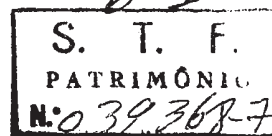


ARCHIVO JUDICIARIO

PUBLICAÇÃO QUINZENAL

DO

JORNAL DO COMMERCIO



VOLUME XVI

*(Outubro, Novembro e Dezembro)

1930



RIO DE JANEIRO

1931

SUPPLEMENTO

(ARTIGOS ORIGINAES)

(Neste supplemento serão reproduzidos os principaes artigos que, sobre assumptos jurídicos, tiverem sido publicados no *Jornal do Commercio*.)

CONTESTAÇÃO DA LIDE

PELO

DESEMBARGADOR VIEIRA FERREIRA

Contestar não significa a principio contradizer, como ficou significando por translação de sentido.

Testare, tomar como testemunha, tinha na voz passiva *testari*, ser chamado a testemunhar, uma significação em si mesma susceptível de se tornar transitiva quanto á coisa testemunhada.

Provém dahi um dos sentidos, attestar, que tem *testari* como depoente transitivo.

O outro é o mesmo que tem a fórma activa: pedir o testemunho.

Testamentum é o substantivo formado por derivação do *testari*, como outros substantivos verbaes (*substantiva verbalia*), para significar quaesquer actos testemunhaveis, antes de se coarctar a accepção do testamento.

Neste, quando se fazia *per oes et libram*, havia, além da mancipação da herança (*mancipatio familiæ*) e da mancipação, ou declaração da vontade, o requerimento ás testemunhas, para que guardassem lembrança do acto, a *testatio*, ou *testamentum*. "Assim testo e assim vós, Quirites, dai-me testemunho." GAIUS, *Inst.* II, 104.

Inferre-se de PAULO, *Sententia*, III, 4, 4, que as testemunhas promettiam o seu testemunho, dizendo, parece: *Perhibeo*, dou.

Contestari, também era pedir o testemunho de alguém, mas, com pluralidade do sujeito, quando no mesmo acto o requeriam duas ou mais pessoas. O prefixo ahi exprime o concurso subjectivo.

No latim classico, e no post-classico dos jurisconsultos, *contestari* nunca significou contestar, negar, contradizer, como nas linguas modernas o verbo correspondente.

Significou sempre tomar para testemunha no mesmo acto, sendo mais de um os agentes, ou provar com testemunhas algum facto.

Ainda hoje é constante o uso de testemunhar os actos juridicos, para a prova de sua existencia, *ad probationem*, ou como solennidade necessaria a sua validade, *ad substantiam*.

Quanto mais nos seculos em que era desconhecido ou raro o emprego da escripta!

Só as testemunhas attestavam então o occorrido nos actos juridicos, de que não se esqueciam, por se perpetuar na sua lembrança a materialidade sensivel dessa eurematica.

Era tão importante o testamento nos povos antigos que a Lei das 12 taboas punia com um terrivel talião quem se furtasse ao dever civico de testemunhar,

ou não se prestasse a intervir na mancipação quando fosse guarda da balança (*libripens*).

O culpado era tido como improbo e se tornava *intestabilis*, ou incapaz de actos juridicos em que eram necessarias testemunhas. Recusava-se-lhe o que a outro elle recusara, Leis das 12 taboas, VII, 11, na restituição de GODOFREDO; II, 4, na de VOIGT.

Testatio, pois, era o pedido que fazia o agente, e *contestatio* o que faziam os agentes para que se testemunhasse o acto.

Vejamos agora o que era a *litis contestatio*, a contestação da lide.

Ao tempo das chamadas acções da lei, *legis actiones*, havia tres modos de agir para o processo cognitivo, o por aposta prejudicial (*sacramento*), o por pedido do juiz (*per judicis postulationem*) e o por condição (*per conditionem*), e dois para o executivo, o por detenção do devedor (*manus injectio*), e o por penhora (*pignoris capio*).

