

JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER

Professor de Teoria Geral do Processo na UFRS.
Desembargador do TJRS.

Elementos Para Uma Teoria Geral do Processo

1993



**editora
SARAIVA**

ISBN 85-02-01205-3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Tesheiner, José Maria Rosa

Elementos para uma teoria geral do processo / José Maria
Rosa Tesheiner. — São Paulo : Saraiva, 1993.

1. Processo (Direito) 2. Processo (Direito) — Brasil 3. Processo
civil I. Título.

93-0924

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito processual 347.9

2655

 **editores**
SARAIVA

Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Tel.: PABX (011) 826-8422 — Barra Funda
Caixa Postal 2362 — Telex: 1126789 — Fax: (011) 826-0606 — Fax Vendas: (011) 825-3144
São Paulo - SP

Distribuidora Saraiva de Livros Ltda.

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 31 — Centro

Fone: (092) 234-4864 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dóres, 23 — Brotas

Fone: (071) 233-5854 — Fax: (071) 233-5895

Salvador

BAURUR/SÃO PAULO

Rua Monsenhor Claro, 2-55 — Centro

Fone: (0142) 34-5643 — Baurur

DISTRITO FEDERAL

SGS QD 3 Bl. C - Loja 55 - Setor Industrial Gráfico

Fax: (061) 226-0419

Fone: (061) 226-3722 e 223-0783

GOIÁS

Rua 70, 661 — Setor Central

Fone: (062) 225-2882 — Fax: (062) 224-3018

Goiania

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua Marechal Rondon, 549 — Centro

Fone: (067) 382-3682 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Célia de Souza, 571 — Sagrada Família

Fone: (031) 461-9902 e 461-9995 —

Fax: (031) 467-7379 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Av. Almirante Tamandaré, 833-A — Belém

Fone: (091) 222-9034 e 224-4817

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Nunes Machado, 1577 — Rebouças

Fone: (041) 234-2622 — Fax: (041) 234-2731

Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/

ALAGOAS/CEARÁ/PAUÍ/MARANHÃO

Rua Gervásio Pires, 826 — Bos Vista

Fone: (081) 421-4246 — Fax: (081) 421-4510

Recife

RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO

Rua Lafayette, 94 — Centro — Ribeirão Preto

Fone: (016) 634-0546 — Fax: (016) 634-8319

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Avenida Marechal Rondon, 2231 — Sampaio

Fone: (021) 201-7149 — Fax: (021) 201-7248

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Avenida Chicago, 307 — Floresta

Fone: (051) 343-1467 — Fax: (051) 343-2986

Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697

(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda

Fone: PABX (011) 826-8422 — São Paulo

**A
Vera
Paulo e Ana
Luís Felipe e
André.**

ÍNDICE GERAL

CAPÍTULO I Noções introdutórias

1. Poder Judiciário, jurisdição e processo	1
2. Relação jurídica processual	2
3. Estados jurídicos fundamentais	3
4. Ônus e direito formativo	10

CAPÍTULO II Poder Judiciário

1. O Poder Judiciário como subsistema de produção de normas jurídicas	21
2. Independência e subordinação à lei	22
3. Função política?	23
4. A jurisprudência, fonte do direito	24
5. Caráter nacional do Poder Judiciário	26
6. Organização hierárquica do Poder Judiciário	27
7. Jurisdição e obediência	29

CAPÍTULO III Uma visão crítica dos princípios processuais

1. Princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário	31
2. Princípio do juiz natural	35
3. Princípio da imparcialidade	37
4. Princípio da ação	38
5. Princípio do contraditório	43
6. Princípio da publicidade	46
7. Princípio da licitude das provas	48
8. Princípio da persuasão racional	51
9. Princípio do devido processo legal	54
10. Princípio da representação por advogado	55
11. Princípio do controle hierárquico	58

CAPÍTULO IV

Jurisdição

1. O conceito de jurisdição	62
2. A jurisdição como atividade de substituição	63
3. A coisa julgada como característica da jurisdição	65
4. Jurisdição e lide	67
5. Jurisdição e imparcialidade	70
6. Jurisdição voluntária	72
7. Conclusão	83

CAPÍTULO V

As teorias da ação

1. Teoria civilista	85
2. Teoria do direito abstrato	88
3. Teoria do direito concreto	91
3.1. A ação de Botelho de Mesquita	98
4. Teoria de Liebman	100
5. A relatividade do conceito de ação (ação e ideologia)	102
6. Resumo e conclusão	104

CAPÍTULO VI

Pressupostos processuais, condições da ação e nulidades

1. Pressupostos processuais	108
2. Condições da ação	109
3. A possibilidade jurídica do pedido	113
4. Interesse de agir	117
5. Legitimação para a causa	120
6. Conclusão	126
7. Outras condições da ação	126
8. Resumo e defesa das condições da ação	127
9. Nulidades processuais	131
10. Vícios preclusivos	132
11. Vícios rescisórios	134
12. Vícios transrescisórios	135

CAPÍTULO VII

Sentença

1. Introdução	140
2. Sentença processual e de mérito	140
3. Sentenças de mérito, definitivas e provisórias	141
4. Conceito de mérito	142
5. Sentença declaratória	144
6. Sentença constitutiva	145
7. Sentença condenatória	148
8. Sentença executiva	150
9. Sentença mandamental	151

CAPÍTULO VIII

Liminares e cautelares

1. Litisregulação	155
2. Cautela	163
3. Litisregulação cautelar e litisregulação satisfativa	163
4. Arresto, seqüestro, busca e apreensão de coisa	164
5. Alimentos provisionais e provisórios	166
6. Atentado	167

CAPÍTULO IX

Preclusão e coisa julgada

1. Preclusão	171
2. Coisa julgada	177
3. Limites subjetivos da coisa julgada	186
4. Limites objetivos da coisa julgada	187
5. Eficácia preclusiva da coisa julgada material	188
6. Coisa julgada nas relações jurídicas continuativas	190
7. Execução e preclusão <i>pro judicato</i>	191
<i>Bibliografia</i>	193

**Elementos
Para Uma
Teoria Geral
do Processo**

Capítulo I

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Sumário: 1. Poder Judiciário, jurisdição e processo. 2. Relação jurídica processual. 3. Estados jurídicos fundamentais. 4. Ônus e direito formativo.

1. PODER JUDICIÁRIO, JURISDIÇÃO E PROCESSO

A experiência inglesa, recolhida e sistematizada por Montesquieu, e as revoluções americana (1776) e francesa (1789) romperam o núcleo do poder político implantando o princípio da separação dos Poderes. Em vez de um centro único, rei, os três Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ao Poder Legislativo se atribuiu a função de elaboração das leis, normas gerais e abstratas. Ao Poder Executivo, a administração do Estado. Ao Poder Judiciário, a jurisdição.

Nessa linha de pensamento se situa o art. 2º da Constituição de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A mesma Constituição se refere a três tipos de processo: o legislativo (arts. 59 e s.), o administrativo (arts. 5º, LV, e 41, § 1º) e o judicial (arts. 5º, LV, e 184, § 3º).

É usual restringir-se a idéia de “processo” ao judicial ou jurisdicional, com exclusão dos processos legislativo e administrativo. É nesse sentido mais restrito que o art. 22 da Constituição estabelece competir privativamente à União legislar sobre *direito processual*.

O processo, nesse sentido mais restrito, é que é objeto do presente estudo. É, pois, do processo judicial que se trata, motivo por que podemos caracterizá-lo como *método do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição*.

Do número incomensurável das normas e relações jurídicas produzidas pela convivência humana, destacam-se, assim, para fins deste trabalho, as processuais. E porque processo é, aqui, método

para o exercício da jurisdição, podemos, desde logo, afirmar a presença, na relação jurídica processual, de um sujeito necessário: um juiz ou tribunal, detentor do poder jurisdicional.

Assim, ao direito processual-jurisdicional corresponde a relação jurídica processual, caracterizada pelo juiz como presença e pela jurisdição como finalidade.

2. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

O direito não existe senão para regular o convívio, isto é, para regular relações intersubjetivas ou interpessoais. Compreende-se, então, que, à idéia de direito assim como a de normas se possa contrapor a de relação jurídica, isto é, de uma relação interpessoal regulada pelo direito.

Em geral se reserva a expressão “relação jurídica” para aquelas relações interpessoais que o direito regula mediante a atribuição, ao sujeito ativo, de um crédito (direito a uma prestação do devedor) ou de um poder a que se submete o sujeito passivo (caso dos direitos formativos). Contudo, não deixa de ser regulada pelo direito a simples relação interpessoal, em que dois sujeitos se defrontam, tendo apenas o mútuo dever de se respeitarem como seres humanos, em que não há propriamente nem crédito nem poder de um diante do outro. Respeitando a tradição, falaremos, nesses casos, de relações interpessoais e não de relações jurídicas, ficando, porém, subentendido que também elas são reguladas pelo direito.

O processo é uma relação jurídica. Uma relação jurídica complexa: um autor, um juiz, um réu. O autor é credor da sentença, isto é, tem direito à prestação jurisdicional. Nessa relação o juiz se apresenta, tanto em face do autor quanto do réu, como titular de um poder, o poder jurisdicional, a que ambos se submetem.

Mas o processo é também fato. Melhor: um conjunto de fatos, isto é, de atos jurídicos praticados com vistas a um fim determinado. Para se distinguir o processo visualizado como relação jurídica do processo visto como conjunto de atos tendentes a um fim usa-se, no último caso, a expressão “procedimento”.

O processo se extingue por sentença (CPC, art. 162, § 1º). Extinto o processo, permanecem os seus efeitos, o que significa que o processo produz transformações. Transformações jurídicas.

3. ESTADOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

Transformação é mudança, movimento, dinamismo. Para que haja transformações é preciso que exista algo mutável, porque observar uma transformação implica comparar um antes com um depois, considerados estaticamente. Estática e dinâmica são dois contrários que se explicam mutuamente. Não se compreende um sem se compreender o outro. Por isso é que a análise das transformações produzidas pelo processo deve necessariamente partir do estudo dos *estados jurídicos*. Dada a impossibilidade de estudá-los todos, por causa de sua infinita variedade, devemos contentar-nos com o exame dos *estados jurídicos fundamentais*.

Enfrentemos, pois, essa tarefa partindo de noções extremamente singelas para, a final, compreender as mais complexas.

De cada ato humano é possível pensar o seu contrário:
matar, não matar;
comer, não comer;
derrubar a árvore *x*, não derrubar a árvore *x*;
pagar a dívida *y*, não pagar a dívida *y*;
dirigir com prudência, dirigir imprudentemente.

Assim, cada ato humano tem variedade igual a dois.

Por outro lado, um homem pode estar sujeito à norma (jurídica, religiosa, moral ou técnica) que lhe prescreva o que deve fazer ou não fazer. Tal norma lhe dirá que deve praticar determinado ato, ou que lhe é proibido fazê-lo, ou ainda, silenciando, lhe permitirá praticá-lo ou não. A variedade, então, é igual a três: 1) dever fazer, ato devido positivo; 2) dever não fazer, ato devido negativo, proibição; 3) ato permitido (não ordenado).

Pode-se observar um ser em dois momentos distintos, que podemos chamar de “momento 1” e de “momento 2” ou, mais simplesmente, de “antes” e “depois”.

Transformação é a passagem de um ser do momento 1 para o momento 2. O gordo que emagrece. Em linguagem cibernética, gordo é o *operando* que se transforma no *transformado*, magro.

Transformação é diferença observada. Se a diferença é igual a zero, diz-se que a transformação é idêntica.

A idéia de transformação idêntica não implica absurdo algum. Em primeiro lugar, porque a transformação importa em modificação pelo menos da dimensão temporal; em segundo lugar, porque apenas a deficiência do observador é que o faz ver identidade absoluta. A árvore que ontem estava aqui e continua hoje no mesmo lugar, na verdade, não está no mesmo lugar, porque, entretanto, a terra se movimentou em torno do sol. Além disso, transformação é símbolo convencional de uma idéia e nada nos impede de convenicionar que a idéia simbolizada pelo som *transformação* seja suficientemente ampla para conter a espécie *transformação idêntica*.

“Uma transformação importante, capaz de ser rejeitada pelo principiante como uma nulidade”, diz Ashby, “é a transformação *idêntica* na qual não ocorre mudança e cada transformado é igual ao seu operando” (W. Ross Ashby, *Uma introdução à cibernética*, São Paulo, Ed. Perspectiva, 1970, p. 17).

Essas mesmas idéias são expostas por Cernelutti, embora numa linguagem diversa:

“... o fato resolve-se numa multiplicidade de situações, a primeira e a última das quais podem chamar-se (...) situação inicial e situação final. Entre uma e outra há um grupo mais ou menos numeroso de situações intermédias, que constituem o ciclo do fato.

À situação inicial adapta-se o nome de princípio do fato. Este é o ponto de partida do ciclo.

À situação final dá-se o nome de evento (...). Evento é precisamente aquilo que veio de qualquer coisa, e, por tal razão, a última situação, vinda das precedentes.

Para que o grupo das situações, situação entre o princípio e o evento, constitua um fato, ou melhor, para que duas situações constituam respectivamente o princípio e o evento de um fato, é necessária, outrossim, uma ligação entre elas. Esta ligação é precisamente uma relação (...).

É assim que a noção de fato se resolve em dois elementos: situação e relação. E, visto que o primeiro destes dois elementos é de nós já conhecido, convém que observemos o segundo. Trata-se (...) de uma relação entre situação e situação, isto é, de uma relação exterior à situação.

Pode suceder que as situações, ainda que múltiplas, formal e espacialmente sejam idênticas e invariáveis. A coincidência formal e espacial entre o princípio e o evento não exclui o fato. É esta uma reflexão de notável importância para a teoria da realidade e para a teoria do direito. Na verdade, tal coincidência não exclui a pluralidade das situações e a sua ligação, que é uma ligação puramente temporal.

.....

Ao fato que consiste numa sucessão de situações idênticas, proponho que se chame fato temporal. Este é o primeiro tipo de fato e o mais simples. Se se atenta em que, em cada fato, do princípio ao evento há sempre necessariamente qualquer coisa que muda, ou, em outros termos, qualquer coisa que devém, neste tipo o que muda de situação para situação é apenas a dimensão temporal. Este fato é, por tal motivo, um fato a uma (única) dimensão.

.....

A expressão do fato puramente temporal é o que se chama duração. (...) Entendo que se pode atribuir uma certa importância, para a teoria do direito, ao reconhecimento de que a própria duração é um fato" (Francesco Carnelutti, *Teoria geral do direito*, Trad. Rodrigues Queiró, São Paulo, Saraiva, 1942, p. 54-7).

É preciso distinguir, com rigor, o plano dos fatos (plano fático) do plano das normas (plano jurídico ou normativo). Uma coisa é dever fazer; outra coisa é fazer efetivamente. Uma coisa é dever matar, outra coisa é matar. Temos, portanto, necessidade de não apenas distinguir o *antes* do *depois*, como também de distinguir os planos fático e normativo.

Observe-se que todo fato do mundo fático produz efeitos fáticos. Até mesmo uma ~~declaração~~ de vontade. Se escrita, garatuja num pedaço de papel são ~~efeitos~~ fáticos de declaração. Se oral, seus efeitos fáticos são ondas sonoras que são percebidas pelos que ouvem e que, de algum modo, ficam gravadas no cérebro dos ouvintes. São os efeitos fáticos dos fatos jurídicos que possibilitam a sua prova, o que é de capital importância para o direito e, particularmente, para o processo.

Até aqui nos mantivemos no amplo campo das normas em geral (religiosas, morais, técnicas ou jurídicas). Para ingressarmos no campo especificamente jurídico é preciso que passemos a considerar também um *alter*, isto é, um *outro* homem. Não podemos

mais nos contentar em observar um homem diante de uma norma, porém é preciso que consideremos um homem *em face de uma norma e de outro homem*.

Um homem, ainda que só, pode estar sujeito à norma religiosa, técnica ou moral que lhe prescreva o que deve e o que não deve fazer. O direito, porém, regula relações interpessoais. Portanto, para que exista norma jurídica (assim como para que exista norma de cortesia), é preciso que exista um outro e, entre ambos, uma relação. Por isso, um homem só não pode estar sujeito à norma jurídica.

De que modo regula o direito relações interpessoais? Já o sabemos: proibindo, mandando ou permitindo que se pratiquem atos. Trata-se, agora, de determinar os estados jurídicos fundamentais. Os elementos com que devemos jogar são: o ato, a qualificação do ato como devido, proibido ou permitido e, finalmente, o *outro*.

Na primeira tentativa de caracterizar os estados jurídicos fundamentais, incidi no mesmo erro de Carnelutti: considerar, ao mesmo tempo, dois atos: por exemplo, a faculdade de fazer, contraposta ao correlativo dever de não impedir; o poder de mandar contraposto ao correlativo dever de obedecer (Francesco Carnelutti, *Teoria geral*, cit., p. 253 e s.). Verifiquei, posteriormente, que é mais acertado considerar um único ato de cada vez. A análise ganha, assim, maior precisão e unidade.

Consideremos um ato determinado qualquer: o do carrasco que tem o dever de matar um outro homem, condenado a morrer na cadeira elétrica. Cassiano Ricardo consola o condenado: “Teu eletrocutor será gentil; mais que gentil. Exato. E te fará morrer tão amistosamente como quem — num jardim — colhe uma flor”. Entretanto, por mais gentil que seja o ato, ninguém poderá obscurecer o fato de que o condenado é o sujeito passivo do ato, ainda que (dirá algum jurista) não exista relação jurídica entre o condenado e o eletrocutor.

Uma outra hipótese: o autor, na execução, pede que o juiz pratique o ato denominado *penhora*. Se presentes os pressupostos legais, o juiz tem o dever de praticar o ato. Quem o pratica é o juiz (através do oficial de justiça). Quem sofre os efeitos do ato é o executado. Mas existe ainda um terceiro, que é o exequente, cujo interesse é tutelado pela norma jurídica que impõe ao juiz o dever

de praticar esse ato determinado que é a penhora. No caso antes considerado, de condenação à morte, o interesse tutelado pela norma é o do Estado ou da sociedade. E isso nos mostra o caminho a seguir: não basta considerar os dois sujeitos ativo e passivo do ato; é preciso ainda considerar a eventual existência de um sujeito cujo interesse é tutelado pela norma que ordena, proíbe ou permite a prática do ato.

A análise nos revela que, nos casos citados, nos encontramos diante de *estados jurídicos complexos*. Decompondo-os, encontramos os *estados jurídicos fundamentais*.

Ora, temos três sujeitos a considerar: *a)* o sujeito ativo do ato: aquele que deve ou que não deve praticar o ato ou a quem se permite a prática do ato; *b)* o sujeito passivo do ato: aquele que sofre os efeitos fáticos da ação ou omissão do sujeito ativo do ato; e, finalmente, *c)* o beneficiado: aquele cujo interesse é tutelado pela norma que ordena, proíbe ou permite a prática do ato. Em consequência, também temos três relações a considerar: 1) a relação entre o sujeito ativo do ato e o sujeito passivo do ato; 2) a relação entre o sujeito ativo do ato e o beneficiado; e, finalmente, 3) a relação entre o sujeito passivo do ato e o beneficiado.

Prosseguindo na análise, constatamos que apenas as duas primeiras dessas relações podem ser consideradas como correspondentes a estados jurídicos fundamentais: primeiro porque, na terceira relação, confrontamos o sujeito passivo do ato com o beneficiado, ficando de fora o sujeito ativo do ato e, portanto, o próprio ato; e segundo porque a relação entre o sujeito passivo do ato e o beneficiado não é senão um reflexo das outras duas: corresponde, portanto, a um estado jurídico *derivado*!

O estado jurídico do sujeito ativo do ato em face do sujeito passivo do ato ou (o que é o mesmo) do sujeito passivo do ato em face do autor do ato é o *estado de poder e sujeição*. Não importa que se trate de ato permitido ou devido.

Em suma: a referência ao estado de poder e sujeição apenas indica a relação entre o sujeito ativo do ato e o seu sujeito passivo. Exemplos: o eletrocutor em face do condenado à morte; o oficial de justiça perante o executado, cujos bens são penhorados; o devedor que paga a dívida diante do credor que sofre os efeitos do ato, porque seu crédito se extingue com o pagamento.

O estado jurídico do sujeito ativo do ato em face do beneficiado ou (o que é o mesmo) do beneficiado em face do autor do ato é o estado de *crédito e débito*. Não se pode, aqui, cogitar de ato meramente permitido. Necessariamente tem-se *dever*. E o elemento que serve para caracterizar esse estado jurídico é o *interesse*, tal como o conceitua Carnelutti:

“Existindo entre os entes relações de complementaridade, é uma manifestação da vida de que alguns são dotados tenderem a combinar-se com os entes complementares. A força vital consiste precisamente em os seres vivos possuírem estímulo para tal combinação.

O estímulo age por via de uma sensação penosa por todo o tempo em que se não efetue a combinação, e de uma sensação agradável logo que a combinação se produza. Esta tendência para a combinação de um ente vivo com um ente complementar é uma necessidade. A necessidade satisfaz-se pela combinação. O ente capaz de satisfazer a necessidade é um bem; *bonum quod beat*, porque faz bem. A capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade é a sua utilidade. A relação entre o ente que experimenta a necessidade e o ente que é capaz de a satisfazer é o interesse. O interesse é, pois, a utilidade específica de um ente para outro ente. O pão é sempre um bem, e por isso tem sempre utilidade, mas não tem interesse para quem não tem fome, nem pensa vir a tê-la. Um ente é objeto de interesse na medida em que uma pessoa pense que lhe possa servir; do contrário, é indiferente.

Daqui se deduz que pode haver interesse não apenas em ordem a uma necessidade presente, mas também em ordem a uma necessidade futura. E a existência da necessidade pode resultar não só de uma sensação como de uma dedução. De uma série de sensações de fome o homem tira uma lei, com base na qual deduz que, se hoje não tem fome, tê-la-á amanhã. A existência do interesse, relativamente às necessidades futuras, determina aquela aquisição de bens, além do limite das necessidades presentes, que se chama poupança. Pode ajuntar-se ainda que a própria disponibilidade de bens para as necessidades futuras acaba por se tornar objeto de uma necessidade: nisso reside o fundamento da avareza.

É esta a noção de interesse que deve ser empregue na construção da teoria do direito” (Carnelutti, *Teoria geral*, cit., p. 79-80).

Credor ou beneficiado é aquele cujo interesse é tutelado pela norma jurídica que a outro imponha um dever, positivo ou negativo; sujeito ativo do ato é aquele que pratica ou não pratica o ato previsto em norma jurídica mandamental ou permissiva; sujeito passivo do ato é aquele que lhe sofre os efeitos.

No exemplo do carrasco, temos: o credor do ato (Estado ou sociedade), o eletrocutor e o condenado. Eis aí dois estados jurídicos fundamentais: do autor do ato em face do sujeito passivo do ato e do devedor do ato diante do credor, e, ainda, um estado jurídico reflexo ou derivado existente entre o credor do ato e o sujeito passivo do ato.

Na maior parte dos casos, o interesse tutelado pela norma jurídica é o do autor do ato ou o do sujeito passivo do ato, não havendo, pois, um terceiro a considerar.

Existe ainda um terceiro estado jurídico fundamental: a inexistência de relação jurídica. Assim como o zero é fundamental na matemática, assim a inexistência de relação jurídica deve, no direito, ser considerada estado jurídico fundamental.

São, pois, estados jurídicos fundamentais:

a) o estado de poder e sujeição;

b) o estado de crédito e débito; e

c) o estado de inexistência de relação jurídica ou estado de liberdade.

Se o estado é de crédito e débito, tem-se um ato *devido* do segundo sujeito. Exclui-se, portanto, a possibilidade de ser-lhe permitido praticá-lo ou não. Exclui-se também a possibilidade de ser o credor sujeito ativo do ato.

Se o estado é de poder e sujeição, ao primeiro sujeito tanto pode corresponder um dever como uma faculdade ou permissão. Exclui-se a possibilidade de ser o segundo sujeito autor do ato.

A idéia de relação jurídica implica algo que permanece através de sucessivas transformações. Em outras palavras, sucedem-se diferentes estados jurídicos.

Tomemos, para exemplificar, um simples caso de acidente de trânsito.

João atropela e fere Pedro:

a) o estado inicial, anterior ao atropelamento, é o de liberdade ou de inexistência de relação jurídica entre João e Pedro;

b) ocorrido o atropelamento, Pedro se torna credor de João, para quem surge o dever de indenizar;

c) como João não paga, tem-se inadimplemento. Surge para Pedro a pretensão, isto é, o poder de exigir o pagamento a que corresponde a sujeição de João;

d) Pedro exige o pagamento (exercício da pretensão). Volvemos ao estado de crédito e débito;

e) João não paga. Pedro adquire um novo poder: o de obter coercitivamente o pagamento (ação de direito material);

f) Pedro vai ao Judiciário e obtém a satisfação de seu crédito (exercício da ação de direito material). Volvemos ao estado de liberdade ou de inexistência de relação jurídica.

Tenha-se presente que um estado jurídico supõe sempre referência a um só e determinado ato.

Dos três estados jurídicos fundamentais, o de inexistência de relação jurídica não exige maiores explicações. O de crédito e débito tem sido largamente estudado pela doutrina. O de poder e sujeição, porém, não foi ainda suficientemente explicado, razão por que lhe convém um item especial.

4. ÔNUS E DIREITO FORMATIVO

Aulo Gélío (125-175) era jovem quando, pela primeira vez, os pretores o colocaram no número dos juízes, encarregando-o dos julgamentos chamados privados. Consciente da nova responsabilidade, estudou (como ele mesmo nos conta) os deveres do juiz, quer em livros escritos em latim, quer em livros escritos em grego. “Jovem ainda, deixando as fábulas da poesia e os movimentos da eloquência para subir ao tribunal, eu queria aprender os deveres de meu cargo na escola dos mestres mudos.” No que concerne às cerimônias legais, a Lei Júlia e os *Comentários* de Sabino Masúrio e outros jurisconsultos lhe esclareceram devidamente. Entretanto, esses livros de nada lhe serviram quanto aos conflitos de razões contrários com que se defrontou. Assim, por exemplo, encontrou-se em inextrincável apuro quando deparou com o seguinte caso: um homem honrado, cuja boa-fé era pública e notória, cuja vida era inatacável, e sobre cuja sinceridade não havia dúvida, reclamava

ante seu tribunal determinada quantia em dinheiro, proveniente de empréstimo que fizera ao réu, homem comprovadamente falso. Nem é preciso dizer que o réu negava a existência do débito... E não só: rodeado de numerosos partidários, não cessava de exclaimar que era necessário, conforme a lei, que o autor provasse a existência da dívida com documentos ou testemunhas. E acrescentava que, não havendo sido produzida prova alguma, devia ser absolvido; que a boa ou má conduta das partes carecia de valor, já que se tratava de dinheiro e as partes se encontravam diante de um juiz e não diante de censores de costumes. Não sabendo como julgar a causa, Aulo Gélio foi buscar conselho, inicialmente com seus amigos forenses. Ora, tais amigos lhe deram a mesma resposta que lhe dariam os advogados e juristas de hoje: se o autor não prova a existência da dívida, o réu deve ser absolvido. Todavia, Aulo Gélio não se conformou com a resposta. Considerando aqueles dois homens, honrado um e perverso o outro, não conseguia se decidir a julgar improcedente a ação. Dirigiu-se, então, a um filósofo, Favorino, que lhe disse: “não se podendo esclarecer o litígio nem por documentos, nem por testemunhas, deve o juiz procurar de que parte há maior probidade; e só se há igualdade no bem e no mal é que se deve dar fé a quem nega a dívida. Ora, no teu caso, não há testemunhas nem documentos, mas tu afirmas que o demandante é um homem honrado, ao passo que o réu é perverso. Vai, pois, e dá razão ao demandante”. Aulo Gélio considerou esse conselho digno de um filósofo, mas não o seguiu. Pareceu-lhe demasiadamente atrevida a conduta sugerida e não-condizente nem com sua idade, nem com a debilidade de seus conhecimentos. Não tinha ânimo para contrariar os costumes estabelecidos. Parecia-lhe grave condenar sem provas; de outro lado, não podia decidir-se a absolver o réu. E assim, diz Aulo Gélio, “jurei que o assunto não estava claro, ficando, em consequência, livre daquele julgamento” (“iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum”) (Aulo Gélio, *Noches áticas*, Buenos Aires, Europa-América, 1959, Livro XIV, cap. II).

Non liquet. Não está claro. Essa expressão é usual na ciência do processo para significar o que hoje não mais existe: o poder de o juiz não julgar, por não saber como decidir.

Atualmente o juiz não pode deixar de julgar. Ainda que nada tenha ficado provado; ainda que não saiba quem tem razão; ain-

da que não saiba qual das partes é a vítima e qual o algoz; ainda que ignore qual das partes o está enganando, o juiz tem o dever de julgar. Não sabe e, entretanto, deve julgar, como se soubesse. “Il giudice decide *non perché sa ma come se sapesse*” (Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 265).

Quando o juiz não sabe como julgar, por falta de provas, a lei julga por ele. Existe uma série de normas jurídicas que dizem ao juiz como deve julgar quando ele não consegue apurar quem tem razão. Tais normas são chamadas de *regras do ônus da prova*. Diz a lei, por exemplo:

Juiz!

— se o autor se afirma credor do réu e nada fica provado, absolve o réu! (CPC, art. 333, I).

— se o réu afirma que *era* devedor, mas que já pagou a dívida, nada ficando provado, condena o réu! (CPC, art. 333, II).

Tais regras que visam impedir o *non liquet* são regras do ônus da prova *em sentido objetivo*. Seu destinatário é o juiz. Existem quer se trate de processo dispositivo, quer se trate de processo inquisitório. Nesse sentido é regra relativa ao ônus da prova a norma de processo penal *in dubio pro reo*.

As regras técnicas não impõem deveres: apenas dizem o que é necessário fazer para se atingir certo fim. Assim, por exemplo, se quero acender a luz, preciso acionar o comutador.

As regras do ônus da prova, embora tenham por destinatário o juiz, refletem-se sobre as partes. Refletem-se, porém, não como regras jurídicas, mas como regras técnicas: o autor sabe que precisa provar a existência da dívida para que o juiz julgue procedente sua ação; o réu sabe que deve provar o pagamento para que o juiz acolha essa exceção.

Tem-se, assim, o conceito de ônus da prova *em sentido subjetivo*: uma como que carga nas costas ora de uma, ora de outra das partes; cada uma das quais sabe o que necessita provar para vencer.

Se o juiz tem o dever de procurar a verdade (processo inquisitório), constitui iniquidade fazer-se recair sobre qualquer das partes as consequências do fracasso do juiz. Daí afirmarem alguns que o ônus da prova (em sentido subjetivo) somente existe em processo dispositivo.

Se observarmos atentamente, veremos que o ônus da prova (em sentido subjetivo) constitui para cada uma das partes um *poder* a que corresponde a *sujeição* do juiz e da parte contrária: o poder de provar.

O autor, em processo civil, tem o poder jurídico de, querendo, provar a existência da dívida. O Ministério Público tem o poder (que em face do Estado é um dever) de provar a existência do crime. Se é feita essa prova, surge para o juiz o dever de julgar procedente a ação; se não é feita, surge para o juiz o dever de praticar o ato contrário, isto é, o dever de julgar improcedente a ação.

O transformado é diferente, conforme seja ou não produzida a prova.

O autor, quando é seu o ônus da prova, encontra-se na situação de poder exercer efeito imediato não somente sobre o juiz, mas também sobre o réu. Se prova, torna-se credor da sentença de procedência, devida pelo juiz e à qual ficará sujeito o réu. Se não prova, é o réu que se torna credor da sentença de improcedência, devida pelo juiz e à qual ficará sujeito o autor.

Os estudos a que foi submetido o processo civil levaram à constatação de que não existe apenas o ônus de provar, mas também o de alegar. Assim, por exemplo, é preciso que o réu alegue, no prazo legal, a exceção de incompetência relativa, se quiser que a causa seja processada no foro competente. Se o réu alega a exceção, torna-se credor do despacho devido pelo juiz, de remessa dos autos ao juiz competente, ao qual fica sujeito o autor; se não alega a exceção, é o autor que se torna credor de ato devido pelo juiz, consistente no dever de não remeter os autos a outro juiz, mas de processar e julgar ele mesmo a ação.

Fala-se de ônus, diz Cernelutti, para significar que as provas devem ser produzidas pelas partes, sem cuja iniciativa o juiz não pode buscá-las de ofício. Nesse sentido, o *ônus da prova* constitui um par com o *ônus de alegar* no conhecido aforismo: *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata*. Na verdade, existe um nexo íntimo entre a alegação e a prova: porque as partes estão em condições de igualdade e, normalmente, no processo contencioso, as afirmações de uma contradizem as afirmações da outra, nenhuma pode pretender que se dê fé à sua palavra; por isso, a parte sabe que uma afirmação sem prova não vale nada; daí o seu ônus de narrar

os fatos e produzir as provas; o juiz, como não pode ele mesmo procurar os fatos, assim não pode procurar as provas. Isso seria possível, mas não seria conveniente. Para que se possa alcançar o resultado do processo, é necessário que a ação das partes seja energeticamente estimulada; quando a parte sabe que não pode contar senão consigo mesma para fornecer a prova, fica naturalmente interessada em fazer tudo quanto possa a fim de que suas afirmações sejam sustentadas pelas provas (Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., p. 264-5).

À medida que se foi prestando atenção aos fenômenos processuais, cresceu o número das hipóteses de ônus: não apenas ônus de provar, não apenas ônus de alegar, mas também ônus de impulsionar o processo, ônus de preparar o recurso (para impedir a deserção); ônus de exhibir documento (para impedir a aplicação da pena de confissão); ônus de comparecer à audiência (sob pena de revelia) etc. etc., até que, por fim, um grande processualista (Goldschmidt) procurou demonstrar que, no processo, o par da expectativa e do ônus substitui o do direito subjetivo e da obrigação jurídica, par este que seria próprio somente do direito material (Piero Calamandrei, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1961, p. 219).

Do processo, a idéia de ônus saltou para o direito material.

Toda inscrição no Registro Público constitui ônus, diz Pisani, apoiando-se em Pugliatti e Natoli (Andrea Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, Jovene, 1968, p. 396).

Encontrando-se a idéia de ônus em diferentes setores do direito (Andrea Lugo, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 26), deve ser considerada cidadã do mundo jurídico e não desta ou daquela disciplina. É, em suma, conceito a ser estudado na teoria geral do direito, tal como o fez Carnelutti (*Teoria geral*, São Paulo, Saraiva, 1942, p. 274-5).

Entretanto, é ainda pequena a penetração do conceito de ônus na doutrina do direito material. E por quê? A razão é esta: é que ao movimento do ônus em direção ao direito material se contrapõe o movimento do direito formativo em direção ao processo. Os dois conceitos estão em guerra. E um deles deverá perecer. Os fenômenos jurídicos, assim como as batatas, são em número limita-

do. E não há batatas suficientes para que ambos possam sobreviver. Ao vencedor, as batatas!

O conceito de direito formativo, tal como o de ônus, é cidação da teoria geral do direito, e não desta ou daquela disciplina. Daí a importância dos trabalhos que o examinam fora do seu *habitat* costumeiro. É o que acontece com o artigo do Dr. Almiro do Couto e Silva, "Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos", publicado na *RJTJRS*, 9:19-37, 1968. Nele se contempla o conceito de direito formativo, não no direito privado, mas no âmbito do direito administrativo.

Existe estreito nexó entre a categoria dos direitos formativos e a das sentenças constitutivas. Deve-se principalmente a Emil Seckel a elaboração do conceito de direito formativo, assim como a Hellwig a construção da categoria das sentenças constitutivas. "O nome de direitos formativos foi inspirado, confessadamente, pela designação *sentenças formativas de direito*, sugerida por Hellwig e aceita pela ciência alemã para as chamadas sentenças constitutivas" (Atos jurídicos..., *RJTJRS*, 9:19-37, 1968). E Hellwig liga a sentença constitutiva aos direitos de poder jurídico ou direitos formativos (Alfredo Rocco, *La sentenza civile*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 126).

"Define Seckel o direito formativo, no direito privado, como o direito subjetivo *cujo conteúdo é o poder de formar relações jurídicas concretas, através de negócio jurídico unilateral*. O reparo que a essa definição caberia fazer-se é o de que nem só negócios jurídicos constituem instrumento de exercício de direitos formativos, embora seja o que mais frequentemente ocorra; também atos jurídicos *stricto sensu* e, em raros casos, até atos-fatos jurídicos desempenham essa função" (Almiro do Couto e Silva, Atos jurídicos..., *RJTJRS*, 9:19-37, 1968).

Note-se que, uma vez aceito (como deve ser aceito) o reparo de Almiro do Couto e Silva, amplia-se a categoria dos direitos formativos (ou potestativos), pouco faltando para coincidir inteiramente com o atrás examinado *estado de poder e sujeição*.

"Diversamente do que ocorre com os outros direitos subjetivos, aos direitos formativos não correspondem deveres. Nem mesmo é de admitir-se a existência de dever de tolerar o exercício de direito formativo. Como adverte Von Thur, dever de tolerância só tem quem pode contrapor-se a ato de outrem, mas não está, juridi-

camente, autorizado a isso. Não há dever de tolerância com relação ao que de nenhum modo se pode evitar” (Atos jurídicos..., *RJTJRS*, 9:19-37, 1968).

Entenda-se: o sujeito passivo não tem dever algum diante do titular de direito formativo. Apenas sofre a ação do sujeito ativo. Nada impede, porém, que o titular do direito tenha o dever de praticar o ato. Nessa última hipótese existe, concomitantemente, uma outra relação, de crédito e débito. Assim, por exemplo, aquele a quem se propõe contrato tem o direito formativo de, aceitando a proposta, constituir a relação jurídica contratual. Pode ocorrer, porém, que ele tenha, *em face de outrem*, o dever de aceitar, porque a isso se obrigou.

Assim como as sentenças constitutivas criam, modificam ou extinguem relação jurídica, assim os direitos formativos que, por isso, dividem-se em direitos formativos geradores, modificativos e extintivos.

