

PROF. GALENO LACERDA

MANDADOS E SENTENÇAS LIMINARES

Separata da Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre

ANO VI — Nº 1

1972

UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

147.951.3
L131m
3x2

MANDADOS E SENTENÇAS LIMINARES

(Contribuição para a reforma processual)

Prof. Galeno Lacerda

Tratamento do assunto no direito brasileiro

1. Encontramos a cada passo no direito processual civil brasileiro a autorização legal para o decreto de atos judiciais coercitivos, logo ao início da demanda, através de mandados liminares a benefício do autor, ou requerente.

Até a possibilidade de sentença ao umbral do processo já ocorre em determinados casos, com tendência nítida de ampliação a hipóteses outras.

Um simples perpassar de olhos pelo Código revela-nos, de fato, inúmeras situações desta natureza.

A começar pelos procedimentos especiais, aparece, já de início, o mandado liminar executório nas ações executivas (art. 299), idêntico ao das ações de execução de sentença por quantia certa (art. 918).

Surge, a seguir, o mandado de preceito cominatório, nas ações de igual nome, com possibilidade, até, de execução liminar direta a benefício de ente público (art. 305), ou de caução inicial contra dano infecto (art. 304). Nestas ações autoriza o Código, ainda, expressamente, a edição imediata da sentença, em caso de desobediência ao preceito, revelia ou confissão (arts. 303, § 1º, e 307, § 1º).

Nas ações de consignação em pagamento, da mesma forma, a contumácia do reu autoriza também a prolação direta da sentença (art. 317, § 2º).

Seguem-se, na ordem estabelecida pelo Código, a apreensão, depósito e até reintegração liminar na posse da coisa, nas ações relativas a vendas com reserva de domínio (art. 344 e §§ 4º e 6º).

Depois, temos a intimação inicial nas ações de adjudicação, para outorga de escritura definitiva, com possibili-

URGS
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

Nº F3028 | DATA 19.8.1974

URGS
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

dade, ainda, de sentença imediata em hipótese de revelia (art. 346 e § 1º).

Idêntica sentença é autorizada nas ações de despejo (art. 350, e art. 5º e § único do Decreto-lei nº 4, de 7.2.66), e nas renovatórias (art. 354), facultando-se, agora, no despejo, o julgamento de plano do mérito, embora contestada a ação, se a matéria for só de direito, ou não houver necessidade de prova em audiência (art. 2º do Decreto-lei nº 890, de 26.9.69).

Já na ação de depósito, encontramos o mandado liminar de prisão contra o depositário infiel, que não cumprir a ordem de depósito prévio do objeto ou de seu equivalente em dinheiro (art. 369).

Chegamos então, às ações possessórias, com mandado liminar nos interditos de manutenção, reintegração e proibitório (arts. 371 e 378), e, bem assim, com sentença inicial, ocorrida a revelia, não só nestes interditos (arts. 376 e 380), senão que ainda na ação de imissão de posse (art. 382 § único).

Logo após, deparamos o embargo liminar de obra nova (art. 386), e a sentença inicial, em hipótese de acordo ou contumácia, na ação de remissão de imóvel hipotecado (artigo 395), na de venda, locação e administração da coisa comum (art. 406, § 2º), e na de usucapião (art. 456).

2. Igualmente, em leis especiais reguladoras de outras ações, encontramos a incidência de atos judiciais idênticos.

Assim, no executivo fiscal, o mandado executório prévio e a sentença imediata em revelia (arts. 6º e 19, IV, do Decreto-lei nº 960, de 17.11.38).

No mandado de segurança, a importantíssima liminar suspensiva (art. 7º, II, da Lei nº 1.533, de 31.12.51).

Nas desapropriações, a imissão prévia na posse (art. 15 do Decreto-lei nº 3.365, de 21.6.41; art. 19, § 2º, b, do Estatuto da Terra), o mesmo correndo na desapropriação de bens destinados ao abastecimento e ao serviço público, onde se frisa que a imissão será realizada antes da citação (art. 4º do Decreto-lei nº 422, de 20.01.69), e nas desapropriações de áreas prioritárias para a reforma agrária, onde se ordena, até, a transcrição liminar do mandado de imissão no Registro de Imóveis, para efeitos de transmissão de domínio (arts. 6º e 7º do Decreto-Lei nº 554, de 25.4.69).

Na ação executiva para cobrança de duplicata, também nos defrontamos com a sentença de plano, em caso de revelia (art. 15, § 5º, da Lei nº 5.474, de 18.7.68).

Na excussão da cédula rural pignoratícia, surge o mandado liminar de depósito ou sequestro do bem móvel ou semovente, seguido do de prisão preventiva do devedor (art. 23 e parágrafos da Lei nº 492, de 30.8.37).

Na execução de cédula hipotecária, a imissão liminar na posse do imóvel, em favor do arrematante (art. 37, § 2º, do Decreto-lei 70, de 21.11.66).

Na da cédula industrial, a penhora ou sequestro iniciais (art. 41, § 2º, do Decreto-lei nº 413, de 9.1.69).

Na alienação fiduciária, a busca e apreensão liminares do bem objeto do contrato (art. 3º e § 1º do Decreto-lei nº 911, de 1.10.69).

Nas ações de alimentos e outras onde estes couberem, a decretação provisória e inicial dos mesmos (arts. 4 e 13 da Lei nº 5.478, de 25.7.68).

3. Mas, se tais medidas cabem em ações principais, com mais razão se justificam nos procedimentos onde atua a função cautelar da jurisdição.

Eis porque autoriza o Código, de modo geral, a concessão de liminares nas medidas preventivas **inaudiente altera parte** (artigo 683).

Da mesma forma, haveremos de encontrar mandados iniciais imperativos naqueles processos, cautelares ou não, que poderíamos denominar incidentes, ou derivados.

Em tais hipóteses, o mandado assume o caráter suspensivo do processo ou processos principais.

Deparamo-lo nos embargos de terceiro (art. 708, § 1º), no atentado (art. 712), no incidente de falsidade (art. 719), e de modo eventual na habilitação incidente (art. 753).

