

FUNÇÃO DO PROCESSO

Exercício de um direito é a sua utilização, isto é, a realização do poder que elle contem, o gôso das vantagens que elle offerece (Clovis Bevilaqua).

Quem tem um direito, tem *ipso facto* a facultade de exercel-o: assim, o proprietario pode usar e gosar a sua propriedade, oneral-a de diversos modos, permutal-a, doal-a, vendel-a.

Tudo isso são poderes inherentes ao dominio que, na phrase elegante de PACHIONI, é a senhoria plena e ideal da pessôa sobre a coisa ou o poder de dispôr de uma coisa de um modo pelo menos virtualmente universal, segundo FERRINI.

Exercita tambem o individuo o seu direito, provendo á sua defesa, quando desconhecido, ameaçado ou violado por acto injusto de outrem. Tutela do direito é, de certo aspecto, seu exercicio.

A luta pela vida é um facto incontestavel. Não é admissivel, nem tem fóros de scientifica, a doutrina socialista que pretende supprmil-a.

Como elegantemente diz ABEL ANDRADE, na conhecida e magnifica dissertação “A vida do direito civil”, “da luta entre os atomos nascem as molleculas; da luta cellular provêm as plastidas e os organismos superiores. Na vida das sociedades observa-se com precisão a mesma concorrência, que se traduz por phenomenos variadissimos, physiologicos, economicos, politicos e intellectuaes. Pode-se

dizer com NOVICOW (Les luttés entre sociétés humaines et leurs phases successives) que o universo é um complexo de systemas, que se constituem e dissolvem perpetuamente, apresenta-se como um conjuncto de alianças e combates”

O homem, com effeito, sempre lutou e lutará pela sua liberdade e pelo seu patrimonio material e moral.

Ninguém explanou melhor o assumpto que o grande IHERING, quando affirma que a luta pela vida é a luta pelo direito, visando a perfeita distribuição da justiça, seja para que a cada um se dê aquillo que lhe pertence, seja para demarcar o circulo de acção dos individuos na esphera de suas actividades, evitando-se os actos lesivos dos interesses particulares.

Alterum non laedere, suum cuique tribuere — eis ahi principios eternos, que nasceram instinctivamente com a primeira aggremação humana.

O homem, porem, não pode lutar pelo seu direito, tutelando-o por suas proprias mãos. Impossivel seria a coexistencia social, se não fôsse feita e distribuida a justiça por intermedio e em nome do Poder Social, que é quem faz a lei, limitadora das actividades, a ser imposta coactivamente.

A caracteristica do direito, o seu *criterium* anatomico, diz PICARD (Droit Pur) é justamente a *coacção social*, que o acompanha como satellite fiel e necessario.

A tutela dos interesses particulares, quando desconhecidos, ameaçados ou violados, cabe indiscutivelmente ao Estado.

Pouco importa indagar, e muito nos afastariamos do nosso objectivo, a quem pertenceu o Poder Social atravez da historia: a principio, estaria em mãos do chefe da tribu, depois teria passado a ser privilegio de alguma casta superior, para, afinal, ser delegado aos juizes, desenhando-se, então, com todas as imperfeições iniciaes, o Poder Judiciario, nas mais remotas civilizações. O facto, porem, é que a

Justiça sempre se fez, e por qualquer fórma, *em nome* de uma autoridade superior.

Não é desarrazoada, todavia, a affirmação dos philosophos-juristas quanto á existencia da *vingança privada* nas primeiras épocas da humanidade, pois que, na incipiente organização social, predominavam certamente a violência, a força bruta e cega. Mas, essa *auto-satisfação* cessou naturalmente com o apparecimento da lei, ou melhor, dos applicadores da lei.

No estado actual da civilização, é innegavel que só ao Poder Social cabe a defesa dos direitos individuaes. Os velhos textos axiomaticos impõem-se: “*jus privatum sub tutela juris publici latet*”, ou “*non est singulis concedendum quod publice per magistratum possit fieri.*”

Entretanto, em certas occasiões, ao titular do direito assiste a faculdade de protegê-lo de alguma fórma, fóra da acção do Poder Social, eis que, pela imminencia do perigo, inefficaz poderia ser, por demorada, essa mesma acção.