“Exemplos de direitos formativos geradores, no direito privado, são os direitos de apropriação, o direito de opção, o direito de preferência, o direito que tem o destinatário da oferta de, aceitando-a, estabelecer negócio jurídico bilateral; de direitos formativos modificativos, o direito de escolha nas obrigações alternativas, o direito de constituir em mora o devedor ou credor, mediante interpelação, notificação ou protesto, o direito de estabelecer prazo para a prestação; de direitos formativos extintivos, a denúncia do contrato, a alegação de compensação, o pedido de desquite, o direito à resolução, resilição, rescisão, anulação e decretação de nulidade.” “O pedido de transcrição, no Registro de Imóveis, é, também, exercício de direito formativo gerador: de direito a formar direito real. Apenas com a transcrição, que é ato de direito público, efetiva-se a transmissão de domínio” (Atos jurídicos..., *RJTJRS*, 9:19-37, 1968).

“Do mesmo modo como os direitos formativos, no direito privado, os direitos formativos, no direito público, podem ser geradores, modificativos ou extintivos, conforme o resultado que o seu exercício produz, criando, modificando ou extinguindo relação jurídica ou constituindo para o Estado o dever de criar, modificar ou extinguir relação jurídica” (Atos jurídicos..., *RJTJRS*, 9:19-37, 1968). (Os grifos são meus.)

“Constituem exemplos de direitos formativos geradores, no direito administrativo, o direito a inscrever-se em concurso público, o direito a apresentar proposta em concorrência pública, o direito a postular reintegração em cargo público, o direito a ser reenquadrado quando lei, ao reorganizar os serviços, possibilita alteração das posições funcionais, mediante requerimento dos interessados” (Atos jurídicos..., *RJTJRS*, 9:19-37, 1968).

“Os direitos formativos modificativos são mais facilmente verificáveis na relação de emprego público. A essa classe pertencem os direitos a pedir licença para tratamento de saúde, licença à gestante, à funcionária casada, quando o marido for mandado servir, *ex officio*, em outro ponto do território nacional ou no estrangeiro, licença especial ou licença-prêmio, pois, em todos esses casos, observados os requisitos legais, o pedido do funcionário cria, para a administração, o dever de conceder a licença, ficando suspensos, de outra parte, os deveres de assiduidade e de comparecimento ao trabalho, que ordinariamente tem o funcionário. Tais licenças alteram, portanto, a relação de emprego público; sem que haja, durante o tempo de sua duração, prestação de trabalho, subsiste o dever do Estado à prestação patrimonial” (Atos jurídicos..., *RJTJRS*, 9:19-37, 1968).

“Direito formativo extintivo, por excelência, é o direito a pedir exoneração de cargo público” (Atos jurídicos..., *RJTJRS*, 9:19-37, 1968).

Em que se distingue o direito formativo do atrás examinado *estado de poder e sujeição*? A diferença está em que o estado de poder e sujeição é gênero de que é espécie o direito formativo. As meras faculdades estão contidas no estado de poder e sujeição, mas são excluídas do âmbito dos direitos formativos.

“Para que bem se compreenda o conceito de direitos formativos é necessário frisar serem eles, efetivamente, direitos e não simples faculdades. As faculdades cabem a todas ou a um número demasiadamente amplo de pessoas, enquanto o direito subjetivo é um *plus*, um poder especial e concreto que se insere na esfera jurídica de alguém e que não é partilhado por todos os demais. O poder de propor contrato é faculdade, o poder de aceitar a proposta é direito formativo gerador; a ocupação de coisa sem dono é faculdade, o poder que tem o arrendatário de formar direito real, pela

caça dos animais existentes no campo, é direito formativo gerador” (Almiro do Couto e Silva, *Atos jurídicos...*, *RJTJRS*, 9:19-37, 1968).

“O conceito de direito subjetivo serve enquanto explica a diferenciação de poderes jurídicos que têm as pessoas, em situações determinadas. Os direitos subjetivos são círculos menores traçados dentro do círculo das faculdades. O poder concreto que nasceu em favor de alguém é sempre diverso dos poderes que os outros possuem. A noção de direito subjetivo surpreende essa diversidade de poderes concretos, atenta ao momento em que uma vantagem especial se acrescenta, se individualiza, no patrimônio jurídico do sujeito de direito. Afirma-se, por outro lado, que o direito subjetivo é um poder concreto e determinado, porque ele é efeito de fato jurídico. Não deriva o direito subjetivo exclusivamente da norma, nem só de fato do mundo natural, mas da união de norma e fato ou, melhor, da incidência da norma jurídica sobre o fato. Ora, os fatos são sempre concretos e, ao ingressarem no mundo jurídico, geram, também, relações jurídicas concretas” (*Atos jurídicos...*, *RJTJRS*, 9:19-37, 1968).

O signo lingüístico une um conceito (significado) com a impressão psíquica de um som (significante). Portanto: signo é a combinação do significante com o significado; o significante não é um som, mas a impressão psíquica de um som (imagem acústica); significado é o conceito (Ferdinand de Saussure, *Curso de lingüística geral*, trad. Antônio Chelini, 4. ed., São Paulo, Cultrix, 1972, p. 80-1).

Quer se fale em ônus, quer se fale em direito formativo, há referência a um *ato* que um sujeito pode (ou deve) praticar e a que outro fica sujeito.

Quer se trate de ônus, quer se trate de direito formativo, o ato pode sobrevir ou não no mundo fático. Se sobrevém, diz-se que foi atendido o ônus ou que foi exercido o direito formativo. Tanto no caso de ônus como no de direito formativo, as consequências jurídicas são diversas, conforme seja ou não praticado o ato.

Quer se trate de ônus, quer se trate de direito formativo, o interesse tutelado é o do autor do ato, ou, eventualmente, de um terceiro; nunca daquele que sofre os efeitos do ato.

Qual, portanto, a diferença entre os dois conceitos? Apenas esta: quando se fala em ônus, afirma-se que, não sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um ter-

ceiro) é desatendido; quando se fala em direito formativo, afirma-se que, sendo praticado o ato, um interesse do sujeito ativo (ou, eventualmente, de um terceiro) é atendido. Em suma: não há diferença senão na forma de expressão. Quando se fala em ônus, pensa-se, de preferência, nas conseqüências jurídicas decorrentes da omissão do ato. Quando se fala em direito formativo, pensa-se, de preferência, nas conseqüências jurídicas da prática do ato.

Ônus e direito potestativo são redutíveis um ao outro. E é por isso que a transcrição no Registro de Imóveis tanto pode ser exemplo de ônus como de direito formativo. Quando se pensa no comprador que fica prejudicado, se não transcreve seu título de domínio, fala-se em ônus. Quando se pensa no adquirente que transcreveu regularmente seu título de domínio, o pensamento vai, de preferência, para o efeito da aquisição do domínio, decorrente da prática do ato da transcrição.

Quem alega a prescrição exerce o direito formativo extintivo. Quem deixa de alegar a prescrição no momento processual oportuno fica prejudicado, porque não atendeu ao ônus de alegar, no processo, na hora certa.

É claro, portanto, que os dois significantes podem ser reduzidos a um só, já que exprimem um único e idêntico significado. A duplicidade explica-se, pois se desenvolveram em províncias diferentes do direito. A palavra *ônus* surgiu no processo e invadiu o direito material. A expressão *direito formativo* se desenvolveu no direito material e invadiu o processo.

Na verdade, a idéia expressa por ônus e por direito formativo é idêntica. Apenas a formulação é diferente.

Esta é a fórmula do ônus:

— *não* sendo praticado o ato A, *não* ocorre a conseqüência X.

A fórmula do direito formativo é:

— somente sendo praticado o ato A, ocorre a conseqüência X.

As duas proposições são logicamente idênticas.

A idéia última contida nos dois significantes (ônus e direito formativo) é simplesmente esta: se, para que se produzam certos efeitos jurídicos, é necessário que se pratique determinado ato; não se produzem tais efeitos, se o ato não é praticado...

Quem fala em direito formativo não precisa do conceito de ônus e vice-versa. Numa só hipótese a idéia de ônus é irreduzível à de direito formativo: é quando se fala em ônus da prova em sentido objetivo, isto é, como norma dirigida ao juiz, para evitar o *non liquet*. A diferença entre ônus da prova em sentido objetivo e ônus da prova em sentido subjetivo é de difícil apreensão. Tal dificuldade desaparecerá se eliminarmos da ciência jurídica a expressão *ônus da prova em sentido subjetivo*, substituindo-a por *direito formativo à produção de provas*, tanto mais que a ciência processual nunca conseguiu explicar bem como é que ao autor incumbe não só provar os fatos constitutivos como também produzir a contra-prova dos fatos impeditivos ou extintivos alegados pelo réu.

Uma dificuldade permanece, para a prevalência da expressão direito formativo: é que não poucos juristas lhe negam a qualidade de direito subjetivo. Por isso tudo é que prefiro falar em *estado de poder e sujeição*, que abrange não só as idéias de ônus em sentido subjetivo ou direito formativo como, ainda, as meras faculdades, sempre que seu exercício se reflita sobre outro.

Saliente-se, apenas, que a palavra *sujeição* não tem necessariamente sentido desagradável, como bem sabem os enamorados. Quem propõe contrato sujeita o destinatário da oferta. Modifica-lhe a situação jurídica, outorgando-lhe um poder que antes não tinha: o poder de constituir relação jurídica, mediante a aceitação. O sujeito passivo do ato sofre a ação do sujeito ativo, o que, todavia, pode ser muito bom para ele, se a oferta é vantajosa.

Capítulo II

PODER JUDICIÁRIO

Sumário: 1. O Poder Judiciário como subsistema de produção de normas jurídicas. 2. Independência e subordinação à lei. 3. Função política? 4. A jurisprudência, fonte do direito. 5. Caráter nacional do Poder Judiciário. 6. Organização hierárquica do Poder Judiciário. 7. Jurisdição e obediência.

1. O PODER JUDICIÁRIO COMO SUBSISTEMA DE PRODUÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS

São fontes do direito a lei, a jurisprudência e o costume. Historicamente, o costume precedeu a jurisprudência e esta, a lei, como hoje a entendemos, isto é, como norma geral e abstrata emitida pelo Estado. Numa ordenação de importância decrescente, a lei, hoje, se superpõe à jurisprudência e esta, ao costume.

A sociedade se constitui produzindo normas costumeiras. Daí a antiguidade do costume. Direito primitivo é direito costumeiro. O *jus*, contemporâneo da sociedade, de que se fala na assertiva *ubi societas ibi jus*, é, pois, direito, *jus* costumeiro.

Ao se organizar em Estado, a sociedade passa a produzir normas jurisprudenciais e legais. Pode-se, então, dizer que as normas costumeiras são produzidas pela sociedade; a jurisprudência e a lei, pelo Estado.

O costume é de produção lenta, local e de difícil constatação. Ao se organizar em Estado, a sociedade o constitui como um sistema de produção de normas jurídicas. Produzem-se, então, normas legais e jurisprudenciais, com maior rapidez, eficiência e racionalidade, que constituem emergências do sistema. A lei, sobretudo a lei, pode ser editada rapidamente, sua existência pode ser facilmente determinada e sua vigência pode se estender sobre imensos territórios, regendo a conduta de indivíduos que, distantes uns dos outros, jamais poderiam gerar costumes comuns a todos.

Modernamente, o Estado se apresenta tripartido em três Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Este se apresenta, assim, como subsistema do sistema de produção de normas jurídicas.

A sociedade continua a produzir normas costumeiras, mas estas perdem quase toda a sua importância. O que releva, quase sempre, são as normas produzidas pelo Estado, através de seus três Poderes. Todos eles produzem normas gerais e abstratas, sobretudo o Legislativo. Ao Executivo e ao Judiciário caberia, em princípio, a produção de normas concretas. Todavia, isso está longe de refletir a realidade. O Poder Executivo produz, em larga escala, também ele, normas gerais e abstratas. O Poder Judiciário sim, produz especialmente normas concretas, mas com a virtualidade de se tornarem gerais, através do fenômeno denominado jurisprudência.

2. INDEPENDÊNCIA E SUBORDINAÇÃO À LEI

De acordo com a Constituição (art. 2º), os três Poderes são independentes e harmônicos entre si.

Em nosso sistema jurídico, o Judiciário é relativamente autônomo. Apresenta-se, por um lado, como um super-Poder, pois tem competência para julgar e tornar sem efeito os atos da Administração e até para julgar e declarar inconstitucionais as próprias leis que é chamado a aplicar. Apresenta-se, por outro lado, como um sub-Poder, pois é organizado pelo Legislativo e deve obediência à lei. É sobretudo através do poder de reformar a Constituição que se afirma a primazia do Congresso Nacional.

Subordinado à lei, exerce o Poder Judiciário uma atividade de segunda categoria, pois é a lei que fixa os fins que os juizes precisam afanosamente descobrir e buscar.

E se a lei é injusta? Põe-se, aqui, um problema que não admite resposta simplista. Há muito que se assentou que a lei não contém todo o direito e que o direito não se resume à lei. Há normas não escritas. A sociedade, ela própria, segrega diretamente normas jurídicas. O juiz é órgão do Estado, mas é também voz da sociedade. O Legislativo, que é representação do povo, pode falsear a sua vontade, fazendo prevalecer os interesses de uns poucos sobre os da imensa maioria da população. Não se pense num Judiciário cego a tudo isso. A primeira qualidade que se exige de qualquer juiz

é a inteligência, capacidade de ver e de pensar. Num sistema complexo há lugar para algumas rebeldias. Todavia, seria aberrante imaginar-se que o Judiciário pudesse contrapor-se à legislação como um todo, em nome de um princípio superior de justiça. Ao destruir os outros Poderes, estaria o Judiciário a destruir a si próprio. Há que se considerar, ainda, que, entre nós, os juízes não são eleitos, não sendo, pois, representantes diretos do povo, não podendo, assim, arrogar-se o direito de falar em seu nome. São, a maioria de nossos juízes, nomeados após concurso, porque se quer sentenças que tenham maior conteúdo de conhecimento que de vontade. O juiz que afasta a lei com um piparote trai a missão que lhe foi confiada e se arroga um poder que não tem. Frequentemente, porém, o que se afirma lei injusta não passa de interpretação tola. Nosso sistema, fundado em leis gerais e abstratas, é, por isso mesmo, um sistema flexível. A hermenêutica abre amplo espaço para a adequação da norma geral ao caso concreto, afastando-se injustiças decorrentes da imprevisão do legislador relativamente às peculiaridades de cada caso. Para isso, aliás, existem os juízes: para que cada um possa ter examinado o *seu* caso, com as suas circunstâncias próprias.

3. FUNÇÃO POLÍTICA?

O Judiciário é um Poder tanto quanto o Legislativo e o Executivo. Indubitável, pois, que exerce atividade de governo.

Essa atividade é também política? Segundo Aliomar Baleeiro, ela o é sim quando se trata de declarar, mesmo em concreto, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, regulamento ou atos das mais altas autoridades. Diz que “nem sempre isso foi bem compreendido pelos escritores europeus do continente”, porque “educados em sistemas jurídicos diversos, de supremacia do Poder Legislativo, segundo as concepções políticas do parlamentarismo; além disso, nesses países, durante séculos, os tribunais não foram havidos como órgãos dum Poder independente, na mesma hierarquia do Parlamento e do titular do Executivo, mas como delegados deste último, fazendo justiça em nome do rei; julgar, afinal, pareceu, durante muito tempo, a gerações desses países, como simples modalidade de administração; em algumas dessas nações, grande parte das controvérsias mais relevantes cabe à competência de órgãos jurisdicionais administrativos, como o famoso Conselho

d'Estado, na França, onde exerce papel comparável ao da Corte Suprema dos Estados Unidos, mas sempre sem poder declarar a inconstitucionalidade de leis" (Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*, Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 104-8).

Penso que, para se negar ou afirmar a natureza política da atividade do Poder Judiciário, é preciso que se comece por conceituar o que seja política. Pode-se defini-la como sendo a determinação, por um ser, de seus próprios fins. Nesse sentido, todo homem exerce atividade política, porque determina seus próprios fins. Pode-se ir além e dizer que todo corpo social exerce atividade política, na medida em que se autodetermina, em busca, antes de tudo, de sua própria sobrevivência, pois não é difícil observar que também as organizações sociais têm um como que instinto de conservação, dificilmente aceitando a sua própria morte ou dissolução.

Não é, porém, nesse sentido que se põe a pergunta a respeito da eventual natureza política da função judiciária. O que se indaga é se o Poder Judiciário, como órgão do Estado, exerce a função de fixar fins do Estado. Ora, a atividade do Judiciário é atividade de interpretação. Ainda que se trate de declarar a inconstitucionalidade de lei em tese, ainda aí se trata de interpretar, confrontando-se uma dada interpretação da Constituição com outra de uma lei acoimada de inconstitucional. Trata-se, pois, sempre e acima de tudo de atividade de interpretação. Ora, a atividade do intérprete volta-se para a busca do pensamento de outrem, para a determinação da vontade de outrem. Assim, ao interpretar a Constituição e as leis, não está o Judiciário a fixar, ele próprio, os fins do Estado, mas sim a declarar que fins foram de antemão fixados, pelo legislador, na Constituição ou nas leis. Conclui-se, então, que a atividade política não concerne ao Judiciário, embora não se ignore que ele pode fazer política, na medida em que pode falsear a vontade da lei, conforme a conhecida fórmula *traduttore traditore*.

4. A JURISPRUDÊNCIA, FONTE DO DIREITO

Nenhuma dúvida há de que nosso sistema jurídico funda-se na supremacia da lei. Há que se afastar, contudo, o dogma da onipotência do legislador, ainda que este se apresente como constituinte. A sociedade segrega normas jurídicas, sob a forma de costumes, fonte do direito que perdeu muito, mas não por completo, a sua

importância. Hoje a produção de normas jurídicas, diretamente pela sociedade, independentemente e contra o aparelho estatal, se apresenta sobretudo sob a forma de rejeição. Na verdade, as leis precisam ser aceitas pela sociedade. Não basta que as faça o legislador. Daí o interessantíssimo fenômeno, com que volta e meia se defrontam os tribunais, das leis que não são leis, das leis que o são nos livros, mas não na vida real. O dogma da onipotência do legislador é, primeiro de tudo, falso e serve, em segundo lugar, para justificar qualquer absurdo e toda injustiça provenientes dos detentores do poder político.

Entre o Legislativo, que produz as leis, e a sociedade, que as recebe ou rejeita, encontram-se os juízes, chamados a aplicar as leis que a sociedade aceitou e os costumes que se conformam com elas. Os juízes são governo e são povo. São tanto mais governo quanto mais alto o degrau em que se encontram na hierarquia do Poder Judiciário. Tanto mais povo quanto mais dele se aproximam, por suas origens, por suas idéias, por seus sentimentos e por seu comportamento. Ocupando posição intercalar, são chamados a atender e a fazer cumprir as determinações do alto, como também a ouvir e a atender as aspirações que vêm do subsolo do corpo social.

Nessa posição ambígua de órgãos de governo e voz do povo, os juízes e o Poder Judiciário segregam a jurisprudência que, é claro, não se confunde com o mero precedente, isolado, que frequentemente não representa senão uma deturpação jurídica, produto da má cabeça ou de um mau momento de algum juiz ou tribunal.

Das leis, normas gerais e abstratas, se deduzem as normas jurídicas concretas, que se aplicam a cada caso. Em sentido inverso, das normas concretas, produzidas pelos tribunais, se induzem normas gerais e abstratas e eis, então, aí, o fenômeno da jurisprudência.

Do ponto de vista sociológico, é certo que a jurisprudência é fonte do direito. Seria fácil apontar normas gerais que dela emergiram, ainda que contra a lei. A negação, à jurisprudência, do caráter de fonte do direito, tem evidente cunho ideológico. Nega-se a produção de direito pelos tribunais, a fim de que eles não sejam tentados a produzi-lo.

Cabe perguntar, então, se, de um ponto de vista estritamente jurídico, mais ideal do que real, a jurisprudência deve ou não ser havida como fonte do direito. A pergunta pode ser posta de

uma forma mais brutal, indagando-se, enfim, se juízes e tribunais podem decidir contra a lei ou, em latim, para ser menos chocante, se eles podem decidir *contra legem*. Efetivamente, não há nenhuma dificuldade teórica em se admitir a jurisprudência *secundum legem* ou *praeter legem*. Todo o problema se põe, de maneira viva e dolorida, em face da jurisprudência *contra legem*.

Não há dúvida quanto à primazia da lei, em nosso sistema jurídico. Primazia sim, não monopólio. As leis, emitidas no passado, freqüentemente vigem no presente em descompasso com as circunstâncias em que são chamadas a atuar. Há também as hipóteses de leis monstruosas e de leis tolas e seria monstruoso e constituiria tolice exigir-se que os tribunais as aplicassem tal como foram editadas. Há, ainda, o caso das leis que a sociedade rejeitou e que, por isso, não podem ser aplicadas. Há, sobretudo, a lição que os séculos nos legaram, no sentido de que o direito não se contém todo nas leis. Há, pois, que se admitir a jurisprudência como fonte do direito. Introduz-se, assim, uma certa desordem no sistema jurídico, que deixa de ser monolítico. Ressalte-se, porém, que uma ordem perfeita e absoluta não passa de um sonho, ou melhor, de um pesadelo tecnocrático, tendo mais a ver com os delírios das idéias do que com as realidades da vida.

5. CARÁTER NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

De acordo com a Constituição, o Brasil é uma República Federativa e, por isso mesmo, cada Estado tem o seu Poder Legislativo, o seu Poder Executivo e o seu Poder Judiciário.

Entretanto, não somos uma verdadeira Federação nem há verdadeiros Judiciários estaduais. As competências remanescentes, atribuídas aos Estados (Constituição, art. 25, § 1º), se reduziram a quase nada. A Justiça de cada Estado é organizada e mantida pelo Estado-Membro, mas as leis que aplica são federais. Se a parte invoca direito estadual, pode ter de provar-lhe o teor e a vigência, assim como quando alega direito estrangeiro (CPC, art. 337).

Ora, uma justiça verdadeiramente estadual teria de aplicar direito estadual. Não houvesse essa razão, já por si bastante para excluir a existência de verdadeiras justiças estaduais, haveria que se considerar, ainda, o controle hierárquico exercido pelos tribunais superiores da União sobre as decisões dos tribunais locais.

Tem-se dito, desde a lição de João Mendes, na vigência da Carta de 1891, que “o Poder Judiciário não é federal, nem estadual; é eminentemente nacional, quer se manifestando na jurisdição federal, quer se manifestando nas jurisdições estaduais, quer se aplicando no cível e quer se aplicando no crime, quer decidindo em superior, quer decidindo em inferior instância” (*Direito judiciário*, p. 40). Significa isso que o sistema judiciário desconsidera a distinção entre União e Estado, é órgão da soberania nacional, porque desconsidera a Federação. Isso importa em dizer que não há justiça verdadeiramente estaduais, mas um Poder Judiciário único, que se pode mais ou menos indiferentemente qualificar como nacional ou federal, embora seja mais própria a primeira denominação — nacional —, exatamente em virtude do apagamento das linhas da Federação.

6. ORGANIZAÇÃO HIERÁRQUICA DO PODER JUDICIÁRIO

Aos juízes se confere o poder de dizer o direito, nos casos submetidos à sua jurisdição. Daí decorre uma ampla autonomia, que exclui ou modera algumas formas de controle hierárquico. Assim, não cabe, no âmbito do Poder Judiciário, a demissão de juiz, ao nuto de órgão superior e, embora se admita que se oriente a atividade dos órgãos de 1.º grau mediante circulares, portarias e ordens de serviço, certo é que por elas não se pode determinar o teor das decisões que devam proferir.

Nem por isso deixa de ser hierárquica a organização do Poder Judiciário. Ora, quem diz hierarquia diz subordinação do inferior ao superior. Há, efetivamente, órgãos superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, há órgãos inferiores, como os juízes de 1.º grau e, entre uns e outros, os tribunais de 2.ª instância.

Aos tribunais se confere poder disciplinar. Assim, o art. 93, VIII, da Constituição estabelece que “o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria de magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa”. Para as demais sanções disciplinares basta a maioria absoluta dos membros do respectivo tribunal (art. 93, X).

Todavia, é sobretudo pela devolução ao superior hierárquico do ato praticado pelo inferior que se exerce o controle hierárquico, no âmbito do Poder Judiciário. Excluída a avocação, incompatível

com o sistema processual, o controle dos atos praticados pelos órgãos inferiores se exerce pelos recursos, bem como pelas ações de impugnação, como a ação rescisória, a revisão criminal e o mandado de segurança. Como observa Ruy Cirne Lima, a subordinação hierárquica se estabelece, aí, mais entre os atos do que entre os indivíduos (cf. *Princípios de direito administrativo*, Porto Alegre, Ed. Sulina, 1964, p. 154).

No caso do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, o Supremo Tribunal Federal firmou sua própria posição, como órgão máximo da hierarquia judiciária.

Ocorrerá que, em 1949/1950, o Tribunal de Justiça daquele Estado se dividira em duas facções: uma elegera presidente do tribunal o desembargador Mário Corrêa da Costa; a outra, o desembargador Antônio Arruda. Ambos se consideraram eleitos, cada qual impugnando a eleição do outro.

Os eleitores de Antônio se movimentaram: um deles impetrou mandado de segurança e outro o despachou, concedendo liminar impeditiva da posse de Mário que, embora juiz, a ela desatendeu.

Também Mário impetrou mandado de segurança ao mesmo tribunal de que fazia parte, igualmente obtendo liminar.

O ex-presidente, bem como os eleitos, ofereceu representações ao Supremo Tribunal Federal, que delas conheceu, como reclamações.

Do ponto de vista jurídico-formal, várias eram as dificuldades que se antolhavam à Suprema Corte, a saber: a questão de sua competência para, como órgão federal, intervir em órgão da justiça estadual, em problema interno seu, de caráter político-administrativo; a inexistência, em nosso sistema legal de então, da própria reclamação, como remédio jurídico; a pendência de mandado de segurança, que ficaria anulado, sem forma nem figura de juízo, pelo conhecimento da reclamação.

À primeira questão respondeu o Supremo Tribunal Federal com o caráter nacional do Poder Judiciário, afirmando-se “instância de superposição em relação a todas as jurisdições do país”; o cabimento da reclamação foi afirmado como decorrência de sua competência implícita ou por força de compreensão, deduzida pelo método construtivo; a pendência de mandado de segurança foi desconsiderada, “tanto mais que os que agora pugnam por esse efeito suspensivo do seu mandado não se detiveram diante do outro,

contra eles anteriormente concedido *in limine*; e, por acórdão de 20 de janeiro de 1950, deferiu a medida, anulando ambas as eleições e determinando a realização de uma terceira” (cf. Edgar Costa, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1964, v. 3 (1947-1955), p. 157-82).

7. JURISDIÇÃO E OBEDIÊNCIA

O Judiciário é um Poder. Exerce atividade de governo. Incumbe-lhe dizer, em cada caso, o que é direito. Cabe-lhe exercer uma atividade como que imunológica, rejeitando as leis inconstitucionais bem como declarando a rejeição social de algumas normas. Produz a jurisprudência, que, como a lei, é fonte do direito. Tudo isso é verdade e, contudo, é preciso que se apregoe a supremacia da lei e se pregue a subordinação do juiz a ela. Investido na sua função, na forma e em virtude da lei, deve o juiz fidelidade ao sistema jurídico que o constituiu como órgão seu. Não se pretenda libertar o juiz do dever de obediência à lei, ainda que em nome da justiça, porque a sua liberdade submete os jurisdicionados ao arbítrio e aos caprichos de sua autoridade. Prendem-se as feras, para que não periclite a vida de todos.

Pode o juiz, em especiais circunstâncias, pôr entre parênteses alguma norma aparentemente jurídica. Deve, porém, fidelidade ao sistema jurídico que o constituiu, sob pena de trair a missão que lhe foi confiada. Não se prega uma submissão tola, nem cega, mas uma obediência inteligente e voluntária, mais aceita como necessidade social que imposta por coerção autoritária.

Se desaparece o dever de obedecer, em consciência, tudo se reduz a um jogo de forças. Mandam os mais fortes, submetem-se os vencidos e, ao termo de tudo, não se tem nem lei, nem direito, nem justiça, mas violência, arbítrio e arrogância.

Capítulo III

UMA VISÃO CRÍTICA DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Sumário: 1. Princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. 2. Princípio do juiz natural. 3. Princípio da imparcialidade. 4. Princípio da ação. 5. Princípio do contraditório. 6. Princípio da publicidade. 7. Princípio da licitude das provas. 8. Princípio da persuasão racional. 9. Princípio do devido processo legal. 10. Princípio da representação por advogado. 11. Princípio do controle hierárquico.

Os princípios processuais constituem um conjunto de idéias, inter-relacionadas e interdependentes, que expressam a visão que um povo, como comunidade jurídica, tem do processo.

Sob esse aspecto, foi muito feliz a Constituição brasileira de 1988, de que se extraem, como princípios fundamentais do processo, o da inafastabilidade do Poder Judiciário, do juiz natural, da imparcialidade, da ação, do contraditório, da publicidade, da licitude das provas, da persuasão racional, do devido processo legal, da representação por advogado e do controle hierárquico.

Deixamos, assim, de lado, princípios como o da oralidade, da economia e da instrumentalidade das formas, de valor meramente técnico e, por isso mesmo, secundários.

Os princípios vigentes entre nós se vinculam à ideologia política liberal e, porque são verdadeiramente princípios fundamentais do sistema dominante, nós os absorvemos, da mesma forma como respiramos o ar que nos circunda. Daí a dificuldade de qualquer crítica. Apresentam-se como postulados, não necessariamente evidentes, nem demonstráveis, mas que precisam ser aceitos, como condição para se operar no sistema. Atacá-los importa em atrair, sobre si, os raios da ira da comunidade jurídica.

Somente se compreende o significado profundo dos princípios processuais com o auxílio da História, contrapondo aos atuais os de outras épocas, informadas por outras visões do mundo. O espan-

to que nos acomete, ao contemplarmos processos como o da Inquisição, é efeito do abismo que separa concepções profundamente diversas. Não aceitamos nem compreendemos a ideologia religiosa que acendia fogueiras para queimar corpos de hereges. Mas eles, nossos ancestrais, tampouco teriam podido compreender e, menos ainda, aceitar nossa mentalidade, tão preocupada com os corpos efêmeros e tão despreocupada de nossas almas imortais.

1. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Esse princípio se encontra expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição. Supõe-se a separação dos Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º), e a entrega a este, com exclusividade, da função jurisdicional, salvo casos expressos na própria Constituição.

É o primeiro princípio que submerge sob as periódicas ondas de autoritarismo que nos assolam. Depois de se calar ou minimizar a voz do Congresso Nacional, trata-se de coibir o Poder Judiciário, impedindo-o de examinar atos do governo, reduzido este ao Poder Executivo. Como é natural, o princípio vige enquanto vige a Constituição que o consagre e é incompatível com golpes de estado e revoluções. Evidentemente, Getúlio Vargas não poderia ter admitido um *habeas corpus* em favor de Washington Luís; nem Castelo Branco um mandado de segurança para garantir a João Goulart o exercício da Presidência da República. Não se fazem revoluções resguardando direitos adquiridos. Os golpes de estado, porque afetam apenas a superestrutura da ordem jurídica, podem respeitar direitos subjetivos privados. O que se ferem de morte são direitos subjetivos públicos que possam contrapor-se ao governo revolucionário. Concede-se *habeas corpus* ao ladrão. O do "subversivo" não é sequer conhecido.

Em tempos de normalidade democrática tem-se admitido a vedação, não de pronunciamento final, definitivo, do Poder Judiciário, a propósito de lesão a direito (tutela repressiva) ou de ameaça de lesão (tutela preventiva), mas de pronunciamento imediato e provisório (tutela cautelar). Foi o que ocorreu, após fatos escandalosos, com a Lei n. 2.770, de 4-5-1956, que suprimiu a concessão de medidas liminares nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem a liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira. A Lei n. 5.021, de 9-6-1966, proibiu

a concessão de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidores públicos. Mais recentemente, a Lei n. 8.076, de 23-8-1990, proibiu a concessão de liminares que pusessem em cheque o plano econômico do Governo Collor.

O Poder Judiciário não se limita a apreciar hipóteses de lesão a direitos individuais, mas, de modo mais amplo, exerce função de controle da legalidade dos atos da Administração. Todavia, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário não afasta o da separação dos Poderes, motivo por que há sempre uma faixa de atribuições do Poder Executivo em que o Poder Judiciário não pode penetrar. Se a administração tem duas opções, ambas legais e razoáveis, não cabe ao Judiciário substituir a do administrador pela própria, a pretexto de ser melhor. Os limites, porém, são imprecisos, como se pode exemplificar com o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por mandado de segurança, fixou o período em que funcionário público gozaria de licença-prêmio já concedida pela Administração (TJRS, 6ª Câm. Cív., Ap. 587.007.212, Rel. Décio Antônio Erpen, 17-6-1987, *RJTJRS*, Porto Alegre, 125:362-6, dez. 1987).

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consagrou, na Constituição de 1946, a tese sustentada por Rui Barbosa, no HC 300, que impetrou, em 1892, em favor de Eduardo Wandenkolk e outros. A medida foi negada por dez votos contra um, havendo Rui Barbosa, num gesto melodramático, beijado, ao término do julgamento, a mão do Min. Pisa e Almeida, vencido. A maioria assentara, então, a incompetência do Poder Judicial para apreciar, antes do juízo político do Congresso, o uso que fizera o presidente da República da atribuição constitucional de declarar o estado de sítio no recesso do Congresso Nacional. Não era da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo. Ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende, salvo se unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso (Leda Boechat Rodrigues,

História do Supremo Tribunal Federal, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1965, v. 1, p. 17 e s.). Segundo os maledicentes, teria influído nessa decisão uma frase, atribuída a Floriano Peixoto, que ficou famosa: “Se os juizes do Tribunal concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão”.

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário surgiu, em última análise, do desejo de defender o indivíduo contra o Estado, representado, nessa relação, pelo Poder Executivo. Procurou-se contrapor, ao todo poderoso Executivo, um outro Poder, o Judiciário, para fiscalizá-lo e limitá-lo.

Curiosamente, a formalização do princípio levou a uma invasão ainda maior da esfera do indivíduo pelo Estado, representado, agora, pelo Poder Judiciário. O princípio da inafastabilidade do Judiciário se converteu no princípio da onipresença do Judiciário. Vemos, então, juizes a substituir professores, na aprovação ou reprovação de alunos. Vemos juizes a se imiscuir na vida de associações, para manter ou excluir associados. Vemos juizes a interferir nas disputas esportivas, para apontar o campeão. O juiz da 6ª Vara Cível de Sorocaba concedeu liminar suspendendo a realização de partida futebolística e determinando a paralisação do Campeonato Varzeano da 2ª Divisão da cidade de Sorocaba. A decisão veio a ser tardiamente reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, como lhe impunha o art. 217, § 1º, da Constituição, não deixou de examinar o mérito, assentando que “não implica em anulação da partida de futebol a atuação de árbitro suspenso” (RT, 663:95).

Em face de fatos tais, é de se perguntar até que ponto se justifica a intromissão do Judiciário na vida de associações, escolas, entidades esportivas e igrejas, para manter ou excluir associados, para aprovar ou reprovar alunos, para dizer quem é padre ou quem é bispo, para determinar quem pode ou não pode disputar a “Copa Brasil”...

Ao princípio da onipresença do Judiciário há que se contrapor o do respeito, pelo Estado, das normas jurídicas de outras ordens jurídicas positivas.

“Na visão de Hans Kelsen”, observa Wellington Pacheco Barros, “o Estado é a única fonte do Direito.” “Já para Eugen Ehrlich, ele existe naturalmente na sociedade.” “Não se pode negar

a importância do Estado na criação do Direito. Também não se pode negar que em muitas circunstâncias a sociedade se auto-regula independentemente da intervenção do Direito do Estado ou à sua própria revelia.” “Como prender no Direito estatal, com exclusividade, as relações familiares?” “Da mesma maneira, grupos se formam, associações se criam, da mais variada espécie, e se pautam por regras próprias que dão direitos e criam obrigações a que se submetem todos os seus participantes em completo desconhecimento da presença do Estado. Assim, é evidente que o Direito não é só de natureza estatal” (Wellington Pacheco Barros, O direito por Kelsen e Ehrlich, *Zero Hora*, Porto Alegre, 7 ago. 1990).

Observa Miguel Reale: “existe Direito também em outros grupos, em outras instituições, que não o Estado. Existe, por exemplo, um Direito no seio da Igreja; há um complexo de normas suscetíveis de sanção organizada. É o Direito canônico, que não se confunde com o Direito do Estado.

Mas não é só. Como contestar a juridicidade das organizações esportivas? Não possuem elas uma série de normas, e até mesmo de tribunais, impondo a um número imenso de indivíduos determinadas formas de conduta sob sanções organizadas? Lembre-se outro fenômeno de maior alcance, que é o profissional ou sindical, estabelecendo, no campo das atividades de classe, um conjunto de normas que também são protegidas por sanções organizadas. Parece-nos, pois, procedente a teoria da pluralidade das ordens jurídicas positivas” (Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 9. ed., São Paulo, Saraiva, 1981, p. 77).

É preciso repor, sob nova formulação, o princípio de que *de minimis non curat praetor*. As matérias acima apontadas, a título de exemplo, não são mínimas. São até de extraordinária importância. Mas o Estado não pode pretender, mesmo através do Poder Judiciário, reger e regular todas as esferas da vida social. Em seus extremos limites, a onnicompetência do Poder Judiciário se torna, às vezes, deletéria; outras vezes, apenas ridícula.

