira ainda que nada faça. Está sempre prompto a reprimir uma injustiça, esta só disposição muitas vezes reprime-a effectivamente. Dá-se com elle o mesmo que com as vedetas, que a postos guardam o acampamento, e que são nteis mesma quando não foram assaltadas si com tal inimigo, bastantemente vigilante para deixar a um assalto qualquer probabilidade de successo, ninguém ousou medir-se.»

(2) Op. cit., n. 89.

(3) Sobre o verdadeiro conceito da estatística não ha ainda uniformidade de vistas. Assim, ao passo que Block, *Traité théorique et pratique de statistique*, liv. II, chap. IV, considera a estatística como sciencia de ob-

a todas as outras sciencias, e portanto ao direito judiciario. Como sciencia, a estatistica recebe a noticia numerica dos factos sociaes que lhe fornece a estatistica-methodo, e observando-os em suas relações mutuas, ou comparando-os entre si, recolhe analyticamente a intensidade das influencias por elles experimentadas, afim de indicar ao legislador os vicios da lei vigente, a emendar nas leis por virem (1). Sob este ponto de vista, pois, a estatistica das demandas, scientificamente apreciada, fornece ricos materiaes ás reformas judiciais, influe poderosamente na evolução do direito judiciario (2).

§ 8

*Synthese physionomica do Direito Judiciario ou sua accentuação pratica pelas funções do poder judiciario.*

Da norma democratica do direito moderno— que sómente em especie e por provocação da parte interessada (3) é que a autoridade judiciaria intervem na defesa dos direitos privados—deflue a accentuação pratica do Direito Judiciario, ou sua synthese physionomica na encyclopedia juridica; e para usar de uma figura que em fundo não é nova, diremos que o Direito judiciario é um instituto medicinal, cuja actividade consiste em oppôr as regras de di-

servação, preanalysa os phenomenos sociaes para d'elles tirar induções e deducções mais ou menos directas, outros especialistas, por exemplo, Majorana — Calatabiano, *La statistica teorica e applicata*, n. 8, veem na estatistica apenas a noticia numerica de factos methodicamente agrupados, enquadrando, nas respectivas sciencias, separadamente, as observações logicas collidas.

Achille Guillard, *Eléments de statistique humaine ou Démographie comparée*, distingue as duas disciplinas, não para separar uma da outra, mas para integrar uma pela outra. E tal é hoje o conceito mais recebido.

(1) Engel, *Zeitschrift*, citado por Block, ob. cit. p. 98.

(2) Vide Majorana-Calatabiano, op. cit., n. 632.

(3) Assim se exprime o art. 3.º do Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, que organisou a justiça federal.



reito (o direito no estado physiologico) ás violações das relações de direito (o direito no estado pathologico), de modo que se restabeleça a saude das mesmas relações jurídicas

Assim como a physiologia é o estudo do mechanismo humano em seu estado de integridade ou de saude, assim tambem podemos denominar sciencia da physiologia juridica o estudo do direito em sua abstracção legislativa; e bem como a pathologia é o estudo das desordens occorridas no organismo humano ou das molestias, assim tambem a pathologia juridica será o estudo das violações das relações de direito. E como a therapeutica é o complemento da pathologia, faz-se ainda o estudo dos remedios contra aquellas desordens ou molestias; e então, bem como a therapeutica é a parte da medicina que tem por objecto o curativo das molestias, assim a therapeutica juridica será o estudo dos meios restabelecedores do equilibrio das relações de direito.

D'esta idéa vem a natural transição para o *Direito das Acções*.

## CAPITULO II

### DA DEFESA DAS RELAÇÕES DE DIREITO OU THEORIA GERAL DAS ACÇÕES

#### § 9

#### *Idea genesiaca de acção.*

O estado hygico das relações de direito resulta da conformidade entre os actos livres do homem e as regras de direito; mas precisamente porque taes actos assentam na liberdade, é sempre possivel a violação das relações de direito. Ora, todo direito violado, ou meramente ameaçado, logo manifesta uma força reactiva propria, que o põe virtualmente



em estado de defesa. D'aqui vem a primeira idéa de *acção* (1), cujo germen é esse: uma relação de direito pre-existente (2) e sua negação (3). *Acção* (*actio juris*) é a reacção que a força do direito oppõe á *acção* contraria (*violatio juris*) de terceiro; é um movimento de re-equilíbrio; é um remedio.

