

D I S S E R T A Ç Ã O  
— de —  
P R A C T I C A  
— do —  
N ° 36

S. Paulo, 30 de Junho de 1870.

*Ninguém póde ser obrigado a demandar em juizo.*

A idea enunciada na these vertente não é como esses principios arbitrarios que a lei positiva admite ou rejeita, conforme as circumstancias sociaes em que actua ou o systema que a inspira é uma regra necessaria, inviolavel, um preceito natural, um principio simples, elementar, commum a todas as legislações. Caberia, portanto, antes de mais nada demonstrar a verdade d'esta asserção, antes de entrar nas consequencias praticas deste preceito; parece-nos, porem, preferivel acompanhar o seu desenvolvimento nas diversas applicações justificando-o a medida que estudarmos os diferentes casos.

O processo judiciario, segundo as duas grandes e naturaes divisões do direito privado, classifica-se em processo criminal e processo civil. Ora, como o principio que estudamos abrange ambas estas ramificações, cumpre encaral-o pelos dous lados para determinar o seu alcance juridico.

Demandar e intentar acção são synonymos em direito, porque, como diz PEREIRA E SOUZA — “demandar quer dizer

pedir alguma cousa em juizo civil ou criminalmente” — (Diccionario). Ha, pois, duas especies de acções: — a criminal que tem por fim a imposição da pena e a civil cujo objeto é a restituição do direito.

No processo criminal, que examinaremos em primeiro logar ha dous generos de acções characterizados pela natureza dos factos que as acarretam e exercidas por pessoas distinctas. Ha crimes que pela sua perniciosa influencia moral, pelas suas graves consequencias, pelo character de perversidade que denunciam carecem de uma repressão infallivel; ha tambem delictos especiaes, que, comquanto diminutos na sua significação moral, pertencem, pela sua natureza particular, á esphera da authoridade publica. A quem, pois, havia de entregar a lei a execução dos actos precisos para satisfazer a estas necessidades? E’ claro que, demittindo de si esta poderosa attribuição, a sociedade sacrificaria a justiça entregando-a ao arbitrio do interesse individual. E’ uma verdade inconcussa; fundamental. E’ aqui, portanto, que se baseia a necessidade da acção publica. Realisa-se esta acção entre nós nos casos seguintes: 1.º — crimes que não admittem fiança; 2.º — peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade; 3.º — attentados contra o Imperador, a Imperatriz, ou quaesquer Principes da familia imperial, contra o Regente ou a Regencia; 4.º — delictos de resistencia ás authoridades no exercicio legitimo de suas funcções; 5.º — crimes em que o delinquente for preso em flagrante, não havendo accusador particular; 6.º — tentativas ou cumplicidade de crimes inafiançaveis. — Nestas occurrencias a sociedade, assumindo o poder de conduzir os criminosos perante a justiça publica, não se arroga um direito, mas obriga-se a um dever sagrado — Aqui, por consequencia, a acção é um resultado immediato, necessario, fatal do acto criminoso; o processo criminal ha-de effectuar-se forçosamente. E’ evidente, pois, que a sociedade, se bem que seja uma pessoa juridica, não está comprehendida na regra de que ninguem é obrigado a demandar em juizo, porquanto a acção publica, que exerce por interme-

dio do seu ministerio, não é uma faculdade mas sim uma obrigação.

Ha, porem, outra classe de crimes que o direito denomina particulares. Aqui não é a sociedade que incumbe intentar a accusação do culpado; é ao particular é ao individuo offendido que a lei confiou a faculdade de reclamar perante os tribunaes a punição legal do aggressor que desrespeitou os seus direitos. Como garantia da effectividade d'este direito não existe nenhuma sancção nos nossos codigos. E' do interesse particular, do amor proprio offendido que o legislador esperou exclusivamente a punição de taes delictos. Assim, incumbindo aos particulares a accusação d'esses crimes, a lei não lhes impoz um dever, entregou-lhes um direito simplesmente. Mas, como todo o direito é facultativo, segue-se que, ainda no foro criminal, ninguem é obrigado a intentar acção.