Como hilariante exemplo de interferência descabida e extemporânea do Judiciário no plano desportivo, Álvaro Melo Filho refere o de uma juíza de Rondônia, que concedeu *habeas corpus* para que um jogador, suspenso por cinco partidas, pudesse atuar num jogo decisivo, alegando que se tratava da “liberdade de ir e vir dentro

de campo". E transcreve artigo do jornalista Sérgio Franco, publicado no *Correio do Povo*, de Porto Alegre, edição de 25-8-1979:

"Não haja dúvida: se o Poder Judiciário começar a envolver-se na disciplina das competições e a examinar decisões dos tribunais desportivos, muito breve os jogadores estarão discutindo em juízo as punições que lhes são aplicadas pela comissão de corridas do hipódromo, as tripulações de barcos irão às últimas instâncias contra as decisões da liga náutica, e os campeonatos vão ser definidos na tribuna das cortes judiciais mais do que nas canchas dos estádios. E é certo que não ficaríamos nisso. Sendo o Carnaval não menos importante que o futebol, a classificação das escolas de samba no Rio de Janeiro terminaria sendo também decidida pelos tribunais civis. 'À vista da perícia de fls., concede-se o primeiro lugar aos Unidos do Padre Miguel...'" (Álvaro Melo Filho, *Desporto na nova Constituição*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1990, p. 31-4).

2. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Está expresso em dois dispositivos da Constituição: no art. 5º, LIII — "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" e XXXVII — "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

As normas sobre competência têm aplicação imediata, de modo que o princípio do juiz natural não assegura, ao acusado, o direito de somente ser processado ou sentenciado por órgão que já tivesse competência à data do fato ou da propositura da ação. Não se tem aí, observa Pontes de Miranda, "regra de direito intertemporal, que confira ao acusado o direito de só ser processado, ou sentenciado, pela autoridade competente ao tempo do ato delituoso, ou, sequer, ao tempo de subirem à conclusão os respectivos autos" (*Comentários à Constituição de 1946*, 2. ed., São Paulo, Max Limonad, 1953, v. 4, p. 397).

Excluído que se trate de norma de direito intertemporal, soa redundante a norma de que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente. Bastaria o enunciado do art. 5º, XVII: "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

Conforme Pontes de Miranda, "tribunal de exceção é o que se estabelece para determinado caso, ou casos; a) já ou ainda não

ocorridos; b) provenha ou não de lei a deliberação de instituí-lo; c) quer seja novo, ou já existente o órgão ordinário, ou especial, a que se confere o julgar excepcionalmente. (...) Juiz que pertence à organização judiciária normal pode vir a ser juiz de exceção, infringindo-se o princípio” (*Comentários à Constituição*, cit., p. 395-6).

Entende-se mais facilmente o que se quer coibir com o dispositivo em exame lendo-se o texto correspondente da Constituição Política do Império do Brasil, o art. 179, 17: “não haverá ... comissões especiais nas causas cíveis e crimes”.

Trata-se, em última análise, de assegurar a imparcialidade do órgão julgador, impedindo-se a constituição de tribunais *ad hoc*, predeterminados a condenar ou absolver, pois a idéia de julgamento é incompatível com a de predeterminação de seu conteúdo. Certa álea, certa incerteza sobre a sentença que há de sobrevir integra o próprio conceito de julgamento. Se a decisão já foi tomada antes de reunir-se o tribunal, ou fora dele, o julgamento não passa de uma farsa.

Comissão constituída para julgar caso determinado parece suspeita, independentemente da suspeição dos membros que a compõem, o mesmo se podendo dizer do tribunal constituído para julgar uma série de casos determinados, anteriormente ocorridos.

Não afronta, porém, o princípio a instituição de órgãos especiais para julgar certa classe de casos, como ocorre com as varas privativas dos feitos da Fazenda Pública. Também não se vedam os chamados “regimes de exceção”, com que se busca pôr em dia o serviço forense, aumentando-se temporariamente o número de juizes de uma vara, câmara ou turma, para redução da carga individual.

Temos, então, em síntese:

a) que a jurisdição não pode senão ser exercida pelos órgãos competentes, ou seja, pelo Poder Judiciário, salvo nos casos expressos na própria Constituição. O próprio Parlamento não pode exercer a jurisdição, como ocorreu durante a Revolução Francesa, no denominado “Período do Terror”, em que a Convenção, sob a liderança de Robespierre, decretou que as pessoas, por ela declaradas fora da lei, não seriam submetidas a processo criminal (Dec. de 19 e 20-3-1793, art. 1º). A condenação à morte decorria, então, da mera constatação de sua identidade. Essa norma veio a final a ser aplicada ao próprio Robespierre, bem como a seus amigos,

deputados e outros, que alimentaram as “fornadas” de 10, 11 e 12 do termidor, no ano de 1794 (René Roblot, *La justice criminelle en France sous la terreur*, Paris, LGDJ, 1938, p. 86 e 278);

b) que os poderes constituídos não podem criar juízos para o julgamento de casos determinados.

Em outras palavras: “Aos tribunais de exceção — instituídos por contingências particulares — contrapõe-se o juiz natural, preconstituído por lei. O princípio do juiz natural apresenta um duplo significado: no primeiro, consagra-se a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição (afastando-se, desse modo, a possibilidade de o legislador julgar, impondo sanções penais sem processo prévio, através de leis votadas pelo Parlamento, muito em voga no antigo direito inglês, através de *bill of attainder*); no segundo impede-se a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis” (Cintra, Grinover & Dinamarco, *Técnica geral do processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976).

3. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Encontra-se expresso no art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem: “Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Está implícito na Constituição de 1988, a ele se vinculando as denominadas garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos).

Trata-se de princípio fundamental (quem há de propugnar por juízes parciais?), a ponto de se poder definir a própria jurisdição como “intervenção de um terceiro imparcial, em relação interpessoal alheia, a pedido de uma das partes”.

Contudo, há muito já se observou que o princípio se adapta sobretudo à ideologia do liberalismo político. Levado às suas últimas conseqüências, teríamos: a) que a jurisdição jamais poderia ser “protetiva” de qualquer das partes, como ocorre nas relações de trabalho e em outras em que o juiz depara com flagrante desigualdade entre os contendores; b) que o juiz não poderia jamais determinar a produção de provas, de ofício, porque estaria, assim, a auxiliar uma das partes.

Em sua forma extremada, o princípio da imparcialidade combina-se com o dispositivo. Exaspera-se o princípio da demanda, afirmando-se que a intervenção judicial na relação alheia não deve nunca ir além do pedido, e nega-se a regra do “impulso oficial”, fazendo-se o andar do processo depender da provocação das partes.

4. PRINCÍPIO DA AÇÃO

É também denominado “princípio da inércia da jurisdição”. Importa em que o juiz não pode exercer a jurisdição de ofício, isto é, por iniciativa própria. É indispensável a ação ou atividade de um autor ou acusador. O princípio da ação caracteriza o denominado sistema acusatório, em oposição ao inquisitório, em que o juiz age de ofício, como as autoridades administrativas.

Primitivamente, a reação ao ilícito se concretizava por uma sanção imposta ao ofensor pelo próprio ofendido, ou por seus familiares, sem a interposição de quem quer que fosse.

Vedada a defesa privada, o Estado assume integralmente a função punitiva ou admite que o ofendido dela participe através da ação. No primeiro caso, o indivíduo não tem nenhuma ação, mas, em contrapartida, basta que o magistrado tenha notícia de algum delito para que possa perseguir o seu autor (sistema inquisitório). No segundo, o direito de ação substitui a primitiva ação punitiva, direta, do ofendido, contra quem ele considera responsável pela ofensa. Persegue-o em juízo em vez de perseguir-lo pelos campos.

Em matéria civil, a regra, antiqüíssima, é o direito de ação conferido apenas ao próprio lesado ou interessado.

Em matéria penal, o poder de agir foi conferido a qualquer do povo, no processo acusatório romano, mas a regra, hoje, é outorgá-lo apenas a um órgão do Estado (Ministério Público), ficando, assim, o ofendido duplamente impedido de agir contra o ofensor. Não tem nem a ação direta (defesa privada, exercício das próprias razões) nem a ação processual.

Habitados, como estamos, à ação penal promovida pelo Ministério Público, estranhamos que, em Roma, se tenha feito depender a intervenção do Estado, em matéria de delitos públicos, da oferta voluntária que fizesse um particular de se encarregar dessa função difícil e não raro odiosa. Todavia, quem examine atentamente o estado de coisas existente no declínio da República verá que

isso importou antes num reforço do que numa diminuição da repressão dos delitos pelo Estado. Sem dúvida, os detentores do *imperium* e seus auxiliares não tinham somente o direito de punir; tinham também o dever, em razão de seu cargo; mas a execução desse dever não estava senão submetida ao controle da própria consciência de cada um. Quando apareceu o novo sistema processual, sua intervenção havia se tornado excepcional. Ocorria nos casos de delitos cometidos em bando e de outras perturbações manifestas da ordem pública, mas, fora disso, sua inação era não só freqüente como juridicamente impunível, pois a organização do Estado romano não permitia facilmente estabelecer penas por descumprimento de seus deveres. O novo sistema constituiu um melhoramento. A faculdade outorgada a qualquer pessoa, de intentar a ação penal, convinha sobretudo a quem de qualquer modo se sentisse pessoalmente ofendido, mas também à juventude ambiciosa das altas classes. Proposta a ação penal, o pretor da *quaestio* não podia rejeitá-la sem fundamento jurídico. Tais inovações provavelmente ativaram a repressão dos delitos, mas despertaram ao mesmo tempo o espírito de vingança e de chicana, como para comprovar que um mal político não pode ser combatido senão com um mal do mesmo gênero (Théodore Mommsen, *Le droit pénal romain*, Paris, 1907, t. 2, p. 9-10).

Nos séculos X, XI e XII era geral o critério jurídico popular de que era torpe e ilícita condenação sem acusador. No século XIII ocorreu uma dramática modificação. Havendo o direito canônico proibido acusações formuladas por inimigos dos acusados e suprimido também o direito de ação dos leigos contra os clérigos, abriu-se o caminho para a implantação do sistema inquisitório, que não exigia nenhum acusador.

Em nome da *publica utilitas*, o papa Inocêncio III implantou o sistema, proclamando o princípio de que os tribunais podiam processar mesmo sem acusador.

No início não se aplicou o sistema inquisitório senão aos delitos cometidos contra a religião (heresia, apostasia, blasfêmia etc.) e pelos *Tribunais da Inquisição*. O primeiro tribunal a aplicar o sistema foi o estabelecido pelo papa Inocêncio III, no ano de 1216, na França, para combater a heresia dos albigenses. Mais tarde, e até o século XVI, o processo inquisitório se generalizou (exceto na

Inglaterra e na Hungria) para toda espécie de delitos e em todos os tribunais.

Incumbia, então, aos juízes investigar os delitos de que tomassem conhecimento. Se, por confissão ou por outras provas, ficasse demonstrada a culpa do réu, proferia-se a sentença; mas, não havendo confissão e tratando-se de delito gravíssimo, devia-se recorrer a meios coercitivos para obtê-la, isto é, lançava-se mão da tortura.

Sua aplicação decorria do princípio jurídico de que sem confissão ninguém podia ser condenado à pena de morte. Entendia-se, também, que a tortura dava ao réu a possibilidade de comprovar a sua inocência...

A doutrina estabelecia as condições do processo inquisitório. O delito devia ser notório e de certa gravidade. Era indispensável a presença do réu. O juiz devia esforçar-se para descobrir a verdade, assegurando, porém, ao réu, o direito de defesa, porque “a defesa se baseia em princípios de Direito natural e não pode ser negada nem ao diabo”.

Justificava-se o sistema, dizendo-se que incumbia ao soberano e ao juiz investigar os delitos, a fim de que não ficassem impunes; daí a necessidade de suprir o juiz a falta de acusação (*Ergo judex hic semper duas sustinet personas ‘actoris et judicis’*), pois é sabido que há casos em que há evidente dano para o Estado e, contudo, não aparecem acusadores. Apontavam-se as vantagens do sistema: inexistência de falsos acusadores, incitados por prêmios; submissão do juiz a regras mais rígidas de julgamento; inocorrência de condenação por meros indícios, por se exigir prova plena ou confissão do réu (Ladislao Thót, *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal*, Buenos Aires, Rosso, 1927, p. 272-7).

O princípio da ação, quanto ao processo penal, está consagrado no art. 129 da Constituição: Compete ao Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da Lei”.

Quanto ao processo civil, o princípio da ação, com seu corolário da vedação de julgamento *extra* ou *ultra petita*, encontra-se embutido na fórmula ampla do “devido processo”, no art. 5º, LIV, da Constituição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O juiz não pode exercer, de ofício, a jurisdição. *Nemo judex sine actore*. O art. 2º do Código

de Processo Civil estabelece: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer”.

Modernamente, tem-se considerado compatível com o processo acusatório a regra do denominado “impulso oficial”. Proposta a ação, cabe ao juiz praticar, de ofício, os atos ulteriores do processo, não se exigindo, para cada ato judicial, um específico requerimento da parte. Nesse sentido, dispõe o art. 262 do Código de Processo Civil: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”. Vai além o Código de Processo Civil, exigindo que o juiz vele pela rápida solução do litígio (art. 125, II), podendo decretar a extinção do processo que fique parado mais de um ano por negligência das partes (art. 267, II).

Também se tem considerado compatível com o sistema acusatório o princípio da *investigação judicial*. O Código de Processo Civil autoriza o juiz a tomar a iniciativa relativamente à produção de provas (art. 130) e até mesmo a considerar, em sua sentença, fatos não alegados pelas partes (art. 131).

Em sua forma pura, tal como existiu na alta Idade Média e existe, ainda hoje, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, o processo acusatório se completa com o princípio da contradição ou discussão (também denominado, mais impropriamente, “princípio dispositivo”), o que significa, na crítica de Jorge Figueiredo Dias, que “estamos em um domínio onde valem ainda basicamente as concepções privatísticas (contratualistas ou quase-contratualistas) do processo, segundo as quais este se desenha, na raiz, como duelo das partes na presença e sob arbitragem do juiz” (*Direito processual penal*, Coimbra, 1984, p. 188).

A tendência moderna, iniciada, no plano legislativo, pelo Código de Processo Civil austríaco de 1895, tem sido no sentido de inserir, no processo acusatório, o princípio da investigação. O juiz deixa de ser mero espectador no processo. Entra, também ele, na arena em que se digladiam as partes, para lutar em prol da verdade, sob inspiração de uma concepção publicística do processo.

Afirma José Carlos Barbosa Moreira: “O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui no órgão judicial a vontade de decidir com justiça e, portanto, a de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova

pode ajudá-lo a descobrir qual delas a tem, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes. Bem se percebe quão impróprio é um modo de equacionar o problema, que condena o órgão judicial, em qualquer caso, a incorrer na pecha de parcialidade..." (José Carlos Barbosa Moreira, *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*, in *Temas de direito processual. Quarta Série*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 48).

O princípio da ação se completa com o denominado "princípio da demanda", que impede o juiz de proferir sentença além do pedido ou fora dele. A ação, quer civil, quer penal, deve conter um pedido certo, fundado em fatos determinados. O juiz não é um livre investigador de provas incertas ou imprecisas, para justificar pretensões incertas e imprecisas de uma das partes. Aí a diferença fundamental entre ação e inquérito ou devassa. O inquérito pode dirigir-se contra pessoas incertas. A acusação dirige-se contra pessoa certa. O inquérito se destina à descoberta de fatos novos. A ação visa a averiguar a veracidade ou não de fatos afirmados na inicial.

Todavia, assim como o princípio da ação se encontra modernamente limitado pelas regras do impulso oficial e da investigação judicial, assim é sensível a necessidade de se criarem exceções ao princípio da demanda. Não raro um longo processo termina sem resolver coisa alguma, por um simples equívoco na propositura da ação. Esta, por exemplo, foi proposta como possessória, mas o tribunal entende cabível a petítória. Extingue-se, então, o processo, sem que se resolva a lide entre as partes, pois o tribunal acaba por não dizer o que as partes esperavam que dissesse: de quem, afinal, é a coisa?

5. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O processo da Inquisição deixou de lado o princípio da ação, mas não o da defesa. Um maior recuo histórico nos conduz até a *cognitio*, primitivo processo penal romano, processo sem ação e sem defesa, que visualiza o réu como simples objeto da investigação.

A *cognitio*, diz Théodore Mommsen, caracteriza-se pela ausência de forma legal.

Não havia forma precisa nem para a abertura nem para o encerramento do processo. O magistrado podia abandoná-lo ou retomá-lo a qualquer tempo.

A idéia de uma absolvição eficaz, excludente da renovação do processo, é inconciliável com a essência da *cognitio*.

O interrogatório do acusado, que posteriormente desapareceu do processo penal, deve ter sido, inicialmente, seu ato primeiro, já que nenhuma pessoa podia recusar-se a responder a uma questão posta pelo magistrado.

O detentor do *imperium* tinha o direito absoluto de acolher denúncias. Não se impunham limites, como ocorreu mais tarde com o acusador, ao seu direito de convocar testemunhas e de as ouvir. A defesa não se exercia senão na medida em que o magistrado entendia conveniente. Se o sentimento de justiça e o costume se aliam, para impor a audiência do acusado, certo é que, nesse processo, nascido do direito de guerra, sempre se entendeu possível proibir a defesa por intermédio de terceiros.

Sem dúvida o magistrado devia respeitar os limites fixados pelo costume ou pela lei, aos poderes do Estado, como a proibição de mutilações corporais e a restrição da tortura aos escravos; mas todas as outras regras de conduta, que se apresentam como tendo alcance geral, por exemplo, a de não tomar em consideração denúncias anônimas, a de não admitir o depoimento de um escravo contra seu amo, nem o testemunho de um escravo não confirmado por tortura, não constituíam verdadeiras normas jurídicas; eram apenas orientações fundadas na sã razão ou nas condições da vida, motivo por que jamais foram aplicadas sem exceções (Théodore Mommsen, *Le droit*, cit., p. 14).

A *cognitio*, substituída pelo processo acusatório, reapareceu, em Roma, sob o Principado.

É bem de ver que processo assim estruturado, sem direito de defesa, não tem caráter jurisdicional. Trata-se, aí, de repressão administrativa de crimes e delinquentes, que se apresenta como necessidade, em determinados momentos da vida dos povos. A jurisdição supõe a afirmação do indivíduo como titular de direitos. No campo do processo civil sempre se observou o princípio do contraditório, porque foi relativamente fácil conceber-se os dois litigantes, autor e réu, como igualmente sujeitos de direitos de caráter privado. No processo penal isso custou a acontecer, porque foi necessário que se concebesse, antes, a idéia de direitos subjetivos públicos, isto é, de direitos contra o Estado.

Nossa Constituição consagra o princípio do contraditório no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O direito de defesa é assim assegurado tanto ao autor como ao réu. Implica o direito de alegar fatos juridicamente relevantes e de prová-los por meios lícitos. O contraditório se concentra na expressão *audiatur et altera pars* (ouça-se também a outra parte), o que importa em dar-se ao processo uma estrutura dialética. Se propôs o autor a sua ação, tem o réu o direito de contestar. Se uma das partes arrolou testemunhas, tem a outra o direito de contraditá-las, de interrogá-las e também de arrolar as suas. Se arrazou o autor, igual possibilidade deve ser concedida ao réu.

“O contraditório não impõe que as partes sempre participem efetivamente do processo, e sim que se dê aos litigantes ocasião e possibilidade de intervirem, especialmente, para cada qual externar o seu pensamento em face das alegações do adversário” (Wilhelm Kisch, citado por José Frederico Marques).

Esse contraditório apenas virtual é o que se encontra no processo civil, que admite a prolação de condenação fundada na revelia (falta de resposta) do réu ao pedido do autor.

No processo penal exige-se o contraditório efetivo. Se o réu não se defende, nomeia-se quem o defenda. A própria confissão do acusado, por si só, não serve para fundamentar condenação penal.

Do princípio do contraditório decorrem, conforme Humberto Theodoro Júnior, “três conseqüências básicas: a) a sentença só afeta as pessoas que foram partes no processo, ou seus sucessores;

b) só há relação processual completa e eficaz após a regular citação do demandante; e c) toda decisão só será proferida depois de ouvidas ambas as partes, ou pelo menos depois de ensejada oportunidade para que ambas se manifestem.

A propósito do contraditório — prossegue o mesmo jurista — o erro que mais tem ocorrido em nossos pretórios após o advento do atual CPC tem-se registrado na aplicação do julgamento antecipado da lide, não obstante a alegação de matéria de fato a apurar e o requerimento de provas a respeito formulado pela parte interessada.

Partem muitos juízes, para antecipar o julgamento, do fato de se considerarem subjetivamente convictos da irrelevância da defesa e, por conseguinte, da inutilidade da prova pleiteada.

Acontece que o julgamento antecipado da lide, embora configure salutar medida de economia processual, não pode, como é lógico, redundar em cerceamento de defesa para o réu. Não é a opinião do juiz a respeito dos fatos que conduz à dispensa da audiência de instrução e julgamento, mas a completa inocuidade da prova oral para a solução da lide, quer porque a discussão verse apenas sobre questão de direito, quer porque a matéria seja daquelas que não se prove por meio de testemunhas, quer porque, finalmente, a questão a provar não possa ter influência sobre a solução da lide.

Se a parte, porém, alegou fatos relevantes que admitem prova por testemunhas, se pediu o depoimento pessoal da outra parte, e este pode ter influência na solução do litígio, não pode o juiz deixar de realizar a audiência, ainda que intimamente já se considere convencido de qual seja a mais justa solução a ser dada à causa” (Humberto Theodoro Júnior, *Princípios gerais de direito processual civil*, *Ajuris*, Porto Alegre, 34:161-84, jul. 1985).

O princípio do contraditório de certo modo transcende o processo, devendo constituir-se, para nós, em regra de pensamento e de conduta, especialmente no plano político. Devemos rejeitar todo fanatismo, que se caracteriza exatamente pela incapacidade de ouvir os contrários e de ver o avesso das coisas.

Forçoso, porém, é que se reconheça que, no campo do processo, tende-se a dar extensão absurda ao princípio, sobretudo agora, em que se lê na Constituição “ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A expressão “ampla defesa” é demasiado am-

pla. Particularmente no processo penal, vive-se sob o signo das nulidades. Um bom advogado pode paralisar a ação da justiça, não pelas razões de seu cliente, mas pela “cara e coragem” com que se disponha à chicana. E se o cliente não contou com advogado assim, talvez se anule o processo, por falta de efetiva defesa...

6. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Está expresso no art. 93, IX, da Constituição: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. De outro lado, o art. 5º, LX, estabelece: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

O princípio da publicidade vige, no Brasil, desde a Lei de 18-9-1818, que organizou o Supremo Tribunal de Justiça. Antes, vigorava o direito português, fundado no princípio do segredo. Na França, as deliberações dos órgãos colegiados são secretas e os juízes até juram manter o sigilo. Nas decisões não se deixa transparecer a existência de eventuais votos discordantes. Também nos países anglo-saxões as deliberações são secretas, mas se admite a publicação de *dissenting opinions* (José Carlos Barbosa Moreira, *Publicité et secret du délibéré dans la justice brésilienne*, in *Temas de direito processual. Quarta Série*, cit., p. 194-9).

Há duas espécies de publicidade: a de ato presente e a de ato passado.

A publicidade conferida pelos registros públicos é publicidade de atos passados.

A publicidade de julgamento *coram populo* é publicidade de ato presente.

O art. 93, IX, da Constituição se refere à publicidade de ato presente, pois aí se fala na possibilidade de se limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Todavia, do princípio da publicidade dos atos processuais (publicidade de ato presente) decorre, como corolário, a publicidade dos termos processuais que os documentem (publicidade de ato passado).

O princípio da publicidade se coordena com o da persuasão racional, porque a publicidade dos julgamentos envolve a publicidade de seus fundamentos. A oposição se faz com os julgamentos secretos e imotivados.

Também a fundamentação, a que se refere o art. 93, IX, é a contemporânea do ato: a que efetivamente determina a decisão. A fundamentação que se agregue a um ato já praticado pode ser uma explicação, mas não é fundamentação.

Segue-se, daí, que a fundamentação feita oralmente, em público, na sessão de julgamento, atende ao princípio do art. 93, IX. A redução a escrito dos motivos é, porém, exigível, existindo grau superior de jurisdição a que se deva explicação da decisão tomada.

Conforme Humberto Theodoro Júnior, “o princípio da publicidade obrigatória do processo pode ser resumido no direito à discussão ampla das provas, na obrigatoriedade de motivação da sentença, bem como na faculdade de intervenção das partes e seus advogados em todas as fases do processo.

Como se vê — prossegue o mesmo jurista — este princípio muito se aproxima e até mesmo se entrelaça aos do devido processo legal e do contraditório. Na prática, constituem violação ao princípio da publicidade do processo: *a*) a concessão de medidas liminares em possessórias, mediante justificação testemunhal realizada sem citação prévia do réu; *b*) autorização para levantamento da penhora ou arresto sem prévia audiência do credor; *c*) a realização de praças e leilões, sem regular divulgação dos competentes editais; ou fora dos locais e horários constantes dos editais; ou, ainda, sem a intimação pessoal do devedor; *d*) a autorização ao inventariante para alienar bens do espólio sem prévia audiência dos demais sucessores, etc.” (Humberto Theodoro Júnior, *Princípios gerais...*, *Ajuris*, Porto Alegre, 34:161-84, jul. 1985).

A presença da imprensa, especialmente da televisão e do rádio, fica sujeita ao poder de polícia da autoridade judiciária, que pode, inclusive, proibir transmissão ao vivo, com base no interesse público, defesa da intimidade ou interesse social.

Assim como o princípio do contraditório, também o da publicidade transcende o processo: o acesso às fontes de conhecimento deve ser livre.

7. PRINCÍPIO DA LICITUDE DAS PROVAS

Esse princípio encontra consagração no art. 5º, LVI, da Constituição, que reza: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Portanto, não tem valor probante a confissão obtida por meio de tortura. Também não tem valor probante a gravação de voz ou imagem obtida com desrespeito à lei. Significa tudo isso que não se busca a verdade a qualquer preço; que nem todo ilícito precisa ser necessariamente punido; que ao interesse do autor se sobrepõe a defesa da integridade e privacidade da pessoa do réu.

O princípio da licitude das provas se conjuga com o da verdade formal. A verdade não é o fim do processo. É apenas meio. Não se busca a verdade por amor à verdade, mas apenas para se poder afirmar se incidiu ou não incidiu norma jurídica. É preciso decidir, de preferência em curto prazo. Por isso mesmo, não se busca a verdade absoluta ou material. Certo, a verdade é uma só e, portanto, não se pode opor uma verdade relativa ou formal a uma verdade absoluta ou material. Assim, quando se diz que o processo se contenta com a verdade formal, o que na realidade se afirma é que nele se procura a verdade, mas, sendo impossível, difícil ou inconveniente alcançá-la, contentamo-nos com uma aparência de verdade.

O processo não exige certeza. O juiz é obrigado a decidir, ainda que tenha dúvidas sobre a ocorrência ou não de determinada hipótese de incidência. O processo gera certeza, não porque nos convença de que ocorreu ou não ocorreu determinado fato, mas porque a sentença tem eficácia jurídica própria. Para decidir, busca-se a verdade, mas, após a decisão, pouco importa que ela tenha ou não sido encontrada. O que importa é a decisão.

Pode mesmo ocorrer que o juiz seja obrigado a decidir contra a sua própria convicção. É que o seu julgamento não é livre, como o do historiador, mas julgamento segundo normas legais. Se a lei dá a certa prova determinado valor (prova legal), nada importa a convicção pessoal do juiz, porque a ela se sobrepõe o comando do legislador.

Podem-se apontar as seguintes limitações à busca da verdade real, comuns aos processos penal e civil:

a) a decorrente da adoção do princípio da ação, pois "o sistema acusatório puro e o princípio da verdade real são manifestamen-

te incompatíveis” e “o princípio da congruência da condenação com a acusação vincula o juiz, independente da verdade real dos acontecimentos” (Paulo Cláudio Tovo, *Limitações ao princípio da verdade real no processo penal pátrio, Ajuris*, Porto Alegre, 19:57-60, jul. 1980);

b) a decorrente da adoção do princípio do contraditório, pois somente são admissíveis as alegações e provas que hajam passado por seu crivo;

c) o acusado tem o direito de calar e as partes, de modo geral, não são obrigadas a depor contra si próprias;

d) “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (CPP, art. 207); a testemunha não é obrigada a depor de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (CPC, art. 406). O Código de Processo Civil estabelece mais (art. 406, I), que a testemunha não é obrigada a depor de fatos que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau”;

e) não se admitem em juízo as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, podendo, porém, exhibi-las seu destinatário, mesmo sem o consentimento do consignatário (CPP, art. 233);

f) também não se admite a busca e apreensão de documentos em poder do advogado (CPP, art. 243, § 2º), resguardados que se acham pelo sigilo profissional.

No processo civil, há ainda outras limitações à busca da verdade real: em se tratando de direitos disponíveis, a confissão e o reconhecimento da procedência do pedido vinculam o juiz; a revelia do réu importa em confissão dos fatos alegados pelo autor (CPC, art. 319); não se admite prova exclusivamente testemunhal para a prova de contratos cujo valor exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente ao tempo em que foram celebrados (CPC, art. 401); quando a lei exige, como da substância do ato, instrumento público, nenhuma outra prova pode suprir-lhe a falta (CPC, art. 366).

O art. 5º, XII, da Constituição estabelece a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, “salvo, no último caso, por

ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Faltando a lei complementar, havemos de entender que a autorização fica submetida à discricão do juiz.

O princípio da licitude das provas não é novo em nosso direito. Decorria, já, da legislação ordinária, como se pode ver dos arts. 233 do Código de Processo Penal ("As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo") e 332 do Código de Processo Civil ("Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa"). Nova, sim, é a consagração constitucional do princípio.

Ele se justifica plenamente, no que importa em condenação da tortura. Também deve ser aceito, de um modo geral, como política tendente a desestimular outros atos ilícitos, de autoridades policiais e de particulares, na busca de provas processuais. Não pode, porém, deixar de sofrer o balanceamento de outros valores, porque não parece razoável obrigar-se o juiz a negar o que vê e a sociedade a suportar como incerto e não provado o que se sabe certo e comprovado, quando há evidente desproporção entre a ilicitude da prova e a ilicitude do ato praticado pelo acusado.

É tranqüila, em processo penal, a admissibilidade da prova ilícita, em prol do réu.

A principal crítica que se pode fazer ao princípio é a de que importa em manifesta confusão de planos, porque, buscando reprimir conduta delituosa (juízo de valor), recusa uma verdade (juízo de realidade).

Como observa Perelman, há uma nítida diferença entre o discurso sobre o real e o discurso sobre valores. Com efeito, aquilo que se opõe ao verdadeiro não pode senão ser falso, e aquilo que é verdadeiro ou falso para alguns deve sê-lo para todos: não se pode escolher entre o verdadeiro e o falso. Mas aquilo que se opõe a um valor não deixa de ser um valor, mesmo que a importância que se lhe dê, a afeição que se lhe testemunhe não impeçam, eventualmente, de sacrificá-la para salvaguarda da primeira. Ninguém garante, aliás, que a hierarquia de valores de um seja reconhecida por outro. Mais ainda. Ninguém garante que a mesma pessoa, no curso

de sua existência, permanecerá sempre ligada aos mesmos valores: o papel da educação, da formação espiritual, a possibilidade de uma conversão supõem que as atitudes, as tomadas de posição, as hierarquias de valores não sejam imutáveis (Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, p. 109).

Supera-se a crítica, com a observação de que o processo não visa à descoberta da verdade (juízo de realidade), mas à normatização de condutas, do juiz, das partes e de terceiros, em função de valores.

8. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL

O art. 93, IX, da Constituição estabelece que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas. Significa isso que o juiz deve não só decidir racionalmente, mas também tornar público o seu raciocínio, submetendo-se, assim, à crítica da comunidade.

Adota-se, pois, o sistema da persuasão racional, ficando afastados o sistema da livre convicção (ou da íntima convicção), bem como o das provas legais.

a) O sistema da íntima convicção impera, todavia, no tribunal do júri. Sigilosas as votações (Constituição, art. 5º, XXXVIII), não importa a razão ou pura emoção que hajam levado o jurado a optar pelo sim ou pelo não.

“No sistema da livre convicção, também chamado da ‘íntima convicção’, o juiz é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas. A verdade jurídica é a formada na consciência do juiz, que não é, para isso, vinculado a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação. A convicção decorre não das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do conhecimento pessoal, das suas impressões pessoais, e à vista destas lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas. Além do que não está obrigado a dar os motivos em que funda a sua convicção, nem os que o levaram a condenar ou absolver” (Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 306).

b) O sistema das provas legais exclui, no todo ou em parte, o raciocínio do juiz. Observa Chiovenda:

O princípio de que a prova se destina a formar o convencimento do juiz, que deve extrair a decisão da conscienciosa observa-

ção e valoração dos fatos, é essencialmente romano. Não se pode imaginar um contraste mais forte com a função do juiz romano do que a do juiz no processo germânico da Alta Idade Média. Em um processo que se decide com os “juízos de Deus”, isto é, com experimentos em cujo resultado se vê a manifestação do juízo divino, a função do juiz consiste em estabelecer qual dos litigantes deve sujeitar-se à prova e com que meio: depois disso, o juiz se limita a assistir passivamente a prática probatória e a constatar mecanicamente seu resultado. Desapareceram lentamente os juízos de Deus, mas permaneceu o caráter formal das provas que eles substituíram. Formou-se, assim, o sistema da prova legal, isto é, um conjunto de regras preestabelecidas, segundo as quais se deviam valorar as diversas provas, em particular a testemunhal. (Chioven-da, *La idea romana en el proceso civil moderno*, in *Ensayos de derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1949, v. 1, p. 359-61).

Num sentido ligeiramente diverso, cabe falar, mesmo agora, em prova legal, em oposição à prova livre, tendo-se em mira as normas jurídicas que limitam o poder do juiz de formar livremente a sua convicção, como as que estabelecem presunções legais ou que exigem determinada forma para que repare existente ou provado o ato.

A sentença não constitui prova legal. É que ela não define propriamente os fatos, mas as relações jurídicas. A linha de separação entre a prova legal e a coisa julgada é a mesma que separa o juízo de fato do juízo de direito (Carlo Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, CEDAM, 1940, p. 176 e 195).

c) No sistema da persuasão racional, o juiz, em princípio, forma livremente o seu convencimento, devendo, porém:

- 1) atender aos fatos e circunstâncias dos autos;
- 2) fundamentar o seu convencimento.

Visa-se, com essas limitações, a afastar o puro subjetivismo, obtendo-se decisão o quanto possível independente da pessoa do julgador.

Apoiada em lição de Taruffo, Ada Pellegrini Grinover sustenta “que a garantia da motivação compreende, em síntese: 1 — O enunciado das escolhas do Juiz com relação: a) à individuação das normas aplicáveis; b) às consequências jurídicas desta decorrentes. 2 — Os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados”.

Observando a realidade brasileira, assevera ser “muito tênue, na prática, o controle sobre o raciocínio do Juiz, freqüentemente mal explicitado, limitando-se aos casos em que cometa ele erros graves ou omita o exame de uma questão essencial”.

E conclui:

“Muito embora a obrigatoriedade da motivação tenha sido elevada, no Brasil, a nível constitucional, na prática é forçoso reconhecer não ser satisfatoriamente observada pelos Juízes e Tribunais, sobretudo mercê de uma explicitação insuficiente de seu raciocínio e de uma verdadeira escamoteação dos juízos de valor. Por sua vez, os Tribunais Superiores não se têm demonstrado ciosos de seu papel de controle do raciocínio judicial, limitando-se a anular as decisões em casos extremos.

Assim, ainda é tênue, na prática, o controle sobre o raciocínio judicial, restringindo-se às hipóteses em que o Tribunal cometa erros graves ou omita o exame de uma questão essencial. Não se pode certamente afirmar, na realidade brasileira, a observância do princípio segundo o qual a garantia da motivação compreende a verificação dos nexos de implicação e coerência entre os vários enunciados da sentença e a aferição do *iter* lógico-jurídico percorrido pelo Juiz” (O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros, *Ajuris*, Porto Alegre, 50:5-20, nov. 1990).

A crítica não me comove. Deparamo-nos, aqui, com um daqueles casos, tão freqüentes, em que o sistema funciona porque as normas não são rigorosamente obedecidas. A “operação-padrão” pode apresentar-se como sucedâneo de uma “operação-tartaruga” ou de um movimento grevista. É comum, no Brasil, a existência de um abismo a separar uma legislação idealista da crua realidade sobre que deve incidir. Consideremos a realidade forense brasileira. Os advogados não se envergonham de sustentar qualquer baboseira e de recorrer de qualquer sentença, afogando os tribunais com montanhas de recursos, destinados tão-só a tumultuar os processos e a protelar a decisão final. Fossem os tribunais, em cada caso, dar paciente resposta a cada questão levantada, fossem examinar com seriedade cada defesa argüida, em que, por vezes, não acreditam os próprios causídicos que as argüem, hão haveria jamais tribunais e juízes que bastassem. Será mal confirmar-se sentença “por seus próprios e jurídicos fundamentos” quando não se encontra na apelação nenhum argumento sério? Merece resposta quem levan-

ta questões levianas? Em muitos casos, simples referência ao dispositivo legal aplicado e às testemunhas, cuja versão se acolheu, é o quanto basta. É preciso que se compreenda que o importante é a decisão justa, e não a fundamentação, que não raro mais esconde do que revela. É necessário que se compreenda que o advogado precisa convencer o juiz, mas que o juiz não pode pretender convencer a parte vencida. Por fim, a fundamentação da sentença não pode deixar de guardar proporção com a importância do caso submetido a julgamento.

9. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O art. 5º, LIV, da Constituição estabelece: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio autoriza o Poder Judiciário a afastar, como inconstitucionais, leis processuais injustas.

Conforme Sálvio de Figueiredo Teixeira, o *due process of law* constitui a síntese de três princípios fundamentais, a saber, do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular. Contempla este a observância das normas e da sistemática previamente estabelecida como garantia das partes no processo.

Conforme Carlos Roberto de Siqueira Castro, o princípio permite que o Judiciário negue aplicação a leis injustas, mesmo que de direito material. O “devido processo legal” opera em íntima associação com outros princípios supraleais, notadamente o da legalidade, o da igualdade e o da ampla defesa, e contém, ao lado de dimensão adjetiva, indicada por sua própria denominação, outra, mais importante, substantiva, que permite ao juiz, tomando por paradigma a denominada jurisprudência construtiva, entrar no mérito dos atos administrativos e mesmo legislativos, pondo em questão sua “razoabilidade” (Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1989).