### § 10

#### *Fundamento juridico da acção.*

O fundamento juridico da *acção* é o proprio direito violado (4), e o seu momento funcional a mes-

(1) N'esta concepção vem synthetizar-se a idéa de què Ihering fez o thema do seu *Combate pelo direito*. Si o direito é effectivamente uma idéa pratica, isto é, indicativa de um fim, e si realmente toda idéa de tendencia é essencialmente dupla, isto é, de fim e de meio; si na verdade o fim do direito é a paz, e o meio de attingil-a, a luta, esta, socialmente organizada, só pôde ser a *acção* judicial.

(2) Savigny (*Dr. Rom.*, V p. 17), referindo-se ás *acções in personam*, pretende que a existencia de uma relação de direito anterior á violação não é circumstancia decisiva; e exemplifica: relativamente ás *acções* resultantes dos contractos, existe uma obrigação anterior não só á *litiscontestatio* como mesmo á violação, mas relativamente ás *acções ex delicto* a obrigação só começa com a violação.

Mas Savigny não tem razão, porque, como pondera Serafini (nt. 6 ao § 97 de Arndts), substitue elle a offensa que se contem no delicto mesmo pelo implemento da obrigação de satisfazer o damno causado pelo mesmo delicto. O proprio Savigny (V, 239 nt. 4), censurando a Thon o apresentar como caracter particular das *acções ex delicto* fazerem começar a prescrição da violação do direito, diz que Thon se enganou porque «confunde a violação do direito contida no delicto mesmo com a falta de pagamento.»

(3) Esta negação não presuppõe constante a idéa de violencia; basta o inimplemento da obrigação conteúdo da relação de direito. Nem a reparação, como observa Scialoja (*Coment. del Cod. di Proc. Civ.*, vol. V n. 450), tira os seus caracteres do facto material que a consuma. Assim, a *acção* de satisfação do damno causado pelo furto e a *acção* de mutuo podem vizar o mesmo resultado — por exemplo: a restituição de certa somma de dinheiro; mas «a reparação do direito violado é de indole diversa, por isso que, no primeiro caso, o fundamento da *acção*, isto é, a especie de direito violado e o modo de lesal-o, são absolutamente diversos da especie de direito lezado e do modo de lezal-o no segundo caso.»

(4) Os escriptores não convergem na determinação do fundamento da *acção*.

Assim, e principalmente:

a) Alguns, tomando como outras tantas relações de direito, novas e independentes, as differentes phases por que pôde passar uma mesma relação de direito, consideram a *acção* como um direito independente, paralelo ao



ma violação por parte de pessoa determinada. Esta violação cria um vínculo de direito identico a uma

direito de familia, ao direito de propriedade, etc., etc. Savigny (§ 59 e nt. a) censura esta falsa escola.

b) Outros, com Savigny á frente (§ 204), veem na acção puro desenvolvimento ou metamorphose da propria relação de direito.

c) Terceira escola radical a de Windscheid (*Pand.* § 44), considera a acção como um meio auxiliar que serve para por elle se pedir á autoridade judiciaria a manutenção de um direito pre-existente, em cujo exercicio fomos turbados ou lesados. Era a concepção de Vico: *Actiones autem nihil aliud sunt, quam rerum nostrarum legibus præformatae tutelæ.*

d) Outra escola radical é a de Puchta (*Pand.* § 81), para quem a acção é uma annexação ou accrescentamento a um direito.

e) Galdi, no *Com.* de Mucini, Scialoja e Pisanelli, vol. 1.º n.º 385, diz, que geralmente fallando, a acção participa do direito que ella se destina a tutelar, d'onde se segue ter a mesma natureza d'este; mas este existe independente da acção, a qual não nasce senão quando o direito é violado.

f) Pescatore, *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale*, vol. 1.º p. 121, tendo definido a acção a garantia judiciaria de um outro direito, accrescenta: « Dizendo que a acção é a garantia judiciaria de um outro direito, evidentemente presuppomos que existem direitos sem acção, e taes são aquelles aos quaes se nega a garantia judiciaria ou porque, pela lei do Estado, estejam privados de qualquer garantia, ou porque a mesma lei lhes haja tão sómente concedido as garantias administrativas e politicas, excluida a intervenção da autoridade judiciaria. »

Conceito de facil reputação, este de figurar direitos, privados de qualquer garantia. Mas então, esses não são direitos.