Repellindo a aggressão alheia *incontinenti*, o individuo defende por si só o seu direito, muito legitimamente, cumprindo até um *dever* para com a propria sociedade, como diz IHERING.

Ninguem desconhece a *legitima defesa* e o *estado de necessidade*, institutos mais pertinentes ao direito penal, mas tambem consagrados pela lei civil de todos os povos civilizados. Como dizem os escriptores, o *moderamen inculpatæ tutelæ* é um direito universalmente reconhecido.

No caso de ser o possuidor turbado ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua propria força, diz o art. 502 do nosso Cod. Civil, comtanto que o faça ilogo; mas, os actos de defesa ou de desforço não podem

ir além do indispensavel á manutenção ou restituição da posse.

Eis ahi a legitima defesa, a defesa privada, podendo constituir *auto-defesa*, segundo CHIOVENDA (Principii di Diritto Processuale Civile), se se tratar de turbação simples, ou *auto-satisfação*, no caso de desforço *incontinenti*.

E, quando credores, taes como estalajadeiros, hospedeiros ou fornecedores de pousada e alimento (art. 776 do Cod. Civil) fazem effectivo o penhor legal antes de recorrer á justiça, quem deixará de reconhecer ahi um caso typico de auto-defesa?

Mais raro é o *estado de necessidade* nas relações de ordem civil. Entretanto, a lei permite a violação do direito alheio, em certos casos, para evitar mal maior. O Cod. Civil, no art. 160, letra *b*, declara que não constitue acto illicito a deterioração ou destruição de coisa alheia afim de remover perigo imminente; taes actos, porem, só se legitimam quando as circumstancias os tornarem absolutamente necessarios, não excedendo os limites do indispensavel para a remoção do perigo.

Recordados esses principios geraes e assentado que só ao Poder Social, em thése, cabe a tutela dos direitos individuaes, vejamos como se exercita essa tutela.

O Estado administra a justiça, exerce a faculdade jurisdiccional, por meio de representantes, que são os juizes. Estes, para decidir os litigios, applicam a lei, actuam a vontade da lei.

As regras, os principios que se referem á actuação da lei constituem o *processo*.

Realmente: de nada serviriam as regras abstractas do direito civil, se não existisse o processo, que lhes dá, no momento opportuno, efficiencia pratica. O processo vivifica o direito civil, actualisa o que é simplesmente potencial.

A theoria do processo deve ser estudada sob o duplo aspecto de sua *estructura* e de sua *funcção*. Eis o verda-

deiro methodo, que do campo biologico passou para o campo sociologico.

Saber qual a estrutura do processo é indagar como elle se constituiu, como se vae desenvolvendo; completa-se o estudo com o perquirir-se a sua funcção, a sua finalidade, em duas palavras, *porque e com que fim age o processo*.

O eminente professor *Francesco Carnelutti*, da Universidade de Padua, nas suas sábias “Lezioni di Diritto Processuale Civile”, diz que a funcção de um instituto resulta da coefficiencia desses dois elementos que acabamos de assignalar: *o fim a ser attingido e os meios de que se dispõe para tanto*. Quer dizer, a funcção constitue-se dos meios adequados para ser alcançado o fim.

Quaes os fins do processo? Qual a sua legitima funcção?

Deixando de lado as velhas theorias *unilateraes*, segundo *Chiovenda*, como, entre outras, a que affirma ser o processo o meio de definir e decidir litigios e a que entende ser elle simples meio de coacção para o cumprimento de deveres, podemos dizer que, actualmente, duas são as doutrinas que procuram explicar, com segurança, a verdadeira funcção do processo.

A primeira, a doutrina *objectivista*, seguida por *Chiovenda*, *Mortara*, *Carnelutti*, *Wach* e tantos outros, affirma que o processo, antes de mais nada, tem por funcção immediata e precipua a *actuação da lei*, a *realisação do direito objectivo*.