Idêntica providência se impõe nos conflitos de jurisdição (art. 806, I), e poderá ocorrer também na reclamação perante o Supremo Tribunal Federal (art. 163 do respectivo Regimento), e nas correções parciais reguladas em leis de organização judiciária e regimentos dos Tribunais.

Recente lei outorgou efeito suspensivo da execução à própria ação rescisória, quando movida a benefício da Fazenda Pública (Decreto-lei nº 1.030, de 21.10.69).

Cumprindo, ainda, para encerrar esta longa relação, meramente enunciativa, das medidas liminares de coerção existentes no processo civil brasileiro, mencionar aquelas que ocorrem, à toda evidência, nos três tipos de ação executória de sentença, disciplinados pelo Código. Além da providência inicial na execução por quantia certa (art. 918), já referida, impõe-se lembrar, aqui, os mandatos pertinentes às

execuções por coisa certa ou em espécie (arts. 992 e 993), e às relacionadas com as obrigações de fazer ou não fazer (art. 998).

4. Como se tem comportado a doutrina nacional ante estes importantíssimos atos judiciais de autoridade, emanados logo ao umbral dos processos, atos cuja ocorrência cada vez mais se apresenta nas leis modernas?

Acaso terá surgido, ao menos, alguma indagação sistemática a respeito do assunto, ou, ao contrário, os comentários se quedam no casuismo das hipóteses legais?

Haverá, mesmo, algum traço comum que justifique a consideração, em sistema unitário, de procedimentos aparentemente tão díspares, como os peculiares às ações cominatórias, aos executivos de toda espécie, aos interditos possessórios, ao mandado de segurança, às medidas cautelares, enfim, ao imenso rol de processos acima enunciados? A própria especialização com que são considerados no Código e em leis extravagantes não estará, acaso, a indicar diversidade inconciliável e irreduzível a qualquer aproximação conceitual?

Na verdade, nossos autores têm se omitido à análise do assunto. Os vários tipos de procedimento estudam-se separados em monografias e comentários, e, em regra, nos próprios currículos de ensino, como se nada os unisse, quais excrescências exóticas, cada uma com sua forma individual, vária e excêntrica, a perturbar a harmonia e unidade de sistema do procedimento ordinário.

Propomo-nos demonstrar que, ao contrário dessa perspectiva individualizadora e estanque, tais procedimentos se vinculam, pela origem e finalidade, a outro sistema processual, a outro modo instrumental, igualmente orgânico e válido, de fazer-se justiça em concreto.

A unidade de origem revela-se flagrante e surpreendente, a partir de um estudo atento e profundo dos interditos romanos.

Os interditos romanos

5. Quando se fala em interditos processuais acode logo a idéia dos remédios possessórios, donde a tendência dos menos avisados a pensar que os interditos do direito romano reduziam-se apenas à tutela da posse.

Nada mais falso.

No direito clássico, destinavam-se eles a todo tipo de

proteção material. Existiam em grande número. LENEL e RICOBONO anotam quarenta e sete.¹ Outros falam em cerca de sessenta, referindo-se apenas às espécies típicas², número que poderia aumentar de maneira indeterminada, porque era livre a criação de interditos úteis ou *ad-hoc* pelo pretor³.

Natural que para matéria tão vária inúmeras sejam as classificações propostas. Limitar-nos-emos aqui a referir as mais importantes.

Segundo a finalidade do mandado emitido pelo pretor, os interditos poderiam ser proibitórios, exhibitórios ou restituitórios.

Os primeiros, denominados negativos, impunham um *non-fazer*, a determinada conduta.

Os outros, positivos, e por isto chamados mais propriamente *decretos*, consistiam numa ordem comissiva, num comando para exhibir ou restituir algo: *exhibeas, restituas*.

Quanto ao objeto, GANDOLFI os dispõe em três grandes categorias.⁵

Na primeira, arrolam-se aqueles que regulam relações de direito sucessório. São os interditos *quorum bonorum, quod legatorum, quam hereditatem, de tabulis exhibendis*, este destinado à exibição de testamento, e outros.

A seguir, classificam-se os que visam tutelar relações de senhorio e gozo de coisas públicas e privadas, ou relações de garantia. Consideram-se aqui os interditos de proteção de lugares sagrados e ao direito de sepultar os mortos; ao livre uso de lugares e vias públicas, inclusive de águas e rios, com a consequente proibição ou demolição de obras que o impeçam; os destinados à tutela da posse, do usufruto, à prevenção de dano infecto, às servidões de passagem, de água ou de aqueduto, à nunciação de obra nova, e, até, à proteção de bens em relações de locação (*interdictum de migrando* e *Salvianum*), ou contra a alienação em fraude ao credor (*interdictum fraudatorium*).

Finalmente, num terceiro grupo, situam-se os que visam a tutela da liberdade pessoal, especialmente no que diz respeito às relações de família. São os interditos de *hominem libero exhibendo, de liberis exhibendis item ducendis, de uxore exhibenda*, etc.

1. RICOBONO, *Interdicta*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 794.
2. GANDOLFI, *Contributo allo Studio del Processo Interditale Romano*, Giuffrè, 1955, página 2.
3. BISCARDI, *La Protezione Interditale nel Processo Romano*, Cedam, 1938, ps. 34 e 131; GANDOLFI, *op. cit.*, p. 95.
4. SCIALOJA, *Procedimento Civil Romano*, Buenos Aires, 1954, p. 315.
5. *Op. cit.*, ps. 137 e ss.