Muitos outros escriptores pudemos citar, que combinam total ou parcialmente com os já referidos. Reputamos principaes:

I. Ungar, *System*, II, § 113 nt. 13, vê na acção o direito em pé de guerra, o direito mettido no *sagum*<sup>(a)</sup>, em opposição ao direito em estado de paz, o direito mettido na toga; e accrescenta: « o direito de acção é um direito do direito, que vai á guerra. »

II. Goudsmit. *Pand.* § 87, não considera a acção como um direito distincto, com existencia propria, senão como o direito mesmo, que se sente atacado, e arma-se para a luta; em summa, é o direito em acção. Vid. nt. 5 de Serafini ao § 96 de Arndts.

III. Garsonnet, *Précis de Procédure Civile*, n. 132 p. 210, concordando com a concepção de Galdi e Goudsmit, isto é, que a idéa de direito contém necessariamente a idéa de acção, ou por outra, que a acção não é outra cousa senão o direito mesmo, que permanece, por assim dizer, passivo enquanto não é contestado, mas que se põe em movimento logo que o é, pondera que a expressão *direitos e acções*, usada algumas vezes pela lei (cod. civ. fr. arts. 724, 1166, 1250 1.º e 1689) é um pleonasm.

IV. Eis integralmente a lição de Mattiolo, *Elem. di Dir. Giud. civ.*, 1.º v. n. 21: « Condizione essenziale di ogni ordinamento e progresso sociale si é, che a nessuno, per regola generale sia lecito di farsi giustizia di propria autorità, e che la società assuma direttamente la difesa dei diritti

(a) *Sagum*, i, vestido militar dos romanos. *Ad saga ire*: Cic. *Sumere saga*: Cic. ir a guerra. *Esse in sagis*. Cic. estar em campanha. Do Dicc. de Moraes.



obrigação, da qual é sujeito activo o titular da relação de direito, e sujeito passivo, o seu violador (1).

## § 11

### *Determinação analytica da idéa de acção.*

O vocabulo juridico *acção* póde ser considerado debaixo de trez accepções differentes, a saber:

I. Accepção *subjectiva*— significando o proprio direito reagindo contra a acção contraria de terceiro, ou a faculdade de defendel-o judicialmente (2);

dei privati col mezzo del potere giudiziario ed esecutivo.—L'azione rappresenta appunto la garanzia giudiziaria, e costituisce per ciò, quasi diremmo in linguaggio aritmetico, un diritto alla *seconda potenza*, ossia il diritto di far valere un diritto in giudizio.»

V. O nosso Corrêa Telles, *Doutr. das Acções*, § 1.º, considera a *acção* um remédio de direito para pedir ao juiz, que obrigue outro a dar ou a fazer (a) aquillo de que tem obrigação perfeita.

(a) Devia acrescentar: ou a não fazer. Vide o § 5.º do proprio C. Telles: *Chamam-se pessoas as acções que nascem da obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.*

Cada qual d'estas concepções, isoladamente considerada, póde ser verdadeira. A apparente divergencia provem de se não attender a que, em todas as linguas, muitas palavras ha que teem mais de um sentido ou significado. *Acção* é uma d'ellas, como explicitamente o reconhecem muitos dos escriptores citados. Pretender, portanto, definir *acção* por uma formula unica é, ou cair no vicio de Manfredini (*Proeram.* n. 822), que dando uma definição de metro e meio, antes disserta do que define, ou incidir no erro de logica: deixar fóra da definição parte do definido.

E' por isso, que no § seguinte preferimos, ao determinar analyticamente a idéa de acção, decompol-a em suas diversas accepções para definir cada uma separadamente. Fal-o assim, si bem que incompletamente, Filomuzi Guelfi, *Enciclopedia Giuridica*, § 123.

(1) Vide, sobre esta idéa, a profunda passagem de Savigny, *Dr. Rom* V, § 205, e Maynz, *Elem. de Dr. Rom*, 2.ª ed. 1.º vol. p. 301.

(2) E' o sentido do § 1.º da *Inst. de actionibus* — o *jus persequendi*; é a *faculdade*, de que falla Maynz, *Dr. Rom.* § 136, ou a *facultas agendi* de Filomuzi Guelfi, *Encicl.* § 123; é a *possibilidade inherente a todo directo de se fazer valer em juizo*, de Arndts, § 96.

Não é um direito independente, como quer Savigny, refutado por Viti, *Com. sistem. al Cod. di Proc. Civ.*, p. 15 e seg., nem tão pouco um *acrescentamento* ou uma *annexação* a um direito, como pretende Puchta, vehementeemente impugnado por Böking, *Pandekt.* § 131 nt. 2, mas é parte integrante do direito mesmo.



