

DIREITO ROMANO

LITIS CONTESTATIO

O assumpto de que vamos tratar é indubitavelmente de maxima importancia e, sobretudo, joga com profundos conhecimentos historicos do Direito Romano em suas diversas phases. Objecto de vastos e detidos estudos dos jurisconsultos ; merecendo especial menção do celebre professor allemão, luminar da sciencia do Direito, a materia presta-se a um desenvolvimento largo, que escapa ao alcance de nossa intelligencia e não se amolda aos intuitos de um trabalho rapido como este. Entretanto historiando factos, cotejando ideias, resumindo opiniões, illidindo umas e adoptando outras, acreditamos desempenhar tanto quanto possivel nossa tarefa, chegar ao fim que nos propomos.

E' o nosso desideratum.

A legislação do processo póde ser considerada em tres epochas distinctas no Direito Romano : 1.^a epocha a do direito antigo, no tempo das acções da lei, *actiones legis* ; 2.^a epocha a do direito formulario ; 3.^a finalmente, a do direito novo.

Vamos estudar por ordem e separadamente cada um destes periodos acompanhando, bem que de pressa, a marcha do direito, de par com os progressos da civilisação que foram-lhe illuminando as

subtilezas e dissipando as superstições e preconceitos de que o saturára a barbaria dos tempos.

A expressão *legis actiones* designa um modo de processo considerado em seu todo ; erão essas acções em numero de cinco, como se vê em Gaio—Comentario n. 4.^o, 4 § 12, mas das quaes não nos occuparemos para não nos afastarmos de nosso objectivo.

Este systema é o que abre a historia do direito romano e remonta á primitiva origem daquelle povo. Não podia deixar, portanto, de grandemente resentir-se dos característicos de uma civilização grosseira e ainda na infancia; d'ahi o symbolismo material, um ritual de pantominas e palavras consagradas, o dominio patricio e a influencia pontificia.

As *acções da lei* estiverão em pleno vigor durante 583 annos e foram abolidas pela lei *Abutia* e pelas duas leis *Julia*. Na permanencia d'ellas, as partes apresentavão-se ao magistrado para organizar e preparar a instancia, sendo todos os trabalhos oralmente feitos, sem que cousa alguma fosse escripta : era, pois de mister que as partes, para os constatar, recorressem ás testemunhas presentes, nestes termos : —testes estote ! E' o que se chamava *contestari in litem* ; e este acto, na opinião de alguns, e nomeadamente de Savigny, o ultimo do processo *in jure*, isto é, da parte do processo instruido perante o pretor, era justamente a *litiscontestatio*.

Do que fica exposto claramente se deduz que no dominio das *acções da lei* não era a litiscontestação mais do que a declaração que, depois de ordenado o juizo, fazia o réo perante o pretor, da defeza que oppunha ás pretensões do autor, em presença de testemunhas—declaração de que falla *Festus*—*Con-*

testari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinatio iudicio utraque pars dicere solet—testes estote.

A segunda epocha, a do direito formulario introduzido pelas leis precitadas, *Abutia* e *Julia*, subsistiu até o reinado de Deocleciano, e é verdadeiramente a chave do direito romano. E' o systema de processo a que se referem os escriptos dos jurisconsultos classicos que servirão para a composição do *Digesto* e das *Institutas*. Sem a intelligencia desse systema, difficil senão impossivel seria comprehender-se o que dizem os textos relativamente ás obrigações, ás acções e excepções.

O que caracteriza o processo formulario não é precisamente a remessa do negocio ao juiz (*judex*) mas a circumstancia das partes já não serem obrigadas a fazer gestos solemnes, a pronunciar palavras sacramentaes *in jure*, bem como a formula escripta pela qual o pretor, instruindo o juiz, determinava a amplitude de seus poderes e as questões que tinha de resolver.

Em consequencia, a formula tornou-se no systema de lei *Abutia* acto solemnissimo do processo. E' por ella, isto é, combinando e variando os termos da ordem de remessa, que os pretores e os jurisconsultos introduzirão na pratica as innovações e o desenvolvimento que o direito romano recebeu durante o mais brilhante periodo da historia juridica.

Temos, pois, que no direito formulario a litiscontestação resultava do debate empenhado entre o autor e o réo diante do magistrado, debate donde provinha a acção que o pretor dava ao autor para ser proposta *in iudicio*.

O pretor era o magistrado que dizia de direito ; aquelle que se julgava com uma acção contra outrem,

compellia-o a comparecer á sua presença—e isto era o que se chamava *in jus vocatio*. Ahí o autor deduzia sua intenção e a parte contraria sua defeza; findando-se o debate acerca d'acção, reputava-se contestada *a lide*, e o pretor prescrevia a fórma d'acção.