6. Consistiam os interditos numa ordem emanada diretamente do magistrado romano, a pedido de uma pessoa privada contra outra, na qual se impõe, a esta, um certo comportamento.⁶

Apesar de o litígio surgir entre particulares, através dele tutelava-se também o interesse público, na medida em que seu objeto consistia no uso de bens públicos, ou em situações de fato protegidas pela ordem social.⁷

Acontece que as coisas públicas, nas origens mais remotas, eram consideradas comunhão de todos, e, assim, o interdito protegia um interesse privado do qual todos, indiretamente, participavam, sendo que, até, em determinadas hipóteses, o interesse era, na verdade, geral, tratando-se, então, de autênticos interditos populares, onde a iniciativa do interdicante assumia a mesma característica da do autor na ação popular.⁸

Costumam os romanistas vincular o nascimento da tutela interdital à necessidade de proteger a posse nas concessões do *ager publicus*, segundo a concepção de NIEBUHR e SAVIGNY.⁹ As terras ocupadas ou conquistadas, cujo domínio permanecia público, eram concedidas, em frações individuais de posse (*fundus*) aos pais de família, ou simplesmente abandonadas aos particulares. Os primeiros litígios haveriam de assumir, pois, caráter possessório. Adverte, porém, GANDOLFI que, apesar de não se poder cogitar, então, de propriedade privada da terra, com as peculiaridades do direito de domínio mais tarde definido, tratava-se, na verdade, de um autêntico direito de senhorio.¹⁰

Parece evidente, pois, que nesta época mais recuada, surgido o litígio, procurasse o interessado a autoridade pública do pretor para reclamar contra a conduta do adversário. Eis aí o interdito, a desencadear a intervenção do magistrado, mediante procedimento baseado no *imperium*, fonte do edito pretoriano.¹¹

Os estudos mais recentes convêm em que essa forma simples e direta de tutela jurídica foi contemporânea senão que anterior ao período das *legis actiones*, cujo formalismo

complexo e sofisticado denunciaria estágio posterior de evolução social. Não têm razão, assim, os autores que explicam o aparecimento dos interditos pela necessidade de suprir-se a falta de ações do *ius civile*, visto como aqueles teriam sido mais antigos do que estas.¹²

7. Exatamente porque se dispunham a tutelar também coisas públicas, proclamam os romanistas, em côro quase unânime, a natureza administrativa do interdito.¹³

Contra esta concepção, levanta-se GANDOLFI, em trabalho notável pela profundidade, rigor lógico e coerência de análise das fontes, a sustentar o caráter jurisdicional desse remédio jurídico.

A razão fundamental é que o decreto do pretor incide sobre a lide concreta, com o objetivo de resolvê-la em definitivo, mediante um ato vinculativo de autoridade, de *imperium*, que constituía autêntico juízo de mérito.¹⁴

Demonstra GANDOLFI que, ao contrário das opiniões correntes que reduziã o interdito a um procedimento sumário, quase que a uma formalidade perante o pretor, com o objetivo de obter-se um mandado contra o adversário, ordem que este poderia livremente descumprir para optar pela ação indenizatória posterior, a *actio ex-interdicto*, trata-se, na verdade, de um verdadeiro processo com cognição plena do magistrado, a desenvolver-se, ao contrário das ações, apenas *in jure*, sem intervenção dos juizes privados do processo formulário.

A *cognitio* do interdito podia exigir, até, mais de uma audiência perante o pretor,¹⁵ admitindo-se, inclusive, a oposição de exceções pelo demandado,¹⁶ de tal modo que a decisão final poderia assumir uma dentre três soluções: ou o pretor reconhecia fundada a exceção e repelia o pedido; ou, ao contrário, concedia o decreto, porque infundada ou inexistente a *exceptio*; ou, finalmente, considerando a equidade da objeção, mas não podendo, pela complexidade do assunto, a demandar prova ulterior, ou pelo próprio acúmulo de serviço, decidir o litígio, pronunciava, então, um interdito con-

6. RICCOBONO, op. cit.

7. GANDOLFI, op. cit., p. 69.

8. GANDOLFI, op. cit., ps. 151 a 153; SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano* trad. SCIALOJA, 1888, II, § 73, p. 141.

9. SAVIGNY, *Traité de la Possession en Droit Romain*, Bruxelles, 1879, § 12a, p. 179; ZIMMERN, *Traité des Actions ou Théorie de la Procédure Privée chez les Romains*, Paris, 1843 p. 219; PACCHIONI, *Corso di Diritto Romano*, II, § 9, p. 210; MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, Bruxelles, 1876, I, § 88, p. 664; BISCARDI, op. cit., p. 117.

10. Op. cit., ps. 154 a 156.

11. GANDOLFI, op. cit., ps. 22, 54, 55, 98 e 128.

12. GANDOLFI, op. cit., p. 121; BISCARDI, op. cit., ps. 103 e 105.

13. BONFANTE, *Histoire du Droit Romain*, Sirey, 1928, I, p. 522; COSTA, *Storia del Diritto Romano Privato*, 2ª ed., 1925, p. 294, e *Profilo Storico del Processo Civile Romano*, Roma, 1918, p. 105; RICCOBONO, op. cit., loc. cit.; BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Cedam, 1947, § 100, p. 339; SCIALOJA, op. cit., p. 312; BISCARDI, op. cit., ps. 31, 56, 57, 76, 82, 94 e 96; CORREIA-SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, Saraiva, 1949, I, § 49, p. 94.

14. GANDOLFI, op. cit., ps. 17, 21 a 25, 62, 64, 79, 81, 96, 97, 126 e 149.

15. GANDOLFI, op. cit., p. 46.

16. Op. cit., ps. 72 e 75.

dicionante à exceção, remetendo, assim, implicitamente, as partes à **actio** posterior.¹⁷

Demonstra GANDOLFI, com vantagem, ainda, em contrário à opinião dominante, que, no princípio, a decisão interdital era sempre imperativa e incondicionada.¹⁸ O decreto condicionado ou hipotético, a findar com a cláusula ou a ressalva **nisi** (a“a não ser que”, “exceto”), só surgiu depois, com o aumento e complexidade dos litígios, sem eliminar, contudo, as outras hipóteses de solução definitiva **in jure**.¹⁹

8. A permanência e ampliação dos interditos durante o período clássico do procedimento formulário revela, pois, que Roma conheceu, na verdade, dois grandes sistemas processuais paralelos de tutela jurídica, distintos na forma e diversos nos meios, e, em certo sentido, no próprio objetivo, embora tendentes, ambos, à solução definitiva da lide.