II. accepção *objectiva*, ou o acto da defesa judicial (1);

III. accepção *formal*, ou o modo pratico d'esta defesa (2).

§ 12

*Subjectivismo da acção*

Na primeira d'aquellas accepções, *acção* é uma phase da propria relação de direito violada, e definimol-a— *a virtude propria a cada direito de se afirmar por meio da força social*.

N'este sentido é completa a definição do citado § 1.º da Instituta: *actio nihil aliud est quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur* (3).

(1) E' a primeira idéa de Arndts, loc. cit.; é o *meio auxiliar* de Windscheid.

(2) Nesta accepção, *acção* é synonymo de demanda, feito, litigio, pleito.

(3) Alguns escriptores, como Savigny, Maynz e outros, seguindo ao jurisconsulto Daniel, citado por Paula Baptista, *Comp. de Theor. e Prat. do Proc. Civ.* § 3.º, que a definição de Justiniano accrescentou as palavras *aut nostrum est*, ou a Hotomanus, citado por Filomuzi Guelfi, nt. 1 ao cit. § 123, que propunha *additar summe est*, um e outro por lhes parecer que aquella definição não comprehendia os direitos reaes, censuram a mesma definição vinda do Digesto, fr. 51 de *O. et A.* (XLIV, 7). Tambem Mattiolo, l. 21 nt. 1, é de parecer que « *alle quali parole se devono aggiungere queste altre: AUT QUOD NOSTRUM EST.* »

Não ha motivo para a censura:

1.º porque, historicamente, se demonstra a correcção da definição da Instituta; porquanto, havendo Celso, no cit. fr. do D., definido a acção *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, o vocabolo *actio* tinha, na technologia da epoca, um sentido restricto, pois que então *deberi* sómente comprehendia as *obligationes*, excluindo as *actiones in rem* (Savigny, § 205); mas ao tempo de Justiniano, a expressão *deberi* se havia generalisado, abrangendo toda pretensão, qualquer que fosse a sua causa; ora Justiniano não podia ignorar as differenças historicas acima alludidas; logo, copiando litteralmente a definição de Celso, teve em vista enquadrar na mesma definição tambem as acções *in rem*;

2.º porque, como se vê do D., fr. 178 § 3.º de V. S. (L. 16), já Ulpiano dizia que *hoc verbum DEBERI omnem omnino actionem comprehendere intelligitur*;

3.º porque de varias passagens dos proprios censores da definição justiniana. deflue a refutação da propria censura.

Assim, da passagem de Savigny a que faz referencia a nt. 2 § 10 *supra*, resulta, que si para o jurisconsulto berlinez a violação de uma relação de direito, qualquer que seja a sua natureza, estabelece, entre o violador e o

§ 13

*Objectivismo da acção*

Na accepção objectiva, acção definimos o acto pelo qual se invoca o officio do juiz para que afirme a existencia de uma relação de direito contestada (1).

§ 14

*Formalismo da acção*

Na terceira e ultima accepção ou formal, o termo acção se define o modo pratico do exercicio do direito de acção (2).

violado, uma relação juridica identica a uma obrigação, não ha razão para excluir da definição da Instituta as violações das relações de direito real.

Quanto a Maynz, elle proprio nos fornece esta lição: « On trouve même dans des ouvrages de droit cette acception vulgaire de mot DEBERI. Ainsi d'un droit réel. » Fr. 9 D. si servit. vind., 8, 5 « SI EO LOCO PER QUEM MIHI ITER DEBETUR... » et passim. Voy. aussi Gruteri, Inscript p. 201, 3. » PER HAUC VIAM FUNDO C. MARCI C. L. PHILERONIS ITER ACTUS DEBETUR.»

Vide, em apoio da definição da Inst., Van Wetter, Dr. Rom., I, § 96, Demangeat, Dr. Rom. 2.<sup>o</sup> vol. p. 463, etc, etc.

(1) Imitação da definição de Windscheid: «um meio auxiliar para pedir a manutenção de um direito preexistente em cujo exercicio fomos turbados ou lesados.»; ou concretisação da definição de Manfredini, n. 822: «L'interesse giuridico di ricorrere nei modi legittimi al magistrato, a ciò specialmente istituito, per ottenere che egli, dopo esaminata e giudicata la pretesa di un diritto, dichiarare, e occorrendo coll'uso della forza sociale conceda, conservi o reintegri il diritto.»

N'este sentido, acção é a manifestação externa da virtude propria a cada direito de se afirmar judicialmente. E' um producto, uma creatura, da qual é creador o proprio direito. Tal é a energica e correcta concepção de Arndts das Recht ist das Klage das Erzeugte— edic. de Serafini, nt. 8 ao § 96. E' ainda a confirmação ou actividade do direito Bethätigung oder Thätigkeit de Böcking.