Nos tres primeiros o processo dividia-se em duas phases, uma perante o magistrado, consul, ou pretor depois de 512 *ad urbe condita*, que se dizia *in jure*, e a outra perante o juiz ou juizes, dita *in judicio*.

No primeiro os litigantes apresentavam as suas pretensões contradictorias concebidas em formulas obrigatorias e acompanhadas de gestos dramaticos nas acções reaes, com o desafio para aposta prejudicial, se o *modus agendi* era *sacramento*.

Até ahí era a *actio* propriamente dita, que terminava pelo convite ás testemunhas para attestarem ao juiz, ou juizes, da phase processual que ia começar, os actos e palavras dos litigantes e as interlocutorias do magistrado, que tinham visto e ouvido.

"Testemunhae", diziam autor e reo. *Testes estate*.

Esse pedido é que era a contestação da lide.

E' o que ensina TESTO em PAULO DIACONO; "Contestar é quando ambas as partes dizem: *testemunhai*. Diz-se que contestam a lide dois ou mais adversarios porque, ordenado o juizo, as duas partes costumam dizer: *testemunhai*".

KELLER e SAVIGNY observam que essa especie do auto vivo, para se registrar o que se passara *in jure*, não era tão necessaria no processo *por formulas escriptas*, adoptado depois, como no puramente oral das acções da lei. Segundo SAVIGNY, esse costume pôde haver-se mantido no processo por formulas como recordação symbolica de um uso real mais antigo. *Droit romain*, § 257.

Parece-me, entretanto, que não foi por amor a um archaismo juridico excusado que os romanos conservaram no systema processual das formulas escriptas a *litis contestatio* do processo mais antigo.

Creio que se manteve esse uso porque a formula que o magistrado dirigia ao juiz não continha sempre tudo quanto se tinha passado na primeira phase processual, *in jure*.

As partes de que podia constar a formula eram, como se vê em GAIO, a demonstração, a intenção, a adjudicação e a condenação, IV, 39.

Podia haver, além dessas, uma quinta parte, a prescrição, posta no principio da formula, *codem libro*, 130.

Era só o que se communicava por escripto aos juizes do feito na formula regida pelo magistrado que lhes definia os poderes.

Mas *in jure* podiam passar-se outros factos, como principalmente as estipulações pretorias, cuja occorrença entre as partes a formula não provava, mas o interessado devia provar em juizo pelos meios communs. Outro exemplo é a licitação dos frutos nos interdictos possessorios, para a posse interina. GAIO, IV, 166.

Não havia autos de que constassem estes actos occorridos *in jure* e os litigantes, para proval-os depois *in judicio*, recorriam naturalmente, como no processo pelas acções da lei, a testemunhas presencias.

Ainda no tempo das formulas em certas causas o processo observado era a dos chamados *extraordinaria judicia*, que não se dividia como os outros em duas phases. Nelles magistrado e juiz eram a mesma pessoa.

Nessa forma de processo, que veio a excluir inteiramente a outra depois de Diocleciano, não se distinguindo mais o processo *in jure* do *in judicio*, desaparecia a necessidade de se testemunhar ao juiz, que era o proprio magistrado, o que elle mesmo presenciara no começo da lide.

Mas o termo *litis contestatio* já estava consagrado em direito para indicar o litigio manifesto perante o magistrado nas pretensões contrarias entre si dos contendentes, *post narrationem propositam et contradictionem objectam*, como a define Justiniano. Cod. III, 1, 14, 1.

Ha uma constituição de Severo e Caracalla que SAVIGNY refere ao processo *extra ordinem* e na qual viram outros a prova de que a contestação da lide se operava *in judicio* e não *in jure*.

E' a unica do Cod. (III, 9) de *litis contestatione*:

“Res in judicio deducta non videtur si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita.”

Não se considera ajuizada a causa com a simples postulação, ou com o conhecimento pelo reo da especie de acção, antes do juizo.

“Inter litem enim contestatem et editam actionem permultum interest”.