Esta, a grande, a enorme contribuição dos estudos romanísticos mais recentes, contribuição que nos obriga, mesmo, como nos propomos sugerir, a uma profunda revisão sistemática do direito processual moderno.

Com efeito, enquanto o interdito consistia numa ordem para as partes, com solução concreta do litígio e, portanto, podia ser decretado até em revelia, não admitindo representação, o mandado formulário, na **actio**, se traduzia numa ordem para o juiz privado, com declaração meramente abstrata do direito em tese, a exigir o comparecimento de ambas as partes, **in jure**, na **litiscontestatio**, admitida a representação ampla. No primeiro caso, cognição completa da lide, **in juri**, pelo pretor; no segundo, a cognição dos fatos **in judicio**, confiada ao arbítrio particular. Daí, a natureza eminentemente publicística do mandado interdital, em contraposição com o caráter privado da sentença arbitral.²⁰

Mas, consegue GANDOLFI, através de análise estupefata, mostrar, também, que estes sistemas diversos de procedimento constituem a projeção processual de uma distinção básica do próprio direito material romano.

Com efeito, a simples enumeração dos interditos segundo o seu objeto, acima referida, indica que, em todos os casos, se tratava da tutela de direitos absolutos, vinculados às **res mancipi**. “Esta distinção fundamental — ensinam CORREIA e SCIASCIA — é a mais antiga e funda-se na im-

portância das coisas para a sociedade romana das épocas primitivas. São **res mancipi** os imóveis situados no solo itálico, os escravos, os animais de tiro e carga, as servidões rústicas mais antigas, **iter, actus, via** e a servidão de aqueduto”.²¹

Ou, na lição admirável de GANDOLFI, “as relações tuteladas pelos interditos constituíam originariamente o **mancipium** do **pater-familias**, isto é, poder sobre os fundos e sobre as casas, sobre escravos, sobre o exercício das várias servidões, sobre o uso dos bens públicos, cabível a todo cidadão, sobre os **fili-familias**, sobre bens relativos à sucessão **mortis-causa**. E esta consideração nos leva a atribuir o início da referida tutela, na forma autoritativa e inquisitória do processo interdital, a um estágio arcaico da vida da comunidade jurídica romana, onde a economia, prevalentemente agrícola, se reduzia à organização de fazendas de base familiar. E é, de outro lado, compreensível também esta tutela sob o aspecto constitucional, porque conexas com a missão de vigilância e intervenção do pretor — **imperium** — destinada a salvaguardar a ordem e a economia da **civitas**”.²²

Eis porque as relações jurídicas mais importantes, pertinentes aos direitos absolutos, eram amparadas pelos interditos, emanados diretamente do poder de **imperium** do magistrado, ao passo que aquelas meramente obrigacionais conduziam as partes desavindas à **actio**, com o juízo privado, de conteúdo indenizatório.

Ou, segundo GANDOLFI, enquanto a **actio** consistia no direito ao **judicium**, com condenação pecuniária, o **interdictum** era o direito ao decreto, com execução específica a determinado comportamento jurídico.²³

Nos interditos absolutos, incondicionados, a execução coacta poderia cumprir-se, até, **manu militari**, por exemplo, para demolição de uma obra danosa à utilização das coisas públicas ou privadas protegidas pelo interdito.²⁴

Apenas nas hipóteses de se tornar impossível a execução específica, ou de se tratar de interdito condicionado, isto é, com possibilidade de recusa e defesa, é que poderia suceder a ação posterior de ressarcimento, a **actio ex-interdicto**, onde, se procedente, seriam avaliadas as perdas e danos, oriundos da desobediência ao mandado pretório, com consequente condenação em quantia certa.²⁵

Ao contrário, portanto, do que sustenta a maioria dos

17. GANDOLFI, op. cit., ps. 75 e 76.

18. Op. cit., ps. 37, 70, 72 e 90.

19. Op. cit., ps. 75 e 80.

20. GANDOLFI, op. cit., ps. 34, 50, 56, 57, 66, 69 e 84.

21. Op. cit., I, p. 41.

22. Op. cit., p. 142.

23. Op. cit., p. 148.

24. GANDOLFI, op. cit., ps. 101 e 102.

25. GANDOLFI, op. cit., ps. 110, 111 e 113.

romanistas, baseada em interpretação equivocada do texto de GAIO, afirma GANDOLFI o caráter secundário e supletório do procedimento arbitral posterior, objeto da referida *actio*.²⁶

9. De tudo quanto se expôs, ressalta à evidência a magnífica lição do direito romano. Legou-nos, na verdade, a sabedoria de suas instituições dois sistemas autônomos de processo civil, um, voltado à obtenção de mandado inquisitório, por vezes liminar, concedido mesmo sem a presença da parte contrária, mediante cognição sumária das afirmações do autor, aceitas como verazes, ante a revelia do demandado e se conformes com o edito; outro, destinado à solução de um contraditório manifestado desde o início, com a presença obrigatória das partes, desprovido, portanto, de mandado concreto e relegada a causa à cognição privada.

Este dualismo haveria de desaparecer, apenas, com a publicização total da *actio*, ocorrida com a extinção do processo formulário no Baixo Império.

Então, os interditos passaram a denominar-se também “ações”, porque o todo procedimento passou a correr perante o pretor, eliminada a fase *in iudicio*, particular.

Veremos, porém, que a lição fecunda da dualidade processual romana, haveria de ressurgir, evoluída, na Idade Média e na Renascença, diversa em aspectos acidentais peculiares às necessidades dos tempos novos, contudo, idêntica na revelação de que, no fundo, há dois modelos processuais diversos para a obra de realização individual da justiça.

A evolução do processo interdital no direito canônico, no direito comum e no anglo-saxão

10. Informa SOLMI que o direito canônico sentiu cedo a necessidade de adotar um processo abreviado, para obviar, em casos de urgência, as formalidades intermináveis do processo comum. “O novo procedimento, que foi empregado rápida e largamente no campo do processo civil, dizia-se feito *summarie, simpliciter, de plano, sine strepitu et figura iudicii*, e não tardou a ser acolhido pelo direito temporal”.²⁷

Claro está que o modelo haveria de ser o interdito romano, não evidentemente o dos interditos possessórios que vigoraram na fase final dos *iudicia extraordinária*, assimila-

26. Op. cit., p. 114.

27. SOLMI, *Contributi alla Storia del Diritto Comune*, Roma, 1937, p. 206.

dos aos procedimento comum das ações, senão que o vigente na época clássica.