Todavia, recém-introduzido (expressamente) entre nós, não se pode pretender que o princípio do devido processo legal contenha dimensão substantiva, distante de seu enunciado, tal como, após longa evolução jurisprudencial, nos Estados Unidos da América do Norte. Não sofremos, ainda, idêntica evolução.

Numa das primeiras aplicações do art. 5º, LIV, da Constituição de 1988, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul afirmou a inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei n. 70, de 21-11-1966: “Dir-se-ia que o Decreto-Lei n. 70/66 não impede o acesso à Justiça, restando sempre ao prejudicado o ensejo de propor demanda onde se apreciem os aspectos materiais e formais da execução forçada extrajudicial, como, por sinal, o fez o proponente desta ação. Porém a possibilidade de posterior ingresso no Judiciário jamais pode justificar a permanência do que é inconstitucional, de qualquer forma, porque afronta outros regramentos constitucionais, como é o caso do princípio do devido processo legal, da igualdade perante a lei, da isonomia processual.

Se antes havia acórdãos resolvendo pela constitucionalidade, é preciso levar em conta não se encontrava, na anterior Carta Magna, norma como a do art. 5º, inciso LIV, da atual, impondo que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. Ora, difícil pretender que a execução forçada extrajudicial do Decreto-Lei 70/66 seja um processo legal, e, menos ainda, o devido processo legal” (TARS, 3ª Câm. Cív., Ap. 189.040.983, rel. Sérgio Gischkow Pereira, 25-10-1989).

10. PRINCÍPIO DA REPRESENTAÇÃO POR ADVOGADO

O art. 133 da Constituição estatui: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Segue-se daí que a jurisdição não pode ser exercida sem que as partes sejam representadas ou assistidas por advogado.

Põe-se, então, o problema do pobre, ao que a Constituição responde com o artigo 5º, LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Para os pobres, advogados funcionários, remunerados pelos cofres públicos. É o que decorre da Constituição, art. 134, *caput*: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Vedada a defesa privada, o acesso à justiça afirma-se como direito fundamental. Proibida a parte de, com suas próprias mãos,

esmagar o ofensor, concede-se-lhe, em substituição, o direito de ação. Dá-se um novo passo quando se exige advogado, de certo modo subtraindo-se à parte o próprio direito de ação, que não pode exercê-lo pessoalmente, mas apenas através de profissional habilitado.

Para que se possa dispensar o advogado, é necessário que o processo seja simples, mas não se pode ter simplicidade processual numa sociedade complexa. É irreversível a substituição da bucólica vida do campo pela vida trepidante das cidades. Irreversível é a substituição do mago, feiticeiro ou curandeiro, com suas ervas, invocações e preces, pelo aparelho médico, com seus hospitais, corpos de cirurgiões, raios X e raios *laser*, antibióticos e exames laboratoriais.

A simplificação processual somente é possível com o sacrifício do sistema acusatório, ou seja, com a adoção do sistema inquisitório, em que não há autor, bastando que o interessado dê notícia do ilícito à autoridade judiciária, para que esta possa mover-se. A ação deixa de ser uma atividade para se transformar num mero ato. A História, porém, tem mostrado que, por essa via, se defere aos juízes terrível arbítrio, em detrimento dos direitos individuais.

Exigida a representação do autor por advogado legalmente habilitado, põe-se o problema do acesso à justiça, negado a uns em razão de sua pobreza e a outros, pobres ou não, em razão do pequeno valor da causa.

O problema se tornou agudo, agora que nos deparamos, na América Latina, com as grandes concentrações urbanas, em que se encontram, de um lado, a favela e, de outro, a empresa, que, em massa, produz bens ou presta serviços.

O fenômeno provocou impacto na advocacia. Os advogados, uns se tornaram servidores públicos, advogados de ofício, assistentes judiciários, defensores públicos, advogados da pobreza em suma. Outros foram absorvidos pelas empresas, de que se tornaram empregados. Apenas um reduzido número pôde conservar a sua posição tradicional, de profissionais liberais, não raro peleando como pigmeus contra gigantescas organizações econômicas ou estatais. Estes, porém, não podem, com remuneração vil, patrocinar ninharias; daí haver a lei ordinária admitido a reclamação pessoal, nos Juizados de Pequenas Causas, por dispositivo, hoje de duvidosa constitucionalidade (Lei n. 7.244/84, art. 9º; CF, art. 133).

A advocacia da pobreza se desenvolve sobretudo no direito penal e no direito de família. No cível, é menos necessitada a presença do advogado, porque o pobre não celebra contratos, não faz testamento, não cobra dívidas, nem deixa bens a inventariar.

O acesso à justiça é um bem que a ninguém se deve negar. Trata-se, contudo, de um bem que tem o seu preço, que é pago pelos próprios interessados ou pela sociedade, através de impostos, e não se compreende que deva pagá-lo a sociedade se não o querem pagar os próprios interessados, por entenderem que não vale a pena.

A banalização da justiça não é desejável. Produziria a intervenção do Estado em todos os aspectos das relações sociais. A sociedade precisa ter uma certa capacidade de auto-absorção dos conflitos, sem interferência do juiz. Havia sabedoria no aforismo *de minimis non curat praetor*. Não se justifica a movimentação da máquina judiciária por uma camisa que não foi bem lavada na lavanderia. Não parece desejável que se tenha um tribunal em cada esquina.

Ao pobre, que não tem o que comer e onde morar, devemos oferecer oportunidade de trabalho, para que possa ter alimento e habitação, não advogados e tribunais.

A atuação do advogado não se vincula apenas ao direito de ação, mas também ao direito de defesa e ao princípio do contraditório. O entrelhecho das parcialidades é de algum modo necessário para a imparcialidade do órgão julgante.

A justificação da exigência de advogado para o exercício do direito de ação não se estende ao direito de defesa, pois há entre ambos uma diferença fundamental: o autor é autor porque quer; réu ninguém quer ser. E constitui um contra-senso negar-se à parte o direito de defesa, a pretexto de que só por advogado pode ser bem defendida.

Segundo doutrina tecnicamente correta o juiz deve aplicar ao réu a pena de revelia, o que importa em condená-lo, se, no procedimento sumaríssimo, comparece, para se defender, mas desacompanhado de advogado (Adroaldo Furtado Fabrício, *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*, Porto Alegre, Ajuris, 1977, p. 69). Mas a injustiça é manifesta. No Simpósio de Processo Civil, realizado na cidade de Curitiba, de 27 a 30-10-1975, se foi além: Conclusão XVIII: "não se tomará em consideração a defesa escrita do réu

cujo advogado deixa de comparecer à audiência do procedimento sumaríssimo” (*Ajuris*, Porto Alegre, 6:148-56, mar. 1976). Ora, o *summum jus* apresenta-se como *summa injuria*, quando se condena o réu porque se apresenta sem defensor ou representado por procurador legalmente não habilitado. Mas assim se tem decidido. “O vício decorrente da prática de ato processual por pessoa carente, *hic et nunc*, de capacidade postulatória necessária a esse ato é a nulidade absoluta e insanável. Tratando-se de contestação, a consequência é ter-se por revel o demandado” (TARS, 3ª Câm. Cív., Ap. 22.094, 7-5-1980, JTARS, Porto Alegre, 37:274-84, mar. 1981).

11. PRINCÍPIO DO CONTROLE HIERÁRQUICO

No sistema brasileiro, a regra é o exame da demanda do autor, por um juiz singular, com possível reexame de sua decisão, através de um recurso, por um órgão colegiado (tribunal) de 2º grau. O recurso se apresenta, assim, como que um desdobramento da ação, que se desenrola em duas fases: perante um juízo de 1º grau, em que predomina a atividade instrutória, e perante um órgão de 2º grau, em que predomina a atividade decisória. De regra, a sentença, proferida por juiz de 1º grau, não é exequível na pendência do recurso, ou seja, enquanto não confirmada pelo órgão de 2º grau.

“Ao contrário do brasileiro, a evolução dos sistemas europeus modernos faz-se no sentido de dar maior valor aos julgamentos de primeira instância, procurando reduzir a importância relativa dos julgamentos dos tribunais superiores, em parte tendo-se em conta a cada vez mais crescente exigência de celeridade na prestação jurisdicional e em parte também por fidelidade ao princípio da oralidade, uma vez que o juízo recursal, feito pelos tribunais superiores, opera com base num processo rigorosamente escrito, sem o menor contato entre o julgador e as provas orais. A consequência desta tendência é a ampliação das hipóteses em que a lei admite a execução provisória da sentença; e a outorga ao magistrado de primeiro grau de poderes para conferir à própria sentença a ‘cláusula de execução provisória’, fora dos casos previstos em lei (Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1987, p. 359).

A distinção entre ação e recurso tem caráter meramente formal: aquela implica a constituição de uma relação processual; este, a continuação de uma relação processual já existente.

“... o marco a todas as luzes mais adequado para separar os recursos (impugnação no mesmo processo) das ações impugnativas (originadoras de nova relação processual) há de ser o trânsito em julgado da sentença, momento da formação da coisa julgada formal e ao qual, em regra, corresponde a constituição da *res iudicata* em sentido material. (...) A idéia foi excelentemente exposta ao longo de fundamentada crítica à inclusão da *revisión* espanhola no elenco dos recursos, com este destaque: ‘La interposición de un recurso impide precisamente la producción de la cosa juzgada, cuando, por el contrario, la revisión se da contra las sentencias firmes, esto es, aquellas que, al menos externamente, han ganado la fuerza de cosa juzgada. (...) No se trata por lo tanto de una nueva fase del proceso, sino de la apertura de un nuevo proceso’” (Adroaldo Furtado Fabrício, Réu revel não citado, “Querela nullitatis” e ação rescisória, *Ajuris*, Porto Alegre, 42:7-32, mar. 1988).

Segue-se daí a possibilidade de haver recurso para o próprio órgão que proferiu a decisão (recursos de retratação), como ocorre nas causas da alçada, em execução fiscal.

Há que se ver, porém, no segundo grau de jurisdição, uma atividade essencialmente diversa: uma atividade de controle hierárquico. Trata-se não mais de julgar a demanda, mas de submeter a julgamento a decisão ou sentença reexaminada. Deparamo-nos, então, com aquilo que poderíamos denominar “pedido de reexame superior”, que compreende, por um lado, os recursos interpostos para uma jurisdição superior e, por outro, as denominadas “vias autônomas de impugnação”, isto é, ações que não visam ao julgamento originário de uma demanda, mas à desconstituição total ou parcial de uma sentença.

“Partindo da premissa de que a tutela jurisdicional tem como um de seus pressupostos a falibilidade dos juízos humanos, a ciência tem procurado, há muito, mecanismos de correção de erros eventualmente cometidos pelo Judiciário, ensejando vias de impugnação das decisões judiciais.

Duas vias são postas à disposição dos interessados, a saber, os recursos e as chamadas ações autônomas de impugnação. Estas, em casos restritos, quando já ocorrida a coisa julgada. Aqueelas, antes da *res iudicata*, seja para modificar a decisão proferida, seja para invalidá-la” (Sálvio de Figueiredo Teixeira, O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça, *Ajuris*, Porto Alegre, 48: 5-19, mar. 1990).

O objeto do recurso (ou da ação autônoma de impugnação) não é idêntico ao da sentença.

A sentença tem por objeto a demanda do autor. O recurso visa imediatamente ao reexame da sentença e só mediamente ao reexame do pedido do autor. O recurso é julgamento de julgamento. É, portanto, um metajulgamento, com objeto diverso do julgamento originário.

Por isso, no julgamento do recurso, há questões novas, como as relativas à admissibilidade do recurso e a da validade/nulidade da sentença e, por outro lado, há questões que o juízo de 1º grau examinou e que o juízo de 2º grau não pôde reexaminar, porque se tornaram preclusas.

Quando, por ação ou recurso, se pede o reexame de uma sentença, põem-se desde logo duas ordens de questões, inconfundíveis: a primeira, relativa à validade da sentença reexaminada; a segunda, relativa ao conteúdo da sentença em reexame. Tem-se, então, que a sentença reexaminada poderá ser inválida, embora haja bem apreciado os fatos da causa e, inversamente, poderá ser válida, porém, injusta.

Quando o órgão recursal confirma sentença inválida, profere decisão válida, embora errada, por não declarar a nulidade da sentença reexaminada.

Nossa Constituição não consagra expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição, mas seu art. 5º, LXIX, prevê a concessão de mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que haja ato de autoridade, eivado de ilegalidade ou abuso de poder. Segue-se daí que, mesmo nas causas da alçada, as decisões de juiz de 1º grau podem ser cassadas pelo órgão de 2º grau de jurisdição, mediante mandado de segurança, na pendência da causa ou mediante ação rescisória, após o trânsito em julgado. Consagra-se, pois, o princípio do controle hierárquico.

O controle hierárquico exercido pelos tribunais de 2º grau sobre os de 1º é diverso do exercido pelos órgãos de cúpula (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) sobre os tribunais inferiores, através, respectivamente, do recurso extraordinário e do recurso especial.

Os órgãos de 2º grau ou de 2ª instância reexaminam matéria de fato e de direito e atuam na defesa do direito subjetivo da parte. Já os denominados recursos extraordinários (aí incluído o espe-

cial) têm, como finalidade precípua, a defesa do direito federal e a unificação da jurisprudência. Porque não visam à defesa do direito subjetivo da parte, neles não se reexaminam questões de fato e, por idêntica razão, não representam uma 3ª instância.

“Os recursos (...) podem ser classificados em recursos *comuns* e recursos *extraordinários*. Sem maior análise doutrinária, poder-se-ia dizer que os recursos comuns respondem *imediatamente* ao interesse do litigante vencido. Já o recurso extraordinário (...) é manifestado como recurso propriamente dito (portanto, no mesmo processo) e fundado *imediatamente* no interesse de ordem pública em ver prevalecer a autoridade e a exata aplicação da Constituição e da lei federal. O interesse privado do litigante vencido, então, funciona mais como móvel e estímulo para a interposição de recurso extremo, cuja admissão, todavia, se liga à existência de uma questão federal.

Com a promulgação da vigente CF, o recurso extraordinário previsto no sistema constitucional anterior foi desdobrado em recurso extraordinário *stricto sensu* — recurso extraordinário e recurso especial” (Athos Gusmão Carneiro, Anotações sobre o recurso especial, *Ajuris*, Porto Alegre, 48:179-92, mar. 1990).

A existência de recurso é uma necessidade. Mais ainda: há necessidade de recurso para um órgão superior de jurisdição, não passando de um arremedo o que se interpõe para o próprio juiz da sentença, como ocorre nas causas da alçada. Contudo, uma boa justiça exigiria, sobretudo em termos de celeridade e eficácia, uma instância única, preferentemente constituída por órgão colegiado. Como conciliar essas exigências antagônicas? A meu ver, isso seria possível com um sistema em que o órgão de 2º grau pudesse rejeitar liminarmente o recurso, por decisão irrecorrível e independente de fundamentação escrita. Não insisto, porém, na idéia, porque sei que soa escandalosa.

Também sei que uma verdadeira reforma da justiça e do processo é impossível porque os problemas que desafiam as soluções não decorrem só da organização judiciária e das leis processuais. Decorrem sobretudo dos princípios processuais que informam o processo, segundo as concepções dominantes.

Capítulo IV

JURISDIÇÃO

Sumário: 1. O conceito de jurisdição. 2. A jurisdição como atividade de substituição. 3. A coisa julgada como característica da jurisdição. 4. Jurisdição e lide. 5. Jurisdição e imparcialidade. 6. Jurisdição voluntária. 7. Conclusão.

1. O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Tem-se procurado definir a atividade jurisdicional contrapondo-a, de um lado, à atividade legislativa do Poder Legislativo e, de outro, à atividade administrativa, própria do Poder Executivo. Nessa linha de pensamento, todo ato estatal de exercício de poder se classificará como legislativo, administrativo ou jurisdicional. Não há quarta espécie.

Várias têm sido as tentativas de conceituar a jurisdição. Nenhuma é imune à crítica:

a) Caracterizada a jurisdição como atividade de aplicação de sanções, ficam fora as sentenças declaratórias.

b) Dito que importa em atividade de julgamento, sobra a execução.

c) Apontada a coisa julgada como nota diferenciadora, restam excluídas a execução e a cautela.

d) Exigida a presença de um juiz, órgão do Estado, fica sem explicação o juízo arbitral. (Observe-se, porém, que não tem sentido incluir-se o juízo arbitral, atividade privada, numa divisão das funções do Estado.)

e) Exigindo-se que o juiz seja órgão do Poder Judiciário, desconsidera-se o processo de *impeachment*.

f) Ao se afirmar que o juiz regula relação entre o autor e o réu, ignora-se a substituição processual, em que não há coincidência entre as partes em sentido material e as partes em sentido formal.

g) Ao se exigir um autor, deixa-se de lado o processo inquisitório.

h) A característica de uma lide falta ou pode faltar nas ações constitutivas necessárias.

i) A caracterização do juiz como terceiro imparcial tem seu ponto fraco no processo penal, especialmente quando o único ofendido é o Estado, de que ele é órgão.

j) A assertiva de que o juiz aplica lei anterior tropeça na jurisdição de equidade e em todos os casos em que o juiz supre lacuna da lei.

k) Por fim, a jurisdição como norma concreta cai em face da competência normativa da Justiça do Trabalho e da ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

Não se dê importância demasiada à imperfeição de qualquer conceito de jurisdição. A busca obsessiva da “essência” da jurisdição vincula-se ao conceptualismo que, no campo do direito, conduz a indesejável distanciamento da realidade.

Na verdade, o conceito de jurisdição varia, conforme se queira ou não incluir a atividade judicial executiva e a cautelar; conforme se pretenda ou não abranger, além da jurisdição civil, a penal; conforme se queira ou não abarcar a jurisdição voluntária; conforme se intente ou não incluir a competência normativa dos tribunais.

A seguir, as principais idéias com que os juristas têm procurado caracterizar a jurisdição, a saber: a de substituição, a de coisa julgada, a de lide e a de imparcialidade.

2. A JURISDIÇÃO COMO ATIVIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Jurisdição, disse Chiovenda, é a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

a) Na cognição, a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade *intelectiva* do juiz à atividade *intelectiva*, não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei *concernente às partes*.

b) E quanto à atuação definitiva da vontade verificada, se se trata de uma vontade só executável pelos órgãos públicos, tal execução *em si* não é jurisdição: assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade de lei executável pela parte em causa, a jurisdição consiste na *substituição*, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida (grifei), seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida *em lugar de outrem* (não, entendamos, *em representação* de outros).

Não existe jurisdição somente quando, no curso da execução, surgem contestações que é preciso resolver (seja sobre a existência da ação executória, ou sobre certas medidas executórias); antes, importa em jurisdição a própria aplicação das medidas executórias, porque se coordena com a atuação da lei. (...) Na doutrina italiana (...) dominava a opinião de que a execução constituía mero exercício de império, atividade administrativa, e de que a jurisdição se adscrevia à cognição e se exauria com a sentença. Suposto o conceito, então corrente, de escopo processual (definição de controvérsia), isso era compreensível. Mas plausível não era a tentativa de justificar semelhante conceito com a idéia romana do *jus dicere* ligada ao especial ordenamento judiciário dos romanos. Só no direito comum foi que se desenvolveu o princípio *jurisdictio in sola notione consistit*, acolhido, depois, pela doutrina italiana e francesa. Ora, não devemos contrapor *império* e *jurisdição* como qualitativamente diversos: a jurisdição não é, ao contrário, mais que um complexo de atos de império reagrupados por determinado escopo que o caracteriza, e emanados em virtude dos correspondentes poderes postos a serviço desse escopo e da função jurisdicional” (Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1965, v. 2, p. 4-11).

Crítica. Ao se caracterizar a jurisdição como atividade de substituição, é preciso que se aponte, com clareza, quem é o substituído. Dizer que o juiz substitui “todos os cidadãos” não tem sentido ou tem apenas o de indicar que ele exerce atividade estatal. No processo de conhecimento, não se pode dizer que o juiz substitui o autor, máxime quando profere sentença de improcedência; nem se pode dizer que substitui o réu, máxime quando profere senten-

ça de procedência; se afirmamos que substitui quem tem razão, fica por explicar por que motivo não bastou a anterior afirmação de seu direito feita pelo vencedor. O que se pode, então, dizer é que a sentença substitui o acordo das partes: acordo que não houve ou que o Estado declara juridicamente irrelevante (sentença constitutiva necessária; sentença penal). Dizer-se, porém, que a sentença substitui o acordo das partes apenas significa que a jurisdição é um sucedâneo da defesa privada.

Na verdade, a jurisdição é atividade primária do Estado, especialmente em matéria penal. Por isso, a idéia chiovendiana de caracterizar a jurisdição como atividade substituta somente é admissível como afirmação de que ela importa em heterorregulação. O Estado, na execução, se interpõe entre as partes e substitui o credor (não o devedor, como afirmou Chiovenda) no exercício de seu poder sobre a parte adversa. Por essa via, a idéia de substituição acaba por confluir com a de imparcialidade, como nota característica da jurisdição.

3. A COISA JULGADA COMO CARACTERÍSTICA DA JURISDIÇÃO

Em sentido restrito, circunscrito ao étimo do termo, jurisdição é julgamento, atividade declarativa de produção de certeza jurídica.

Assim, segundo Calamandrei, dois são os caracteres essenciais da jurisdição: 1.º) é uma atividade de substituição; 2.º) é uma atividade declarativa. (Límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil, 1917, in Picro Calamandrei, *Estudios*, cit.).

Da primeira característica apontada se falou no item anterior. Quanto à segunda, nada há que objetar se nos limitamos ao núcleo da jurisdição, mas é inaceitável a assertiva da natureza dúplice das sentenças constitutivas, em que haveria jurisdição no declarar e administração na criação, modificação ou extinção da relação jurídica. Apontar o núcleo da jurisdição não importa em reduzi-la ao núcleo.

Seguindo, de certo modo, nas pegadas de Calamandrei, que já apontava a coisa julgada como “pedra de toque” da atividade jurisdicional, Allorio dá um passo a mais ao caracterizar como jurisdicional apenas a sentença que produza certeza jurídica.

Seu ponto de partida é uma lição de Kelsen, no sentido de que as funções do Estado não se distinguem por seus fins (o juízo quanto à finalidade é sociológico), mas apenas pelas *formas* e conseqüentes *efeitos*. O direito é ciência dos efeitos jurídicos e não haveria interesse em estudar a função jurisdicional como atividade distinta se não fossem diversos os seus efeitos. Ora, a sentença produz um efeito jurídico que lhe é peculiar e que não se encontra em qualquer outro ato: é o efeito declarativo, a coisa julgada material. Se é verdade que esta não ocorre nos atos administrativos, inclusive nos de “jurisdição” voluntária, e se é verdade que ela se faz presente na jurisdição propriamente dita, por que não apontar tal circunstância como característica e elemento diferenciador? Entre a jurisdição voluntária e a contenciosa não há diferença de substância, mas apenas de forma, o que explica a fungibilidade de determinadas matérias, enquadradas pelo direito positivo ora numa ora noutra categoria. A sentença constitutiva proferida em sede contenciosa produz coisa julgada material. É, portanto, incondicionalmente jurisdicional, sendo correto afirmar-se que a mudança jurídica dela decorrente *devia* produzir-se porque presentes os pressupostos legais. Quanto aos atos de instrução, é evidente que são atos processuais, mas não jurisdicionais. Quanto às medidas cautelares, é certo que não produzem coisa julgada material. Portanto, não são jurisdicionais, o que não significa que entrem no âmbito da jurisdição voluntária. A coisa julgada é que diferencia a jurisdição em sentido próprio, mas isso não significa que a *falta* de coisa julgada seja um fenômeno exclusivo da “jurisdição” voluntária, pois é óbvio que não produzem tal efeito os atos legislativos e os administrativos; nem por isso a legislação e a administração entram na “jurisdição” voluntária. Em suma, jurisdicional é todo ato e só o ato que produza coisa julgada material, entendida esta nos termos do art. 2.909 do Código Civil italiano (“A declaração de certa contida na sentença passada em julgado forma estado para todo efeito entre as partes, seus herdeiros e sucessores”) (Enrico Alario, *Problemi di diritto*, Milano, Giuffrè, 1957, v. 2).

Crítica. Não há dúvida de que se pode isolar a categoria dos atos produtores de coisa julgada material e atribuir-lhes, com exclusividade, a denominação de jurisdicionais. Mas uma teoria processual nada ganha com essa redução conceitual, que exclui de seu âmbito não apenas os atos judiciais executivos e cautelares, mas, dentro mesmo do processo de conhecimento, os atos de instrução e

as sentenças meramente processuais. Vincula-se, por outro lado, o conceito de jurisdição a um efeito que não é necessário, mas contingente, que pode existir num sistema processual e noutro não. Entre nós, por exemplo, a sentença penal condenatória não produz coisa julgada material, embora dela possa decorrer, mesmo quando nula, a fixação do *máximo* da pena impositiva. A ação de revisão cabe sempre. Um *habeas corpus* pode, a qualquer tempo, decretar a nulidade do processo e da sentença. Os efeitos desta podem ser apagados por ato do Legislativo (anistia) ou do Executivo (graça, indulto).

A coisa julgada pode, sim, funcionar como indicativo da natureza jurisdicional de um ato. Observe-se: o ato administrativo não produz coisa julgada (material); o ato jurisdicional *pode* produzi-la. Por isso, presente o efeito de coisa julgada, pode-se afirmar que o ato é jurisdicional, sem que, de sua ausência, se possa concluir que o ato seja administrativo ou legislativo.

De outro lado, num sistema em que se entrega ao Poder Judiciário a função de produzir a certeza jurídica, a possibilidade de ser um ato revisto pelo Poder Judiciário exclui a hipótese de que tenha natureza jurisdicional. É o que ocorre com a demissão de funcionário público, embora em decorrência de processo (administrativo) de apuração de falta grave. Pelo contrário, há de se ter como jurisdicional o julgamento, por órgão da administração ou do Poder Legislativo, que produza coisa julgada material, não podendo, pois, ser revisto pelo Judiciário.

4. JURISDIÇÃO E LIDE

O conceito de lide, tal como construído por Carnelutti, tem fundamental importância para aqueles tantos que vêem na lide o objeto do processo, definindo a jurisdição como atividade voltada à sua composição.

Ao conceito de lide se chega passo a passo a partir da idéia de “interesse”.

Interesse é a relação entre o homem e os bens. Sujeito do interesse é o homem; o bem, o seu objeto. O trágico está em que os interesses humanos são ilimitados, mas limitados os bens (Interesse, “*situazione favorevole al soddisfacimento di un bisogno*” — Francesco Carnelutti, *Lezione di diritto processuale civile*, Padova,

CEDAM, 1931, v. 1, p. 5 — “o meglio, possibilità del soddisfacimento di un bisogno mediante un bene” — e *Principi del processo penale*, Napoli, Morano, 1960, p. 44).

Conflito de interesses. Se duas ou mais pessoas têm interesse pelo mesmo bem, que a uma só possa satisfazer, tem-se um conflito intersubjetivo de interesses ou, simplesmente, um conflito de interesses.

Pretensão. É o ato de se exigir a subordinação do interesse de outrem ao próprio. “Il concetto di pretesa, assai variamente inteso, era stato da me definito, dopo alcune incertezze, quale esigenza della soddisfazione di un proprio interesse in confronto con un interesse altrui” (Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, UTEHA, 1944, v. 1, p. 40; *Istituzioni*, v. 1, p. 78; *Teoria generale del diritto*, p. 20; *Diritto e processo*), cit., p. 53; e *Principi*, cit., p. 93).

Lide: Conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida.

“La lite é il conflitto di interessi tra due persone qualificato dalla pretesa dell’una e dalla resistenza dell’altra” (Carnelutti, *Sistema*, cit., p. 40; *Istituzioni*, cit., p. 78; *Teoria*, cit., p. 20; *Diritto e processo*, cit., p. 53; e *Principi*, cit., p. 93).

Crítica. A idéia de lide não explica a jurisdição, como demonstrou Calamandrei, argumentando com as sentenças constitutivas necessárias (*Litis y jurisdicción*, in *Estudios*, cit.).

Efetivamente, tome-se o exemplo da ação anulatória de casamento. A anulação, requerida por um dos cônjuges, somente pode ser decretada por sentença judicial, nada importando que o outro concorde (submissão à pretensão) ou não (resistência à pretensão).

De igual forma, é irrelevante, no processo penal, a submissão do réu. Ainda que ele concorde com a pena pretendida pelo Ministério Público, é necessária a sentença, para que ela possa efetivamente ser aplicada.

Por outro lado, o desaparecimento da pretensão acarreta o da lide e deveria, por consequência lógica, determinar a extinção do processo. Contudo, e isso pode ocorrer em processo penal, pode o Ministério Público pedir a absolvição do réu (renúncia à pretensão) e condená-lo o juiz.

E não parece razoável afirmar-se que a atividade do juiz é administrativa ou jurisdicional, conforme o réu concorde ou não com a pretensão do autor, quando juridicamente irrelevante a opção do demandado.

Embora José Frederico Marques veja uma lide, no processo penal, mesmo quando o Ministério Público pede a absolvição, caso em que permanece latente (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1959, p. 255), o próprio Carnelutti veio a afirmar que nele não há lide, o que o levou a enquadrar o processo penal na categoria da jurisdição voluntária (*Principi*, cit., p. 48-9).

Insistindo em ver na lide o objeto do processo, escreve Ada Pellegrini Grinover: “É certo que Calamandrei criticou o conceito de lide de Carnelutti, afirmando ter ele sentido sociológico e não jurídico; também Liebman realçou que o conflito de interesses existente entre as partes fora do processo é a razão de ser, a causa remota, mas não o objeto do processo.

Mas para transferir a posição de Carnelutti do plano sociológico para o plano jurídico, basta identificar o mérito com aquela parcela de lide que é deduzida pelo autor, em juízo, através da pretensão, e à qual o réu resiste, através de suas exceções ou da mera insatisfação” (*As condições da ação penal*, São Paulo, Bushatsky, 1977, p. 10-1).

Ora, com essa restrição, já não é a lide que se apresenta como objeto do processo, mas o pedido do autor, isto é, a parcela da lide deduzida em juízo. E se a lide, como tal, não é o objeto do processo, não se pode definir jurisdição como atividade tendente à sua composição.

Contudo, embora negando que a lide seja objeto do processo, dela nos servimos, juntamente com a idéia de direito subjetivo, para caracterizar a jurisdição contenciosa em oposição à voluntária.

Como se verá no momento próprio, a jurisdição contenciosa visa à tutela de direitos subjetivos e supõe interesse de agir decorrente de uma suposta resistência do adversário.

Todavia, a lide que aí se apresenta é abstrata, apenas suposta pelo legislador, o que dá margem a que se veja nas ações constitutivas necessárias uma hipótese de presunção absoluta de lide, independente, por isso, da existência de efetiva resistência do réu.

5. JURISDIÇÃO E IMPARCIALIDADE

Trata-se, aqui, de caracterizar a jurisdição como regulação de uma relação interpessoal por um terceiro imparcial.

Pode-se apontar como fundamento da jurisdição, assim entendida, o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que se lê: “Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

Indicam-se, aí, o “conteúdo” ou “matéria” jurisdicional: determinação dos direitos e deveres de uma pessoa em face de outra (jurisdição civil); exame de acusação formulada contra alguém, em matéria penal (jurisdição penal).

Observe-se que o direito organiza a sociedade e regula o convívio mediante normas, gerais e abstratas umas, individuais e concretas outras. Não existindo senão para regular relações entre pessoas, à idéia de direito como conjunto de normas se pode contrapor a de “relação interpessoal regulada pelo direito”, dois lados de uma só moeda.

Tais relações são reguladas pelo direito por três modos fundamentais: *a)* mediante a atribuição, a um dos sujeitos da relação (sujeito ativo), de um direito subjetivo a uma prestação do devedor, sujeito este passivo, que deve praticar o ato previsto na norma (relação jurídica de crédito e débito); *b)* mediante a atribuição, ao sujeito ativo, do poder de praticar o ato previsto na norma, cujos efeitos sofre o sujeito passivo (relação jurídica de poder e sujeição, caso dos direitos potestativos ou formativos); *c)* mediante uma norma de liberdade (inexistência de relação jurídica, isto é, inexistência de crédito ou poder de um em face do outro).

Distingue-se o ato legislativo do jurisdicional. A lei é norma geral e abstrata, ao passo que o ato jurisdicional tem a natureza de norma concreta.

Distingue-se a jurisdição da administração. O ato administrativo importa na edição de norma concreta, pelo próprio Estado, na sua relação com o súdito. O ato jurisdicional supõe a edição de norma concreta por um terceiro, estranho à relação regulada.

Quer se trate de jurisdição civil, quer de jurisdição penal, trata-se sempre de regular uma relação interpessoal, por algum de seus modos, isto é, por declaração ou atribuição de um crédito; por declaração ou atribuição de um poder; por negação da existência de crédito ou poder de um em face do outro; ou mediante execução.

No exercício da jurisdição penal, o juiz regula a relação entre o Estado e o acusado, sujeitando este ao poder punitivo daquele, no caso de condenação, ou emitindo uma regra de liberdade, no caso de absolvição.

Pode-se apontar, como elemento “formal” da jurisdição, a circunstância de emanar tal regulação de um órgão “independente e imparcial”, como parece decorrer do citado artigo da Declaração dos Direitos do Homem?

Não se trata, é evidente, da “virtude” da imparcialidade, que se exige, sim, do juiz, sem que se possa, porém, transformá-la em fundamento da jurisdição, sob pena de se criar uma teoria processual limitada aos juízes virtuosos; nem se trata de imparcialidade no sentido de que o juiz não deva ter um interesse direto e pessoal na causa, diverso do interesse geral e impessoal do Estado, o que também se exige do administrador público, não se constituindo em característica da jurisdição.

A imparcialidade deve ser entendida no sentido: *a*) de que existam partes, um autor e um réu; *b*) que o juiz não seja uma delas, pois ninguém é juiz em causa própria (*Nemo iudex in rem suam*); *c*) que o juiz seja “independente”, isto é, não subordinado nem ao autor nem ao réu, o que implicaria, em última análise, a transformação de uma das partes em juiz. Jurisdição implica, pois, heterorregulação: regulação de relações estranhas ao julgador; não de relações de que seja parte.

Na jurisdição civil, abstraídos os casos em que o próprio Estado seja uma das partes, não há dificuldade em se ver no juiz um terceiro, independente e imparcial.

Todavia, na jurisdição penal (e essa é a crítica mais contundente à caracterização da jurisdição a partir da idéia de imparcialidade), não se pode olvidar que o juiz é órgão do Estado e, portanto, está o Estado a regular relação entre ele próprio e o acusado e não relação a que seja estranho. Ademais, no âmbito penal, não é rara a atribuição, ao juiz, da dupla função de acusar e de julgar (processo inquisitório), caso em que sequer há um autor.

A essa dupla objeção se pode responder dizendo que, realmente, não é senão através do artifício da distinção entre Estado-juiz e Estado-acusador que se atribui ao julgador a condição de terceiro. Parcializa-se o Ministério Público para que se possa ter um juiz imparcial. Trata-se, sim, de um artifício, mas que atinge o seu objetivo. A jurisdição penal é possível porque se pode separar a função de acusar da função de julgar. Há possibilidade lógica, porque o juiz, embora seja órgão do Estado, não se confunde com o Estado (a parte não se confunde com o todo em que se integra). Há possibilidade psicológica, porque nada impede que o juiz se posicione com independência em face de outro órgão do Estado. Há possibilidade jurídica, porque se pode atribuir a órgãos diversos as funções essencialmente diversas de acusar e de julgar. Quanto ao processo penal inquisitório, já não existe no Brasil (CF, art. 129, I). Se existisse, caberia falar de uma "função de administração da justiça", sem caráter jurisdicional.

Por fim, observa-se que, "de fato", pode ocorrer que o juiz não seja nem independente nem imparcial, sem que isso afete os efeitos da sentença. É que, no composto "poder jurisdicional", desaparecido o jurisdicional, resta ainda a realidade bruta do poder. Que isso não surpreenda, porque o direito não representa senão um imenso esforço para coibir o arbítrio e transformar a força bruta em justiça.

6. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Observamos atrás que, para caracterizar a jurisdição, tem-se lançado mão de quatro idéias fundamentais: substituição, lide, imparcialidade e coisa julgada.

Buscou-se, assim, caracterizar a jurisdição, com os olhos postos na jurisdição contenciosa.

Entretanto, mesmo deixando-se de lado o processo penal, em que nenhuma dessas idéias se mostra inteiramente satisfatória, no campo mesmo do processo civil, há atividades-fim, exercidas pelos juizes, até mesmo com a observância do método processual, caracterizado por seus dois princípios fundamentais, o da ação e o do contraditório, que não se encaixam nos parâmetros da substituição, da lide ou da imparcialidade, ausente, outrossim, o efeito de coisa julgada. São os casos de jurisdição voluntária, cujo caráter jurisdicional é negado por uns e afirmado por outros.

Escreveu Chiovenda: “qualificou-se com o nome romano *iurisdictio voluntaria* na doutrina e na prática do processo italiano medieval aquele complexo de atos que os órgãos judiciais realizavam em face de um único interessado, ou sob o acordo de vários interessados, *in volentes*”.

“Caráter da jurisdição voluntária não é (...) a ausência de contraditório, mas a ausência de duas partes.

A jurisdição voluntária é (...) uma forma especial de atividade do Estado, exercitada em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos administrativos, e ‘pertencente à função administrativa’, embora distinta da massa dos atos administrativos, por certos caracteres particulares” (Giuseppe Chiovenda, *Instituições*, cit., v. 2, p. 16-7).

Modernamente, tende-se a considerar jurisdicional também a jurisdição voluntária, como observa Carnelutti: o estudo comparativo da jurisdição voluntária e da jurisdição contenciosa não só reforçou a opinião de que também aquela é verdadeira e própria jurisdição, mas também apontou para a presença ou ausência de lide e, portanto, para a presença de duas partes ou de apenas uma (ou melhor, de dois interesses ou de um interesse único) como caráter diferencial entre uma e outra espécie de jurisdição. Reconheceu-se, assim, que pode haver processo civil sem lide e, pois, com uma só parte (em sentido “material”); e, assim como a jurisdição, dividiu-se o processo em “contencioso” e “voluntário”. O processo voluntário, portanto, não é mais considerado uma forma processual anômala, mas como um dos dois tipos normais de processo civil (Francesco Carnelutti, *Principi*, cit., p. 48-9).