Porquanto entre a contestação da lide e a denuncia da acção escolhida ha muita differença.

E rematando:

“Lis enim tunc contestata videtur cum iudex per narrationem negotii causam audira coeperit.”

Pois a lide só se tem por contestada quando o juiz começa a conhecer do feito pela exposição da especie.

Se, como quer SAVIGNY, esse rescripto se referisse ao processo *extra ordinem*, teria vindo elle dizer-nos que a contestação da lide se dá assim que o juiz começa a ouvir o pedido, o que o proprio SAVIGNY repelle.

Suppondo-se, porém, como penso, que se trata do processo ordinario, *per formulam*, o que a constituição parece declarar é que a lide não pôde considerar-se contestada antes de findar a primeira parte do processo, *in jure*, perante o magistrado, quando começa o procedimento *in judicio* pela transmissão da formula ao juiz, *per narrationem negotii*.

Compreende-se que as partes na maior parte dos casos não necessitassem do testemunho, por conter a formula tudo quanto era conveniente que o juiz soubesse. A contestação da lide era nesses casos uma inutilidade.

Onde pôr então os seus effeitos juridicos tão importantes?

No encerramento do processo *in jure*, que era o seu momento, e começo virtual do processo *in judicio*.

Porque a contestação da lide coincidia com o termo do processo *in jure*, attribuiu-se á contestação da lide o que era effeito dessa primeira phase do pro-

cesso. E quando a lide não se contestava suppunha-se contestada, *videtur*, por uma necessidade technica.

No direito de Justiniano póde, pois, definir-se a contestação da lide, como faz PEREIRA E SOUSA, a legitima contradicção feita entre as partes litigantes pela qual o juiz começa a conhecer da questão perante elle proposta (*Primeiras linhas sobre o processo civil*, § 173).

No direito das Ordenações do Reino o juiz havia a lide por contestada logo que recebia o libello. Ord. III, 20, 5 e tit. 51.

Era uma *litis contestatio* ficta a que a doutrina sempre negou qualquer effeito. PEREIRA E SOUSA, nota 379.

Afigura-se-me á primeira vista que foi instituida pelo legislador portuguez por uma interpretação ao pé da letra da constituição que transcrevemos, de Severo e Antonino Caracalla.

Esse legislador se limita ás vezes a traduzir em vernaculo os paragraphos do *Corpus juris civilis*.

Ou lhe estou fazendo aqui uma injustiça, havendo elle procurado evitar, com conhecimento de causa, que se retardassem os effeitos, favoraveis ao autor, da contestação da lide?

Teria elle querido evitar os inconvenientes que SAVIGNY aponta na demora della? *Op. cit.*, § 159.

Diz-se no § 5º do citado titulo 20 do Codice filippino: "Offerecido o libello... POR BREVIDADE haverá a demanda por contestada..."

Nesse caso muito haverão errado os jurisconsultos reinicolas e os nossos, attribuindo a chamada *litis* contestação real e verdadeira os effeitos que deviam resultar da ficta, para accommodarem o direito portuguez ao romano.

Os unicos effeitos que a natureza das coisas excluiria dessa contestação da lide seriam os de obstar as excepções e formar o estado da questão, que se tem sómente quando se esgotam as pretensões contradictorias.

Assim a *litis*-contestação feita perpetuaria as acções temporaes. Ord. III. 4 ps., 9 ps.

Esta perpetuação consiste no direito romano, que se adoptou no Reino, em vivificar-se por quarenta annos, a começar do ultimo acto do processo, a acção intentada.

O legislador portuguez attribuiu, conforme a doutrina então dominante, á contestação da lide um effeito que SAVIGNY demonstrou resultar da citação no direito de Justiniano. *Droit romain*, §§ 242 et 243.

Nas acções commerciaes essa perpetuidade resultante da contestação da lide desapareceu com o art. 453 do Codice Commercial, que faz recommençar a prescripção interrompida pela citação da data do ultimo termo judicial.

