

MANDADOS E SENTENÇAS LIMINARES

(Contribuição para a reforma processual)

Prof. GALENO LACERDA

(Catedrático de Direito Judiciário Civil na
Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

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, § 1.º, e 307, § 1.º).

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

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 §§ 4.º e 6.º).

Depois, temos a intimação inicial nas ações de adjudicação, para outorga de escritura definitiva, com possibilidade, ainda, de sentença imediata em hipótese de revelia (art. 346 e § 1.º).

Idêntica sentença é autorizada nas ações de despejo (art. 350, e art. 5.º e § único do Decreto-lei n.º 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. 2.º do Decreto-lei n.º 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), serão 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 acôrdo ou contumácia, na ação de remição de imóvel hipotecado (art. 395), na de venda, locação e administração da coisa comum (art. 406, § 2.º), 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. 6.º e 19, IV, do Decreto-Lei n.º 960, de 17/11/38).

No mandado de segurança, a importantíssima liminar suspensiva (art. 7.º, da Lei n.º 1.533, de 31/12/51).

Nas desapropriações, a imissão prévia na posse (art. 15 do Decreto-lei n.º 3.365, de 21/6/41; art. 19, § 2.º, b, do Estatuto da Terra), o mesmo ocorrendo na desapropriação de bens destinados ao abastecimento e ao serviço público, onde se frise que a imissão será realizada antes da citação (art. 4.º do Decreto-lei n.º 422, de 20/1/69), 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. 6.º e 7.º do Decreto-lei n.º 554, de 25/4/69).

Na ação executiva para cobrança de duplicata, também nos de-
frontamos com a sentença de plano, em caso de revelia (art. 15, § 5.º,
da Lei n.º 5.474, de 18/7/68).

Na excussão da cédula rural pignoratícia, surge o mandado li-
minar de depósito ou sequestro do bem móvel ou semovente, segui-
do do de prisão preventiva do devedor (art. 23 e parágrafos da Lei
n.º 492, de 30/8/37).

Na execução de cédula hipotecária, a imissão liminar na posse
do imóvel, em favor do arrematante (art. 37, § 2.º, do Decreto-lei 70,
de 21/11/66).

Na da cédula industrial, a penhora ou sequestro iniciais (art. 41,
§ 2.º, do Decreto-lei n.º 413, de 9/1/69).

Na alienação fiduciária, a busca e apreensão liminares do bem
objeto do contrato (art. 3.º e § 1.º do Decreto-lei n.º 911, de 1/10/69).

Nas ações de alimentos e outras onde êstes couberem, a de-
cretação provisória e inicial dos mesmos (arts. 4 e 13 da Lei n.º
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 por que autoriza o Código, de modo geral, a concessão de
liminares nas medidas preventivas **inaudiente altera parte** (art. 683).

Da mesma forma, haveremos de encontrar mandados iniciais im-
perativos naqueles processos, cautelares ou não, que poderíamos de-
nominar 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, § 1.º), no aten-
tado (art. 712), no incidente de falsidade (art. 719), e de modo even-
tual 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 correições
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 (De-
creto-lei n.º 1.030, de 21/10/69).

Cumprida, ainda, para encerrar esta longa relação, meramente enunciativa, das medidas liminares de coerção existentes no processo civil brasileiro, mencionar aquelas que ocorrem, a tóda 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 mandados 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 êstes 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 casuísmo das hipóteses legais?

Haverá, mesmo, algum traço comum que justifique a consideração, em sistema unitário, de procedimentos aparentemente tão disparres, como os peculiares às ações cominatórias, aos executivos de tóda 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 reduzem-se apenas à tutela da posse.

Nada mais falso.

No direito clássico, destinavam-se êles a todo tipo de proteção material. Existiam em grande número. LENEL e RICCOBONO anotam quarenta e sete ⁽¹⁾. Outros falam em cêrca de sessenta, referindo-se apenas às espécies típicas ⁽²⁾, número que poderia aumentar de maneira indeterminada, porque era livre a criação de interditos úteis ou **ad-hoc** pelo pretor ⁽³⁾.

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 restitutorios. ⁽⁴⁾

Os primeiros, denominados negativos, impunham um **veto**, isto é, um **não-fazer**, a determinada conduta.

Os outros, positivos, e por isto chamados mais pròpriamente **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 aquêles que regulam relações de direito sucessório. São os interditos **quorum bonorum, quod legatorum, quam hereditatem, de tabulis exhibendis**, êste destinado à exibição de testamento, e outros.

A seguir, classificam-se os que visam tutelar relações de senho-rio e gôzo de coisas públicas e privadas, ou relações de garantia. Consideram-se aqui os interditos de proteção a 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 causação 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 tute-

(1) RICCOBONO, *Interdicta*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 794.

(2) GANDOLFI, *Contributo allo Studio del Processo Interditale Romano*, Giuffrè, 1955, p. 2.

(3) BISCARDI, *La Protezione Interditale nel Processo Romano*, Cedam, 1938, ps .34 e 131; GANDOLFI, *op. cit.*, p. 95).