Penso que se deva definir como jurisdicional a atividade própria do Poder Judiciário. Cabe, então, indagar, quanto à jurisdição voluntária, se haveria razão para atribuí-la ao Poder Executivo.

Ora, a jurisdição voluntária importa em tutela de interesses privados, o que justifica sua exclusão do âmbito da Administração, porque desta se espera que busque o interesse público. Como observa Edson Prata, são duas situações bastante díspares: a administração busca o interesse público; a jurisdição voluntária, o interesse privado. “Pouco importa que na busca do interesse privado esteja também presente o interesse público, mediata ou imediatamente. O certo é que os interesses são radicalmente diferentes” (Edson Prata, *Jurisdição voluntária*, São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1979, p. 75).

Certo, não é difícil apontar casos de tutela de interesses privados por órgãos da Administração, destruindo-se, assim, a afirmação fundamental de que a atividade administrativa jamais tutela interesses privados.

Tome-se, como exemplo, a homologação de transação extrajudicial. O ato homologatório, quando judicial, sem dúvida constitui ato de jurisdição voluntária. O ato, porém, pode também ser praticado pelo Ministério Público (Lei n. 7.244/84 — Lei das Pequenas Causas — art. 55, parágrafo único), que, sem dúvida, não integra o Poder Judiciário.

Cabe, então, perguntar onde se encontra a anomalia: se na atribuição, ao juiz, de ato que teria natureza administrativa; se na atribuição, ao Ministério Público, de ato que teria natureza jurisdicional.

A resposta se há de buscar na história da partilha das competências entre os três Poderes. Atribuiu-se ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição contenciosa. Atribuiu-se-lhe, também, mas sem caráter monopolístico, a tutela de interesses privados, isto é, a jurisdição voluntária.

Tem-se, então, que o ato de homologação de acordo extrajudicial é, por natureza, ato de jurisdição voluntária. A anomalia, portanto, estaria, não na atribuição ao Judiciário de uma atividade pretensamente administrativa, mas na atribuição, ao Ministério Público, de uma atividade de jurisdição voluntária. Não há, porém, aí, qualquer inconstitucionalidade, porque, como bem nota Hugo Nigro Mazzilli, “apenas a jurisdição contenciosa é privativa do Poder Judiciário” (acordos celebrados perante o Ministério Público, *Justitia*, São Paulo, 130:44-7, jul./set., 1985).

Os processos de jurisdição contenciosa visam à tutela de direitos subjetivos, públicos ou privados, bem como às tutelas de interesses públicos mediante ação.

Os processos de jurisdição voluntária visam à tutela de interesses privados.

Não basta, porém, a idéia de direito subjetivo, contraposta à de interesse, para se determinar a espécie de jurisdição de que se trata, até mesmo porque o próprio direito subjetivo, na definição de Jhering, é um interesse juridicamente protegido.

Precisamos, então, lançar mão de uma idéia complementar, que é a de lide: não, porém, a idéia de lide concreta, como ela se nos apresenta como fato da vida, mas uma idéia de lide abstrata, idealizada, desencarnada, tal como se apresenta ao legislador, ao dar forma ao processo. É evidente que na luta, cheia de ódio, dos pais pela posse dos filhos há um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, assim como pode ter um interesse escuso o requerente da interdição. Contudo, em ambos os casos, nega-se a existência de lide, porque em processos tais, não se trata de compor um conflito de interesses entre os contendores, mas de se encontrar a melhor solução, para se atender a um interesse “único”: o da criança ou o do interditando, respectivamente.

Para determinar, pois, a espécie de jurisdição de que se trata, convém que formulemos duas perguntas, a saber: 1) Trata-se de tutela de interesse público ou de tutelar eventual direito subjetivo em face do(s) sujeitos(s) passivo(s)? 2) Trata-se de processo em que o interesse de agir se compõe pela alegação, expressa ou implícita, de um conflito de interesses entre quem pretende a subordinação do interesse alheio ao próprio e quem resiste?

Se a resposta é afirmativa, para ambas as perguntas, a hipótese é de jurisdição contenciosa; basta uma negação para que se tenha jurisdição voluntária.

A relevância da distinção entre as duas formas de jurisdição diz respeito sobretudo ao grau de subordinação das partes aos poderes do juiz. Em se tratando de jurisdição contenciosa, não pode o juiz senão entregar a cada um o que é seu, independentemente de qualquer critério de conveniência ou de oportunidade; em se tratando de jurisdição voluntária, o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (CPC, art. 1.109).

Também Alcides de Mendonça Lima lança mão da conjugação das idéias de lide e de direito subjetivo para caracterizar a jurisdição como contenciosa ou voluntária. Diz:

“Na jurisdição contenciosa, é essencial um conflito de interesses, um litígio, decorrente de pretensão insatisfeita e, em regra, resistida pelo réu.

.....

Na jurisdição contenciosa, o juiz tem o dever de não omitir-se quanto à norma protetora dos direitos subjetivos correspondentes. Não há hipótese de deixar de fazer a incidência, cabendo, na sentença, indicar apenas o destinatário favorecido. Por conseguinte, autor e réu têm o direito de obter a prestação jurisdicional, com o reconhecimento da pretensão pleiteada conforme o direito pertinente à espécie *sub judice*. Já na jurisdição voluntária, a mesma se desenvolve para atender apenas a 'interesses' ou a 'direitos' (conforme o termo empregado, com relativa sinonímia), desde que haja conveniência ou vantagem para o titular ou titulares, consoante entenda o juiz com discricionariedade. Inexiste a obrigação de o juiz cumprir preceito de direito objetivo, como acontece na contenciosa" (Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 18-9).

Ressalve-se, porém, que, para o citado autor, a jurisdição voluntária não é, como sustento, espécie de jurisdição, mas atividade de administrativa exercida pelo juiz.

Os processos de jurisdição contenciosa supõem partes, em sentido material e formal. São estruturados, em abstrato, por lei, para a decisão, pelo juiz, de uma lide, real ou presumida. São informados por dois grandes princípios: o da imparcialidade, motivo por que supõem ação, e o da legalidade, no sentido de que servem à tutela de direitos subjetivos.

A jurisdição contenciosa envolve, pois, as idéias conexas de partes, de conflito de interesses e de lide.

O processo de jurisdição contenciosa é processo de partes, no sentido de que supõe um conflito de interesses entre pessoas diversas, partes em sentido material.

Mais ainda: pressupõe-se a existência de uma lide, isto é, de um conflito de interesses não apenas potencial, mas em ato, ou seja, qualificado por uma pretensão resistida. Contudo, tais são suposições de normas legais abstratas e, portanto, apenas em abstrato é que cabe examinar o pressuposto da lide. A existência ou inexistência de lide, em concreto, é irrelevante. Pressupõe-se, em abstrato, uma lide que, em concreto, pode inexistir, por ausência de conflito entre as partes. Assim, uma ação de cobrança pode resultar de um acordo entre o autor e o réu, para fraudar terceiros (ação

em fraude de credores). Nem por isso se há de qualificar tal ação como de jurisdição voluntária. A ação de cobrança se inscreve entre os processos de jurisdição contenciosa a partir do conflito de interesses suposto pelo legislador.

No caso das ações constitutivas necessárias, a lide é presumida *de jure et de jure*. Essa é a razão pela qual o juiz não pode senão indeferir o pedido de anulação de casamento que, em petição conjunta, lhe formulem os cônjuges. Eles têm que simular uma lide, propondo um deles a ação, com citação do outro, para contestá-la. É nomeado um "curador do vínculo", para suprir a falta real de um conflito de interesses.

De igual modo, no processo penal, não poderia o juiz senão indeferir o pedido de aplicação da pena que formulassem em conjunto acusador e acusado. É preciso que o Ministério Público proponha a ação, promova a citação do réu e produza as provas do crime ou contravenção, para que o juiz possa aplicar qualquer pena. É irrelevante a inexistência de lide em concreto. O processo penal não se transforma em processo de jurisdição voluntária pelo fato de o Ministério Público requerer a absolvição ou de o acusado concordar com a denúncia.

Os processos de jurisdição contenciosa pressupõem partes não só em sentido material (conflito de interesses entre pessoas diversas), mas também em sentido formal, isto é, a existência de pedido formulado por uma das partes, ou substituto processual, em face da outra. Não há jurisdição (contenciosa) sem ação.

Não se pode, contudo, negar a existência histórica de processos de iniciativa do próprio juiz. Põe-se, então, em xeque, o princípio da imparcialidade. Se esta é, não obstante, preservada, assim como preservado o princípio da legalidade estrita, pode-se ver, em tais processos, uma fórmula híbrida: processos iniciados por um ato administrativo do juiz que, em seguida, assume a sua verdadeira condição de terceiro imparcial. Se o próprio princípio da legalidade estrita é afetado, pela desconsideração de eventuais direitos subjetivos de uma das partes o processo se descaracteriza como jurisdicional contencioso. Ingressamos no campo da jurisdição voluntária, se o fim visado é a tutela de interesses privados; no campo da administração da justiça, se visada a tutela de interesses públicos ou difusos.

Tende-se, cada vez mais, a reger a administração, sujeitando-a ao princípio da legalidade. É ineliminável, porém, um vasto campo de decisões sujeitas a critérios de conveniência e de oportunidade.

Na jurisdição contenciosa observa-se o princípio da legalidade estrita, no sentido de que o juiz deve decidir em função da existência ou inexistência de direito subjetivo.

A decisão judicial da lide importa, pois, na afirmação de direito subjetivo de uma parte em face da outra, motivo por que a decisão é firma (produz coisa julgada) e não sujeita à revisão por critérios de conveniência ou de oportunidade.

Não há, todavia, produção de coisa julgada nos processos de execução, por ausência de declaração, e nos processos cautelares, porque nestes o juiz profere decisão provisória, necessária em face de *periculum in mora*.

A jurisdição voluntária não é incompatível com as idéias de ação e de partes em sentido formal. De regra, o procedimento tem início por provocação do interessado ou do Ministério Público (CPC, art. 1.104). Frequentemente, o requerente formula pedido em face de outrem, podendo-se, pois, falar de ação e de partes em sentido formal. Todavia, tampouco há incompatibilidade entre a jurisdição voluntária e a iniciativa judicial do processo.

A jurisdição voluntária é protetiva de interesses privados; o que, conjugada com a ausência de partes em sentido material, exclui a imparcialidade como nota sua. Não se trata de afirmar ou negar, nem de fazer valer direito subjetivo de uma parte em face da outra. Em muitos casos, há apenas a relação requerente-juiz, como nas hipóteses de tutela de pessoas incertas. Em outros, trata-se, sim, de regular uma relação intersubjetiva, mas não entre o autor e o réu, nem entre qualquer deles e o substituído processual do outro. É o caso da destituição do pátrio poder. A criança não é parte, embora sofra os efeitos da sentença. Finalmente, em casos limítrofes à jurisdição contenciosa, trata-se efetivamente de regular relação intersubjetiva entre o autor e o réu, advindo a qualificação da hipótese como de jurisdição voluntária da exclusão da idéia de direito subjetivo. É o caso, v.g., da separação de corpos concedida sem caráter cautelar. O marido é expulso do lar, concedendo-se à mulher o uso exclusivo da morada comum, sem afirmar-se di-

reito subjetivo seu, porquanto o marido pode até mesmo ser o proprietário único do imóvel.

Porque não se trata de tutelar direitos subjetivos, o juiz, na jurisdição voluntária, não está obrigado a observar o critério da legalidade estrita (CPC, art. 1.109). Critérios de conveniência ou de oportunidade podem ser levados em consideração. Como corolário, da jurisdição voluntária não decorre coisa julgada material. A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes, diz o art. 1.111 do Código de Processo Civil.

“A jurisdição voluntária”, ensina Ovídio Baptista da Silva, “distingue-se da contenciosa em que na primeira não há jurisdição ‘declarativa’ de direitos, o que é responsável pela ausência de coisa julgada, determinada pela maior relevância da eficácia constitutiva da sentença proferida em processo de jurisdição voluntária, justamente em detrimento da eficácia declaratória” (*Curso*, cit., v. 1, p. 36). Na sentença constitutiva, proferida em sede contenciosa, o juiz declara que a mudança “devia” produzir-se porque presentes os pressupostos legais.

Distingue-se, assim, a sentença constitutiva necessária, proferida em processo de jurisdição contenciosa, da sentença também constitutiva, produzida em processo de jurisdição voluntária. Também Chiovenda já observara: “encontramos no campo do processo, vale dizer, na jurisdição (contenciosa), sentenças constitutivas também, isto é, às quais se prendem novos estados jurídicos, e isso para alguns representa uma dificuldade. Mas as sentenças constitutivas contêm a atuação de um direito à constituição de um novo estado jurídico, direito correspondente a um sujeito jurídico contra outro. Pelo contrário, a constituição ou desenvolvimento de estados jurídicos, ocorrente na jurisdição voluntária, não atua um direito correspondente a *Tício* contra *Caio*” (*Instituições*, cit., v. 2, p. 19).

Em suma: na sentença constitutiva proferida em processo de jurisdição contenciosa, o juiz declara e constitui, sendo a eficácia declaratória suficientemente forte para que se produza coisa julgada material. Na sentença constitutiva proferida em processo de jurisdição voluntária, é mínimo o efeito declaratório, o que explica a ausência de coisa julgada. Não se afirma, por exemplo, que o nomeado tenha direito subjetivo à tutela.

Às vezes há tão-só declaração de que foram preenchidos os requisitos legais e, eventualmente, também da conveniência do ato, como ocorre na autorização para alienação de imóvel de incapaz.

Quanto aos atos administrativos: comportam, mas não exigem, a presença de partes, quer em sentido material, quer em sentido formal. São, de regra, praticados de ofício. Visam à tutela de interesses públicos ou difusos.

O art. 1.104 do Código de Processo Civil exige provocação do interessado ou do Ministério Público, mesmo em procedimento de jurisdição voluntária. Todavia, havendo urgência, bem como nos casos de tutela de pessoas incertas, “admite-se e até se exige a iniciativa judicial, como acontece nas alienações judiciais, herança jacente, arrecadação de bens de ausentes e alguns outros procedimentos mantidos pela forma do Código de 1939 (Ernane Fidélis dos Santos, *Introdução ao direito processual civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 23).

Aplicam-se “na jurisdição voluntária os mesmos princípios da capacidade processual, contidos no Título II do Livro I. Ressalva-se, porém, em alguns casos, pela própria natureza da matéria, a necessidade de se alargar a capacidade de requerer em juízo, como acontece na emancipação requerida pelo menor e nos casos de suprimimento para casamento, quando injustamente haja discordância dos pais” (*Introdução*, cit., p. 24).

O art. 1.109 estabelece não estar o juiz, na jurisdição voluntária, obrigado a observar critério de legalidade estrita. “No entanto, é preciso que se acautele, com máximo rigor, no entendimento do que seja ‘critério de legalidade estrita’. Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que tal faculdade não quer significar permissão de praticar ilegalidade. Em segundo lugar, o abandono do critério de legalidade estrita só se pode verificar quando não fira direitos subjetivos dos interessados. Em consequência, a conclusão a que se chega é que o abrandamento da legalidade estrita só é autorizado nos casos de se permitir ou de se determinar prática, sem a formalidade que não lhe seja da essência, ou melhor dizendo, que não se integre na substância do ato. Como exemplo, podemos citar a possibilidade de dispensa de venda em hasta pública de bens pertencentes a incapazes tutelados e curatelados. Outro exemplo, nomeação de tutor ou curador, sem obedecer à gradação estabelecida na lei civil” (*Introdução*, cit., p. 25 e 29).

Da sentença proferida em processo de jurisdição voluntária não cabe ação rescisória, mas a de anulação do ato jurídico. "Um exemplo de caso concreto esclarece melhor a questão: A esposa requereu ao juiz suprimimento judicial, para poder vender imóvel do casal, sem anuência do esposo. Alegou que ele estava em lugar incerto e não sabido, citando-o por edital. Cumpridas as fases procedimentais, o juiz deferiu o pedido e a venda foi realizada, mediante expedição de alvará, após o trânsito em julgado. Posteriormente, apareceu o marido e, alegando nunca ter estado em lugar incerto e não sabido, pretendeu a rescisão da sentença. Teve ele seu pedido indeferido liminarmente, pois a ação adequada para o caso seria não a rescisão da sentença autorizativa da venda, mas a de anulabilidade do próprio negócio jurídico, com fundamento em vício do procedimento de jurisdição voluntária que concluíra pela autorização do contrato" (*Introdução*, cit., p. 43-4).

Em conclusão: a jurisdição contenciosa se vincula à existência de direitos subjetivos (direitos a uma prestação ou direitos formativos). Daí a existência necessária de partes em sentido material, isto é, dos sujeitos da relação intersubjetiva que será regulada por um terceiro imparcial, o juiz; na jurisdição voluntária não se trata de tutelar direitos subjetivos, mas de proteger interesses legítimos. Da inexistência de direitos subjetivos decorre o afrouxamento do princípio da legalidade, admitindo-se que o juiz decida por razões de conveniência e oportunidade, sem que se trate de atividade administrativa, porque pertinente a interesses "privados".

A passagem da jurisdição contenciosa para a voluntária depende das concepções dominantes em uma dada sociedade, a respeito da existência ou inexistência, no caso, de direitos subjetivos. Assim, pode-se conceber a tutela ou a posse dos filhos como direito subjetivo do tutor ou do pai, caso em que as decisões judiciais concernentes à nomeação e remoção de tutor e à guarda dos filhos se enquadrariam na jurisdição contenciosa. Pode-se, pelo contrário, entender que, em se tratando de crianças, não têm os pais ou tutores verdadeiros direitos subjetivos sobre elas, porque crianças não são coisas, não são objeto de direitos. Nesse caso, as decisões concernentes à nomeação e remoção de tutor e à guarda dos filhos melhor se enquadram na jurisdição voluntária.

Em alguns casos, a jurisdição voluntária se volta à tutela de pessoas incertas. Enquadram-se, aí, os casos do nascituro, dos tes-

tamentos de um modo geral, da herança jacente e das coisas vagas, em que não há lide. No caso particular da busca e apreensão de testamento, o que falta é a finalidade de tutela de direito subjetivo. Na hipótese de remoção de testamentário, não se cogita nem de lide nem de direito subjetivo.

Em outros casos, a jurisdição voluntária se volta à tutela de incapazes. Enquadram-se, aí, os casos do pátrio poder, da busca e apreensão de incapaz, da família substituta, da curatela, da ausência, de alienação de imóveis de incapazes, da emancipação e do casamento de menores, em que não se visa à tutela de direito subjetivo e em que, de regra, tampouco nos deparamos com lide.

Terceira categoria compreende os casos em que a jurisdição voluntária se apresenta como participação do juiz em atos privados que constituem exercício de faculdades jurídicas ou manifestações da capacidade de agir, bem como a atividade judicial dirigida à documentação ou publicidade de fatos jurídicos. Enquadram-se, aí, os casos dos registros públicos, das fundações, do casamento, da alienação de imóveis do cônjuge, da extinção do usufruto, dos protestos, da separação e divórcio consensuais, da alienação de quinhão em coisa comum e da especialização de hipoteca legal, em que falta o elemento "lide". A separação de corpos, conforme a concepção que dela se tenha, entra nessa categoria, por ausência de direito subjetivo, podendo ou não haver lide.

Quarta categoria compreende os casos em que a jurisdição se volta à tutela da prova de fatos jurídicos. Enquadram-se, aí, a justificação, por ausência de lide, a produção antecipada de provas, quando preparatória de processo de jurisdição voluntária, e a exibição de documento para apropriação de dados, esta por ausência de direito subjetivo à exibição.

Temos, por fim, o caso do benefício da assistência judiciária, com que se trata de suprir não a incapacidade jurídica, mas financeira, do beneficiado.

Temos, pois, a seguinte classificação:

- 1) tutela de pessoas incertas;
- 2) tutela de incapazes;
- 3) tutela em atos da vida privada;
- 4) tutela da prova de fatos jurídicos;
- 5) assistência judiciária.

Um estudo dos processos de jurisdição voluntária em espécie o leitor poderá encontrar em nosso *Jurisdição voluntária*, Rio de Janeiro, Aide, 1991.

7. CONCLUSÃO

Sem a pretensão de uma definição “perfeita”, tenho que a jurisdição se apresenta, na atualidade, sob três formas distintas:

a) Em primeiro lugar, temos a jurisdição em sua forma clássica, como atividade do Estado preposta à tutela de direitos subjetivos, públicos ou privados, quer se trate de direitos de crédito, quer de direitos formativos.

Enquadra-se nessa categoria a ação declaratória da autenticidade ou falsidade de documento. Se o documento não serve à prova de direito nenhum, o autor é carecedor de ação, por falta do interesse de agir.

b) Em segundo lugar, temos as hipóteses de tutela de interesses públicos, mediante ação.

Em princípio, o Estado tutela o interesse público através da atividade administrativa. Há, contudo, casos que tendem a ser cada vez mais numerosos, em que se prefere a via jurisdicional.

Integra-se nesse grupo, em primeiro lugar, a ação penal. O interesse público de punir, isoladamente considerado, seria mais bem atendido mediante atividade administrativa. Prefere-se, porém, a via jurisdicional, a fim de se tutelar também o interesse individual do acusado de se subtrair à imposição da pena. Aí o cerne da profunda diferença entre a jurisdição civil e a penal: a jurisdição civil existe em função da ação; a jurisdição penal, em função da defesa.

Também tutelam interesses públicos ou difusos: a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, a ação civil pública, a ação popular e o mandado de injunção.

Não há identidade entre a tutela de direitos subjetivos e a de interesses públicos, embora uma e outra se enquadrem na ampla categoria da jurisdição contenciosa. É preciso, por isso, certo cuidado, para não se transpor indevidamente princípios próprios de uma categoria para a outra.

c) Temos, por fim, a jurisdição voluntária, atividade do Estado preposta à tutela de interesses privados.

Sob outro aspecto, temos que a jurisdição pode ser definitiva, mediante cognição ou mediante execução. E pode, também, ser provisória, caso da chamada tutela cautelar.

A jurisdição voluntária se exerce mediante atividade de cognição, mas sem a característica de imutabilidade, o que torna, quanto a ela, menos útil a distinção entre tutela definitiva e tutela provisória. Inegável, contudo, a existência de medidas cautelares de jurisdição voluntária (v.g., a liminar de suspensão da tutela, CPC, art. 1.197). O que não há é execução de jurisdição voluntária.

Podemos, então, traçar o seguinte esquema:



Capítulo V

AS TEORIAS DA AÇÃO

Sumário: 1. Teoria civilista. 2. Teoria do direito abstrato. 3. Teoria do direito concreto. 3.1. A ação de Botelho de Mesquita. 4. Teoria de Liebman. 5. A relatividade do conceito de ação (ação e ideologia). 6. Resumo e conclusão.

Numerosas teorias têm procurado explicar o que é a ação, sua essência e sua natureza jurídica. Destacam-se:

- a) a teoria civilista;
- b) a teoria do direito abstrato de agir;
- c) a teoria do direito concreto de agir;
- d) a teoria de Liebman, acolhida por nosso Código de Processo Civil.

1. TEORIA CIVILISTA

É a mais antiga. A ação mal se distingue do direito subjetivo a que visa assegurar. É uma qualidade ou um estado do direito: é o próprio direito subjetivo reagindo a uma violação. É o direito de buscar em juízo o que nos é devido: “*Jus quam sibi debeatur in iudicio persequendi*” (Celso).

Ensinava-se que não há ação sem direito e que, por outro lado, a todo o direito corresponde uma ação que o assegura. Sino sem badalo, eis o que seria um direito sem ação, um direito que não se pudesse fazer valer em juízo.

Savigny e, entre nós, João Monteiro são representantes ilustres dessa linha de pensamento. Deste, a seguinte lição:

“... todo direito violado, ou meramente ameaçado, logo manifesta uma força reativa própria, que o põe virtualmente em estado de defesa. Daqui vem a primeira idéia de ação, cujo germe é este: uma relação de direito preexistente e sua negação. *Ação (actio juris)* é a reação que a força do direito opõe à ação contrária (*violatio juris*) de terceiro; é um movimento de reequilíbrio; é um remédio.

O fundamento jurídico da ação é o próprio direito violado, e o seu momento funcional a mesma violação por parte de pessoa determinada. Esta violação cria um vínculo de direito idêntico a uma obrigação, da qual é sujeito ativo o titular da relação de direito, e sujeito passivo, o seu violador.

Pescatore, tendo definido *ação* a garantia judiciária de um outro direito, acrescenta: 'Dizendo que ação é a garantia judiciária de um outro direito, evidentemente pressupomos que existem direitos sem ação, e tais são aqueles aos quais se nega a garantia judiciária, ou porque pela lei do Estado estejam privados de qualquer garantia, ou porque a mesma lei lhes haja tão-somente concedido as garantias administrativas e políticas, excluída a intervenção da autoridade judiciária'.

Conceito de fácil refutação este de figurar *direitos privados de qualquer garantia*. Mas esses não são direitos.

Garsonnet, concordando com que a idéia de direito contém necessariamente a idéia de ação, ou, por outra, que a ação não é outra coisa senão o direito mesmo, que permanece, por assim dizer, passivo enquanto não é contestado, mas que se põe em movimento logo que o é, pondera que a expressão *direitos e ações*, usada algumas vezes pela lei, é um pleonasma.

A clássica lição de Savigny maravilhosamente enfeixa o assunto: 'Todo o direito, em consequência de sua violação, toma imediatamente o aspecto que passo a descrever. No conjunto dos nossos direitos, uns existem perante todos os homens, os outros se referem unicamente a certos indivíduos determinados, e as obrigações têm essencialmente este caráter. Mas a violação dos nossos direitos só é concebível mediante fato de pessoa determinada, fato que estabelece entre nós e essa pessoa uma relação de direito especial nova. Este processo a exercer contra uma determinada pessoa, por um objeto determinado, tem, portanto, o caráter de uma obrigação; aquele que sofreu a violação e aquele que a cometeu, ou o autor e o réu, se acham na posição respectiva de um credor e de um devedor. Enquanto esta nova relação se mantém no estado de possibilidade e ainda não determinou ato algum da parte lesada, não a podemos considerar como uma obrigação verdadeira e perfeita. É um germe suscetível de se transformar, por seu desenvolvimento natural, em verdadeira obrigação. Esta relação, resultante da violação, isto é, o direito conferido à parte lesada, se chama *direito*

de ação ou ação'” (João Monteiro, *Curso de processo civil*, 2. ed., São Paulo, Duprat, 1905, v. 1, p. 85-93).

Modernamente, usa-se a palavra “ação” de preferência no sentido de ação processual, isto é, de invocação do ofício do juiz (provocação da jurisdição). É o que João Monteiro denominava “ação em sentido objetivo”. Dizia o ilustre professor paulista:

“Pretender definir *ação* por uma forma única é, ou cair no vício de Manfredini, que, dando uma definição de metro e meio, antes disserta do que define, ou incidir no erro de lógica: deixar fora da definição parte do definido.

É por isso que preferimos, ao determinar analiticamente a idéia de ação, decompô-la em suas diversas acepções para definir cada uma separadamente.

O vocábulo jurídico *ação* pode ser considerado em três acepções diferentes, a saber:

I. Acepção *subjettiva* — significando o próprio direito reagindo contra a ação contrária de terceiro, ou a faculdade de defendê-lo judicialmente. Não é um direito independente, como quer Savigny, nem tampouco um *acrescentamento* ou uma *anexação* a um direito, como pretende Puchta, mas é parte integrante do direito mesmo.

II. Acepção *objetiva*, ou o ato da defesa judicial. É o ato pelo qual se invoca o ofício do juiz para que afirme a existência de uma relação de direito contestada ou simplesmente ameaçada.

III. Acepção *formal*, ou o modo prático desta defesa. Neste sentido, *ação ou processo, demanda, pleito*, entra no quadro da euremática forense ou jurisprudência prática.

Na primeira daquelas acepções, *ação* é uma fase da própria relação de direito violada, e a definimos — *a virtude própria a cada direito de se afirmar por meio da força social*.

Neste sentido é completa a definição da Instituta: *‘actio nihil aliud est quam jus persecuendi in iudicio quod sibi debetur’*” (João Monteiro, *Curso*, cit., p. 85-93).

Como se observa, não há um abismo entre o pensamento atual e o de João Monteiro. Nossa contraposição entre a ação de direito material e ação processual corresponde aproximadamente à que ele fazia entre ação na acepção subjetiva e ação na acepção objetiva.

Definida a ação (de direito material) como um direito de crédito contra o adversário, surgia alguma dificuldade com relação às ações reais, que se afastava com a consideração de que a violação do direito real criava uma situação análoga a de um credor em face de seu devedor. Assim, o proprietário injustamente destituído da posse da coisa tem o direito de exigi-la do possuidor.

Depois de anotar que alguns escritores censuravam a definição da Instituta, concluiu João Monteiro: “Não há motivo para a censura porque, historicamente, se demonstra a correção da Instituta; porquanto, havendo Celso definido a ação *jus perseguendi in judicio quod sibi debetur*, o vocábulo *actio* tinha, na tecnologia da época, um sentido restrito, pois que então *deberi* somente compreendia as *obligationes*, excluindo as *actiones in rem*; mas ao tempo de Justiniano, a expressão *deberi* se havia generalizado, abrangendo toda pretensão, qualquer que fosse a sua causa; ora, Justiniano não podia ignorar as diferenças históricas acima aludidas; logo, copiando literalmente a definição de Celso, teve em vista enquadrar na mesma definição também as ações *in rem*” (João Monteiro, *Curso*, cit., p. 85-93).

A assimilação da ação aos direitos de crédito era ao mesmo tempo causa e consequência de que, ao se falar em ação, pensava-se sempre em ação condenatória (condenação do réu a pagar certa quantia em dinheiro ou a fazer ou não fazer alguma coisa).

A teoria civilista da ação explodiu com a revelação da existência da ação declaratória negativa que, por visar precisamente à declaração da inexistência de relação jurídica, não podia ser concebida como estado de um direito subjetivo violado.

Abandonada a teoria civilista, pela necessidade de se distinguir ação e direito subjetivo, e afirmada, como consequência, a autonomia da ciência processual, a preocupação dos juristas especializados em processo voltou-se sobretudo para a ação declaratória.

2. TEORIA DO DIREITO ABSTRATO

Também os autores que se filiam a essa corrente vêem na ação (processual) um direito de crédito, distinto, porém, do eventual direito subjetivo que venha a resguardar. Dele se distingue sobretudo pela circunstância de que é um direito de crédito contra o Estado. É um direito público subjetivo: direito à jurisdição; direito à prestação jurisdicional do Estado, direito à sentença, isto é, direito a uma resposta do Estado, qualquer que seja o seu conteúdo.

A denominação “direito abstrato” deriva da circunstância de que a ação independe da existência de um direito subjetivo concreto (basta que se alegue sua existência e, na ação declaratória negativa, o que se pede ao juiz é exatamente que se declare a *inexistência* de direito subjetivo da parte adversa).

Degenkolb, Rocco, Rosenberg, Pontes de Miranda e Couture são alguns dos defensores dessa teoria. Deste último é a lição que segue:

“Degenkolb nos mostrou de que maneira a ação civil, autônoma em relação ao direito, pode carecer de fundamento. Quando o autor promove a demanda ante o tribunal, pode não ter razão e, apesar disso, ninguém lhe porá em dúvida o direito de se dirigir ao órgão judiciário, pedindo-lhe uma sentença favorável. O demandado poderá negar o seu direito e obter, até mesmo, uma sentença nesse sentido. Mas nunca lhe tolherá o direito de comparecer ante o tribunal. Este é um direito que pertence mesmo àqueles que não têm razão.

Seria, realmente, milagroso, se não fosse um fato familiar na vida dos tribunais, que durante o processo a razão não pertença a ninguém. Só a sentença o decidirá. A incerteza é inerente a esse fenômeno jurídico chamado *processo*.

Muitos anos depois de ter publicado seu primeiro livro, Degenkolb modificou seu critério, exigindo que o demandante, para que tivesse o poder de acionar, se julgasse, sinceramente, armado de direito. Tais vacilações, porém, não eram necessárias e seu pensamento, com elas, perdeu a clareza. Também o autor malicioso, o *improbis litigator*, aquele que bem sabe não ter razão, pode, mesmo assim, recorrer aos tribunais, por sua conta e risco, submetendo-se às responsabilidades que lhe imponha o uso abusivo do direito de acionar” (Eduardo J. Couture, *Introdução ao estudo do processo civil*, Rio de Janeiro, Konfino, s.d., p. 22-3).

Singulariza o pensamento de Couture o enquadramento da ação na ampla categoria do direito constitucional de petição:

“Embora a palavra ação tenha tido, no decurso dos anos, significados variáveis e apesar de, no direito contemporâneo, ainda ter múltiplas e diferentes acepções, parece hoje necessário admitir que há certa concordância em se considerar a *ação* como um poder jurídico do autor de provocar a atividade do tribunal. A ação,

enfim, em seu sentido mais estrito e decantado, é só isso: *um direito à jurisdição*.

Se é assim, qual será a natureza desse direito?

Após minhas meditações sobre esse ponto doutrinário, que foi minha preocupação inicial nos estudos que empreendi há tantos anos e que ainda não abandonei, creio hoje poder afirmar que o direito de recorrer ao tribunal pedindo algo contra outrem é um *direito de petição*, no sentido que se dá a este direito nos textos constitucionais.

.....

Essa petição é efetivada mediante distintos recursos técnicos. Ante o Poder Executivo, mediante as solicitações diretas, ou mediante os diversos recursos do contencioso administrativo contra os atos da administração; ante o Poder Legislativo, mediante as petições ao Parlamento; e quando a petição é dirigida ao Poder Judiciário adquire, finalmente, o nome de *ação civil*. Nada impede, por outra parte, que tenha esse mesmo caráter, em seu setor específico, a ação penal. Nesta, entretanto, a iniciativa dos órgãos do Poder Público lhe dá aspectos diferentes.

Ao fim desta larga exposição, chegamos, pois, à idéia fundamental de que o direito de ação ou ação judiciária é uma espécie da qual o direito de petição é o gênero. Ou seja, um direito de petição configurado com traços peculiares” (Couture, *Introdução*, cit., p. 29-32).

A idéia de que o autor estaria a exercer um direito contra o Estado, mesmo não tendo, contra o adversário, o alegado direito subjetivo, a cuja proteção se destinava a ação, chocou a muitos juristas. Pareceu-lhes um absurdo a ação como “direito dos que não têm razão”.

Disse Liebman: “na sua extrema abstração e indeterminação, tal direito (abstrato), não tem relevância alguma na vida e no funcionamento prático do processo porque, cabendo a qualquer um e em qualquer circunstância, não permite distinguir caso e caso, nem estabelecer uma ligação entre o processo e a hipótese concreta em virtude da qual existe. Tal direito não é verdadeiro direito, senão reflexo da instituição de juízes e tribunais”.

Continuou-se, pois, na busca de um conceito de ação, procurando-se uma idéia que não a confundisse com o direito subjetivo, como ocorria na teoria civilista, mas que tampouco importasse na

afirmação de um direito de quem não tem direito algum, como ocorria com a teoria do direito abstrato.

Surgiu, então, a teoria do direito concreto de agir.

3. TEORIA DO DIREITO CONCRETO

Conforme Adolf Wach (*La pretensión de declaración*, trad. da ed. de 1889, Buenos Aires, Europa-América, 1962, cap. II, p. 39-63), a ação se dirige contra o Estado, que deve outorgar proteção, e contra a parte adversa, em face de quem deve ser outorgada dita proteção. É o direito público subjetivo *de quem tem razão*, a fim de que o Estado lhe outorgue a tutela jurídica, mediante pronunciamento favorável.

Conforme Chiovenda, a ação é um direito potestativo que o autor, que tenha razão, exerce em face do réu, podendo tanto ser pública quanto privada.

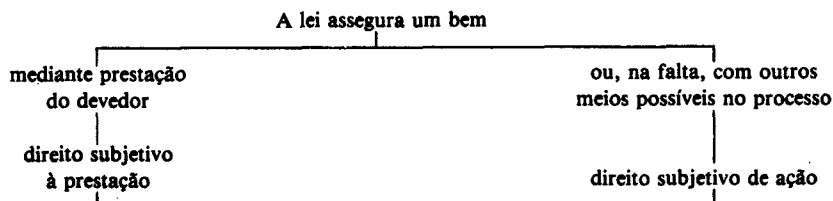
Para nós, no Brasil, é sobretudo a formulação chiovendiana da teoria do direito concreto de agir que importa.

Giuseppe Chiovenda é o fundador da “nova escola processual italiana”. A primeira edição de seus *Princípios* é de 1906 e a das *Instituições* é de 1933.

Preocupou-se Chiovenda com distinguir a ação do direito subjetivo e negá-la aos que não tivessem razão. Essa, aliás, a diferença fundamental entre as teorias do direito concreto (só tem ação quem tem razão) e as do direito abstrato (a ação como direito inclusive dos que não têm razão).

A autonomia da ação é demonstrada por Chiovenda de duas formas:

a) Pela diferença de conteúdo entre a ação e o direito subjetivo. Este tende a uma prestação do devedor; aquela, a uma atividade do órgão jurisdicional, segundo o seguinte esquema:



b) Pela indicação de casos em que há ação, embora não haja direito subjetivo a ser satisfeito:

- ação declaratória, especialmente a negativa;
- ação cautelar;
- execução provisória;
- ação popular;
- ação penal privada (não há direito subjetivo à punição);
- ação possessória (concebida a posse como fato, e não como direito).

Disse Chiovenda: "... a ação é um dos direitos que podem fluir da lesão de um direito; e eis como ela se apresenta na maioria dos casos: como um direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo.