Estabelecida assim a acção, e dada sua fórma, não podiam mais as partes afastar-se della, e era este um dos importantes effeitos da litiscontestação, como ulteriormente examinaremos, quando a considerarmos por essa face.

Em resumo: havia primeiramente a decisão de uma questão de direito perante o magistrado, e não se tratava de averiguar se os factos erão ou não verdadeiros, mas se na hypothese de o serem, o direito cabia ao autor ou ao réo.

Terminadas d'est'arte as funcções do magistrado, o julgamento passava ao juiz, cuja missão era verificar se o autor provava ou não a sua intenção.

Na epocha, pois, do processo formulario tinha o juizo duas partes distinctas—uma que corria *in jure*, outro que corria *in judicio*.

E' objecto de controversia entre alguns juriscultos se a litiscontestação tinha logar diante do pretor ou do juiz, disputa originada de uma constituição attribuida aos imperadores Severo e Antoino e que se encontra no Cod. L. 3.^o t. 9 de *litis contestatione*: *Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur cum judex per narrationem negotii causam audire et perit.*

Savigny e Demangeat respondem cabalmente aos argumentos deduzidos deste texto, cujo preambulo

se não tivera sido omittido explicaria a duvida que a sua leitura suggere.

No valioso pensar do sabio jurisconsulto allemão os imperadores Severo e Antonino fallam de um processo concernente á *extraordinaria judicis*; e a expressão *judex* em vez da expressão *magistratus* seria perfeitamente cabivel e não prestar-se-hia a equívoco algum, dando assim o texto uma ideia fiel da litiscontestação naquelle juizo.

Abundando em identicas considerações Demangeat explica a constituição unica que integralmente transcrevemos, não como uma interpeção do chefe dos commissarios de Justiniano, mas applicando-a aos casos especiaes em que se procedia *extra ordinem*. O juiz em geral tem de occupar-se deste ou daquelle facto accessorio, conforme é elle posterior á litiscontestação: qual será sob esta relação o officio do magistrado que conhece *extra ordinem*, por exemplo, em materia de fideicommisso? Não ha ahí realmente litiscontestação; mas a constituição que analysamos decide que os effeitos ordinariamente á ella ligados terão logar depois que o magistrado, que é ao mesmo tempo *judex*, tiver começado a ouvir a exposição do negocio. Assim, a constituição, originariamente feita para casos exceptionaes, tornou-se depois applicavel a todos os casos, uma vez que se tivesse deixado de demandar *per formulas*.

Verdade é que o texto não diz que se trata de um processo desta natureza, mas releva observar que o rescripto dos imperadores, como faz notar Savigny, não está completo, e que desse rescripto apenas existe um fragmento.

No que concerne a seus effeitos, a litiscontestação assumiu, no direito formulario, uma attitudo deter-

minada e de subido alcance, abria no processo uma phase toda nova, estabeleceu um laço juridico entre as partes, fez nascer entre ellas uma obrigação particular, derivada *como que de um contracto*—a obrigação de soffrerem o curso da instancia judiciaria, e os effeitos da sentença. Eis o verdadeiro resultado da litiscontestação, resultado que Ortolan chama—*résultat—principe*—do qual os outros não são mais que collorarios

Os effeitos da litiscontestação referião-se ao processo e ao direito :

Quanto ao processo—o primeiro effeito era perpetuar a acção, pois a obrigação que as partes contrahião de soffrerem o curso da instancia constituia o juizo :—*judicium susceptum, res in judicio deducta, lis inchoata*, são outros tantos synonymos de *lis contestata*. Em consequencia, quer o autor, quer o réo estivesse ausente, o negocio era resolvido da mesma forma por uma sentença de absolvição ou condemnatoria, sem que tivesse applicação o principio—que não se pôde agir pela *in jus vocatio* contra um ausente, visto como havia para as partes obrigação de serem julgadas.

A cousa que constituia o objecto do processo tornava-se litigiosa, e consequentemente, impedia o autor de ceder a acção intentada e o réo de alienar ou permutar o objecto do litigio—Dig. liv. 44 f. 6.º de *litigiosis*, diz Ulpiano : *Litigiosam rem non facit denunciatio quæ impediendo venditionis causa sit. Si inter primum et secundum sit lis contestata, et ego a tertio emero, qui nullam controversiam patiebatur.*

Tão bem decorre da obrigação creada entre as partes pela litiscontestação que a acção se constituiu um direito adquirido para ellas, tornava-se perpetua e transmissivel em favor ou contra os herdeiros, como diz Paulo no frag 8 § 1.º Digesto liv. 27 t. 7.º

Litis contestatione et pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur.

Interrompia toda prescripção, e o possuidor de boa fé ficava considerado como de má fé relativamente aos accessorios que devião ser restituídos com a cousa principal.