Aconteceu, então, um estranho fenômeno de transferência, de ampliação de conceitos de direito material, com a finalidade exclusiva de obter-se a prestação útil do remédio processual específico.

Como possivelmente mal se conhecesse, na época, a extensão amplíssima de que gozaram os interditos nas recuadas origens do direito romano, e como o direito justinianeu, bem mais próximo no tempo e recém descoberto no Ocidente pela obra dos glosadores, só recordara dos antigos interditos as ações possessórias (note-se que as Institutas de GAIO só foram descobertas em 1816), aconteceu o curioso equívoco de que a necessidade processual de um remédio sumário fez com que se violentasse e ampliasse o conceito romano de posse, em busca, na verdade, da rapidez do interdito.

Apareceu, então, no século XIII, em Itália, Espanha, França e Alemanha, o chamado *possessorium summarium* ou *summarissimum*, justificado por SAVIGNY pela “necessidade absoluta de uma decisão imediata, embora provisória, contra a violência, acima de qualquer outra consideração, mesmo sobre a de uma convicção perfeita e um conhecimento completo dos fatos”.²⁸

E ocorreu, em razão disto, a começar pelo direito canônico, a ampliação do conceito de posse aos direitos pessoais, primeiro sobre os benefícios ligados à jurisdição territorial, direito ao cargo, insígnias, honrarias, privilégios, dízimos, e depois aos direitos de família e, até, aos obrigacionais.²⁹

11. Na Alemanha, esses interditos, ou *summarissima possessória*, passaram a denominar-se *inhibitiones*, e iniciavam-se com um *mandatum*, isto é, com uma ordem judicial de tutela do interesse reclamado, expedida mesmo sem citação do réu.³⁰

Segundo informação de HEINECIUS, tais remédios tornaram-se frequentíssimos, e os respectivos mandados iniciais podiam ser expedidos com ou sem cláusula justificativa.³¹

Esta peculiaridade representa mais uma prova evidente de analogia com os antigos interditos romanos, já notada, aliás, por SAVIGNY.³² Os mandados sem cláusula corres-

28. *Traité de la Possession*, cit., § 51, ps. 509 a 511.

29. SAVIGNY, op. cit., § 49, ps. 492 e ss.; notas de FADDA, BENZA e BONFANTE às *Pandectas de WINDSCHEID*, 1926, V, ps. 621 e ss.

30. STRYKIO e STRUVIO, apud ALMEIDA E SOUSA, *Ações Sumárias*, I, § 507.

31. Apud ALMEIDA E SOUSA, op. loc. cit.

32. Op. cit., § 34, p. 363.

pondiam aos interditos absolutos, incondicionados, que não admitiam defesa. Os mandados com cláusula justificativa, ao contrário, equivaliam aos interditos condicionados, hipotéticos, expedidos na hipótese de verazes as afirmações do autor, mas admitindo defesa do réu, cujo comparecimento transformava o preceito em simples citação.³³

12. O que há de notável, porém, nas *inhibitiones* germânicas, foi sua extensão à tutela de relações de direito público, de acôrdo, aliás, com a maior sensibilidade dos povos germânicos do que o romano, para este tipo de vinculações jurídicas.

“O Direito público subjetivo do particular, o direito do administrado contra a administração, *uti singulis* e não *uti civis* — escrevemos noutro trabalho³⁴ — permaneceu confuso e indeterminado no direito romano.

“Devemos, sem dúvida, aos povos germânicos o reconhecimento mais consciente do direito público subjetivo e de sua garantia jurisdiccional”. Ao contrário da irresponsabilidade funcional dos agentes públicos, que o direito romano admitia como regra, o conceito germânico submetia os órgãos do Estado, mesmo o mais elevado, o rei, ao direito nacional, à *lex terrae*. O indivíduo lesado, pelo rei ou por outro órgão, em pretensão subjetiva tutelada pela *lex terrae*, podia postular os seus direitos, primeiro perante a assembléia do povo, depois perante o colégio dos homens-bons ou dos jurados, único tribunal capaz de definir a lei nacional e sancioná-la.³⁵

“Eis porque o primitivo Estado germânico é um *Justizstaat*, Estado de justiça, anterior ao *Polizstaat*, Estado-polícia, gerado pelo absolutismo real.

“Compreende-se e justifica-se, diante disto, a ufanía de HÁBERLIN ao exclamar, em 1797, referindo-se ao Tribunal Cameral do Império (*Reicheskammergericht*), fundado em 1495: “É uma felicidade que nós, alemães, possamos mover processos que são revoluções! Enquanto isto nos for lícito, e em consequência da reparação que nossas demandas podem assegurar-nos, estaremos garantidos contra as verdadeiras revoluções violentas”.³⁶

O maravilhoso paradoxo da revolução pacífica através do judiciário nada mais era, na verdade, do que a afirma-

ção no direito público, realizada com singular eficiência pelo Tribunal Cameral do Reich, da vocação pioneira e permanente do processo de desbravador do direito, agora nos domínios até então quase inviolados do *ius publicum*.

A tal ponto chegou a afinação do instrumento processual, no antigo *Justizstaat* do Reich imperial, no sentido da proteção dos direitos subjetivos públicos do indivíduo, que vamos encontrar, aí, nessa época recuada, o antecedente claro e manifesto de nosso tão justamente exaltado mandado de segurança. “Nos casos em que se tratasse de atos de governo *nullo modo justificabilia* ou se ameaçasse um *damnum irreparabile*, os súditos tinham ação para reclamar dos tribunais imperiais um *mandatum sine calusula*. O pressuposto deste processo era a lesão de um direito subjetivo, e a teoria e a prática excluíam a distinção entre direito público e direito privado. E por longo tempo a competência, a propósito, do império, foi incontestada, pois que a discussão versava sobre a extensão dos poderes de polícia dos senhores territoriais, no limitar os direitos dos súditos”.³⁷

Para estes casos graves, de tutela do direito subjetivo do particular contra o poder público, o mandado podia assumir, até, a feição radical, absoluta e perentória, de expedir-se sem cláusula justificativa.