Contudo, essa, que constitui mera conexão, conquanto estreita, foi, em certo tempo, exagerada ao ponto de se resolver numa *confusão* dos dois conceitos, a lesão dos direitos e a ação. Dominava, a essa altura, uma concepção estritamente privada do processo, considerado como simples instrumento a serviço do direito subjetivo, como um instituto servil ao direito substancial, mesmo como uma relação de direito privado. A primeira consequência dessa maneira geral de entender o processo manifestava-se na doutrina da ação. Encarava-se a ação como um elemento do próprio direito deduzido em juízo, como um poder, inerente ao direito mesmo, de reagir contra a violação, como o direito mesmo em sua tendência a atuar. Confundiam-se, pois, duas entidades, dois direitos absolutamente distintos entre si. Nem era isenta desse defeito a doutrina que definia a ação como o direito novo oriundo da violação do direito e tendo por conteúdo a obrigação do adversário de fazer cessar a violação (Savigny), pois que, também aí, se confundia a ação com aquele direito a uma nova prestação, que pode decorrer da lesão do direito, mas que, exatamente porque tende também a uma prestação, pode ser satisfeito pelo devedor, enquanto a ação é um poder de realização da vontade concreta da lei, que prescinde da vontade e da prestação do réu.

Diversos fatores concorreram à formação das modernas teorias que, edificando sobre bases diferentes a doutrina da ação, forneceram a pedra angular da hodierna doutrina geral do processo.

Foi, de um lado, a renovação dos estudos do direito público, determinada por causas de ordem histórica, cultural, política, no princípio do século XIX, que induziu os pesquisadores a considerar o processo como campo de uma função e de uma atividade estatal, no qual prevalece e domina a pessoa dos órgãos jurisdicionais e a finalidade da atuação, não tanto dos direitos dos indivíduos, quanto da vontade da lei. Foi, de outro lado, a renovação, ocorrente no mesmo período, dos estudos do direito romano que assinalou entre seus mais importantes episódios o trabalho de Windscheid sobre a *actio* romana (1856) e a conseqüente polêmica sustentada com Muther. Esses estudos conduziram a diferenciar nitidamente o direito à prestação em sua direção pessoal determinada (*anspruch*, pretensão) — que, segundo apuramos, equipara, no limiar do processo, os direitos absolutos e relativos, reais e pessoais — do direito de ação, como direito autônomo, tendente à realização da lei por via do processo. O reconhecimento dessa autonomia tornou-se completo com Adolf Wach, que em seu *Manual* e na monografia fundamental sobre a ação declaratória (*Der Feststellungsanspruch*, 1888) demonstrou que a ação, tanto quando supre a falta de realização que, por lei, se deveria verificar mediante a prestação de um devedor, como, e principalmente, nos numerosíssimos casos em que colima a realização de uma vontade concreta da lei, tal que não deve nem pode realizar-se por outra via a não ser o processo, é um direito que se constitui por si e claramente se distingue do direito do autor tendente à prestação do réu devedor.

Quando, porém, Wach assim demonstrava, a categoria dos direitos potestativos era ainda quase ignorada pela doutrina, e, reduzido a inserir ainda a ação no quadro dos direitos a uma prestação, o escritor alemão configurou como devedor em face da ação o Estado e como prestação devida pelo Estado a tutela jurídica; pelo que definiu a ação como ‘o direito daquele a quem se deve a tutela jurídica’.

.....

Pode-se, porém, duvidar se existe um direito à tutela jurídica *contra* o Estado, o que presumirá um conflito de interesse entre Estado e cidadão, quando dar razão a quem a tem é interesse do próprio Estado, a que o Estado provê permanentemente com a instituição dos juízes.

Se, pois, se considera que o próprio Wach admite que o direito à tutela jurídica se dirige também contra o adversário, o qual, conforme sua eficaz demonstração, a nada é obrigado em frente à ação, vê-se claramente que já o conceito do tratadista alemão desbordava do campo dos simples direitos a uma prestação.

Se a doutrina de Wach contém um grande fundo de verdade, ao pôr em evidência a autonomia da ação, devem-se, não obstante, reconhecer como exagero inaceitável dessa idéia de autonomia da ação aquelas teorias que, de um ou de outro modo, revertem ao conceito do denominado direito abstrato de agir, conjecturado como simples possibilidade jurídica de agir em juízo, independentemente de um êxito favorável. Teorias tais, passíveis de alguns sequazes inclusive na Itália, têm origem, umas mais, outras menos, na doutrina de Degenkolb, o primeiro a definir a ação (1877) como 'um direito subjetivo público, correspondente a qualquer que, de boa-fé, creia ter razão a ser ouvido em juízo e constranger o adversário a apresentar-se'. Entretanto, o próprio fundador de tal teoria abandonou-a, reconhecendo que um direito de agir, correspondente, não a quem tem razão, mas a qualquer que a creia ter, não é um direito subjetivo, senão mera faculdade jurídica. Não há dúvida de que qualquer pessoa tenha a possibilidade material e também jurídica de agir em juízo; mas essa mera possibilidade não é o que sentimos como ação, quando dizemos: 'Tício tem ação', pois, com isso, entendemos indicar o direito de Tício de obter um resultado *favorável* no processo.

Quanto a mim, que comecei a ocupar-me desses problemas quando a categoria dos direitos potestativos estava já largamente estudada na doutrina, não tive dificuldade, com o subsídio de semelhantes estudos, em ser o primeiro a inscrever a ação naquela categoria: recolhendo a parte substancial da teoria de Wach, defini a ação como um 'direito potestativo' (1903).

Observei que, se em verdade a coação é inerente à idéia do direito; se em verdade a vontade concreta da lei, quando o devedor deixa de satisfazê-la com sua prestação, tende à sua atuação por outra via, e que, mesmo em numerosíssimos casos, há vontades concretas de lei cuja atuação só se concebe por obra dos órgãos públicos no processo; todavia, normalmente, esses órgãos só a pedido de uma parte podem prover à atuação (*nemo iudex sine actore*), de modo que, normalmente, a atuação da lei depende de

uma *condição*, a saber, da manifestação de vontade de um indivíduo; e diz-se que esse indivíduo tem *ação*, querendo dizer-se que tem o poder jurídico de provocar, com seu pedido, a atuação da vontade da lei.

A ação é, portanto, o *poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei*. Definição que, bem examinada, coincide com a das fontes: *nihil aliud est actio quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*, onde é evidentíssima a contraposição do direito ao que nos é devido ao direito de conseguir o bem que nos é devido mediante o juízo (*ius iudicio persequendi*).

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade de lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública” (Giuseppe Chiovenda, *Instituições*, cit., v. 1, p. 20-4).

Liebman critica a teoria do direito concreto:

Essa teoria é claramente o resultado de uma visualização do processo do só e restrito ponto de vista do autor que tem razão; e, como tal, põe em relevo apenas um aspecto da realidade: aquele de quem, tendo sofrido uma lesão ou ameaça a direito seu, sabe que pode, com um ato de vontade, pôr em movimento o processo e obter assim a produção de efeitos jurídicos próprios à tutela de seu direito.

Limitado deliberadamente o campo de observações apenas às partes, pode-se visualizar, ao lado da relação jurídica obrigacional que há entre as partes, a existência em uma delas do poder de obter — se necessário — um provimento judicial em face da outra, apto à tutela de seu direito. Desse ponto de vista é em certo sentido secundário o fato de que tal efeito não seja produzido diretamente pelo interessado, mas através do juiz.

Para o autor, naturalmente não é indiferente que a sentença lhe seja favorável ou desfavorável; e se compreende que ele, sem ter em conta a circunstância de que o processo existe exatamente para que se indague dos fundamentos de sua pretensão, considere um direito apenas a ação *fundada*, que origine um provimento fa-

vorável. Quão enganoso lhe pareceria um direito cujo resultado prático viesse a prejudicá-lo, levando até a arrepender-se de havê-lo exercido!

Assim, ignorando de um lado a função do juiz e prescindindo de outro da laboriosa atividade que se deve levar a cabo no processo para verificar se a ação é fundada ou infundada, pode-se imputar diretamente ao autor o efeito final e ver na ação um vínculo direto entre parte e parte, tendo por conteúdo um provimento favorável ao autor.

Mas, para assim se explicar a ação, é preciso olhar o processo de fora, como se fora uma caixa preta, de que importasse conhecer como pô-la em movimento e observar, depois de certo tempo (ai de nós, em geral após longo tempo!) como sai um produto acabado e perfeito. Ora, este modo de observar o fenômeno é permitido a todos, menos ao estudioso do processo, e pode situar-se em qualquer lugar que seja, menos na teoria do processo. Esta de fato tem por finalidade estudar como está construído o mecanismo e como efetivamente funciona; deve portanto olhá-lo de dentro e considerar todos os seus elementos componentes e todos os sujeitos que o compõem.

Ver-se-á então que esse não é um instrumento inanimado que o interessado possa manejar como queira, porque resulta da atividade combinada de outros, entre os quais o juiz, pessoa e não coisa, sujeito e não objeto, órgão de uma função soberana que se desenvolve no processo segundo suas regras e exigências próprias.

A essência da ação encontra-se exatamente no vínculo que se estabelece entre a iniciativa do autor e o exercício em concreto da jurisdição, residindo pois na necessidade e eficácia da invocação para que o juiz “proceda”, e diz respeito à essência do processo a determinação pelo juiz do conteúdo positivo ou negativo de seu provimento final. Quem prescinde desses dois aspectos do problema se arrisca a construir um conceito de ação em que está ausente a ação, uma teoria do processo que ignora o processo.

Entre o direito da parte e a conseqüente atividade do juiz vir-se-ia a estabelecer como que um muro impenetrável, como se fossem coisas destacadas, sem nexos entre elas, correndo sobre planos diversos e destinadas a não se encontrar jamais. O processo pelo contrário é um engenho unitário em que se integram e se fundem

esses vários elementos, cujas relações recíprocas devem ser precisamente definidas.

Embora seja verdade que a ação visa a produzir um determinado efeito jurídico em face do adversário, certo é que esse efeito decorre do provimento do juiz e que, portanto, a ação, enquanto direito, tem por objeto imediato esse provimento e se dirige contra quem pode e deve emití-lo, isto é, o juiz, na sua qualidade de órgão do Estado. A ação, portanto, é um direito ao meio, não ao fim, e isto em dois sentidos diversos, o de seu conteúdo e o de sua direção, que são dois aspectos de uma única relação.

Em primeiro lugar, a lei confere o direito aos atos destinados a atuar a tutela jurídica, mas não garante o êxito, isto é, a efetiva concessão da tutela, porque o conteúdo concreto do provimento depende de condições objetivas de direito substancial e processual e da avaliação que o juiz fará, condições todas que fogem ao controle da vontade do autor. Este tem, sim, direito a ver conhecidas e examinadas as suas razões, mas não tem direito a que se lhe dê razão. Se isso é verdadeiro para o processo de cognição, não o é menos para o processo de execução, ainda que de modo menos claro, porque o resultado final depende sempre indiretamente da existência do direito do credor. Isso todavia não impede que a ação executiva seja exercitada também quando falte o direito e por isso também ela é abstrata.

Em segundo lugar, a ação é direito ao meio e não ao fim, porque a lei não outorga ao autor o poder de impor ao réu o efeito jurídico por aquele desejado. Ao Estado e só a ele pertence o poder de impor a sanção. Da fundamental igualdade dos cidadãos e da proibição do exercício das próprias razões decorre a existência de apenas duas vias para a aplicação de sanção: a voluntária sujeição da pessoa que deve sofrê-la ou a intervenção da autoridade pública. No direito romano clássico, e ainda hoje nos juízos arbitrais, a via escolhida é a primeira, mas no processo civil moderno se prescinde como regra de qualquer espécie de aceitação prévia ou sucessiva do sujeito passivo e se entrega tal função ao Estado. Conceber a ação como direito da parte contra a parte adversa, incluindo aí o resultado final da atividade do Estado, significa pôr o fim no lugar do meio e introduzir em um direito privado algo de todo estranho e de natureza profundamente diversa, ou seja, o exercício de um poder de natureza pública, pertencente a título originário aos órgãos da soberania do Estado.

A teoria do direito concreto, embora considere a ação como um direito autônomo e por isso existente também nos casos em que o autor não tenha um verdadeiro e próprio direito subjetivo substancial a satisfazer, contudo continua identificando a ação com a relação substancial existente entre as partes, ainda que visualizada sob um aspecto peculiar, enquanto direito à aplicação da sanção. Daí decorre que a ação continua a ser o próprio direito que se deduz em juízo. Todavia, a ação é verdadeiramente distinta do direito ou da relação jurídica substancial. É o direito instrumental por meio do qual se deduz em juízo a afirmação de um direito ou em geral de uma situação jurídica que se quer ver declarada ou tutelada (Enrico Tullio Liebman, *Problemi del processo civile*, Milano, Morano, 1962, p. 29-33).

3.1. A AÇÃO DE BOTELHO DE MESQUITA

Entre os defensores da teoria do direito concreto de agir se inscreve, entre nós, José Ignácio Botelho de Mesquita, com um posicionamento original e surpreendente.

Jurisdição, segundo esse autor, é a atividade, produtora de efeitos de fato e de direito, que o Estado exerce, em substituição à parte, à qual conferiu esse poder, vedando-lhe, porém, seu exercício pessoal.

Dessa proibição decorre, para o Estado, o dever de prestar a jurisdição e, para a parte, o direito de ação, isto é, o direito de exigir o cumprimento desse dever.

Entre o exercício do direito de ação e a prestação da atividade jurisdicional se interpõe o julgamento, cuja finalidade é proporcionar, ao Estado, a certeza sobre a existência de seu dever de prestar a jurisdição.

O direito ao julgamento, puro e simples, é direito à administração da justiça, que cabe a quem quer que se afirme titular do direito de ação e que com este não se confunde.

Segundo o fim a que se destina, a atividade jurisdicional classifica-se em constitutiva (de efeitos de direito material) e executória.

A sentença declaratória produz efeito apenas processual (elimina a liberdade estatal quanto à apreciação do direito) e se explica em função de exigências criadas pela própria existência da atividade jurisdicional.

A sentença condenatória se explica como pressuposto para o exercício da atividade jurisdicional.

Há, na ação cautelar, exercício do direito de ação, correspondente não ao direito que é ou será objeto do processo principal, mas ao direito à segurança do resultado procurado na ação principal.

O réu não exerce o direito de ação, mas seu direito não se limita à mera administração da justiça. Tem direito a que o Estado recuse a prestação jurisdicional (quando indevida). É isso que explica seu poder de se opor à desistência do autor e seu direito de valer-se da ação rescisória, para anular sentença contra ele proferida.

Em conclusão, a ação tem como objeto: *a*) o desenvolvimento da atividade sancionatória do Estado (execução); ou *b*) a constituição de título executório (condenação); ou *c*) a segurança de uma situação jurídica (sentença declaratória); ou *d*) a produção de outros efeitos de direito processual ou de efeitos de direito material (sentença constitutiva); ou, finalmente, *e*) a segurança do resultado de um processo futuro ou já em curso (sentença cautelar) (José Ignácio Botelho de Mesquita, *Da ação civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975).

O surpreendente da posição de Botelho de Mesquita está no colocar núcleo da jurisdição, não na atividade declaratória, como a unanimidade dos autores, mas na atividade constitutiva e executória desenvolvida pelo Estado.

Diz o processualista brasileiro:

“O defeito capital da teoria dominante parece-nos ser o de identificar a *jurisdição* com o *juízo*, esquecendo-se de que o juízo estatal é simples meio para se atingir um fim que está além dele e no qual verdadeiramente se explica a função jurisdicional.

Esta redução sofrida pelo conceito de jurisdição parece ter suas origens no amplo movimento descrito pela doutrina processual no segundo terço do século passado, que levou o processo a despregar-se do solo do direito material, em que mergulhara profundamente as suas raízes, para a partir daí passar a ter vida autônoma e fundar uma ciência própria.

A alavanca que iria proporcionar esse resultado foi encontrada na descoberta da autonomia da ação declaratória, passando todas as ações a serem explicadas através desta, do mesmo modo como a teoria até então dominante, fielmente espelhada no pensamento de Savigny, explicava o direito de ação através do que ocorria na ação condenatória julgada procedente.

A repercussão desse movimento pode ser ainda hoje observada na teoria atualmente dominante. Se reduzirmos todas as ações à ação meramente declaratória, verificaremos que a concepção de Liebman se mostrará quase que impecável.

Entendido como único efeito da sentença de mérito, a eliminação da incerteza jurídica, o elenco de condições da ação, proposto por Liebman, apresentar-se-ia como relação de elementos constitutivos de um direito à eliminação da incerteza jurídica; e, como o objeto desse direito não guarda qualquer relação com o interesse material da parte, sendo ao contrário objeto de um interesse pertencente por igual ao Estado e ao particular, puramente abstrato e genérico, passaria a ser perfeitamente compreensível o fato de inexistir um direito em sentido material, senão um simples poder de dar vida às condições de que a lei faz depender o exercício da função jurisdicional.

Vale dizer, à posição extremada de uma teoria que fazia da ação condenatória a ação típica sobreveio outra posição, não menos extremada, a fazer da ação declaratória o padrão pelo qual toda a ação deveria ser explicada” (José Ignácio Botelho de Mesquita, *Da ação civil*, cit., p. 82-3).

É uma pena que a teoria de Botelho de Mesquita não tenha a necessária coerência interna. Efetivamente, definida a ação como direito à jurisdição e reduzida esta à atividade constitutiva de direito material e executória, não se pode apontar, depois, como possível objeto da ação, a sentença declaratória (segurança de uma situação jurídica) e a condenação (constituição de título executivo).

4. TEORIA DE LIEBMAN

Enrico Tullio Liebman é “o pai da escola processual de São Paulo” (Niceto Alcalá-Zamora y Castillo); “o fundador da ciência processual brasileira” (Buzaid). Chegando ao Brasil, pouco antes de entrar em vigor o Código de Processo Civil de 1939, encetou o seu magistério na Faculdade de Direito de São Paulo, em 1941, ministrando aulas no curso de extensão universitária. Suas lições marcaram profundamente o Código de Processo Civil de 1973.

Nos escritos de Liebman nos deparamos com as seguintes idéias fundamentais:

1. A ação é um direito subjetivo instrumental e abstrato.
2. A ação se subordina a condições (interesse, legitimidade e possibilidade jurídica).
3. Ação e jurisdição se exigem mutuamente. São termos correlatos.
4. Jurisdição implica julgamento de mérito.
5. Faltando condição da ação, não há exame do mérito e, pois, tampouco há jurisdição.

Em seu *Manual*, disse Liebman:

No sistema das normas do direito processual (que são, como se viu, normas instrumentais) há posições subjetivas juridicamente relevantes, algumas ativas, outras passivas. As ativas constituem os direitos subjetivos processuais, direitos de iniciativa e de impulso, e consistem no poder de provocar atos dos órgãos jurisdicionais. Destes direitos, o primeiro e fundamental, com que o sistema toma contato com o mundo externo, é o de ação, que é precisamente o direito de provocar não já um ato processual singular, mas antes o exercício da própria função jurisdicional.

As normas instrumentais, ao regular a atividade dos órgãos instituídos para exercer essa função, conferem à parte interessada o poder exclusivo de provocá-la. A ação é, pois, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional: por efeito da propositura da demanda, o órgão judiciário se põe em movimento, em obediência às regras internas que disciplinam a sua função. Pode ela, pois, definir-se como direito à jurisdição.

A ação se dirige ao Estado, na sua qualidade de titular do poder jurisdicional. Nem por isso está o Estado obrigado a coisa alguma em relação ao autor: quando legitimamente estimulada, a função se desenvolve para satisfazer um interesse público e em aplicação das normas que a regulam internamente. A ação é, pois, proposta sempre contra uma outra parte, em face da qual se pede que se pronuncie a sentença; a ação produz, assim, um estado de sujeição da parte adversa ao poder e à atividade do órgão judiciário.

Ficam assim claras as posições subjetivas emergentes do sistema das normas processuais (diversas, no seu esquema e conteúdo daquelas próprias do direito substancial): poder do órgão jurisdicional, direito de provocar-lhe o exercício (ação), sujeição aos efeitos

deste exercício. Entre o direito de uma parte e a sujeição da outra, o vínculo não é direto, mas indireto, através da potestade do órgão, que o primeiro apenas pode provocar com relação a uma determinada hipótese concreta e em confronto com uma determinada contraparte: o demandado não pode subtrair-se aos efeitos da atividade do órgão jurisdicional que, embora provocados mediatemente pelo autor, todavia não lhe são juridicamente imputáveis, pois decorrem do exercício da soberania de que está investido originária e exclusivamente o órgão estatal.

Mas o réu não é o único sujeito que não pode subtrair-se aos efeitos dos atos que emanarão do órgão jurisdicional: em idêntica situação fica o próprio autor que, havendo provocado o exercício da jurisdição, fica igualmente sujeito aos seus efeitos, ainda que no todo ou em parte desfavoráveis aos seus interesses. A possibilidade de que o ato jurisdicional conduza a efeitos desfavoráveis ao autor é consequência do caráter abstrato da ação. O conteúdo favorável e o êxito dependem do resultado do processo e não decorrem do mero direito de provocar a sua constituição.

Mas a ação, embora abstrata, não é genérica; pelo contrário, ela se refere a uma hipótese determinada e exatamente individualizada, além de idônea a se tornar objeto da atividade jurisdicional do Estado: é direito a obter do juiz a remoção ou reparação de uma determinada situação danosa, mediante a atuação do direito aplicável; e surge caso a caso todas as vezes que a situação de fato, em que se encontra uma pessoa, é tal que justifique a sua demanda à autoridade, a fim de que atue sobre a situação, aplicando a lei pertinente. A ação depende por isso da existência de alguns requisitos constitutivos, que se chamam *condições da ação* e que é preciso individuar com precisão (Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 2. ed., Milano, Giuffrè, 1957, v. 1, p. 37-9).

Sobre as condições da ação, ver adiante, no capítulo próprio.

5. A RELATIVIDADE DO CONCEITO DE AÇÃO (AÇÃO E IDEOLOGIA)

Segundo Calamandrei, as várias teorias da ação expressam diferentes concepções relativas às relações entre interesse individual e interesse público, entre cidadão e Estado, entre liberdade e autoridade.

Inspiram-se na ideologia liberal a teoria civilista e a teoria de Wach. Em ambas, a finalidade do processo é a tutela do direito subjetivo, isto é, do interesse individual. Não distinguindo a ação do direito subjetivo, os personagens do drama permaneciam os mesmos: credor e devedor, na teoria civilista. Na teoria de Wach, a relação processual se estabelece com o Estado, posto a serviço do particular na qualidade de *devedor*, “absurda construção de um titular de direito que, exigindo a prestação, presta um serviço ao obrigado, e de um obrigado que, ao cumprir com sua obrigação, satisfaz, em primeiro lugar, seu interesse próprio”.

Inspira-se na ideologia autoritária a teoria do direito abstrato de agir. A finalidade do processo é a realização do direito objetivo. A relação processual se estabelece entre o autor e o Estado e entre este e o réu. “Este direito meramente abstrato de provocar uma providência possivelmente contrária ao próprio interesse ou não tem sentido jurídico, ou, se o tem, não pode encontrar-se senão sob o perfil do exercício privado de uma função pública.”

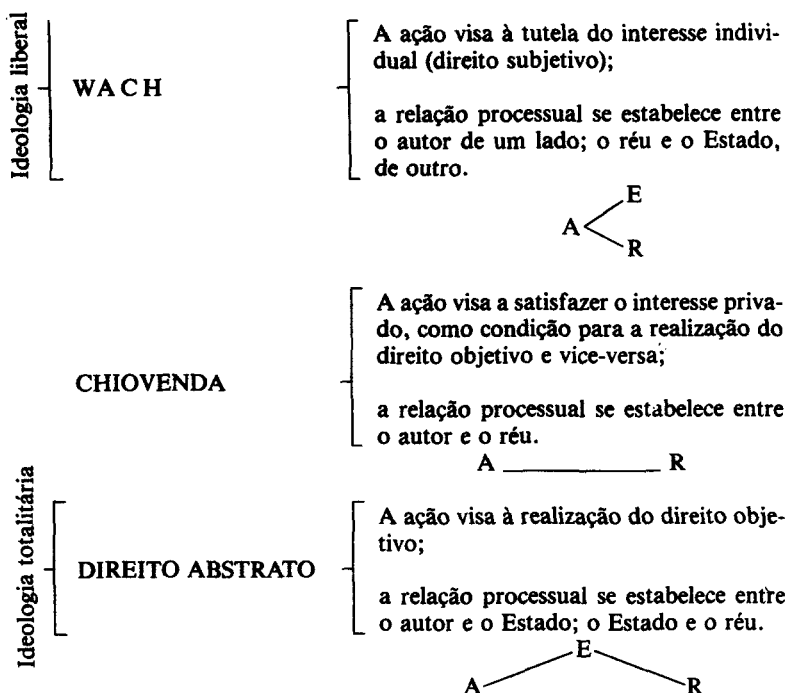
A teoria de Chiovenda se apresenta a meio caminho. “Em realidade, quando o Estado administra justiça, move-se não para prestar com sacrifício próprio um serviço a quem lhe pede, mas para atingir um dos fins essenciais do Estado, isto é, para servir a um interesse essencialmente público. Mas o interesse individual e o interesse público não se podem considerar no processo como forças em oposição, senão como duas aspirações aliadas e convergentes, cada uma das quais, longe de buscar vantagens com menoscabo da outra, considera a satisfação da outra como condição da própria. Mas a relação processual se estabelece entre autor e réu, com que Chiovenda deixa na sombra a posição do Estado” (Calamandrei, *La relatividad del concepto de acción*, in *Estudios*, cit., p. 135-60).

Ideologia liberal

TEORIA CIVILISTA

A ação visa à tutela do interesse individual (direito subjetivo);

a relação processual se estabelece com os mesmos sujeitos da relação substancial: credor e devedor; autor e réu.



6. RESUMO E CONCLUSÃO

A teoria civilista corresponde à idade da inocência, quando os juristas nem sequer sonhavam que pudessem existir teorias da ação. Eram civilistas e não sabiam, porque, de certo modo, uma teoria somente existe quando há outra a que se oponha. Não havia, então, maior preocupação com o conceito de ação. Contentavam-se com a idéia de Celso: a ação nada mais é do que o direito de buscar em juízo o que nos é devido. Imaginava-se uma relação jurídica: um credor e um devedor. O credor era titular de um direito subjetivo: o direito, por exemplo, de exigir dinheiro do devedor. Ocorrendo o inadimplemento deste, o direito subjetivo do credor ficava em pé de guerra, passando do estado de tranqüilidade para o estado de ação.

Todavia, era fácil observar que havia ações improcedentes. Não era lógico imaginar-se um direito inexistente mudar simplesmente de estado, passando da inércia à ação. O nada não age. Sobreveio, então, na Alemanha, a teoria do direito abstrato de agir. O direito de ação era, realmente, um direito de crédito, direito a uma prestação. Mas a prestação devida, no caso do direito de ação,

não era o dinheiro do indigitado devedor. Tampouco era este o sujeito passivo do direito de ação. Não. O direito de ação é um direito de crédito contra o Estado, tendo por objeto a prestação jurisdicional do Estado. Direito de ação é direito à jurisdição. Se o autor tem razão, a prestação a ele devida é uma sentença de procedência. Se o autor não tem razão, a prestação devida é uma sentença também, mas de improcedência. Passou-se, desde então, a distinguir, de maneira muito clara, a relação jurídica processual, tendo o autor como credor e o Estado como devedor da relação de direito material afirmada pelo autor (o direito ao dinheiro do devedor).

Essa nova doutrina sofreu como que um processo de rejeição, sobretudo na Itália. A razão é fácil de compreender. Não se entendia que pudesse ter direito quem não tinha direito algum. A ação, diziam, não pode ser o direito de quem não tem razão. Não posso admitir que tenha *direito* à jurisdição o sujeito que, conscientemente, de má-fé, mentindo descaradamente, vai ao juiz se afirmando meu devedor. Contudo, um outro problema se desenhava, impedindo que se continuasse com a teoria civilista. Era o problema da ação declaratória negativa: o autor, com razão, vai a juízo a fim de que se declare que não é devedor do réu: pede que se declare a inexistência de relação jurídica. Por suposto, o autor tem razão: não existe relação jurídica de direito material. Portanto, não existe direito subjetivo. Contudo, o autor tem direito a uma sentença de procedência. A resposta para essa dificuldade, Chiovenda a encontrou nos direitos formativos. O direito de ação não se confunde, efetivamente, com o direito subjetivo afirmado ou negado pelo autor. A ação é, sem dúvida, um direito subjetivo. Mas um direito subjetivo de outra natureza: é um direito formativo: o direito de submeter alguém aos efeitos de ato próprio, sem que o sujeito passivo nada possa fazer para fugir a tais efeitos e sem que deva praticar ato algum para satisfazer o direito do sujeito ativo. Tem direito potestativo, por exemplo, quem comprou imóvel por escritura pública: tem o direito de adquirir a propriedade do imóvel simplesmente levando a escritura a registro. A ação, raciocinou Chiovenda, é um direito potestativo: o direito de transformar outrem em réu. Este nada pode fazer para impedir a citação. Tampouco seria correto afirmar-se ter o dever de tornar-se réu. Não, ele se torna réu simplesmente porque sujeito aos efeitos do direito de ação do autor. Contudo, ensinou Chiovenda, tal direito somente pode ser reconhecido aos que têm razão. O direito de ação supõe

que sobrevenha sentença de procedência. Tal sentença pode declarar a inexistência de direito subjetivo, como no caso da sentença declaratória negativa. Mas a sentença há de ser sentença de procedência. Como só quem tem razão tem efetivamente direito de ação, segue-se que a ação é condicionada. São condições da ação os requisitos para que sobrevenha sentença de procedência, a saber, a existência do direito subjetivo afirmado (ou a inexistência do direito subjetivo negado, no caso da ação declaratória negativa); a legitimação para a causa e o interesse. Ficaram, então, se defrontando na ciência processual duas teorias: a ação como direito abstrato e incondicionado e a ação como direito concreto e condicionado.

Liebman tentou uma síntese das duas doutrinas, criando uma terceira, eclética: a ação como direito abstrato, porém, condicionado. A ação, ensinou, é direito subjetivo à jurisdição (direito contra o Estado, direito à prestação jurisdicional), como ensina a teoria do direito abstrato. Mas não é, como ensinam os partidários dessa teoria, direito a uma sentença qualquer. É direito a uma sentença de mérito, isto é, direito a uma sentença que afirme ou negue o direito afirmado (ou negado) pelo autor. Se o juiz extingue o processo por falta do pagamento de custas, a sentença que ele profere não examina o mérito. É uma sentença meramente processual. A atividade desenvolvida pelo juiz não chega a atingir o nível jurisdicional. É atividade ainda de administração. Há, sim, condições da ação, isto é, requisitos para que possa ser proferida sentença de mérito. Para apontar as condições da ação, Liebman baseou-se em Chiovenda, mas transformou a condição “existência do direito subjetivo” na condição “possibilidade jurídica do pedido”. São, pois, segundo Liebman, condições da ação, isto é, condições para uma sentença de mérito: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação para a causa e o interesse. Faltando uma dessas condições, o autor é carecedor da ação. Não havendo ação, não há jurisdição. Tudo, pois, se passa no campo da administração.

Pensamos nós que o juiz exerce atividade jurisdicional, quer profira sentença meramente processual, quer profira sentença de carência de ação. A circunstância de não se produzir, então, coisa julgada material não tem relevância maior, porque a jurisdição não se caracteriza por seu resultado, eventual, de produzir coisa julgada.

Assim, a melhor teoria é a do direito abstrato de agir que, contrariamente à lição de Calamandrei, tem-se mostrado perfeita-

mente compatível com a ideologia liberal. Contudo, foi a de Liebman a que inspirou nosso Código de Processo Civil, motivo por que a levamos permanentemente em consideração.

Para os efeitos de uma teoria geral do processo, que não se limite ao processo civil, é preciso, porém, que se insista na idéia de que a ação é um poder, isto é, o poder de provocar o exercício da jurisdição, podendo ou não revestir a qualidade de um direito abstrato. É que, ao propor ação penal, o Ministério Público não defende interesse seu, nem sequer do Estado enquanto pessoa jurídica, mas age no interesse impessoal e difuso da sociedade. Exerce, pois, uma função, não um direito subjetivo.

Direito subjetivo é um poder, concedido a alguém, pelo ordenamento jurídico, para a realização de um interesse seu. Distingue-se da função, que também importa na atribuição de um poder a uma pessoa, mas para a realização de um interesse superior ou, de qualquer maneira, alheio. “As potestades, precisamente porque tutelam um interesse que não é do titular, constituem funções onde não só existem deveres ligados ao poder, o que acontece também nos direitos subjetivos, mas onde, além disso, o próprio exercício do poder está vinculado em muitos aspectos. Daqui uma série de características que permitem distinguir as potestades dos direitos subjetivos e que são especialmente evidentes nas potestades familiares” (F. Santoro-Passarelli, *Teoria geral do direito civil*, trad. Manuel de Alarcão, Coimbra, Atlântida Ed., 1967, p. 53).

Capítulo VI

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS, CONDIÇÕES DA AÇÃO E NULIDADES

Sumário: 1. Pressupostos processuais. 2. Condições da ação. 3. A possibilidade jurídica do pedido. 4. Interesse de agir. 5. Legitimação para a causa. 6. Conclusão. 7. Outras condições da ação. 8. Resumo e defesa das condições da ação. 9. Nulidades processuais. 10. Vícios preclusivos. 11. Vícios rescisórios. 12. Vícios transrescisórios.

1. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Denominam-se pressupostos processuais os requisitos para a constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (CPC, art. 267, IV).

A idéia de pressupostos processuais se deve a Büllow, um dos pais da ciência processual. Demonstrou ele que, no direito romano, não havia exceções processuais. Exceção era sempre substancial, isto é, defesa de mérito indireta. E argumentava: exceção implica ter o excipiente o ônus de alegar e provar o seu fundamento. Absurda, pois, a teoria das exceções processuais (então adotada) que, por coerência, deveria levar a negar-se ao juiz o poder de declarar, de ofício, a falta de pressuposto processual. Em substituição a essa teoria, lançou Büllow a dos pressupostos processuais (Oskar von Büllow, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. da ed. alemã de 1868, Buenos Aires, Europa-América, 1964).

Para classificar os pressupostos processuais, partimos do art. 82 do Código Civil, que exige, para a validade do ato jurídico, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Também no processo nos deparamos com pressupostos *subjetivos* (concernentes ao juiz e às partes), *formais* e *objetivos*. Mas há que se acrescentar, ainda, os *extrínsecos* (alheios à relação processual). Essa classificação quadripartida se deve a Galeno Lacerda (*Despacho saneador*, Porto Alegre, La Salle, 1953).

São pressupostos subjetivos: *a)* concernentes ao juiz: ter jurisdição, ser competente para conhecer da ação e imparcialidade (inexistência de causa de impedimento ou suspeição); *b)* concernentes às partes: personalidade judiciária (capacidade de ser parte), capacidade processual e representação por advogado. Há ainda a considerar a legitimação para a causa, que é condição subjetiva, mas da ação.

Os pressupostos formais dizem respeito à forma dos atos processuais. São extremamente numerosos e variáveis. Não é possível a apresentação de um catálogo completo. A título de exemplo podem-se apontar a forma escrita da petição inicial e da sentença, os requisitos da citação e intimações, a intervenção do Ministério Público, a adequação do procedimento e a produção das provas necessárias à decisão da causa.

São pressupostos objetivos a existência de um pedido, de uma causa de pedir, de nexos lógicos entre ambos e a compatibilidade dos pedidos, havendo mais de um. Há que se considerar, ainda, as condições objetivas da ação: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir (necessidade e adequação do provimento solicitado) e, eventualmente, a prova liminar de ato jurídico, sem o qual seja inadmissível a ação.

São pressupostos extrínsecos o compromisso, a perempção, a litispendência, a coisa julgada, a caução e o depósito prévio das custas.

2. CONDIÇÕES DA AÇÃO

São condições da ação, conforme a doutrina de Liebman, adotada por nosso Código de Processo Civil, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir (necessidade e adequação do pedido formulado) e a legitimação para a causa.

Não há exame do mérito quando se extingue processo por falta de condição da ação. É o que claramente estabelece o art. 267, VI, do Código de Processo Civil e resulta do seu conceito de ação.

Relembremos. A ação pode ser considerada: *a)* como direito a uma sentença qualquer, ainda que meramente processual (teoria do direito abstrato e incondicionado); *b)* como direito a uma sentença de mérito (teoria de Liebman, a ação como direito abstrato, porém condicionado); *c)* como direito a uma sentença de mérito favorável (teoria do direito concreto).

Em geral não se duvida que seja de mérito a sentença que, em processo de conhecimento, acolhe o pedido do autor. A dúvida

surge quando a sentença não o acolhe, o que pode ocorrer em três situações diversas: a) o juiz extingue o processo por motivo meramente processual, sem examinar o pedido do autor; b) o juiz examina o pedido do autor e o afirma infundado (sentença de mérito). Portanto, a sentença de carência de ação somente pode ser definida (c) como aquela que extingue o processo, e não por motivo processual e, contudo, sem o exame do mérito, isto é, como a sentença que examina o pedido do autor e não o acolhe, embora sem afirmá-lo infundado (uma espécie de *non liquet* moderno). E porque não examina o mérito (não dá nem nega razão ao autor) tal sentença não produz coisa julgada, como coerentemente dispõe nosso Código de Processo Civil, que adotou a teoria de Liebman.

Afirmar-se, pois, que o exame das condições da ação envolve o mérito é um absurdo (autor carecedor de ação e com ação; entrega de uma sentença de mérito a quem não tem direito a prestação jurisdicional de mérito). Contudo, com frequência se encontra a afirmação de que o exame de tal ou qual condição da ação envolve o mérito. É que se pensa, então, num conceito de mérito que não é o do Código de Processo Civil, nem o de Liebman, pois nem um nem outro elaboraram sistema com tal contradição interna.

O Código de Processo Civil estabelece que se extingue o processo, sem julgamento de mérito, “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (art. 267, VI). A extinção do processo, por falta de condição da ação, não obsta a que o autor intente de novo a ação (art. 268). Pelo contrário, a sentença de mérito produz coisa julgada material, conforme dispõe o art. 468 do Código de Processo Civil: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

O Código estabelece assim, no que respeita ao processo de conhecimento, um vínculo entre as idéias de mérito e de coisa julgada: se há exame do mérito, há produção de coisa julgada; não havendo exame do mérito, coisa julgada não há.