(2) N'este sentido, acção ou processo, demanda, pleito, entra no quadro da eurematica forense ou jurisprudencia pratica. Nosso livro não se occupa das acções debaixo d'este aspecto. Damos aqui tão sómente noticia dos principios theoricos do direito judiciario civil; os euremas a tomar para garantir a correcção formal da acção no sentido objectivo, constituem o conteúdo de outra cadeira do curso da Faculdade, brilhante e proficiente-mente feito pelo nosso illustrado collega Dr. João Mendes Filho.



§ 15

*Condições subjectivas para o exercicio das acções.*

Para a objectivação do direito de acção, isto é, para que a *virtus actionis* ou *potestas agendi* se converta proveitosamente na *ratio agendi*, requer-se, no agente, o concurso das quatro seguintes condições:

- I. A existencia de um direito (1);
- II. Interesse de agir (2);
- III. Qualidade para agir (3);
- IV. Capacidade, si age no proprio nome, mandado, si no de outrem (4).

(1) Facilmente se comprehende, que o direito de que se trata não pôde significar uma relação jurídica isenta de qualquer impugnação, ou uma relação de direito de existencia palmar ou intuitiva, para usar a frase de Manfredini, n. 795; aliás, si a acção importasse necessariamente a existencia real do direito, nem se conceberia possível sentença que concluísse pela absolvição do accionado; basta que se *pretenda* certa relação de direito. As simples *pretensões de direito* devem ser tuteladas pela autoridade judiciaria, pois que só a sentença ha de afinal declarar estavelmente si a pretensão é ou não direito, ou por outra, si a apparencia de uma relação de direito cobria effectivamente uma justa relação de direito.

Este direito ou pretensão de direito precisa ter a condição de exigibilidade, isto é, precisa não pender de termo ou condição, e não estar prescripto.

(2) *Pas d'intérêt pas d'action*—tal o brocardo do velho direito francez.—*L'intéêt est la mesure des actions*—repetem os escriptores modernos.

Nem se pretenda unificar esta com a condição anterior, pois nem sempre a existencia de um direito coincide com o interesse de que aqui se trata. A *potestas agendi* é cousa diversa da *ratio agendi*, pois que, como diz Mancini, *Com.*, I, 422, bem se pôde figurar um individuo a quem pertença certo direito, e todavia faltar-lhe interesse em promover *acção*, como no caso de lhe não ser contestado o direito, ou de já se achar affirmado por sentença ou garantido efficazmente em sua existencia concreta.

Bem como o direito deve cercar-se de certas condições, quaes as que expuzemos acima, o interesse tambem deve ser *directo* e *actual*—vide abundantemente sobre este ponto o cit. Mancini, ns. 422 a 434, Manfredini, n. 858 e seg. e Garsonnet, obr. cit., n. 135 e 136.

(3) A qualidade que aqui se allude é a faculdade legal de estar em juizo, e portanto, o titulo pelo qual o autor acciona. Nem basta ser titular do direito: preciso é ainda ter a *disponibilidade* ou *exercício livre* d'esse direito—Mancini n. 409.

(4) O autor pôde agir pessoalmente ou por mandatario seu. No primeiro caso precisa não ser d'aquelles a quem a lei nega a capacidade de facto para o livre exercicio pessoal das relações de direito: a incapacidade é então supprida nos termos da lei positiva. No segundo caso, além d'essa mesma capacidade no mandante, para poder constituir mandatario, preciso é que este seja capaz de exercer o mandato judicial.—Vide *infra* §§.



§ 16

*Divisão da acções.*

Sob o segundo aspecto, ou accepção objectiva, podem as acções sujeitar-se á divisão seguinte:

I. Com relação ao elemento gerador da acção ou do direito negado, em *prejudiciaes*, *pessoaes*, *reaes* e *in rem scriptæ* ou *mixtas*;

II. Com relação ao resultado, em *reipersecutorias*, *penaes* e *mixtas*.

*Acção prejudicial* é aquella que garante ou defende o estado da pessoa (1).

(1) A Ord. Liv. 3.<sup>o</sup> tit. 11 § 4, dá exemplos d'estas acções, as quaes tendem a tutelar as relações de direito constitutivas do *status* e mais proximamente os estados de liberdade e familia, pois que, relativamente aos direitos de cidade, estes são regulados pelo direito publico interno. Vide Paula Baptista, § 9.