Estes casos *COCCEIUS* os sintetiza em quatro hipóteses: se o interdente possui a seu favor direito ou costume velhos; se ocorre a ameaça de dano irreparável; se o ato atacado é contra a utilidade pública, e se, enfim, ocorre o *periculum in mora*.³⁸

Notável é assinalar que o *periculum in mora*, assim amparado pelas *inhibitiones* germânicas, através do mandato liminar, constitui o fundamento principal das atuais medidas cautelares, no processo civil dos povos cultos.³⁹

13. A mesma sensibilidade para a tutela dos direitos individuais contra o poder público, encontrarmos-na no direito anglo-saxão, com a adoção dos *state-writs* na Inglaterra, em tudo análogos às *inhibitiones* germânicas e com idêntica vinculação aos interditos romanos.

Sua origem remonta também ao século XV, senão antes.⁴⁰ Os principais denominam-se *mandamus*, *prohibition*, *certiorari*, *habeas corpus* e *quo warranto*.⁴¹

33 CAETANO GOMES, apud MOACYR AMARAL SANTOS, *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*, I, ps. 85 e 86.

34. Remédios Processuais da Administração e contra a Administração, in *Revista de Direito Processual Civil*, 2.º v., p. 24.

35. CAMMEO, *Commentario delle Leggi sulla Giustizia Amministrativa*, I, p. 33.

36. *Handbuch des deutschen Staatsrecht*, II, 1797, p. 467, apud WALTER JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3.ª Aufl., Berlin, 1931.

37. CAMMEO, op. cit., p. 34.

38. Apud ALMEIDA E SOUSA, *Interditos*, § 100.

39. CALAMANDREI, *Providencias Cautelares*, Buenos Aires, 1945, p. 42.

40. TIXIER, *Le Controle Judiciaire de l'Administration Anglaise*, Paris, 1954, p. 58.

41. KUHN, *Principes de Droit Anglo-Américain*, Paris, 1924, p. 86; FRANQUEVILLE, *Le Système Judiciaire de la Grande Bretagne*, Paris, 1893, II, ps. 126 e ss.

O **mandamus** consiste numa ordem dirigida a autoridade administrativa ou judiciária, para prática de determinado ato. Essa ordem pode ser perentória, ou expedida com a cláusula **nisi**, idêntica, portanto, à que se encontra na fórmula do interdito romano condicionado, isto é, com ressalva, ou com cláusula justificativa.⁴²

Prohibition, ao contrário, impõe um veto a determinado comportamento oficial, do mesmo modo como ocorria com os interditos proibitórios romanos, com a diferença de que estes se voltavam apenas contra o particular.

O **certiorari** visa anular um processo ou uma decisão judicial, e se inicia com mandado liminar suspensivo,⁴³ podendo concluir com autêntica cassação, à semelhança do que acontecia com a **intercessio** romana, onde um pretor podia cassar a outorga da **actio** ou da **exceptio** por parte do outro.⁴⁴

O **habeas corpus**, como é notório, vincula-se diretamente ao interdito **de homine libero exhibendo** do processo romano.⁴⁵

Por fim, o **writ quo warranto** visa impedir a usurpação de direitos, cargos ou privilégios públicos.

Convém mencionar, ainda, no direito anglo-americano, a existência da **injunction**, remédio judicial de uma parte contra outra, com liminar suspensiva, muito semelhante às medidas preventivas ou incidentes do direito continental.⁴⁶

14. O direito medieval, especialmente o estatutário italiano, criou, ainda, dois tipos de mandados com cláusula justificativa, específica para as relações obrigacionais.

Os primeiros se iniciavam em função de um **pactum executivum**, constante dos **instrumenta guarentigiath**, ou **confessionata**, no qual as partes se sujeitavam à execução sem processo prévio, circunstância que reduzia a cognição do juiz e autorizava a expedição de um mandado executivo inicial. Eis a fonte das atuais ações executivas, baseadas em título líquido e certo, criação do gênio mercantil das Repúblicas italianas.⁴⁷

A segunda contribuição da mesma origem foi o procedimento monitorio. Também aqui ocorre a expedição de um **mandatum de solvendo**, para cobrança de crédito em dinheiro, desacompanhado, porém, de título documental executivo.

42. FRANQUEVILLE, op. cit., p. 129.

43. TIXIER, op. cit., p. 65.

44. SCIALOJA, op. cit., ps. 360 e 361.

45. PONTES DE MIRANDA, *História e Prática do Habeas-Corpus*, 2.ª ed., p. 143.

46. KUHN, op. cit., ps. 78 e ss.

47. CHIOVENDA, *Instituições*, 1.ª ed. bras., § 31, p. 164; SOLMI, op. cit., p. 207; MOACYR AMARAL SANTOS, op. cit., p. 124.

Trata-se de mandado com cláusula justificativa, isto é, autoriza a oposição do réu.⁴⁸ Tais mandados são expedidos liminarmente, **inaudita altera parte**. Se esta não comparece, ou confessa, o preceito se transforma, automaticamente, em sentença executória. Suas características principais são, segundo CALAMANDREI, a celeridade de obtenção do título executivo, em procedimento sumário, e a inversão de iniciativa do contraditório, pois que o ônus deste cabe ao réu, visto como o juiz aceita, em hipótese e **sub conditione**, as afirmações do autor.⁴⁹

Contra a opinião dominante, sustenta CALAMANDREI a natureza jurisdicional do mandado monitorio, já que nele existe cognição, embora parcial, com solução da lide. A falta de contradição do devedor, em razão do princípio dispositivo, opera a preclusão do mandado, outorgando-lhe eficácia vinculativa de sentença.⁵⁰

Evolução no direito brasileiro

15. Este amplo histórico explica a presença, no direito brasileiro, dos procedimentos especiais dotados de mandado inicial imperativo.