Tal já era o pensamento do autor do anteprojeto, na vigência do Código anterior: “O Código de Processo adotou, segundo Liebman, um conceito geral de mérito, que se encontra expresso no art. 287, quando dispõe que ‘a sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas’. Lide

é o fundo da questão, o que equivale dizer: o mérito da causa” (Alfredo Buzaid, *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1956, p. 103).

Nessa linha de pensamento, Humberto Theodoro Júnior chega a negar a existência de sentença de mérito, em processo cautelar, em face da inexistência de coisa julgada: “Como a ação cautelar é puramente instrumental e não cuida da lide, a sentença nela proferida nunca é de mérito, e, conseqüentemente, não faz coisa julgada, no sentido técnico” (*Processo cautelar*, 5. ed., São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1983, p. 156).

Embora reconhecendo o vínculo que, no processo de conhecimento, existe entre as idéias de mérito e de coisa julgada, assim que as condições da ação igualmente são condições para uma sentença com força de coisa julgada material, divergimos do processualista mineiro, no tocante ao processo cautelar.

Há mérito em ação cautelar.

O art. 269, I, do Código de Processo Civil assevera que o processo se extingue, com julgamento de mérito, quando o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor. No caso de sucumbência do autor, alguma dúvida pode surgir, porque ela tanto pode ser determinada por motivo de mérito (improcedência) quanto por falta de condição da ação ou de outro pressuposto processual. No caso, porém, de acolhimento, nenhuma dúvida pode haver: a decisão é de mérito. Ora, há casos de acolhimento do pedido de autor em ação cautelar. Logo, há casos de julgamento de mérito em ação cautelar.

Sabe-se, também, que a doutrina das condições da ação de Liebman, que inspirou nosso Código, supõe que, afirmada a presença delas, caiba ainda um julgamento ulterior, de procedência ou de improcedência do pedido. Ora, se não houvesse mérito em ação cautelar, o juízo seria apenas quanto aos pressupostos processuais e às condições da ação.

Para o acolhimento de pedido cautelar, não basta que o pedido seja possível juridicamente, que as partes sejam legítimas e que esteja presente o interesse de agir, revelado pela prova do *periculum in mora*. É preciso mais: é preciso o *fumus boni juris*, que, não sendo pressuposto processual nem condição da ação, não pode ser senão o mérito da ação cautelar.

A afirmação do *fumus boni juris* é de mérito, quer em processo de conhecimento, quer em processo cautelar. A diferença é que, naquele, ele não basta para a procedência da ação.

Embora de mérito a sentença proferida em ação cautelar, dela não decorre a imutabilidade característica da coisa julgada material, porque se trata, por definição, de regulação provisória.

Observe-se, então, que coisa julgada material supõe decisão de mérito, mas que a recíproca não é verdadeira: nem toda decisão de mérito produz coisa julgada material.

Em processo penal se fala às vezes em *condições de procedibilidade* como gênero de que as condições da ação seriam espécie ou como condições específicas para o exercício da ação penal, existentes ao lado das condições da ação. Ficamos com Ada Pellegrini Grinover na afirmação de que as chamadas condições de procedibilidade são redutíveis às condições da ação, negando, pois, sua existência como categoria própria (*As condições*, cit.).

Há quem afirme que o exame de qualquer das condições da ação deve ser feito à luz das alegações do autor tão-somente. Não, a final, com base nas provas produzidas: "... a legitimidade para agir é estabelecida em função da situação jurídica afirmada no processo e não da situação jurídica concreta, real, existente, coisa que só pode aparecer na sentença. (...). O interesse de agir, da mesma forma como a legitimidade para agir, é avaliado com base nas afirmações do autor. E dizemos isto justamente porque a afirmação do autor de que a situação jurídica foi violada ou está ameaçada de violação é a única realidade objetiva de que o juiz dispõe para verificar, desde logo, se há ou não interesse de agir e, em consequência, admitir ou não a ação. De maneira que, se o autor afirma que a situação jurídica foi violada ou está ameaçada de violação, justificado está o seu interesse de agir, ou seja, justificada está a necessidade de proteção jurisdicional do Estado, vez que não poderá, com as suas próprias forças, tutelar essa situação jurídica proibida, como é a justiça privada" (José de Albuquerque Rocha, *Teoria geral do processo*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 146 e 148).

Ada Pellegrini Grinover discorda: "não é possível rotular a mesma circunstância, ora como condição de admissibilidade da ação, ora como mérito, qualificando as decisões de uma ou de outra forma, consoante o momento procedimental em que forem pro-

feridas. Não acolhemos a teoria da 'prospettazione': as condições da ação não resultam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento" (*As condições*, cit., p. 126).

Temos que, de regra, a presença ou ausência das condições da ação deve ser afirmada ou negada tendo-se em conta a verdade dos autos, com a ressalva, porém, que não chega a ser verdadeiramente uma exceção, de que, havendo alegação de direito subjetivo, a lei atribui legitimidade ativa a quem *alega* sua existência ou inexistência e legitimidade passiva àquele em face do qual a existência é afirmada ou negada.

Humberto Theodoro Júnior, talvez para abrir uma brecha na concepção de que a carência de ação permite que se renove a ação, afirma que a parte não estará impedida de voltar a propor a ação, mas depois de preenchido o requisito que faltou na primeira oportunidade (*Condições da ação*, RF, 259:39). É inadmissível, porém, essa "meia coisa julgada", que admite a renovação da ação, mas somente se implementada a condição que faltava. A ausência de coisa julgada permite, em outro processo, interpretação jurídica diversa. Afirmou-se, por exemplo, na primeira sentença, a impossibilidade jurídica da demanda contra o Poder Público, por não exaurida a via administrativa. Nada impede a prolação de segunda decisão, em outro processo, em sentido oposto, com a afirmação da desnecessidade da prévia exaustação da via administrativa, quicá por inconstitucionalidade de tal exigência.

3. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A idéia da possibilidade jurídica como condição da ação se deve a Liebman que, entretanto, na terceira edição de seu *Manual* a abandonou, subsumindo-a no interesse de agir. Ele conceituara a possibilidade jurídica como admissibilidade em abstrato do provimento solicitado, isto é, ser este um dentre os que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente vedado.

A impossibilidade jurídica do pedido tem sido afirmada em duas situações: *a*) inexistência, no ordenamento jurídico, do provimento solicitado (impossibilidade absoluta, como no exemplo clássico do pedido de divórcio, ao tempo em que não se o admitia); *b*) inexistência de nexo jurídico entre o pedido e a causa de pedir (impossibilidade relativa, como no caso de pedido de prisão por dívida cambial).

Com apoio em Moniz de Aragão e Galeno Lacerda, Ada Pellegrini Grinover que considera caso de impossibilidade jurídica a ação proposta com falta de ato prévio, exigido para o exercício da ação, como o depósito preparatório (CC, art. 1.092); a representação do ofendido ou requisição do ministro da Justiça em ação penal pública condicionada; a autorização da Câmara de Deputados para a instauração de processo contra o presidente e o vice-presidente da República e os ministros de Estado (CF, art. 51, I); a licença da Câmara ou do Senado para processo contra membro da Casa (CF, art. 53, § 1º).

Observa José de Albuquerque Rocha “que a expressão ‘possibilidade jurídica do pedido’ não deve ser entendida em sentido estrito, ou seja, não deve ser entendida como se referindo só ao objeto que se pede em juízo, mas no sentido amplo da possibilidade jurídica da situação afirmada pelo autor cujo significado, por ser mais compreensivo, envolve não só a idéia do objeto que se pede em juízo como também a da causa ou origem jurídica do objeto e até seu sujeito. A dívida de jogo, por exemplo, tem como objeto a cobrança de uma dívida que, em si mesma considerada, é digna de proteção do direito. No entanto, dada a sua origem ou causa, o jogo, o direito retira-lhe a proteção. Se aplicássemos a expressão possibilidade jurídica do pedido em sentido restrito, não explicariamos a hipótese da dívida de jogo, cuja impossibilidade jurídica não decorre do pedido, mas da sua causa. Dessa forma, a expressão possibilidade jurídica do pedido deve ser entendida como uma noção de síntese ou um instrumento conceitual com que designamos todas aquelas situações para as quais o ordenamento jurídico dispensa, em tese, a sua proteção” (José de Albuquerque Rocha, *Teoria geral*, cit., p. 143).

Após apontar numerosos casos de impossibilidade jurídica do pedido, César Peluso conclui: “Muito embora sejam heterogêneas as causas político-legislativas da proibição legal, segundo as espécies consideradas, o substrato comum e genérico, que permite sistematizá-las sob a categoria da impossibilidade jurídica do pedido, é o elemento de vedação ao exercício de atividades jurisdicionais, conducentes à sentença que possa, *em tese*, acolher as respectivas pretensões. Com maior rigor, dir-se-ia que o ordenamento jurídico interdita a própria dedutibilidade daquelas ações (*rectius*, demandas). Tal contexto é que induz à asserção corrente de que ine-

xiste o direito a uma sentença de mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido”.

“Essa qualificação”, prossegue Cezar Peluso, “dissimula a verdadeira natureza do fenômeno, coisa em que já atinou a doutrina. ‘A impossibilidade jurídica é também uma das formas de improcedência *prima facie*’ (Calmon de Passos, Donald Armelin). Na verdade, dizer que determinado pedido não pode ser objeto de decisão jurisdicional de mérito, ou que não pode ser conhecido por força de expressa vedação do ordenamento jurídico, significa reconhecer que não pode ser acolhido, por clara inexistência do direito subjetivo material que pretenda tutelar. Mas isto em nada difere dos juízos ordinários, de improcedência da ação, em que se rejeita o pedido por inexistência do direito substancial (art. 269, I, do CPC), que se não irradia porque não há regra jurídica que, incidindo sobre os fatos provados, produza o efeito pretendido, ou porque não se prova suporte fático sobre o qual incida regra jurídica existente” (JTACSP, 81:283).

Vai-se, assim, introduzindo uma perturbadora confusão entre impossibilidade jurídica e improcedência, a justificar, mesmo *contra legem*, assertivas como a de que a sentença que declara a impossibilidade é de mérito e produz coisa julgada material.

“... não podemos deixar de concluir, ainda que afrontando o texto legal (...), que pelo menos as sentenças de carência fundadas em impossibilidade e ilegitimidade fazem, sim, coisa julgada material, com todas as decorrências daí extraíveis” (Adroaldo Furtado Fabrício, Extinção do processo e mérito da causa, in Oliveira et al., *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1989, p. 48).

Antes, porém, de condenar o legislador, tratemos de “salvar o Código”, dele extraíndo interpretação útil à vida forense.

A impossibilidade jurídica, como matéria estranha ao mérito e sem aptidão para a produção de coisa julgada, pode ser afirmada em quatro situações distintas:

a) Temos, inicialmente, o caso de vedação constitucional do exame do mérito, pelo Poder Judiciário, tal como ocorreu com a inapreciabilidade dos atos institucionais e complementares do governo revolucionário. Parece não haver dificuldade em reconhecer que,

nesses casos, haveria rejeição da ação sem exame do mérito. Esse caso podemos denominar “impossibilidade jurídica do exame do mérito”.

b) Temos, em segundo lugar, os casos de pedidos que são verdadeiramente impossíveis do ponto de vista jurídico. Tão impossíveis que geram, se acolhidos, sentença nula e não apenas rescindível. É o caso da sentença que decretasse a prisão, com base em dívida cambial. Por simples *habeas corpus*, e não por ação rescisória, obteria o condenado a decretação da nulidade da sentença.

c) Temos, em terceiro lugar, aqueles casos em que se afirma a impossibilidade jurídica, exatamente para permitir a renovação da ação. É o caso, por exemplo, da rejeição do pedido, por falta de depósito preparatório (suposto que não haja ocorrido a decadência). É o caso, também, da rejeição de ação de despejo, por falta de notificação premonitória.

No processo penal há o caso da rejeição da denúncia ou queixa ou do trancamento da ação penal por falta de prova da materialidade do crime ou de indícios suficientes da autoria. A afirmação da insuficiência de provas envolve o exame das mesmas questões, quer motive a rejeição da denúncia, quer motive a absolvição do acusado, mas o legislador quer que o efeito de coisa julgada se produza apenas no último caso.

d) Em quarto lugar, temos a hipótese, não prevista expressamente na lei, de rejeição liminar, por juízo prévio de inviabilidade. Prévio, no sentido de anterior à citação do réu. E, porque não citado o réu, não há que se falar em coisa julgada material. Nesse caso, o autor terá a opção: conformar-se com a sentença, com a possibilidade de renovação da ação ou insistir num julgamento de mérito. Aí, cita-se o réu (CPC, art. 296) e, confirmada a sentença do juiz ou do relator, haverá coisa julgada material.

Enquadra-se, aqui, a meu juízo, o caso clássico da dívida de jogo. A carência de ação somente deve ser afirmada no indeferimento da inicial. Se o réu insiste em que é exigível a dívida, ainda que de jogo, ou se é em face das provas que se constata tratar-se de dívida de jogo, há sentença de mérito e há coisa julgada.

Recapitulando: no caso “a” não houve, por definição, exame do mérito; nos demais casos destacou-se do mérito uma parcela, para o efeito de lhe atribuir denominação diferente (carência

de ação) e tratamento jurídico diferenciado (ausência de coisa julgada). No caso “b”, o vício é tão grave que não há como deixar de excluir a imutabilidade própria da coisa julgada. No caso “c”, pelo contrário, o vício é tal que se quer deixar em aberto a possibilidade de renovar-se a ação. Finalmente, no caso “d”, a previsão de desacolhimento do pedido é tão forte que, por economia processual, se indefere a petição inicial, mas abrindo-se ao autor a possibilidade de, querendo, obter sentença de mérito.

Todas essas hipóteses justificam a previsão legal da “impossibilidade jurídica” como matéria alheia ao mérito e inapta à produção de coisa julgada material.

4. INTERESSE DE AGIR

Necessidade e adequação do provimento solicitado são as expressões que traduzem o que hoje se entende por “interesse de agir”.

“De modo geral”, dizia Chiovenda, “é possível afirmar que o interesse de agir consiste nisso, que, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto” (*Instituições*, cit., v. 1, p. 181).

“A legislação anterior, no artigo 2º do Código de Processo Civil, dizia que o interesse pode ser econômico ou moral. Essa conceituação estava ainda imbuída do conceito da doutrina civilista (...). Realmente, enquanto se considerava que o interesse de agir é o mesmo interesse nuclear do direito subjetivo de ser protegido, havia justificativa para essas qualificações, pois os direitos subjetivos têm sempre um interesse econômico ou moral. Mas, reconhecido que o interesse de agir é a *necessidade* ou a *utilidade* que disto advém, não mais se justificam aqueles qualificativos, que só cabem quanto ao interesse contido no direito a ser protegido” (Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 1, t. 1, p. 49-50).

Ada Pellegrini Grinover ensina que, embora nem sempre claramente apontado, outro requisito exsurge, para a configuração do interesse de agir: a adequação do provimento e do procedimento. O Estado se nega a desempenhar sua atividade jurisdicional até o final, quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo, no caso concreto. Barbi, ao comentar o art. 5º, II, da Lei n. 1.533 — que prevê a inadmissibilidade do mandado de seguran-

ça, quando se trate de despacho ou decisão de que haja recurso previsto nas leis processuais, ou possa ser modificado por via de correção —, afirma que, embora normalmente o interesse de agir se caracterize pela necessidade, aqui haveria também a obrigatoriedade de acesso pela via específica, o que, no fundo, é adequação (Ada Pellegrini Grinover, *As condições*, cit.).

José de Albuquerque Rocha esclarece não ser suficiente afirmar-se a violação ou ameaça de violação da situação jurídica para configurar-se o interesse de agir. “É, igualmente, indispensável que o autor peça o remédio adequado à situação afirmada, ou seja, peça a prestação jurisdicional adequada à realização da situação jurídica afirmada e, bem assim, escolha o processo e o procedimento idôneos à obtenção da proteção jurisdicional pedida. Assim, o interesse de agir compreende não só a necessidade da prestação jurisdicional, mas também a sua adequação à realização dessa situação jurídica afirmada e, bem assim, a idoneidade do processo e do procedimento escolhidos para obter a prestação jurisdicional. De sorte que, se o autor não escolhe a prestação jurisdicional adequada à situação afirmada no processo nem o processo e o procedimento idêneo para a sua obtenção, deve o juiz rejeitar, liminarmente, a sua pretensão por falta de interesse de agir” (José de Albuquerque Rocha, *Teoria geral*, cit., p. 149).

Guardemo-nos, porém, de considerar condição da ação a adequação do procedimento. Tratar a impropriedade de ação como carência de ação constitui, no dizer de Ernane Fidélis dos Santos, erro palmar (*Introdução*, cit., p. 160).

É de Liebman a seguinte lição sobre o interesse de agir:

“Para propor uma demanda em juízo é necessário ter interesse” (art. 100 do CPC). O interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse de obter o provimento demandado.

Ele se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, assim como se distinguem os dois correspondentes direitos, o substancial, que se afirma caber ao autor, e o processual, que se exercita para a tutela do primeiro.

O interesse de agir é, pois, um interesse processual, secundário e instrumental em relação ao interesse substancial primário, e tem por objeto o provimento que se pede ao magistrado, como meio

para obter a satisfação do interesse primário, prejudicado pelo comportamento da contraparte, ou, mais genericamente, da situação de fato objetivamente existente. Por exemplo, o interesse primário de quem se afirma credor de 100 é de obter o pagamento desta soma; o interesse de agir surgirá se o suposto devedor não pagar no vencimento, e terá por objeto a condenação do devedor e sucessivamente a execução forçada sobre seu patrimônio.

O interesse de agir surge da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe portanto a lesão deste interesse e a idoneidade do provimento solicitado, para protegê-lo e satisfazê-lo. Seria de fato inútil examinar a demanda para conceder (ou negar) o provimento solicitado se a situação de fato descrita não constitui uma hipotética lesão do direito, ou interesse, ou se os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já foram obtidos, ou enfim se o provimento é inadequado ou inidôneo para remover a lesão. Naturalmente o reconhecimento da subsistência do interesse de agir ainda não significa que o autor tenha razão: quer dizer apenas que a sua demanda se apresenta merecedora de ser tomada em consideração; e ao mérito, não ao interesse de agir, pertence toda questão de fato e de direito relativa à procedência da demanda, isto é, à conformidade ao direito da proteção jurídica que se pretende pelo interesse substancial.

Em conclusão, o interesse de agir decorre da relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para remediá-la através da aplicação do direito, e esta relação deve consistir na utilidade do provimento, como meio para outorgar ao interesse ferido a proteção do direito. (...)

O interesse é um requisito não só da ação, mas de todos os direitos processuais: direito de contradizer, de se defender, de impugnar uma sentença desfavorável etc. (Enrico Tullio Liebman, *Manuale*, cit., p. 40-2).

Às vezes não é tanto a necessidade quanto a utilidade que se encontra na base do interesse de agir. Pode ocorrer, por exemplo, que o Poder Executivo, embora podendo emitir e executar ato administrativo, prefira, por motivos políticos, solicitar provimento jurisdicional, como um mandado de reintegração de posse em terras públicas invadidas. Não há necessidade, mas utilidade, e esta basta para que se componha o requisito do interesse de agir.

O interesse de agir freqüentemente decorre do inadimplemento, o que o vincula à ação de direito material. Nas ações preventivas e cautelares, o interesse de agir se relaciona com a ameaça ou perigo de dano. Pode-se, a partir daí, sustentar que o interesse de agir integra o mérito. Trata-se, porém, de parcela do mérito que dele se destaca para a atribuição de tratamento jurídico diferenciado (inexistência de coisa julgada).

“O interesse de agir”, ensina Ada Pellegrini Grinover, “não é condição de exercício da ação penal condenatória, por ser inerente a toda acusação, salvo naquele particular aspecto que é o interesse em recorrer”.

Ainda com referência ao processo penal, observa Ada Pellegrini Grinover:

“O *fumus boni juris* diz respeito à improcedência, não à inadmissibilidade do pedido, sendo elemento pertencente ao direito material e não ao direito de ação.

A antijuridicidade é, igualmente, matéria de mérito, e não condição de ação.

A tipicidade é evidentemente matéria de mérito” (Ada Pellegrini Grinover, *As condições*, cit.).

Quer em processo civil, quer em processo penal, não é raro decretar-se a carência de ação por falta superveniente do interesse de agir. Por exemplo, julga-se prejudicado o pedido de *habeas corpus* quando, ao tempo do julgamento, já cessou a coação ilegal. “A opinião geralmente admitida”, diz Celso Barbi, “é a de que o interesse deve existir no momento em que a sentença for proferida. Portanto, se ele existiu no início da causa, mas desapareceu naquela fase, a ação deve ser rejeitada por falta de interesse” (Celso Agrícola Barbi, *Comentários*, cit., v. 1, t. 1, p. 62; Gelson Amaro Souza, *Revista Brasileira de Direito Processual*, 49:138).

5. LEGITIMAÇÃO PARA A CAUSA

Esta condição da ação tem suscitado muitas dúvidas e controvérsias, às vezes por não se haver atentado para a circunstância de que se trata de expressão com duplo significado. É que tanto os partidários da teoria do direito concreto quanto Liebman apontam para a legitimação para a causa como condição da ação, mas, para os primeiros, trata-se de condição para uma sentença de pro-

cedência e, para o segundo, apenas condição para uma sentença de mérito.

Chiovenda e Barbi definem a legitimação para a causa como “a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e da pessoa do réu com a pessoa obrigada” (Barbi, *Comentários*, cit., v. 1, t. 1). Supõe-se, aí, a existência de um credor e de um devedor, segundo o direito material. A definição serve, pois, à teoria do direito concreto de agir, mas não a Liebman, para quem legitimação para a causa é a titularidade (ativa e passiva) da ação. O problema da legitimação consiste na individuação da pessoa que tem o interesse de agir (e portanto a ação) e a pessoa com quem se defronta; em outras palavras, ela surge da distinção entre o quesito sobre a existência objetiva do interesse de agir e o quesito atinente à sua pertinência subjetiva. A legitimação, como requisito da ação, indica, portanto, para cada processo, as *justas partes*, as partes legítimas, isto é, *as pessoas que devem estar presentes, a fim de que o juiz possa decidir a respeito de um dado objeto* (Enrico Tullio Liebman, *Manuale*, cit., p. 40).

Ao elaborar a sua teoria, Liebman tinha presente as condições da ação apontadas por Chiovenda (condições, relembre-se, para uma sentença de procedência): a existência do direito subjetivo afirmado pelo autor (ou a inexistência de direito subjetivo do réu, no caso de ação declaratória negativa), a legitimação para a causa e o interesse. Na transposição de uma teoria, concreta, para outra, abstrata, a existência do direito se transformou em mera “possibilidade jurídica do pedido”, o interesse de agir se manteve inalterado e a legitimação mudou de sentido, pois Chiovenda a entendia como a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com o obrigado, e, para Liebman, passou a significar simplesmente “as pessoas que devem estar presentes, a fim de que o juiz possa decidir a respeito de um dado objeto”.

Essa mudança de sentido nem sempre tem sido percebida e apontada.

Ernane Fidélis dos Santos já observara: “... bastante estranho que um dos maiores processualistas brasileiros, Prof. Celso Agrícola Barbi, em que pese a superabundância de normas esclarecendo a matéria, se mantenha apegado à doutrina de Chiovenda, quando textualmente afirma sobre o interesse: ‘O Código veio incluir no texto legal um princípio que era aceito pacificamente pela dou-

trina e jurisprudência, isto é, o princípio que só pode propor uma ação em juízo o titular do direito que vai ser discutido'. Com este princípio, o ilustre mestre mineiro prossegue em crítica descabida ao Código, admitindo ter ele dado a titularidade da ação ao titular do direito discutido, mas insistindo ter havido erro de técnica no trato da titularidade do réu, porquanto entende que o direito de defesa independe de ser parte o sujeito passivo da relação deduzida. Mas, na verdade, o Código jamais afirmou ou pretendeu afirmar a validade desta conclusão, pois a titularidade é vista em face do conflito de interesses e não do direito que se pretende reconhecer''.

Prossegue Ernane Fidélis dos Santos, transcrevendo, para criticar, a seguinte observação de Barbi: "Parece que houve uma confusão do legislador, porque o problema da legitimação se coloca em termos de legitimação do autor e réu, no sentido de que o autor deve ser o titular do direito e deve propor a ação contra o outro sujeito desse direito. Há, pois, a legitimação ativa e a passiva. A legitimação para contestar, essa não tem a característica que o legislador pareceu lhe dar. Para contestar tem legitimação qualquer pessoa que tenha sido citada como réu numa demanda. Basta que a pessoa tenha sido citada, tenha sido convocada a Juízo, ainda que nada tenha a ver com a questão em discussão, quer dizer, mesmo que não tenha a legitimação passiva, ainda assim tem legitimação para contestar. Quer dizer, os doutrinadores, nesse ponto, não chamam a isso legitimação: é pura e simplesmente um direito de defesa que tem qualquer pessoa que está sendo atacada por uma ação judicial. Naturalmente, isto será interpretado dentro dos termos tradicionais. Todo réu tem direito de se defender, não importando seja ele ou não o sujeito do direito que se ajuizou''.

"*Data venia*", prossegue Ernane Fidélis, "a confusão não está onde se interpreta, mas na própria interpretação. Sabemos da preferência do ilustre mestre pela doutrina de Chiovenda. Correta ou não, entretanto, o Código não a adotou. Nada se pode fazer. Titularidade do autor não é a mesma do titular do direito, nem o réu titular da obrigação correspectiva. A questão gira em torno de 'lide': um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e resistência de outro. E a titularidade da ação é vista frente a tal conflito e não à questão de direito material que se contém na lide" (Ernane Fidélis dos Santos, *Introdução*, cit., p. 156-8).

Essa distinção entre sujeitos da lide e sujeitos da relação jurídica controvertida é impugnada por Adroaldo Furtado Fabrício:

“não logramos ver modificação significativa no quadro com essa alteração de nomenclatura. Os figurantes da lide são, por hipótese, alguém que se afirma titular de um direito subjetivo material e outrem que opõe resistência à pretensão que lhe é conexa. As pessoas são necessariamente as mesmas. Continua verdadeira, seja que se examine a legitimação pelo prisma do direito material afirmado, seja que se analise pelo ângulo da lide, uma antiga lição.

‘O juiz terá negado o pedido, pela inexistência da relação jurídica, pretendida entre o autor e réu. E isso é mérito.

Se o juiz decide que o réu não deve ao autor, terá negado a existência da relação ajuizada, ter-se-á manifestado sobre o pedido de condenação do réu a pagar. Terá julgado *improcedente a ação*’ (Lopes da Costa)” (Adroaldo Furtado Fabrício, Extinção do processo e mérito da causa, in Oliveira et al., *Saneamento*, cit., p. 41).

Em consequência, conclui o autor citado, mesmo *contra legem*, que a legitimação para a causa envolve o mérito e que a decisão a respeito produz coisa julgada material.

Na verdade, nos casos da chamada legitimação ordinária, em que se exige a presença em juízo do próprio titular do direito, assim como do sujeito passivo, a legitimação para a causa não pode nunca ser negada, porque tal importa em negação liminar da existência do próprio direito, o que implica exame do mérito.

A legitimação, porém, pode ser negada quando o autor vai a juízo e afirma que outrem é o titular do direito que pretende ver tutelado, ou quando move ação contra Tício, afirmando ter direito em face de Caio. É então exato que, ao negar a ação, o juiz não afirma nem nega o direito alegado pelo autor, podendo-se, pois, dizer que o autor não tem ação (1º caso) ou que não tem ação contra Caio (2º caso). Nos termos do Código de Processo Civil, não há, nesses casos, exame do mérito. Não há coisa julgada. A ação pode ser renovada, ainda que nos mesmos termos. É preciso, porém, chamar-se a atenção para o fato de que, ao contrário do que parece resultar da leitura dos repertórios de jurisprudência, são relativamente raros os casos de ilegitimidade produtores de verdadeira carência de ação. Frequentemente, o que se nega é a legitimidade no sentido chiovendiano, numa indevida transposição de um conceito próprio de uma teoria concreta para outra, abstrata, propiciada pela identidade de expressão, o que facilmente gera equívocos.

Temos, pois, que a carência de ação por ilegitimidade pode ser afirmada quando o autor comparece em juízo, descrevendo li-de entre terceiro e réu ou entre ele próprio e terceiro, ou seja, nos casos em que o autor, expressa ou implicitamente, invoca o instituto da substituição processual ou a legitimação extraordinária.

De maneira ainda mais visível, carência de ação há nas ações coletivas reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor se a ação é proposta por órgão ou pessoa não arrolada no seu art. 82 ou por associação constituída há menos de um ano. É que, em se tratando de interesses difusos ou coletivos, assim entendidos os trans-individuais de natureza indivisível, não há uma pessoa titular de verdadeiros direitos subjetivos. A titularidade dos interesses é de pessoas indeterminadas ou de grupo, categoria ou classe sem personalidade jurídica. Em se tratando de direitos individuais homogêneos, há, sim, pessoas titulares de direitos individuais, mas a ação coletiva é proposta por um substituto processual, como claramente decorre do art. 91 do Código do Consumidor.

Nos casos em que se alega direito próprio, a legitimação para agir emerge da simples alegação do autor quanto à titularidade do direito e da obrigação: "... se o autor afirma ter contratado com o réu e pede que o juiz o condene a adimplir o contrato, terá caracterizado a sua legitimação processual ativa e a própria legitimação processual passiva do réu.

Pode acontecer que aquilo que se afirmou não seja provado ou seja insubsistente. A demanda deverá, nesses casos, ser julgada improcedente, seja por falta de provas ou em face da prova contrária produzida pelo réu ou da contradição entre o que se afirmou e a prova produzida pelo próprio autor.

Parece insustentável a posição daqueles que defendem a tese segundo a qual a legitimidade processual deve ser examinada em concreto, ou em face da 'verdadeira situação trazida a julgamento'" (J. A. Galdino da Costa, As condições da ação, *Revista Brasileira de Direito Processual*, 49:126).

"... a legitimação para agir emerge da simples alegação pela parte da titularidade do direito material.

No dizer de Donaldo Armelin, há uma autolegitimação da parte pela mera afirmação da titularidade do direito.

E no mesmo sentido Barbosa Moreira: 'Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações

jurídicas das partes, sempre consideradas *in statu assertionis*, isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, que só no curso do processo se apurará, coincidem com as respectivas situações legitimantes''' (Álvaro Luiz Valery Mirra, Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil, *RT*, 618:34).

Já nos casos de legitimação extraordinária, a legitimidade deve ser negada, se o autor não prova o fato legitimante.

Certo é que, de regra (e nisso não há senão que concordar com Adroaldo Fabrício), o que se tem é exame do mérito. Assim:

— se o autor se diz credor do réu, por sucessão *inter vivos* ou *mortis causa*, a ação será improcedente, quer o autor não prove a dívida, quer não prove a sucessão. Não há razão processual para distinguir as relações condicionante e condicionada de direito material (contra Ernane Fidélis dos Santos, *Introdução*, cit., p. 155);

— aquele que se diz esbulhado tem legitimidade para a ação de reintegração de posse. Não provada a posse ou o esbulho, a ação é improcedente;

— legitimado ativo para a ação reivindicatória é quem se afirma proprietário. Não provada a propriedade, a ação é improcedente;

— legitimado ativo para o mandado de segurança é quem se afirma titular de direito líquido e certo. Declarada a inexistência do direito, a denegação do mandado importa em exame do mérito;

— legitimado passivo na ação de prestação de contas é aquele a quem o autor aponta como devendo-lhe contas. É de mérito a sentença que afirma que o réu não as deve;

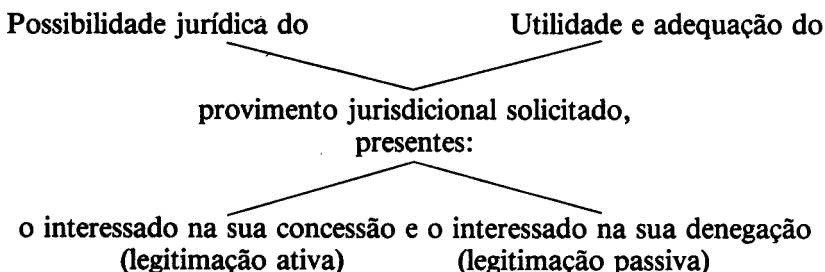
— legitimado passivo na ação penal é aquele a quem o autor aponta como autor do delito. A negativa da autoria é defesa de mérito.

Nos casos de imunidade parlamentar e de fatos típicos praticados por menores de dezoito anos, o que falta não é legitimação para a causa, mas a possibilidade jurídica da imposição de pena.

Envolvem o mérito as "condições de punibilidade, v.g., a sentença declaratória da falência, em relação aos crimes falimentares (art. 186 do Decreto-lei n. 7.661); a anulação do casamento, no crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento (Cód. Penal, art. 236, § único)". É a lição de Ada Pellegrini Grinover (*As condições*, cit.).

6. CONCLUSÃO

As condições da ação dizem respeito ao pedido formulado pelo autor e podem ser sintetizadas no seguinte quadro:



7. OUTRAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

O art. 267, VI, admite que se apontem outras condições da ação, além das três clássicas.

Trata-se, sempre, de destacar parcela do mérito, a fim de, sob a fórmula da carência de ação, afastar a produção de coisa julgada material, embora se trate de sentença proferida em processo de conhecimento e, portanto, em princípio, definitiva. Trata-se, em suma, de admitir a renovação da ação, não obstante haja transitado em julgado sentença que rejeitou o pedido do autor e por motivo alheio à relação processual.

Incluem-se, aí, os casos já apontados no item 3, *supra*: prova do exercício da pretensão (p. ex., prévia notificação), prova de ato vinculado ao exercício da pretensão (p. ex., prova do depósito preparatório da ação), assim como a apresentação de documento reputado indispensável para a propositura da ação, como o título executivo, na ação de execução.

A exigibilidade, que alguns consideram ínsita no interesse de agir, é, em princípio, questão de mérito, o que se demonstra, primeiro, porque há muito se estabeleceu que a prescrição (paralisação da pretensão, isto é, da exigibilidade) é questão de mérito; segundo, porque a exigibilidade é um *plus* em relação ao direito subjetivo e não poderia, portanto, situar-se no plano anterior, do mero direito de ação; terceiro, porque o *pactum non petendo intra certum tempus* constitui caso clássico de exceção substancial dilató-

ria (Institutas, IV, 120/122; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959, p. 103-5); quarto, porque, enquadrada a exigibilidade no interesse de agir, haveria casos de carência de ação que o juiz não poderia decretar de ofício, como na hipótese do pacto acima referido.

Na verdade, é de mérito a sentença que afirma a inexigibilidade, por não ocorrido ainda o vencimento. A ação pode ser renovada: *a)* porque a coisa julgada não vai além do declarado, isto é, a inexigibilidade temporária do crédito; *b)* se ocorrido entretantes o fato novo do vencimento.

Contudo, dentro da lógica do Código, nada impede que se considere o vencimento da dívida como condição da ação (condição de exigibilidade do crédito), isto é, como parcela do mérito, dele destacada, para o efeito de deixar claro, através de declaração de carência de ação, a possibilidade de ser esta renovada, após o vencimento.

8. RESUMO E DEFESA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Não obstante a previsão legal, tanto se tem negado a existência das condições da ação como categoria própria, que se impõe a demonstração de que existem e de forma útil no campo do processo. É o que tentamos fazer no presente resumo, em que também se busca tornar mais clara e simples a matéria.

No processo de conhecimento, podemos distinguir, inicialmente, pressupostos processuais e mérito. Os primeiros dizem respeito à relação processual, isto é, ao continente em que está contida a *res in iudicio deducta*, ou seja, o mérito, que irá transformar-se em *res judicata*, somente desconstituível por ação rescisória, sujeita a prazo de decadência.

Temos, então, no processo de conhecimento, esquematicamente o que segue:

a) os pressupostos processuais, que compreendem as questões relativas à relação processual;

b) o mérito, que compreende as questões alheias à relação processual e que constitui o objeto propriamente dito do julgamento (*res judicanda*);

c) a coisa julgada (*res judicata*);

d) a ação rescisória, sujeita ao prazo decadencial de dois anos, como meio de desconstituição da coisa julgada (material).

Nos processos de jurisdição voluntária, assim como nos processos cautelares, a coisa julgada é excluída pela própria natureza do processo.

Já nos processos de conhecimento de jurisdição contenciosa, a regra é a produção de coisa julgada material.

Entre os pressupostos processuais e o mérito se introduz a categoria intermediária das condições da ação, como parcela que se destaca do mérito, para se lhe atribuir denominação diferente (carência de ação) e tratamento jurídico diferenciado, consistindo este na inexistência de produção de coisa julgada material.

Podem-se, pois, definir as condições da ação como aquela parcela do mérito imune à coisa julgada.

O que se pretende, com a afirmação de que falta condição da ação, é afirmar a possibilidade de renovação da mesma ação, sem o óbice da coisa julgada.

A impossibilidade jurídica do pedido pode ser afirmada nas seguintes hipóteses:

1.^a) Quando há vedação constitucional de exame do mérito. A vedação somente pode advir da Constituição, dada a regra constitucional de que a lei não pode excluir da apreciação judicial qualquer lesão ao direito individual. Nesta hipótese, por definição mesmo, não há exame do mérito. É o que ocorreu, no passado, com a vedação de apreciação, pelo Poder Judiciário, de atos, como os de cassação de direitos políticos, praticados pela Revolução de 1964. Afastado o óbice, pela revogação da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, a apreciação do mérito tornou-se possível.

No presente, enquadra-se, aí, a vedação, decorrente de nosso sistema constitucional, de reexame, pelo Poder Judiciário, do *impeachment* do presidente da República. A palavra final, no caso, é do Senado.