Dizem-se tecnicamente *prejudiciaes*, porque taes acções não são *reaes*, visto não serem *reaes* os direitos que ellas protegem, nem *pessoaes*, visto não provirem de uma obrigação contrahida por uma pessoa previamente determinada — Garsonnet, n. 152.

Entretanto, na technica juridica, a expressão *excepções* ou *questões prejudiciaes* designa cousa differente, particularmente applicavel no processo criminal. São questões civis de cuja solução depende a legitimidade da acção criminal — Bertauld, *Questions et except. prejudicelles*, p. 2. Mas não vemos razão para que se não admittam no juizo civil estas questões ou excepções, aliás usadas entre os romanos. «On trouve souvent, diz Savigny (*Dr. Rom.* § 298, Vol. VI, p. 429, trad. de Guenoux), dans la procédure romaine une *exceptio prejudicialis*, par laquelle le défendeur peut demander que le procès soit suspendu jusqu'à la décision d'un autre procès. Cette exception a surtout pour objet d'empêcher qu'une décision portée sur une question secondaire, et peut-être sans tout le soin désirable n'entraîne, par l'autorité de la chose jugée, la décision d'une question beaucoup plus importante. Or, cette exception implique le principe par moi établi sur la légitimation de la demande.» E Savigny figura a especie seguinte: A e B litigam sobre a propriedade do *fundus Titianus*; mas A tambem reclama direito de passagem sobre a propriedade de B para chegar á propriedade litigiosa. B pôde então pedir que a acção confessoria fique suspensa até que se decida a questão de propriedade do *fundus Titianus*, dando como motivo a regra do fr. 16 de *except.* (XLIV, 1): «*videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, QUAM PRIUS PROBAVERIM FUNDUM TITIANUM MEUM ESSE.*» O fim unico da excepção, continua Savigny, é impedir, que por occasião da acção confessoria não esteja a questão muito mais importante, da propriedade, já decidida como simples legitimação da demanda, e investida da autoridade de cousa julgada.

Vide outros exemplos nos frs. 7 § 1. de *her. pet.* (V, 3); 13, 28, de *except.* (XLV, 1); 3; 7 § 4 de *except. rei jud.* (XLIV, 2);



*Ação pessoal* aquella que se funda em uma *pre-existente relação de credito*, e *real* a que tem origem no *direito de propriedade em qualquer de suas manifestações* (2).

*Ação in rem scripta ou mixta* (3) é aquella, que *sendo pessoal*, tem pela lei positiva ou pela jurispru-

O fr. 5 §§ 8.º e 9.º, de *agnosc.* (XXV, 3), e 10 de *his qui sui* (I, 6), figuram uma especie que aparentemente contraria esta doutrina. Na acção de alimentos, si o réo contesta a qualidade de pai do autor, deve o juiz, antes de pronunciar sobre os alimentos, examinar summariamente si existe o parentesco; e os textos accrescentam expressamente, que a decisão proferida sobre os alimentos não tem a minima influencia sobre o litigio ulterior relativo ao parentesco. *Meminisse autem oportet, et si pronuntiaverint ali oportere, attamen eam rem proejudicium non facere veritati: nec enim hoc pronuntiat, FILIUS ESSE sed ALI DEBERE*—fr. 5 § 9 cit. Mas comprehende-se a excepcionalidade da especie. A necessidade urgente de satisfazer a mais imperiosa exigencia animal do homem, autorisa o juiz a conceder alimentos antes de estar plenamente convencido do parentesco. Tal é a explicação de Savigny, vol. VI p. 432..

(2) E' a *summa divisio* das acções, como diz o § 1.º J. de *action* (IV. 6). E assim devia ser, pois que sendo as acções a garantia dos direitos, sua principal classificação deve defluir da classificação dos proprios direitos, que como se sabe, são *pessoaes* ou *reaes*. Vid *Pescatore*, op. cit. I, 123; *Teixeira de Freitas*, Intr. á *Consol. das Leis Civis*; *Keller*, *Des action chez les Rom.* § LXXXVII; *Pisanelli*, *Com.* II, 1079 nt. 2.

(3) Esta synonymia é vivamente combattida por varios escriptores (por ex.: *Mancini*, *Com.*, I, 418); mas nós, por varios motivos, adoptamol-a.

I. Porque a classica distincção romana, contida no § 20 I. de *action*, das chamadas *acções mixtas*, tem hoje apenas merecimento historico.

II. Porque as taes acções *quædam mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam* ainda não lograram colher uma explicação uniforme da parte dos escriptores. Alguns até, dos mais eminentes, como Voet e Vinnius, chegaram a duvidar da realidade de taes acções, e outros, tão assignalados como aquelles, foram ao ponto de se injuriarem, usando de argumentos risiveis, na frase de *Pisanelli*, *Com.* vol. II n. 1077.