(4) SCIALOJA, *Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires, 1954, p. 315.

(5) *Ob. cit.*, ps. 139 e ss.

la da liberdade pessoal, especialmente no que diz respeito às relações de família. São os interditos de **homine libero exhibendo, de liberis exhibendis item ducendis, de libero exhibendo, de uxore exhibenda**, etc.

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 dêle tutelava-se também o interêsse 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 interêsse privado do qual todos, indiretamente, participam, sendo que, até, em determinadas hipóteses, o interêsse 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

(6) RICCOBONO, ob. cit.

(7) GANDOLF, ob. cit., p. 69.

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

(9) SAVIGNY, *Traité de la Possession en Droit Romain*, Bruxelas, 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*, Bruxelas, 1876, I, § 88, p. 664; BISCARDI, op. cit., p. 117.

(10) Ob. cit., ps. 154 a 156.

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 aquêles teriam sido mais antigos do que estas ⁽¹²⁾.

7. Exatamente porque se dispunham a tutelar também coisas públicas, proclamam os romanistas, em coro 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 dêsse 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 reduziam 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 êste 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 iure**, 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,

(11) GANDOLFI, ob. cit., ps. 22, 54, 55, 98 e 128.

(12) GANDOLFI, ob. cit., p. 121; BISCARDI, ob. cit., ps. 103 e 105.

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

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

(15) GANDOLFI, ob. cit., p. 46.

(16) Ob. cit., ps. 72 e 75.

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 condicionado à exceção, remetendo, assim, implícitamente, 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 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 jure**, pelo pretor; no segundo, a cognição dos fatos **in iudicio**, confiada ao árbitro particular. Daí, a natureza eminentemente publicista do mandado interdital, em contraposição com o caráter privado da sentença arbitral. (20).

Mas, consegue GANDOLFI, através de análise estupenda, mostrar, também, que êstes sistemas diversos de procedimento consti-

(17) GANDOLFI, ob. cit.; ps. 75 e 76.

(18) Ob. cit., ps. 37, 70, 72 e 90.

(19) Ob. cit., ps. 75 e 80.

(20) GANDOLFI, ob. cit., ps. 34, 50, 56, 57, 66, 69 e 84.

tuem 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 importância 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, o 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 conexa com a missão de vigilância e intervenção do pretor — **imperium** — destinada a salvaguardar a ordem e a economia da **civitas**” (22).

Eis por que 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 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).

(21) Ob. cit., I, p. 41.

(22) Ob. cit., p. 142.

(23) Ob. cit., p. 148.

(24) GANDOLFI, ob. cit., ps. 101 e 102.

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 conseqüente condenação em quantia certa ⁽²⁵⁾.

Ao contrário, portanto, do que sustenta a maioria dos 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 todo o 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

(25) GANDOLFI, ob. cit., ps. 110, 111 e 113.

(26) Ob. cit., p. 114.

nôvo 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 **judicia extraordinária**, assimilados ao 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 justiniano, 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 13, 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, êsses interditos, ou **summarissima possessoria**, 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).

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

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

(29) SAVIGNY, ob. 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.

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 correspondiam 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 das relações de direito público, de acordo 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 **uticivis** — escrevemos noutro trabalho ⁽³⁴⁾ — 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 jurisdicional”. 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 por que o primitivo Estado germânico é um **Justizestaat**, Estado de justiça, anterior ao **Polizestaat**, Estado-polícia, gerado pelo absolutismo real.

“Compreende-se e justifica-se, diante disto, a ufania de HÄBERLIN ao excluir, em 1797, referindo-se ao Tribunal Cameral do Império (**Reichskammergericht**), fundado em 1495: “É uma felici-

(31) *Apud* ALMEIDA E SOUSA, ob. loc. cit.

(32) Ob. cit., § 34, p. 363.

(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*, 2º v., p. 24.

dade 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 afirmação 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 **Justizestaat** 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 govêrno **nullo modo justificabilia** ou se ameaçasse um **damnum irreparabile**, os súditos tinham ação para reclamar dos tribunais um **mandatum sine clausula**. O pressuposto dêste processo era a lesão de um direito subjetivo, e a teoria e a prática excluía 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 êstes casos graves, de tutela do direito subjetivo do particular contra o poder público, portanto, o mandado podia assumir, até a feição radical, absoluta e perentória, de expedir-se sem cláusula justificativa.

Êstes casos COCCEIUS os sintetiza em quatro hipóteses: se o interdidente 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 mandado liminar, constitui o fundamento principal das atuais medidas cautelares, no processo civil dos povos cultos (39).

(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. Aufl., Berlin, 1931.

(37) CAMMEO, ob. cit., p. 34.

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

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

13. A mesma sensibilidade para a tutela dos direitos individuais contra o poder público, encontramos-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 15, senão antes ⁽⁴⁰⁾. Os principais denominam-se **mandamus**, **prohibition**, **certiorari**, **habeas corpus** e **quo warranto** ⁽⁴¹⁾.