Seguindo orientação diversa, não menos notaveis processualistas declaram que o processo visa a *tutela do direito subjectivo*. E’ o que pensam *Lessona*, *Simoncelli*, *Mattirolo*, para os quaes o processo é um conjuncto de regras ou de actos destinados á occorrer á realisação da tutela juridica.

O brilhante escriptor *Mario Bellavitis*, em trabalho recente sobre “L’identificazione delle azioni”, cita, como

sustentando essa ultima doutrina, ALFREDO ROCCO, ROVELLI e outros.

Como se vê, os mestres apontados não são accordes em relação ao assumpto, que é fundamental em Direito Processual.

Acceitamos a doutrina objectivista.

O processo funciona, diz CARNELUTTI, para a declaração da norma juridica applicavel ao caso *sub judice*, para a verificação da existencia dessa norma e do facto, dando em resultado a integração em relação a um conflicto determinado de interesses. Accrescenta o mestre italiano: eis ahi a função primordial do processo, a applicação imperativa da lei, a applicação obrigatoria da norma juridica a um caso concreto. E, porisso, costuma-se affirmar que o juiz (orgão), declarando o direito, pronunciando a sentença, que põe termo aos litigios, *jus dicit*, tem jurisdição.

Realmente: desde que surge a demanda, porque os individuos não conseguiram de alguma fórma, compô-la amigavelmente, e havendo, em consequencia, uma lei, uma norma juridica *inobservada*, é claro que a jurisdição se resolve na composição do litigio, por meio da sentença judicial, e o processo, que tudo isso realisa, visa a applicação serena e imparcial da lei.

Aliás, de um ponto de vista geral, o processo funciona principalmente no interesse da collectividade. CARNELUTTI illide facilmente a objecção *ex-adverso*, segundo a qual é nitido e indiscutivel o interesse particular no processo civil, ao passo que se evidencia o interesse publico no processo penal. O citado mestre diz que o processo civil funciona *não no interesse das partes, mas mediante o interesse das partes*. Não se discute que a iniciativa deve seja particular (o procedimento *ex-officio* é excepcional), mas o interesse do individuo, legitimo e actual, serve sómente para pôr em actividade o processo.

Abundando em considerações semelhantes, o grande CHIOVENDA vê na actuação da lei a funcção *constante* do processo, que se destina a afirmar a vontade positiva ou negativa da norma jurídica.

A escola subjectivista, porem, argumenta em contrario, querendo convencer que, nos litigios, o autor vem a juizo para pedir a tutela de seu direito desconhecido, ameaçado ou violado, e o juiz, proferindo a sentença, declara, mantem ou ordena a reintegração desse direito. Dahi, a conclusão inevitavel de que o processo é o tutelador do direito subjectivo.

CHIOVENDA, com engenho subtil, demonstra a fragilidade desse reparo, fazendo vêr que os interessados, quando se dirigem ao juiz, pedem a applicação da lei ao caso que expõem. O processo é o conjuncto de meios adequados a realizar a lei, com a consequencia immediata e necessaria de protecção aos direitos individuaes.

Se eu adquiero alguma mercadoria num armazem (é este o confronto que nos apresenta CHIOVENDA), satisfaço o meu desejo, o meu interesse, mas o acto do commerciante *em si* não visou a satisfação do meu interesse, mas o do seu commercio.

Embóra nos pareça indiscutivel a doutrina objectivista, que encara o processo como o meio de realizar a lei, de tornal-a efficiente, devemos concluir tambem que, com essa integração, ha sempre, por via de consequencia, o reconhecimento do direito subjectivo — um como que reflexo da actuação da lei.

Actua-se a lei, pelo processo; reconhece-se, ou melhor, tutela-se consequentemente, o interesse individual. Verso e reverso de uma medalha, diz CARNELUTTI. Seria absurdo, com effeito, que o processo sómente funcionasse para actuar a lei, se não fôsse justamente para, em consequencia, ser declarado, mantido ou reintegrado o direito individual.

GABRIEL DE REZENDE FILHO.