Assim *Heineccius* (*Recit* § 1127) lembra, a proposito d'estas acções, a mistura da agua com o vinho: *Cujaccio* (*in parat. C. fin reg.*) chama as quatro acções mixtas do direito romano, esplendida *quadriga* (a); *Fabro*, rindo da lembrança de *Cujaccio* (*De error. pragmat. Dec. 94 err. 4*), diz d'elle: *Suavis est Cujacius*, e *Bacovius* (*De act.* VII, disp. II) por sua vez diz de *Fabro*: *neque suavis est Cujacius, sed suavis et ineptus est Antonius Faber*.

Uns querem, como *Boemero* (*Doctr. de act.*, sec. 1, c. 2 § 6), que taes acções sejam assim chamadas por conterem dupla *causa petendi*: *Non enim sane ob FINEM ita dicuntur, sed quia duplex hic est CAUSA petendi: ius in re et obligatio*; entretanto que: *Hubero* (*I. de act.*, n. 19) adverte que: *mixtura illa non spectat originem causamque, sed SUBJECTAM iudicii*:

(a) *Quadrigæ, arum*, *Cic.*, o coche, a carroça de quatro cavallos emparelhados no mesmo jugo; *Cic.* os quatro cavallos do coche. *Quadriga, æ*. Prop. Val. Plin. &. — *Magn. Lex. hoc. v.*



dencia uma *direcção real*— Maynz, *Dr. Rom.* § 137, III; isto é, as acções *in rem scriptæ* podem ser, como si fossem reaes, dirigidas contra quem quer que detenha a cousa litigiosa, não obstante por ellas se pedir, por serem pessoas, o cumprimento de uma obrigação— Paula Baptista, 3.<sup>a</sup> ed. § 22; Schupfer da Chioggia, *Dir. delle obbligaz.*, p. 544.

*Acção reipersecutoria* é aquella pela qual se pede o que é nosso ou nos é devido e está fóra do nosso patrimonio; *penal* aquella pela qual se pede a satisfação da pena convencional ou legal; *mixta* aquella pela qual se pede conjunctamente uma e outra, isto é, a cousa ou a prestação da obrigação e a pena.

### § 17

#### *Continuação da divisão das acções*

As acções ainda se sujeitam a outras divisões quaes são, d'entre as principaes :

MATERIAM. Outros, como Mackeldey (*Inst. du Dr. Rom.* § 204, 3.<sup>o</sup>), pretendem que taes acções são simultaneamente reaes e pessoas, pois por ellas se pede a cousa e a obrigação de certas prestações pessoas, ao passo que Savigny (§§ CCIX e Append. XIII), ponderando que não ha acções mixtas, visto que o direito ou é real ou pessoal, dá como motivo da especialidade d'estas acções a circumstancia de poderem o autor e o réo assumir a posição inversa, como é expresso no fr. 37 § 1.<sup>o</sup> de *O. et A.* (XLIV 7), *in verbis*: *uterque actor est.*

Vide outras, e varias explicações em Keller, p. 423; Schupfer, p. 543; Mattiolo, I, n. 28; Pescatore, I, p. 129; Serafini, nt. 12 ao § 97 de Arndts.

III. Porque, n'esta intrincada confusão e perplexidade, alguns escriptores de nota fazem as *acções mixtas* synonymas das *in rem scriptæ*— Assim Cujacio, Op., tom. I p. 836, V, 1154, VI, 40, é de parecer que se devem reputar, mixtas *todas* as acções pessoas *in rem scriptæ*; assim ainda Troplong (*Vente*, n. 625), onde se lê:

« *La question consiste à savoir si cette action* (acção resolutive de venda *est mixte*, DE MÊME QUE TOUTES LES ACTIONS PERSONNELLES IN REM) SCRIPTÆ.