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 êstes 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 outorgada **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, específicos para as relações obrigacionais.

(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.

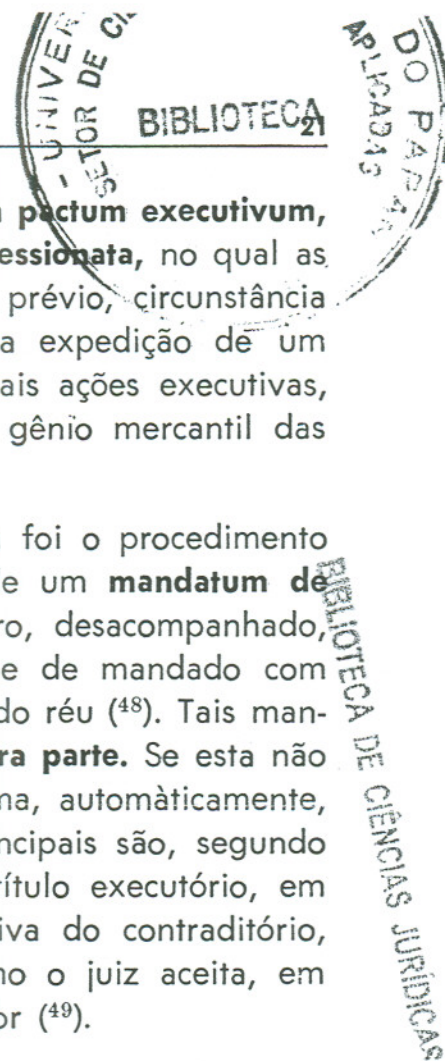
(42) FRANQUEVILLE, ob. cit., p. 129.

(43) TIXIER, ob. cit., p. 65.

(44) SCIALOJA, ob. cit., ps. 360 e 361.

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

(46) KUHN, ob. cit., ps. 78 e ss.



Os primeiros se iniciavam em função de um **pactum executivum**, constante dos **instrumenta guarentigiata**, 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 executório 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. 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 executório, em procedimento sumário, e a inversão de iniciativa do contraditório, pois que o ônus dêste 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 nêle 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. Êste amplo panorama histórico explica a presença, no direito brasileiro, dos procedimentos especiais dotados de mandado inicial imperativo.

Não conhecemos o mandado absoluto, **sine clausula**. Em tôdas 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

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

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

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

(50) Ob. cit., ps. 49, 60, 62 e 64.

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 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 casuísmo impressionante, esquecidos autores e legislador não só da origem comum dos preceitos liminares, senão que, principalmente, da possibilidade de tratamento unitário e sistemático da matéria.

16. Ilustração significativa e nada lisonjeira dêste estado de despreparo, temo-la 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 expedida, 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.

Tôda a luta de RUY BARBOSA pelo reconhecimento da posse dos direitos pessoais, tôda 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 dêsse fundamental equívoco, um, violentando a noção de posse em razão do interdito liminar das ações possessórias, outro, ampliando desmesuradamente aquêle 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 co-existência 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 preponderem 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 evolver 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 conceptuais" ⁽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 vigorantes.

Com avanços e recuos, a eterna antinomia entre o individual e o social no processo, aquêle a postular um ideal de justiça absoluta, com fórmulas e têrmos infindáveis, êste a exigir a eliminação

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

(52) *Comentário ao C.P.C.*, 2.ª ed., VI, p. 41.

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 dêsse 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 sistemas processuais correspondem, também, a uma distinção teórica fundamental, que devemos ao gênio de CARNELUTTI, na célebre polêmica mantida com CALAMANDREI, a respeito da essência da jurisdição ⁽⁵³⁾.

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 entrevistados pela análise da história representam, na verdade, a comprovação existencial do acêrto 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 ônus do contraditória recair sôbre o autor, pois não se lhe presume, desde logo, a titularidade do direito. É bem possível que a razão assista ao réu. Daí, a audiência 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 milite em favor do

(53) V. Rev. de Direito Processual italiana, vol. de 1928.

demandante um título líquido e certo, ou porque o interesse público ou social exijam reconhecimento provisório, **a priori**, das razões dêste, 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 aquê, 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 ônus da iniciativa do contraditório.

Não se lhe impede, pois, o exercício do direito de defesa, mas se goza da 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 confissão do réu tornam inane êste ato processual. Modelo de contrassenso, a êste 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 dêesses 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 fêz com que leis especiais adotassem formas mais expeditas, embora atenuadas, de procedimento monitório de caráter executivo. Destacamos, especialmente, como causa dessa adoção, os imperativos decorrentes da reforma agrária, da execução dos planos habitacionais e da necessidade de apressar-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 fôra, não sofreríamos os graves inconvenientes do casuísmo dos ritos, impropriedade de nomenclatura e atropêlo 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 tem sido vítimas da improvisação de legisladores, com criação desordenada e cheia de lacunas.

Porque, por exemplo, não estender-se o procedimento monitorio (**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 monitorio, 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 casuísmo 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, êle 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, êste imenso e admirável País.