Não conhecemos o mandado absoluto, **sine clausula**. Em todas as hipóteses legais permite-se a defesa do réu.

Nossas possessórias provêm das ações romanas de igual nome, da última fase, acrescidas do mandado medieval.

A executiva se origina da prática italiana.

A cominatória nasce, através dos “embargos à primeira” das Ordenações, dos mandados germânicos inspirados nos interditos romanos, para as obrigações de fazer e não fazer, o mesmo ocorrendo, em regra, com as medidas cautelares.

Embora não contemos mais com a ação monitoria obrigacional, equivalente no passado à nossa ação decendiária, podemos considerar, em sentido lato, monitorios todos aqueles procedimentos que autorizam o juiz a sentenciar de plano, em face da contumácia ou confissão do réu.

Na verdade, porém, faltam-nos disposições sistemáticas e genéricas a respeito do assunto.

Como vimos no início desta exposição, nossas leis processuais perdem-se num casuismo impressionante, esquecidos autores e legislador não só da origem comum dos preceitos

48. CHIOVENDA, op. cit., n.º 77, p. 361.

49. CALAMANDREI, *El Procedimiento Monitorio*, Buenos Aires, 1946, ps. 21, 24, 27 e 68.

50. Op. cit., ps. 49, 60, 62 e 64.

liminares, senão que, principalmente, da possibilidade de tratamento unitário e sistemático da matéria.

16. Ilustração significativa e nada lisonjeira deste estado de despreparo, têm-na na penosíssima e lenta criação do mandado de segurança entre nós.

Perdemos, na verdade, vários decênios no teimoso equívoco de ampliar e violentar conceitos de direito material, porque dotados de proteção processual expedita, quando o que verdadeiramente desejávamos era, tão só, o remédio processual sem o respectivo conteúdo, para proteger, sim, os direitos individuais *in genere*, contra atos ilegais ou abusivos da autoridade pública.

Toda a luta de RUY BARBOSA pelo reconhecimento da posse dos direitos pessoais, toda a admirável pregação de PEDRO LESSA, no Supremo Tribunal Federal, em prol da extensão do conceito de liberdade de locomoção, a forjar a chamada "doutrina brasileira do *habeas corpus*", padecem desse fundamental equívoco, um, violentando a noção de posse em razão do interdito liminar das ações possessórias, outro, ampliando desmesuradamente aquele conceito tendo em vista a proteção do *habeas corpus*, ambos desejosos, apenas, de um remédio expedito para tutela dos direitos subjetivos públicos do particular contra a autoridade.

Tínhamos a contemplar o ensinamento amplo dos interditos romanos do direito clássico, podíamos nos inspirar na solução admirável dos *mandata cum* ou *sine clausula* do direito germânico medieval, ou dos notáveis *writs* anglo-americanos; contávamos, até, com a lição do *amparo* mexicano, a nosso alcance desde meados do século passado.

Não há razão, portanto, para nos vangloriarmos da tardia adoção de nosso mandado de segurança.

Muito há, na verdade, que edificar para preencher as lacunas de nosso empirismo, se quisermos, efetivamente, usufruir um procedimento adequado às necessidades dos tempos modernos.

Lição da história: a existência de dois sistemas processuais

17. A milenar lição da história revela, como vimos, a coexistência de dois sistemas processuais perfeitamente diferenciados, um, a iniciar-se com mandado liminar de autoridade, outro, a pressupor o equilíbrio e igualdade das partes no contraditório.

A incidência maior ou menor de qualquer desses sistemas

em face do outro depende, contudo, de fatores estranhos ao direito processual.

Já tivemos oportunidade de mostrar como o processo não passa, no fundo, de um produto da cultura e da civilização do meio onde atua.⁵¹ Num ambiente de individualismo jurídico, o rito processual se torna lento, pesado, longo no tempo. Na medida, porém, em que preponderou valores sociais, a tendência se inverte, em favor do procedimento sumário. O ideal haverá de residir, evidentemente, no justo equilíbrio destas tensões.

Vimos que o povo romano perdeu com o evoluir dos séculos, talvez sob o influxo dos vagares do Oriente, e de novas concepções políticas e filosóficas, a noção publicística do interdito, como meio pronto, simples e eficaz de solução do litígio.

PONTES DE MIRANDA, em página de grande beleza, lembra que "os interditos, no fundo, serviam à vida, à vida tal como exsurgia, sem as peias das combinações conceituais".⁵²

Mais tarde, no fim da Idade Média e na Renascença, a valorização política e social do homem e a necessidade econômica de acelerar-se o tráfico mercantil forçaram a redescoberta da fórmula interdital romana para atribuir-lhe objeto talvez mais amplo e diversificado, em função dos novos valores vigentes.

Com avanços e recuos, a eterna antinomia entre o individual e o social no processo, aquele a postular um ideal de justiça absoluta, com fórmulas e termos infundáveis, este a exigir a eliminação pronta e rápida do litígio, permanece a desafiar nossa argúcia na ânsia de descoberta do equilíbrio adequado.

Já se vê que os dois sistemas apontados representam, no fundo, a projeção desse dualismo axiológico que porfia no direito processual, como reflexo, aliás, do trágico conflito entre indivíduo e sociedade, que radica na própria natureza humana, eis que no processo se manifesta o sinal de nossa angústia.

18. Mas, considerando, agora, o assunto em outro plano, verifica-se que os dois processuais correspondem, também, a uma distinção teórica fundamental, que devemos ao gênio de CARNELUTTI, na célebre polémica mantida com CALAMANDREI, a respeito da essência da jurisdição.⁵³

51. *Processo e Cultura*, Rev. de Dir. Proc. Civil, 3.º v., p. 74.

52. *Comentários ao C. P. C.*, 2.ª ed., VI, p. 41.

53. *V. Rev. de Direito Processual italiana*, vol. de 1928.