IV. Finalmente porque, consideradas em sua essencia, as trez acções divizorias que o cit. § 20 Inst. chama *mixtas*, são evidentemente *pessoas* (isto é, a *família eriscunde actio*, a *communis dividundo* e a *finium regundorum*)— Vinnius, *Com.* ao cit. § 20; Boncenne, *Thér. de la Proc. Civ.*, vol. 1.<sup>o</sup> p. 74; Mackeldey, loc. cit. &— fr. 1.<sup>o</sup> *fin. reg.*, p. 22 § 4.<sup>o</sup> id.; fr. 4.<sup>o</sup> *com. divid.*, ao passo que os interdictos possessorios *uti possidetis* e *utrubi*, que o cit. fr. 37 § 1.<sup>o</sup> de *O. et A.* também chama acções *mixtas*



I. *Moveis e immoveis*, segundo o seu objecto é cousa movel ou immovel;

II. *Possessorias e petitorias*, segundo se pede unicamente a posse ou o dominio (1);

III. *Principaes e accessorias, preparatorias e preventivas, connexas, incidentes*, significando cada qual aquillo que a denominação por si só está indicando, nenhuma tendo importancia scientifica distincta. Coincidem com uma ou outra das divisões dadas no § anterior.

## § 18

### Continuação

Debaixo do ponto exclusivo da *forma* (2), as acções dividem-se principalmente em *ordinarias, summarias, summarissimas e executivas*, segundo seus termos processuaes são qualitativa e quantitativamente considerados; e segundo a especialidade da relação de direito litigiosa, em *decendiaria, de divisão e demarcação de terras, de divórcio, de seguro, etc.*, etc.

são *reales*—fr. 1 § 3 de *interd.* (XLIII, 1); Pescatore, *obr. cit.* p. 132, Vinnius e Mackeldey nos *log. cit.* Logo, será por outro critério que o direito romano deu-lhes aquella denominação, e esse nos parece ser o mesmo que assigna as acções *in rem scriptae*, e é o que demos no texto.

(1) Esta divisão ganha importancia scientifica quando se trata de saber si nas acções possessorias é lícito ao réo defender-se pela excepção de dominio.

No direito patrio, sob a letra das Ords. III, 40 § 2, 78 § 3.º, IV, 58 e outras, e da regra do direito canonico—*spoliatus ante omnia restituendus*—alguns escriptores, como Lafayette, *Dir. das Cousas*, nt. 11 ao § 22, e Paula Baptista nt. 3 ao § 30, resolvem negativamente; outros, como Lobão, *Interdictos*, § 234, e Teixeira de Freitas, *Consolid.*, art. 818 e nt. fundados no Ass. de 16 de Fevereiro de 1786, opinam que não se deve julgar a posse em favor d'aquelle a quem se mostra EVIDENTEMENTE (a) que não pertence a propriedade.

Esta nos parece a melhor doutrina, imposta pela razão do direito, que não pôde ser suffocada pela letra nua de um texto de lei, isoladamente tomado.

(a) *Il y a certaines positions dans lesquelles aucun juge ne pourra sympathiser avec un individu qui se prétendrait spolié*—Carré, 1 p. 113.

(2) Vide nt. 1 ao § 14.

*Accumulação e concurso de acções*

Ha differença entre *accumulação* e *concurso de acções*.

Dá-se o primeiro caso quando uma ou mais pessoas, por *interesse commum*, ou seja por *identidade de titulo* ou pelo *mesmo objecto*, são credoras de uma ou mais pessoas; bem assim quando, posto que não haja *communhão de interesse material*, houver *identidade de questão jurídica* e os direitos em litigio tiverem *commum a origem de facto*, isto é, um *titulo unico* e uma *mesma causa de pedir*.

Em qualquer d'estes casos é licito accumular acções, o que de resto obedece ao principio politico informativo do processo, firmado *supra*, § 5, III: *maximo resultado com minimo esforço*.

Dá-se *concurso de acções* quando a mesma pessoa, para o mesmo fim ou diverso, dispõe de mais de uma acção, mas das quaes uma prejudica a outra; por exemplo: a *actio redhibitoria* e a *quanti minoris* para a mesma cousa comprada. O uso de uma importa a renuncia da outra, pelo brocardo *electa una via non datur regressus ad altera* (1).

*Extincção das acções*

As acções extinguem-se quando se extingue o direito sobre que se fundam (2).

(1) Vide Gargiulo, *Corso elementare di Dritto Giud. civ.*, ns. 242 e 243; Maynz § 144; Mancini, *Com.* vol. 1.<sup>o</sup> n. 470; Arndts, § 105; Savigny § 231—236.

(2) Mancini, loc. cit., n. 476.



Consequentemente, todas as causas pelas quaes se extinguem as relações de direito também importam a extinção das acções.

São principaes : a renúncia, a novação, a solução, a remissão, a confusão, a compensação, e a morte nas acções activa ou passivamente intransmissiveis (1).

(1) Gargiulo, n. 244—256.

DR. JOÃO PEREIRA MONTEIRO.

*Manuscrito de off. de  
J. Freire f. XV*