Logo que a lide estava contestada proseguia no processo perante o mesmo juiz que delle tomara conhecimento, mesmo quando o réo não pertencesse a jurisdição do tribunal. Em compensação o réo adquiria o direito de accionar o autor perante o juiz que conhecia do processo, não obstante a incompetencia do juiz com relação a este.

Emfim, dava logar a uma prorogação de jurisdição quando o réo demandado ante um juiz incompetente não oppunha a excepção *judicis incompetentis*.

Considerando agora os effeitos da litiscontestação quanto ao direito, temos que—ella extingua, quer *ipso jure*, quer *exceptionis ope*, o direito da acção do autor: *bis de eadem re agi non potest*—Gaius 3.^o §§ 180 e 181. O que se applicava principalmente antes de Justiniano, quando um credor tendo muitos devedores solidarios pela mesma obrigação accionava um delles—os demais ficavão por esse facto isentos de o ser.

Em virtude da nova obrigação contrahida pela litiscontestação, o direito primitivo que servira de base á acção intentada ficava, pois extincto por uma acção de direito civil, se a acção intentada era pessoal, legitima e concebida *in jus*; porque o direito primitivo á uma obrigação civil, bem como o novo direito produzido pela litiscontestação constituíam ambos uma obrigação civil da mesma natureza. Consequentemente, a litiscontestação tinha a força

de novar a primeira obrigação á que se substituiu, não podendo mais o autor demandar pela mesma causa, como disse Gaio.

Não se operava, porém, nenhuma novação, e o antigo direito continuava a subsistir, se a acção intentada carecia de alguma das seguintes condições: se a acção era *in rem*, o direito primitivo era real, ora um direito real não póde ser novado por uma obrigação; se era concebida *in factum*, a intenção não enunciava nenhuma questão de direito, ella era fundada unicamente sobre a existencia de um facto; ora, um facto tão bem não era susceptivel de ser novado—a obrigação que produzia a litiscontestação não podia fazer com que este facto existisse ou deixasse de existir. Emfim, se a acção era *judicium imperio continens*, não tirando senão uma autoridade temporaria do poder do magistrado, com a qual expirava, ella era impotente para destruir directamente um direito permanente.

Em consequência, temos, que nos três casos, que acabamos de expender, nenhuma novação sendo possível, o direito primitivo permanecia sempre. O réo era obrigado por este direito como pela obrigação nova nascida da litiscontestação. O autor podia intentar contra elle, antes da sentença, novas acções pela mesma causa, mas como isto seria iniquo, o réo tinha o direito de as repellir com a excepção *rei in judicium deductæ*—Gaio—Comentario 4 § 106.

No direito novo a litiscontenção não era outra coisa mais do que a exposição contradictoria e sumaria do negocio que se apresentava ao juiz no começo do debate.

Ad instar da formula, que ella substituiu, esta exposição tinha por fim fixar as questões de facto e

de direito que o juiz tinha de resolver ; do que se vê que no direito de Justiniano a palavra contestação já era tomada em sentido diverso, no sentido que depois ligarão-lhe o direito canonico e o direito patrio.

A litiscontestação era a base, o fundamento do juízo, o seu principio e substancia, de modo que, omitida ella, todo o processo era nullo—L. 7.^o t. 45 Cod—*de sententiis et interlocutionibus omnium judicum*. Dahi procede que a litiscontestação era necessaria em todas as causas, e não podião as partes renuncial-a, nem preteril-a, porque continha defeza natural, que não podia ser tolhida nem omittida.

Não havia no direito romano a litiscontestação ficta de que falla a nossa Ord. de L. 3.^o T. 20 § 5 e T. 51, cuja origem, conforme pondera Mello Freire, é a Ord. de L. 3.^o T. 63 princ. que a exigia como solemnidade necessaria no processo, para que faltando a verdadeira, o juízo não se tornasse inutil.

« A litiscontestação ficta, observa Pereira e Souza em a nota 379, foi só introduzida para evitar os circuitos solemnnes do processo civil romano, que cessarão no fôro moderno; pelo que, póde se dizer que esta especie de litiscontestação não opera hoje effeito algum. Do mesmo pensar é Mello Freire quando diz que o silencio e a contumacia do réo em não responder, tenha-se por contestação e que a causa progrida; isto aconselhão a recta razão, a dignidade e a autoridade dos juizes.

Temos concluido o nosso trabalho cuja deficiencia somos o primeiro a reconhecer.

Para amplo e satisfactorio desenvolvimento da matéria erão precisos estudo aturado, que não fizemos, o tempo, que nos escasseou.

Sirva-nos isto de desculpa e recommendação á benevolencia dos doutos.

S. Paulo, Setembro 1893.

Dr. Frederico Abranches.