Nas acções civis a perpetuidade das ajuizadas sómente cessou com o Codice civil, artigo 173, que adoptou o mesmo direito, peorando a redacção do Codice de 1850.

Outro effeito da contestação da lide era tornar a coisa litigiosa, nas acções pessoais sobre coisa certa, e a propria acção nas outras acções reaes ou pessoais, menos a reivindicación, em que esse effeito era attribuido á citação inicial. Ord. IV, 10.

Esse effeito se regula hoje na legislação processual da União, tanto no commercial como no civil, onde o dec. 763 de 19 de Setembro de 1890, artigo 1º, que mandou applicar ás causas civeis as disposições do regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850, cujo artigo 59, não exceptuado, como outras disposições, foi consolidado no dec. n. 3.084, de 5 de Novembro de 1898, III, art. 62.

No art. 59 do regul. n. 737 não se fala em acções litigiosas, como na Ordenação do Reino, cujas disposições contrarias ás cessões de acção implicitamente revoga (arts. 409 e 491).

Dos effeitos da citação previstos em lei federal só os meramente processuaes, como a prevenção do juízo, podem ser alterados em lei dos Estados, porque os outros interessam á substancia do direito.

Assim tambem quanto aos da litis contestação, da sentença e da venda judicial.

Em muitos pontos as leis de processo da União completam os actuaes Codigos desta com suas disposições de direito substantivo.

Outro effeito da contestação da lide era a transmissão dos herdeiros de certas acções aliás intransmissiveis, como as civis penaes por lei, não por contracto. (Assento de 20 de Julho de 1780).

Havia, como ainda ha, outras personalissimas, que só se transmittem depois da contestação da lide. Assim a acção para revogar a doação, depois da contestação da lide, transmittre-se activa e passivamente aos herdeiros das partes. (Codigo Civil, art. 1.185).

Ha outros artigos em que o Codigo Civil parece referir-se, para a transmissibilidade aos herdeiros, não á litis-contestação, mas á citação inicial.

São no direito da familia a acção do marido para contestar a legitimidade do filho nascido de sua mulher (art. 345).

E a acção para o filho provar sua filiação legitima (art. 351).

Se a citação inicial dá existencia ao litigio, induz a litispendencia, logico será attribuirem-se-lhe os effeitos que o direito romano prendia á contestação da lide. E essa tem sido a tendencia do nosso direito.

No processo romano das acções da lei e das formulas, levado o réo á presença de magistrado, sem citação feita por official de justiça, a acção era ali proposta e o procedimento nessa primeira phase consummava-se na mesma audiencia, ou, não sendo possivel, na proxima. GAIUS, IV, 184.

Não havia, pois, inconveniente apreciavel em attribuir-se ao encerramento do processo *in jure* o que devia ser effeito do inicio da causa.

Mas, quando no processo *extra ordinem*, o magistrado e o juiz se confundiram na mesma pessoa, era razoavel que os effeitos do litigio comesçassem da citação do réo e não do momento em que se esgotam as pretensões reciprocas das partes.

O Codigo Civil ainda se refere á contestação da lide no deposito em pagamento e a proposito do credor que demanda antes do tempo ou mais do que lhe é devido (arts. 979 e 1.532).

A plena intelligencia das instituições juridicas dos romanos, permitindo evitar o que já não tem razão de ser, pouparia nos momentos da legislação moderna as incoherencias de tantos archaismos.

Mas o acervo é immenso, dahi a difficuldade; porque o sentimento dessa relação da conveniencia entre as leis e a epoca já o tinham os homens do tempo das Ordenações do Reino.

O licenciado Duarte Nunes do Lião em carta ao Rei D. Sebastião já mostrava pleno conhecimento do que chamamos evolução juridica.

“Polo que sendo as leis civis obra de homens, e feitas para reger homens sujeitos a tantas mudanças, e variedade, necessariamente hão de participar desta condição, e variar-se segundo os tempos, costumes, estado das gentes a que se derem.”

(Publicado no *Jornal do Commercio*, de 28-9-930).