Em resposta a uma das críticas mais contundentes quanto à posição lógica da lide como nota conceitual da jurisdição, lide que, segundo CALAMANDREI, não existiria na função executória jurisdicional do processo, pois que já resolvida pela sentença, CARNELUTTI mostra como a existência do contraditório não é essencial para caracterizar-se o conflito de interesses. Exatamente o fato da execução constitui a prova mais eloquente do perdurar do conflito, não mais contraditado, é verdade, mas vivo, presente, enquanto não se satisfazer o direito.

Distingue, então, CARNELUTTI lide com controvérsia de lide sem controvérsia, ambas conduzindo a processos de natureza jurisdicional.

Ora, afigura-se-nos que os dois sistemas processuais entrevistos pela análise da história representam, na verdade, a comprovação existencial do acerto desta distinção básica da teoria geral.

O procedimento comum ou ordinário pressupõe a existência de lide com controvérsia. Daí, a necessidade de assegurar-se *ab-initio* uma rígida posição de igualdade entre as partes no processo de cognição. Daí, o onus do contraditório recair sobre o autor, pois não se lhe presume, desde logo, a titularidade do direito. É bem possível que a razão assista ao réu. Daí, a ausência inicial de atos imperativos de autoridade. Daí, a presença neutra e igualitária das audiências de instrução, sem compromisso com qualquer das partes.

Quando, porém, não houver razão de ser para esta presunção inicial de igualdade entre as partes, ou porque milita em favor do demandante um título líquido e certo, ou porque o interesse público ou social exijam reconhecimento provisório, *a priori*, das razões deste, não se justifica a manutenção de um modelo processual previsto para outra finalidade.

Aqui, a presunção inicial, portanto, é a da existência de uma lide sem controvérsia. Nada impede, portanto, a expedição de mandado liminar, em favor da tutela requerida. Cumprido aquele, de duas uma, ou o réu efetivamente não contesta e, nestas circunstâncias, nenhum sentido teria a audiência comum, podendo, assim, a cognição terminar imediatamente; ou opõe-se ao pedido, assumindo, então, o onus da iniciativa do contraditório.

Não se lhe impede, pois, o exercício do direito de defesa, mas se goza de enorme vantagem, em termos de economia processual e rendimento do serviço forense, de eliminar-se o acúmulo da pauta de audiências com demandas totalmente inúteis, na prática tão numerosas, porque a revelia ou a con-

fissão do réu tornam inane este ato processual. Modelo de contracenso, a este respeito, são os atuais dispositivos do Código quanto à ação executiva.

19. Estamos, portanto, em face de dois sistemas processuais, de duas modalidades igualmente válidas de fazer-se justiça, as quais resultam, como instrumento adequado e distinto, da natureza vária dos próprios valores a serem tutelados pelo processo, e contam, por isto mesmo, a seu favor, com o testemunho da história.

Claro que o conteúdo material desses valores, que a opção de distribuí-los por um tipo ou outro de procedimento, representa decisão política, em função de contingências ideológicas, culturais, ou de imperativos sociais ou econômicos da época.

Oportunas, sem dúvida, se apresentam estas considerações no momento em que se cogita, com tanta propriedade, da reforma processual entre nós.

Vimos que, nos últimos tempos, a necessidade de acelerar-se o desenvolvimento social e econômico do País fez com que leis especiais adotassem formas mais expeditas, embora atenuadas, de procedimento monitorio de caráter executivo. Destacamos, especialmente, como causa dessa adoção, os imperativos decorrentes da reforma agrária, da execução dos planos habitacionais e da necessidade de apresentar-se o giro no mercado de capitais, a benefício da produção e do comércio.

Acreditamos, contudo, que a disciplina processual do assunto reclame maior presença do processualista, e não apenas a do economista. Se assim fora, não sofreríamos os graves inconvenientes do casuismo dos ritos, impropriedade de nomenclatura e atropelo de certos princípios indeclináveis.

Com efeito, se conhecido de nosso legislador extravagante o mecanismo do procedimento monitorio europeu, onde o mandado liminar judicial incontestado vale automaticamente como título executivo, não haveria necessidade, por exemplo, de criarmos o grave precedente, de duvidosa constitucionalidade, na lei reguladora da alienação fiduciária, de uma autêntica execução direta pela parte, rompendo-se o princípio fundamental de que a execução coacta deve emanar sempre de título executório oriundo do Poder Judiciário.

Estas observações se tornam tanto mais pertinentes porquanto ainda não foi publicado pelo grande processualista que é ALFREDO BUZAID o capítulo destinado à disciplina dos processos especiais em seu Projeto.

Vimos que os procedimentos onde ocorre a inversão do contraditório podem comportar disciplina sistemática, com o que se evitaria a casuística, tão prejudicial a juizes e advogados, e tão pouco científica neste domínio.

A verdade é que nossos processos especiais têm sido vítimas da improvisação de legisladores, com criação desordenada e cheia de lacunas.

Porque, por exemplo, não estender-se o procedimento monitório (*lato sensu*) do mandado de segurança contra o ato ilegal do particular?

Por que motivo os atos do administrador de entidades públicas, hospitais, educandários, por exemplo, podem ser suspensos pela liminar da segurança, e atos idênticos, igualmente lesivos, de administradores dessas mesmas entidades, quando privadas, escapam aos efeitos da salutar medida, em virtude da absoluta carência, entre nós, de remédio processual expedito e adequado.

Aqui ficam, pois, estas sugestões em prol da adoção, no novo Código, de modelos sistemáticos de procedimento monitório, de forma a eliminar-se, em proveito da celeridade dos juizes e perfeição e harmonia no emprego, até ampliado, do remédio, o abundante e estéril casuismo vigorante entre nós.

Podemos justamente orgulhar-nos de nossas criações no que concerne ao direito processual-constitucional.

Urge, porém, quanto antes, que idêntico sentimento nos invada em relação ao direito processual, ele mesmo, de tal modo que a anunciada reforma concilie os ideais de justiça eficaz com procedimento célere, para que nossos instrumentos de declaração e realização daquilo que é justo acompanhem, sem demora, os ventos de renovação e de progresso que sacodem, atualmente, este imenso e admirável País.