Processo Civil — “Ninguem regularmente póde ser obrigado a propor acção em juizo contra sua vontade” (Pereira e Souza: Primeiras Linhas, part. I, cap. III, § XLIII). Este principio que, como já dissemos, não é um preceito da lei positiva, mas um axioma fundado no bom senso, já estava formulado em todo o seu rigor nessa legislação admiravel que mereceu a designação de “— razão escripta” O Cod., l. III, t. VII o consagra expressamente nos seguintes termos: “— *Invitus agere vel accusare nemo cogatur* —” Para conhecer a exacta conformidade d'esta lei com a philosophia juridica, basta estudar a natureza da acção. “Attenta a impossibilidade em que está o homem”, diz o Sr. Cons. Paula Baptista, “de fazer justiça a si mesmo, concebe-se perfeitamente que, se uma parte reclama algum direito, e a outra o nega, ou recusa cumprir a obrigação correlativa, é necessario, que, nesta lucta, uma e outra vontade sejam submetidas á ordem e a justiça por um poder superior e desinteressado, perante o qual as duas pretensões oppostas sejam presentes, discutidas, verificadas e julgadas” (Compendio, pag. 1). Esta faculdade de obrar (*agendi*) regularmente perante a autoridade competente para alcançar

justiça é o que se intitula acção. Quaes são pois os elementos essenciaes a uma demanda? — 1.º — A existencia de um direito contestado ou lesado. 2.º — A presença de duas partes, uma credora d'esse direito (*credere fidei alicujus*), outra constituida na obrigação correlativa. Não basta pois que o direito seja violado, não basta que um individuo assuma indevidamente direitos alheios ou recuse cumprir a obrigação em que se ache empenhado, não basta isso para que a acção ipso facto se realise. E' indispensavel que o offendido allegue o seu direito e reclame a sua manutenção. Ora, se todo o direito é absolutamente facultativo, se o credor de qualquer obrigação ou o senhor de qualquer propriedade póde destruir os seus titulos, transmittil-os de qualquer modo, privar-se emfim de todos os seus direitos, é claro que, pelos mesmos motivos, não se lhe póde negar a faculdade de reclamar ou deixar de reclamar contra o infractor dos seus direitos ou contra o devedor que não se presta ao cumprimento das obrigações em que se acha constituido. Ora, se acção é a reclamação de direito intentada ante a autoridade competente, e se ninguem póde ser forçado a pedir a satisfação de seu direito, fica evidente que, por uma consideração essencialmente philosophica, ninguem póde ser obrigado a demandar em juizo. — Tractando d'este axioma de processo, restringe-o o Compendio com trez excepções. Entretanto em nosso entender nenhum desses casos constitue excepção nenhum delles cerceia a regra geral. E' o que tentaremos provar.

1.ª excepção — “Todo aquelle que diffamar outro sobre o estado de sua pessoa, como se dissesse que era seu captivo, liberto, espurio, infame, incestuoso, Frade, clerigo ou casado e em outros casos semelhantes a estes, que tocarem ao estado da pessoa, de qualquer qualidade que a causa do estado seja, póde ser citado para vir ao domicilio do diffamado que o manda citar” (Ord. l. 3, t. 2, § 4). Esta disposição tem sua origem em uma lei romana que os glossadores ampliaram, dando-lhe uma extensão muito mais vasta. A lei antiga resava assim: — “Diffamari statun ingenuo-

rum, seu errore, seu malignitate, iniquum est” (Cod, l. 7, T. 14, § 5). Existe, porem, no caso vertente excepção ao principio fundamental? Não; o diffamador não póde ser equiparado áquelle que reclama nos tribunaes a satisfação do seu direito, porque o diffamador não é um titular do direito é devedor de uma obrigação. Aquelle que diffama, contrae para com o diffamado a obrigação positiva de provar a diffamação; não é pois em virtude de uma força extranha á sua vontade, mas em rasão d’esse compromisso tacito, contraído espontaneamente, que o diffamador tem obrigação de provar a diffamação

— 2.<sup>a</sup> excepção — O fiador póde fazer citar o credor para que proponha a sua acção contra o devedor, ou que o exonere da obrigação da fiança, quando corre perigo o direito de execussão que lhe compete contra o devedor a quem este affiançou, como nos casos em que este retarda o pagamento ou dissipa a sua fortuna — Dig. l. 46, t. 1.<sup>o</sup>, frag. 28.

A terceira excepção finalmente refere-se ao facto de poder o fiador, quando os seus bens houverem sido sequestrados, fazer citar o mesmo credor, sob pena de levantamento de deposito, para que proponha a acção contra o devedor — “Fideijussor, cujus bona ad instantiam creditoris sequestro fuerunt supposita, contra eum recte agit, ut personalem instituat sub poena remoti sequestri. Et hoc jure in foro utimur” — Mello, l. 4, t. 7, § 16 in fine, n.<sup>o</sup> 36.

S. Paulo, 30 de junho de 1870

*Ruy Barbosa*

ainda assim parece-nos procedente  
a nossa opinião: o art 7º está revoga-  
do pelo art 310 do C. Criminal, e  
infração é um verdadeiro crime e  
como tal é f. deve ser punido segun-  
do as regras estabelecidas pelo nosso  
Codigo Criminal.

Está, portanto, em summa, a consideração  
que pudemos fazer sobre a matéria  
que nos toca a cadeira

— Fim —

S. Paulo, 14 de Julho de 1876

Ruy Barbosa