2.^a) Quando pedido verdadeiramente impossível gera, por consequência lógica, a impossibilidade jurídica de cumprimento da sentença que, por isso, é de ser tida como nula e não apenas rescindível. É evidente que não será o decurso do prazo para a propositu-

ra de ação rescisória que irá tornar possível o impossível. Enquadra-se, aí, a sentença que eventualmente condene à prisão devedor de dívida cambial. Por *habeas corpus*, independentemente de ação rescisória e de qualquer prazo decadencial, se declarará a nulidade da sentença.

3ª) Embora se enquadrem melhor no grupo de “outras condições da ação”, podem-se também considerar como casos de impossibilidade jurídica aqueles em que falta requisito atinente à pretensão. A dívida, por exemplo, não está vencida; ou falta o depósito preparatório da ação ou notificação prévia.

No caso anterior (2ª hipótese, *supra*) o vício é tão grave que gera a nulidade da sentença. Neste o vício é tão leve que se quer deixa em aberto a possibilidade de renovar-se a ação, depois de vencida a dívida ou de efetuado o depósito preparatório ou a prévia notificação.

A carência de ação, por falta do interesse de agir, também abre a possibilidade de renovar-se a ação. O pedido de *habeas data*, negado ontem, porque a autoridade administrativa não se recusava a fornecer certidão das informações constantes de repartição pública, ou seja, por desnecessidade da tutela jurisdicional, poderá ser renovado amanhã, caso se concretize a recusa. O pedido formulado em mandado de segurança reputado incabível (falta de interesse de agir por inadequação do provimento solicitado) poderá ser renovado por ação de rito comum; o mesmo ocorre no caso de carência de ação de execução, por falta de título executivo (a mesma dívida poderá ser cobrada pelas vias ordinárias).

Quanto à legitimação para a causa, em primeiro lugar, cumpre ter-se em mente a possibilidade, geralmente ignorada pela doutrina, de a *mesma* ação ter autores diferentes. Assim, a ação coletiva, intentada para proibir determinada propaganda enganosa, será a mesma, quer seja proposta pelo Ministério Público, quer por órgão da administração pública, quer por uma ou por outra associação de defesa do consumidor. A ação de interdição é a mesma, quer seja proposta pelo pai, pela mãe, pelo tutor ou por parente próximo ou pelo Ministério Público. Ora, é claro que, em casos tais, rejeitada a ação por ilegitimidade de parte, a *mesma* ação poderá ser renovada, pela parte legítima, sem o óbice da coisa julgada.

Nos casos acima apontados, o pedido é de tutela jurisdicional, respectivamente, de interesses difusos e de interesses privados que

não constituem direitos subjetivos (o autor da ação de interdição, que é de jurisdição voluntária, não tem direito subjetivo à decretação da tutela). Na generalidade dos casos, a jurisdição contenciosa visa à tutela de direitos subjetivos.

Se há pedido de tutela jurisdicional de direito alheio, apresentando-se, pois, o autor ou o réu como (suposto) substituto processual, é claro que a afirmação da ilegitimidade de parte não impede que a mesma ação seja proposta pela parte legítima ou contra a parte legítima. Digo a mesma ação porque, em princípio, a sentença dada ao substituto processual faz coisa julgada para o substituído.

Se há pedido de tutela jurisdicional, com afirmação de direito próprio, não pode o juiz, nunca, negar a legitimação para a causa, porque a Constituição garante a apreciação judicial de qualquer violação de direito individual. Dito em outras palavras, a Constituição garante o exame do mérito. Se, em caso como esse, o juiz nega a legitimação para a causa, a reação da ordem jurídica é a mais drástica possível: não se produz coisa julgada. A ação poderá ser renovada e outro juiz, ou mesmo o próprio, poderá apreciar o mérito (existência ou inexistência do alegado direito próprio), apreciação antes negada a pretexto de falta de legitimação para a causa do alegado titular do direito ou do apontado como seu sujeito passivo.

Há que se dizer, por fim, que o exame das condições da ação deve ser feito à luz da realidade dos autos, isto é, tendo-se em vista inclusive as provas produzidas. Não bastam as afirmações da petição inicial. Aquele que propõe ação de interdição afirmando a sua condição de pai, somente terá legitimidade se efetivamente for pai do interditando. Essa assertiva apenas perde a sua clareza porque, no caso particular da alegação de direito próprio, a legitimação decorre, por definição, da mera afirmação do direito.

Do exposto resulta clara a utilidade da denominada carência de ação, com que se visa evidenciar a inexistência de coisa julgada material, ainda que se trate de sentença proferida em processo de conhecimento de jurisdição contenciosa.

A técnica legislativa poderia ser outra: afirmar a existência apenas do binômio “pressupostos processuais e mérito”, distinguindo-se, então, mérito com produção de coisa julgada e mérito sem produção de coisa julgada.

Preferiu, porém, o legislador manter a regra de que a sentença de mérito, em processo de conhecimento de jurisdição contenciosa, produz sempre coisa julgada material, introduzindo, então, a categoria das condições da ação, para abranger os casos em que há o exame de matéria alheia à constituição e regularidade do processo, mas a respeito da qual não se produz coisa julgada.

Nota: se a sogra pede que se desconstitua, por sentença de divórcio, o casamento da filha com o genro, há falta de legitimação para a causa, porque a requerente afirma a existência de relação jurídica a que é alheia, não havendo, por outro lado, norma que a autorize a agir como substituta processual da filha.

9. NULIDADES PROCESSUAIS

O processo, sem deixar de ser uma relação jurídica, é também uma seqüência ordenada de atos, em que a eficácia de um pode depender da validade de outro, anterior (CPC, art. 248).

Importam sobretudo a higidez da petição inicial, cujos defeitos podem contaminar o processo inteiro, bem como a do ato final, de entrega da prestação jurisdicional, cujos vícios podem determinar a inutilidade de todo o labor desenvolvido.

A classificação dos pressupostos processuais e condições da ação (subjettivos, objetivos, formais e extrínsecos) nos oferece um roteiro para o seu estudo, mas nada nos diz sobre as consequências de sua falta.

Há requisitos cuja falta não acarreta nulidade, ou que estão sujeitos à preclusão por falta de alegação do vício ou obstáculo no prazo legal ou por falta de interposição do recurso da decisão que a rejeite (CPC, art. 473); há casos em que se autoriza a ação rescisória e, portanto, também a decretação da nulidade, no curso do processo, em qualquer tempo e grau de jurisdição; há, finalmente, vícios persistentes, que resistem não só à preclusão durante o processo e a decorrente do trânsito em julgado da sentença, mas até mesmo ao decurso do prazo para a ação rescisória, deles decorrendo, conforme o caso, a inexistência, a nulidade ou a ineficácia da sentença.

Com base nesses elementos, construímos a seguinte classificação:

a) vícios preclusivos, correspondentes a requisitos cuja falta não acarreta nulidade, ou que se sujeitam à preclusão;

b) vícios rescisórios, correspondentes aos requisitos cuja falta abre margem à desconstituição da sentença por ação rescisória;

c) vícios transrescisórios, correspondentes aos requisitos cuja falta autoriza a declaração da ineficácia, nulidade ou inexistência da sentença, independentemente de ação rescisória.

Passemos ao exame das hipóteses enquadráveis em cada uma dessas categorias.

10. VÍCIOS PRECLUSIVOS

São a maioria os pressupostos processuais, cuja falta sujeita-se à preclusão ou nem produz nulidade.

a) A competência do juiz para conhecer da ação é pressuposto processual. Todavia, a incompetência, quando relativa, deve ser argüida no prazo legal, sob pena de prorrogação da competência (CPC, art. 114).

b) Pressuposto processual é também a imparcialidade do juiz. Deve este, de ofício, declarar a própria suspeição (CPC, art. 137). Contudo, sua argüição, pela parte, está sujeita ao prazo preclusivo de quinze dias (CPC, art. 305), também precluindo a decisão do tribunal (CPC, art. 314) que rejeite a exceção.

c) Se o advogado de réu incapaz, validamente citado, se apresenta com procuração passada pelo absolutamente incapaz, ou pelo relativamente incapaz não assistido, há defeito de representação que, não sanado (CPC, art. 13, II), acarreta a revelia, considerando-se não oferecida a contestação.

d) Também há revelia, e não nulidade, se o réu, sem o *jus postulandi*, oferece contestação por ele próprio subscrita (CPC, art. 13, II).

e) No caso de petição inicial firmada pessoalmente pelo autor, sem o *jus postulandi*, há nulidade, nos termos do art. 76 do Estatuto da OAB, a qual pode ser decretada em qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme dispõe o art. 267, § 2º. Contudo, não é caso de rescisória, porque a falta do *jus postulandi* nada tem que ver com o mérito.

f) Os pressupostos formais, de regra, ficam sujeitos a mera preclusão ou sequer geram nulidade.

Assim, atos processuais como a petição inicial, intimações e recursos, praticados em feriados ou férias forenses (falta de pressuposto formal referente ao tempo), não são nulos. Apenas têm sua eficácia diferida para o primeiro dia útil subsequente.

g) A forma escrita da petição inicial, quando exigida, é da essência do ato. Se o juiz recebe petição oral e determina a citação do réu, há nulidade declarável a qualquer tempo, no curso do processo. Contudo, não é caso de rescisória, porque a forma da petição inicial nada tem que ver com o mérito.

h) A decisão interlocutória que rejeite a alegação de inadequação do procedimento (erro de forma do processo — CPC, art. 250) preclui e não autoriza a rescisão da sentença.

i) Da decisão que indefere a produção de provas decorre preclusão, se não interposto agravo, no prazo legal.

j) A falta ou nulidade da intimação da sentença apenas impede o seu trânsito em julgado.

k) Os pressupostos objetivos se enquadram, em maioria, na categoria daqueles cuja falta autoriza a rescisão da sentença. Pode-se, contudo, apontar como exemplo de vício preclusivo correspondente a condição objetiva à instauração de ação de despejo, com pedido de retomada para uso próprio, com inicial desacompanhada de prova da propriedade. Se o juiz defere a inicial e o réu, citado, nada alega, ocorre preclusão.

Outro caso é o da execução intentada sem título executivo, cuja nulidade pode ser declarada, de ofício, em qualquer grau de jurisdição, mas somente até a expedição da carta de arrematação.

l) No exame dos pressupostos extrínsecos, verificamos, primeiro, que a alegação de compromisso se sujeita à preclusão (CPC, art. 301, § 4º).

Também se sujeitam à preclusão a decisão que rejeita a alegação de perempção ou a de litispendência, a que dispensa a caução prevista no art. 835 do Código de Processo Civil ou o depósito das custas e honorários a que se refere o art. 268, bem como a que determina o prosseguimento da ação, embora não tendo havido prévia tentativa de conciliação eventualmente exigida por lei.

A preclusão, quando ocorre, é imediata, isto é, decorre da falta de interposição de agravo. A meu juízo, não há vícios cobertos apenas pela coisa julgada formal decorrente da sentença, isto é, vícios cuja existência possa ser declarada a qualquer tempo, no curso do processo, e somente no processo em que ocorreram.

11. VÍCIOS RESCISÓRIOS

No sistema do Código, apenas a sentença de mérito é rescindível (art. 485). Ora, o exame dos pressupostos processuais e das condições da ação não envolve o mérito da causa, como deixa claro o art. 267. Daí se extrai a regra da preclusividade dos vícios processuais.

Há, contudo, casos expressos de rescisória por vício processual. Outros casos, porque dizem respeito ao pedido, afetam o mérito.

a) A incompetência absoluta sana-se com a remessa ao juiz competente (CPC, art. 113, § 2º). Não há preclusão. A incompetência absoluta pode ser declarada a qualquer tempo, no curso do processo, e autoriza a rescisão da sentença, conforme dispõe o art. 485, II, do Código de Processo Civil.

b) Também o vício decorrente de impedimento do juiz sana-se com a remessa dos autos ao substituto legal (CPC, art. 313). Igualmente não há preclusão. O impedimento pode ser declarado a qualquer tempo, no curso do processo, e autoriza a rescisão da sentença, conforme dispõe o art. 485, II, do Código de Processo Civil.

c) A procuração passada ao seu advogado, por autor menor, relativamente incapaz, sem a devida assistência, é anulável (CC, art. 147, I). A ratificação é possível (CC, art. 148). Não ocorrendo a ratificação, o processo é nulo (CPC, art. 13, I). Essa nulidade pode ser decretada em qualquer tempo e grau de jurisdição. A rescisória, neste caso excepcional, deve ser admitida, como decorrência do paralelismo da rescisão (plano do processo) com a anulação (plano do direito material).

d) Da mesma forma no caso de falta de autorização, quando exigida para a propositura da ação (CPC, art. 11).

e) A falta de intervenção do Ministério Público autoriza ação rescisória (CPC, art. 487, III).

f) Se o autor, não obstante a sua ilegitimidade, obtém a condenação do réu, o verdadeiro credor não fica prejudicado, mas o réu poderá ser constrangido a pagar duas vezes. Cabe-lhe intentar ação rescisória, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil.

g) Sentença sem o relatório ou sem a fundamentação (CPC, art. 458, I e II) é desconstituível por ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil. Trata-se de vício formal que afeta sentença de mérito.

h) A falta de pedido, na petição inicial, não impede a constituição da relação processual, com a eventual condenação do autor nas custas e, se o réu chegou a ser citado, também em honorários advocatícios. A sentença que o juiz profira (afirmando-se autorizado a agir de ofício ou dizendo bastar pedido genérico e implícito de aplicação da lei) é rescindível, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil. Neste caso, a rescisória deve ser admitida, dado o vínculo existente entre o mérito da causa e o pedido do autor.

Por identidade de razão, o mesmo se há de dizer no caso de sentença *ultra petita* ou *extra petita*.

É rescindível, diz José Carlos Barbosa Moreira, a sentença que, “ao arrepio do preceito insculpido no art. 128, julgue *ultra petita* ou *extra petita*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro-São Paulo, Forense, 1974, v. 5, p. 116).

i) Do mesmo modo no caso de pedido formulado sem indicação da causa de pedir.

j) Equiparável à ausência de causa de pedir é a falta de nexo lógico entre a narração dos fatos e a conclusão (CPC, art. 295, parágrafo único, III).

k) Se o autor, não podendo senão pleitear perdas e danos, obtém, apesar disso, a condenação do réu a prestar declaração de vontade (caso de falta de interesse de agir, por inadequação do provimento solicitado), a sentença é rescindível por violação de literal disposição de lei. O vício, no caso, afeta diretamente o pedido e, portanto, o mérito.

l) Por identidade de razão é rescindível a sentença que acolha pedido de tutela cautelar, para a regulação definitiva da lide (outro caso de inadequação do provimento).

m) A existência de coisa julgada anterior autoriza ação rescisória, como expressamente dispõe o art. 485, IV. Não sendo esta intentada, prevalece a sentença posterior.

12. VÍCIOS TRANSRESCISÓRIOS

Aqui o grupo diminuto, porém importante, dos vícios correspondentes a pressupostos cuja falta autoriza a declaração da ineficácia, nulidade ou inexistência da sentença, independentemente de ação rescisória. Prescinde de rescisão, observa Adroaldo Furtado

Fabrício, a sentença inexistente, assim como aquela cuja eficácia não alcança determinado lugar, ou certa pessoa, ou não se opera em dadas circunstâncias (Réu revel não citado..., *Ajuris*, 42:7-32, mar. 1988).

a) A falta de jurisdição determina a inexistência jurídica da sentença que profira o pretense juiz.

No exame do presente assunto, assinala Humberto Theodoro Júnior: “A competência, em regra, não é matéria de nulidade absoluta da sentença. Tanto é que, mesmo em se tratando de julgado proferido por juiz absolutamente incompetente, o Código se limita a prever, tão-somente, a sua rescindibilidade (C.P.C., art. 485, II). Mas uma coisa é a incompetência, como falta de atribuição legal para conhecer de uma entre outras causas de igual relevância e atribuídas a juízes de igual atribuição dentro da hierarquia jurisdicional e da partilha de competência feita pela Constituição. Outra coisa muito diversa é a total ausência de jurisdição, por questão de hierarquia entre os diversos órgãos que compõem o poder jurisdicional do país, ou por desrespeito a normas superiores da própria Constituição, no que diz respeito às atribuições das diversas ‘Justiças’ instituídas pelo poder constituinte.

Em semelhante conjuntura, a invasão de competência não representa simples violação de questões da ordem da incompetência absoluta. A transgressão vai muito mais longe, de sorte que o julgamento, como violação da competência hierárquica e da competência discriminada entre as diversas Justiças e órgãos pela Carta Magna, equivale a um julgamento por quem não detém a mínima parcela de *jurisdição* para o ato de autoridade que ousou praticar.

Dito julgamento configurará, destarte, não apenas uma sentença rescindível, mas um julgado nulo *ipso jure*, incapaz de gerar a coisa julgada e, por isso mesmo, insuscetível de se convalidar pelo transcurso do prazo decadencial destinado à interposição da ação rescisória. Seria, aliás, cabal absurdo pretender que, pela ausência de rescisória, adquirisse força e validade jurídicas um acórdão de Tribunal local que tomasse conhecimento de um recurso extraordinário e o julgasse, assumindo o lugar do S.T.F. O mesmo se diria do ato do juiz de primeiro grau que, exorbitando de suas funções, examinasse o mérito da apelação, e, considerando infundadas as razões da parte, decidisse que a sentença já transitou em julgado porque razão não tinha o recorrente para se contrapor à sentença.

Também entendo que o mesmo ocorre quando uma causa civil venha a ser julgada por um Tribunal Trabalhista, ou vice-versa; ou uma causa da União venha a ser dirimida pela Justiça Estadual; ou, ainda, uma causa entre particulares, sem conexão com outra da União, venha a ser solucionada pela Justiça Federal” (Humberto Theodoro Júnior, Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença, *Ajuris*, Porto Alegre, 25:161-79, jul. 1982).

b) Falta de personalidade judiciária (capacidade de ser parte) do demandante. Considerem-se as várias hipóteses de advogado sem autor, como a ação proposta por causídico, sem o instrumento de mandato, ou em nome de pessoa já falecida ou de órgão de pessoa jurídica sem poderes para (re)presentá-la.

A ratificação é possível nos termos do art. 37 do Código de Processo Civil (no caso de morte, pelos sucessores), mas, não ocorrendo, reputa-se inexistente a petição inicial, sem prejuízo da eventual condenação do advogado nas custas e em honorários.

Esse efeito condenatório, decorrente da sentença que extinga o processo, a própria necessidade dessa sentença, para lhe pôr termo, bem como a possibilidade de ratificação impedem que se qualifiquem tais hipóteses como de inexistência propriamente dita. São casos de ineficácia da sentença em relação a quem podia ratificar mas não ratificou a petição inicial. Ineficácia declarável a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória.

c) A hipótese de petição inicial firmada por advogado com procuração passada por absolutamente incapaz é equiparável à de ausência de mandato. A ratificação, pelo representante do incapaz, é possível (CPC, art. 13). Sem ela, a sentença será ineficaz relativamente ao autor absolutamente incapaz. Não será o decurso do prazo para a ação rescisória que tornará invulnerável a sentença.

d) No caso de ação proposta contra quem não tenha capacidade de ser parte (p. ex. ação contra órgão de pessoa jurídica), o processo existe e deve ser desconstituído por sentença, com a condenação do autor nas custas. A sentença de procedência, acaso proferida, é ineficaz (lembremo-nos de que pode haver outros réus, em litisconsórcio facultativo simples). Essa ineficácia pode ser declarada a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória.

e) Incapacidade processual do réu. Se o demandado, absolutamente incapaz, não foi citado na pessoa de seu representante ou se, relativamente incapaz, seu pai, mãe ou tutor não foi intimado

da citação, há nulidade desta, o que acarreta a ineficácia da sentença, cuja declaração independe de ação rescisória, *ex vi* do art. 741, I, do Código de Processo Civil.

f) Se uma das partes está em juízo como se fora substituto processual, e não o é (caso de falta de legitimação para a causa), a sentença é ineficaz em relação ao pretenso substituído. No caso de litisconsórcio necessário, a ausência de um dos litisconsortes determina a ineficácia da sentença em relação a todos eles, *ex vi* do art. 47 do CPC. “A ineficácia da sentença proferida sem que no processo estivessem todos os co-legitimados necessários é, nesse sentido, ineficácia absoluta: ela não só carece de irradiação de efeitos aos terceiros legitimados não participantes do processo como também fica sem produzir os efeitos típicos sobre as próprias partes. Por isso mesmo é que a doutrina tradicionalmente diz, de modo enfático, que essa sentença *inutiliter datur*, no sentido literal da palavra e em consideração da total e absoluta inutilidade social do processo em face do objetivo que o motivara (Cândido Dinamarco, *Litisconsórcio*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 221).

g) Da inexistência ou nulidade da citação, em processo que corra à revelia, decorre a ineficácia da sentença em relação à parte que não foi citada ou foi nulamente citada. Desnecessária a ação rescisória (CPC, art. 741, I). No caso de litisconsórcio passivo necessário, essa ineficácia é absoluta, significando isso “que não apenas os interessados cuja citação se omitiu, ou se fez deficientemente, mas também os demais permanecem aptos a resistir à ‘execução’ (*latissimo sensu*, no sentido de imposição de efeitos) do julgado, pela via dos embargos, se cabíveis, ou por outras que a essa equivalham” (Adroaldo Furtado Fabrício, Réu revel não citado..., *Ajuris*, 42:7-32).

h) Sentença não escrita, não assinada ou sem o dispositivo é sentença inexistente.

i) No exame dos requisitos objetivos nos deparamos com algumas hipóteses bastante complexas.

No que tange à falta de possibilidade jurídica do pedido, não falta quem afirme tratar-se de questão de mérito, equívoco decorrente da circunstância de se considerar juridicamente impossíveis pedidos que são apenas improcedentes.

Havendo real impossibilidade jurídica do pedido, seja esta absoluta, como no caso de pedido de condenação à morte, seja relati-

va, como no caso de pedido de prisão por dívida cambial, a sentença que a acolha é nula e essa nulidade pode ser declarada independentemente de ação rescisória. O condenado à prisão por dívida cambial se livra por *habeas corpus*. Não por ação rescisória.

j) A incompatibilidade de pedidos sana-se com a opção do autor por um deles ou mesmo com a sentença que, interpretando um como principal e o outro como subsidiário, acolha um único. Se a sentença vem a conter dispositivos contraditórios, incompatíveis entre si (como a decretação da nulidade do contrato e a condenação do réu em prestação dele decorrente), há nulidade.

k) A sentença que acolha pedido de suspensão de protesto já efetivado (caso de inadequação do provimento) é inexequível. Não se afasta, porém, a possibilidade de se interpretá-la como de cancelamento de protesto.

A declaração da ineficácia, nulidade ou inexistência da sentença pode ser obtida, conforme o caso, por decisão interlocutória, por embargos à execução, por *habeas corpus*, por mandado de segurança e por ação declaratória. Também por ação rescisória, não obstante certa impropriedade do meio.

Examinados os vícios transrescisórios atrás apontados, verifica-se que:

- no caso da letra *a*, falta o sujeito juiz (pessoa ou órgão investido de jurisdição);
- nos casos das letras *b* e *c*, há ineficácia em relação a quem apenas aparentemente foi autor;
- no caso da letra *d*, há ineficácia em relação a quem apenas aparentemente foi réu;
- nos casos das letras *e*, *f* e *g*, há falta ou nulidade da citação;
- no caso da letra *h*, falta a sentença;
- nos casos das letras *i*, *j* e *k*, o objeto é impossível.

Podemos enquadrar todas essas situações numa fórmula geral, próxima do art. 82 do Código Civil, dizendo que os vícios transrescisórios correspondem às seguintes situações:

- a*) inexistência da sentença proferida por órgão sem jurisdição;
- b*) nulidade da sentença por impossibilidade do objeto;
- c*) ineficácia da sentença em relação a quem apenas aparentemente foi parte, bem como em face de quem não foi validamente citado.

Capítulo VII

SENTENÇA

Sumário: 1. Introdução. 2. Sentença processual e de mérito. 3. Sentenças de mérito, definitivas e provisórias. 4. Conceito de mérito. 5. Sentença declaratória. 6. Sentença constitutiva. 7. Sentença condenatória. 8. Sentença executiva. 9. Sentença mandamental.

1. INTRODUÇÃO

A jurisdição contenciosa visa a tutelar interesses públicos, difusos ou coletivos, assim como direitos individuais, através de ação.

Essa tutela pode ser definitiva ou provisória, podendo, em qualquer dos casos, ser prestada mediante cognição, isto é, por sentença de mérito, ou mediante execução (definitiva ou provisória).

Temos, agora, pela frente, a tarefa de conceituar:

- a) sentença;
- b) mérito.

Sentença. É o ato pelo qual o juiz: a) decreta a extinção do processo (decidindo ou não o mérito da causa — CPC, art. 162, § 1º) ou, de maneira talvez mais exata, o ato que “encerra o procedimento em primeiro grau” (Adroaldo Furtado Fabrício, in Oliveira e Outros, *Saneamento*, cit., p. 17); b) se pronuncia sobre o pedido do autor, acolhendo-o ou rejeitando-o (sentença de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC). A sentença que decreta o despejo não põe termo ao processo: porque se trata de ação executiva, prossegue-se com os atos de execução, na mesma relação processual, isto é, sem que se tenha de propor outra ação, de execução.

2. SENTENÇA PROCESSUAL E DE MÉRITO

Quanto ao conteúdo, é usual distinguir-se três espécies de sentenças: de mérito, de carência de ação e meramente processual.

Na sentença de mérito, o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor; pronuncia a decadência ou a prescrição; declara que o autor

renunciou ao direito sobre que se fundava a ação ou que o réu reconheceu a procedência do pedido ou, finalmente, homologa transação (CPC, art. 269).

Com a sentença de carência de ação, o juiz decreta a extinção do processo, por falta de alguma das condições da ação (CPC, art. 267, VI).

A sentença meramente processual extingue o processo em função de outro pressuposto processual, como a capacidade da parte, a inépcia da petição inicial, a litispendência, a coisa julgada ou, simplesmente, porque a ação se esauriu, como no caso da sentença que extingue a execução.

3. SENTENÇAS DE MÉRITO, DEFINITIVAS E PROVISÓRIAS

Nos processos de litisregulação, cautelares ou não, há sentença e cognição. Mas trata-se aí de tutela provisória, e não definitiva, de direitos subjetivos.

No que tange às ações cautelares, há três posições:

a) a dos que negam existir mérito, nas ações cautelares. É o caso de Humberto Theodoro Júnior;

b) a dos que afirmam ser de mérito a sentença que, em ação cautelar, afirma ou nega a existência de *periculum in mora* e de *fumus boni juris*. É o caso de Ovídio A. Baptista da Silva;

c) a dos que afirmam que o *periculum in mora* é condição da ação (interesse), sendo de mérito o exame do *fumus boni juris*. É o caso de Galeno Lacerda, que diz:

“Concordamos, em parte, com Ovídio Baptista da Silva (que considera os dois requisitos da ação como pertencentes ao próprio mérito desta), e assim tomamos posição num dos temas mais polêmicos do moderno direito processual: a existência e definição do mérito na ação cautelar.

Se a doutrina reconhece, com razão, a autonomia da função cautelar em face das funções jurisdicionais de conhecimento e execução, parece certo atribuir-lhe também conteúdo diverso, isto é, mérito próprio, em virtude da finalidade específica. Como na cautela não se cuida nem da declaração do direito material (função de conhecimento), nem de sua realização coacta (função de execução), mas da existência ou não de necessidade de segurança em face de risco iminente, não resta a menor dúvida de que a avaliação desta

necessidade e deste risco, ou seja, do *periculum in mora*, singulariza o *interesse legítimo* em eliminá-lo, como *condição peculiar*, não só da ação como de toda a função cautelar, incluídas as providências voluntárias. Sua falta provoca juízo de *carência*.

Para a procedência da ação, porém, exige-se algo mais. Não basta o perigo. Indispensável se faz que a aparência do direito socorra ao postulante. O *fumus boni iuris*, portanto, não constitui conteúdo da ação cautelar, mas representa-lhe, na verdade, a própria avaliação do mérito. Se o autor satisfaz às três condições e se sua pretensão se apresenta revestida da aparência de direito o pedido *merece* provimento. Trata-se, porém, de juízo provisório, que não representa prejulgamento definitivo da demanda principal. E nisto reside, precisamente, a característica do mérito da sentença cautelar: em ser juízo de mera verossimilhança dos fatos. Por isso, se distingue da sentença de conhecimento, que é juízo de realidade e de certeza.

Nem se veja no reconhecimento do mérito na ação cautelar qualquer compromisso com a admissibilidade de ação rescisória para desconstituir a respectiva sentença. Ação rescisória cabe para desconstituir sentença *imutável*. Quando a sentença de mérito não possuir esse predicado, como acontece com as cautelares, e as relativas a vários setores do direito de família, não tem pertinência cogitar-se de ação rescisória” (Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. 8, t. 1, p. 294-5).

4. CONCEITO DE MÉRITO

Para se tomar posição a respeito do assunto, há necessidade de um exame aprofundado do conceito de mérito.

Na teoria do direito abstrato e incondicionado de agir, tem-se o binômio “pressupostos processuais—mérito”. Portanto, será de mérito todo juízo a respeito de questão alheia à relação processual.

Nosso Código, porém, filiou-se às idéias de Liebman: teoria do direito abstrato de agir, mas condicionado. Tem-se, então, o trinômio “pressupostos processuais, condições da ação, mérito”. Surgem, assim, destacadas do mérito, as condições da ação, a saber, a possibilidade jurídica, a legitimação para a causa e o interesse. A sentença que afirma a falta de condição da ação não é de mérito.

to e, portanto, não produz coisa julgada. Daí se extrai, geralmente, a ilação de que sentença de mérito é a que produz coisa julgada material.

Examinemos, a seguir, duas questões: 1.^a) se cabe o trinômio proposto por Liebman; 2.^a) se é correta a ilação de que sentença de mérito é a que produz coisa julgada material.

Primeira questão. Trata-se de indagar se há, em alguma das chamadas condições da ação, algo de irredutível, que obrigue a um tratamento jurídico diferenciado, diverso do atribuído ao juízo sobre a existência ou inexistência do direito subjetivo alegado pelo autor.

Com referência à possibilidade jurídica e ao interesse de agir, muitas dúvidas se podem suscitar. Tenho, porém, por certo que há, no interesse de agir, algo de irredutível a exigir um tratamento diferenciado.

Se o autor pede mandado judicial contra o Poder Público, para que se lhe forneça determinado documento, sem dúvida há coisa julgada, se a sentença nega o direito subjetivo invocado. Se, todavia, o juiz rejeita o pedido, afirmando possível a obtenção da certidão, sem percalço, na via administrativa, parece claro que se deva admitir que o autor renove a ação, provando a negativa da administração.

Suposto, então, que o interesse de agir integre o mérito, tem-se que é parcela do mérito a respeito da qual não se produz coisa julgada. E é por essa particularidade que Liebman propõe que se o destaque do mérito, com a expressão “carência de ação”.

Justifica-se, pois, do ponto de vista lógico, pelo menos quanto ao interesse de agir, o trinômio “pressupostos processuais, condições da ação, mérito”.

Segunda questão. Aceitamos, pois, o trinômio proposto por Liebman por duas razões: porque logicamente admissível e porque adotado por nosso Código.

As condições da ação, conforme Liebman, são: a possibilidade jurídica, a legitimação para a causa e o interesse.

Proposta ação cautelar, teríamos a considerar seus requisitos: o “*periculum in mora*” e o “*fumus boni juris*”.

Com relação ao perigo, facilmente podemos enquadrá-lo no interesse de agir. Se não há perigo de dano, é desnecessária a tutela jurisdicional.

Suponham-se, então, presentes as condições da ação: há o *periculum*: o autor tem legitimação para a causa e o pedido é, por exemplo, o de seqüestro, portanto, juridicamente possível. Isso basta para a concessão da tutela cautelar? Evidentemente não. Para isso é preciso mais: a probabilidade de existência do direito subjetivo que o autor pretende ver tutelado. Ora, esse mais, não sendo pressuposto processual, nem condição da ação, somente pode ser matéria de mérito.

Por outro lado, como juízo de probabilidade não pode, por definição, constituir juízo de certeza, não se produzirá coisa julgada. Há, pois, sentenças de mérito que não são definitivas, isto é, que não produzem coisa julgada.

Temos, assim, quatro categorias de sentenças:

- a) sentenças de mérito definitivas, proferidas em processos de conhecimento, que produzem coisa julgada material;
- b) sentenças de mérito provisórias, proferidas em processos cautelares;
- c) sentenças de carência de ação;
- d) sentenças meramente processuais.

No art. 485 do Código de Processo Civil, sentença de mérito tem o sentido de sentença definitiva.

No art. 269, I, o Código se refere às sentenças de mérito em sentido amplo: as que acolhem ou rejeitam o pedido do autor (tenha ou não caráter cautelar).

5. SENTENÇA DECLARATÓRIA

Quanto aos efeitos, distinguem-se as seguintes espécies de sentenças: declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas.

Sentença declaratória é aquela em que o juiz se limita a declarar a existência ou inexistência de relação jurídica; a autenticidade ou falsidade de documento (CPC, art. 4º).

Por longo tempo, diz Alfredo Rocco, a ciência do direito processual concentrou sua atenção sobre uma só categoria de senten-

ças: a sentença de condenação. Não que a existência de outras espécies de decisões fosse totalmente ignorada; sob o nome de *ações prejudiciais*, os juristas romanos examinaram ações meramente declaratórias. Mas sendo o caso mais freqüente, o caso típico, aquele da ação tendente a obter do réu uma prestação, a doutrina concentrou-se no estudo da sentença correspondente, que condenava o réu a entregar a prestação. Mas, especialmente depois de promulgada a ordenação germânica de 1877, que no § 231 reconhecia, em caráter geral, a possibilidade de ações de mera declaração, a atenção da doutrina voltou-se para aquela categoria de sentenças que se limitava a declarar a existência ou inexistência de uma relação ou de um fato jurídico (Alfredo Rocco, *La sentenza civile*, cit., p. 123).

O estudo da sentença declaratória, contraposta à sentença de condenação, é que levantou o problema da classificação das sentenças pelo critério de seus efeitos, relegando-se para um segundo plano as classificações tradicionais.

6. SENTENÇA CONSTITUTIVA

É a que cria, modifica ou extingue relação jurídica.

O mérito de haver elaborado, de modo preciso e completo, a construção jurídica dessa categoria de sentenças pertence a Hellwig, que as conectou aos direitos formativos ou potestativos (Alfredo Rocco, *La sentenza civile*, cit., p. 126). De vários modos — observa Hellwig — pode exercer-se o direito à mudança de uma relação jurídica existente: 1º) por declaração unilateral e extrajudicial de vontade do titular do direito; 2º) mediante uma sentença em ação proposta pelo titular do direito; 3º) mediante uma declaração de vontade do adversário, exigida por ele. Nessa última hipótese, tem-se a pretensão a uma prestação do adversário; e a sentença correspondente é condenatória. Nos dois outros, encontramos-nos em face de direitos formativos diversamente regulados. De regra, para o exercício de tais direitos basta uma declaração de vontade do titular, que produz imediatamente a mudança da situação jurídica. Mas, em outros casos, a mudança deve ser conseguida *mediante ação*: isso implica que a só declaração do titular do direito não é suficiente, mas é necessária a sentença que, transitada em julgado, modifica a situação jurídica. Nos casos em que o exercício do direito formativo ou potestativo precisa ser exercitado por via de ação,

há um *direito de ação*, que tem por objeto a emissão de uma *sentença constitutiva* (*La sentenza civile*, cit., p. 126-7).

A sentença é ato jurídico e, como tal, ou declara, ou cria, ou modifica, ou extingue relação jurídica. Não há outra hipótese. Sob esse aspecto, poder-se-iam reduzir as sentenças às duas categorias apontadas: as declaratórias e as constitutivas.

Diz José Zafra:

No pensamento jurídico de diversos processualistas reina a idéia de que a sentença de condenação tem natureza constitutiva, porquanto cria, para o vencedor, o direito de obter a atuação de seu crédito mediante a ulterior execução forçada. Esse conceito foi claramente visto por Hellwig (v. seu *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1903, v. 1, p. 47). Segundo esse famoso processualista, com a sentença de condenação consegue o vencedor o direito de promover a execução; direito público, dirigido contra os órgãos estatais da execução. Esse direito é criado pela sentença que, por essa razão, é, no âmbito do direito processual, constitutiva. Na doutrina francesa podemos citar Léon Mazeaud (*De la distinction des jugements constitutifs de droits*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1929, p. 19), para quem a sentença de condenação é constitutiva, porquanto “cria um direito que antes não existia: o direito à execução forçada”. Na doutrina italiana são de notar as opiniões de Betti (citado por Raselli: *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, p. 571) e Calamandrei (José Zafra Valverde, *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, Madrid, Rialp, 1962, p. 76).

Ouçamos a voz de Calamandrei: O réu, antes da condenação, não é senão um *obrigado*, isto é, o sujeito passivo de uma relação jurídica substancial, vinculado, por força dela, a observar *voluntariamente* um certo comportamento. Mas, depois da condenação, a vontade do devedor, sobre a qual até então o direito substancial confiava para obter o adimplemento do obrigado, se transforma, de sujeito ativo de vontade em objeto passivo de uma vontade alheia. *Nessa transformação da obrigação, para o cumprimento da qual o direito contava com a vontade ativa do obrigado, em sujeição passiva à força alheia, contra a qual a vontade do condenado já não tem valor*, parece-me que consiste a característica essencial da condenação, comum à condenação civil e à penal. Segun-

do essa concepção, pode-se verdadeiramente dizer que a sentença de condenação tem natureza constitutiva (Piero Calamandrei, *Estudios*, cit., p. 560-1).

No Brasil, pronunciamento no mesmo sentido fez Lopes da Costa: a sentença proferida na ação condenatória oferece “um aspecto também de sentença constitutiva, pois cria o direito à execução” (Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. 1, p. 143).

Não existe apenas *sentença* declaratória. Existe *ato* declaratório também no direito material:

O negócio jurídico declarativo — diz Pontes de Miranda — é de construção recente. Mas ele, como fato da vida jurídica, vem de longe. A doutrina foi que despertou tarde para explorar-lhe a estrutura.

No negócio jurídico declarativo, o objeto é *outra* relação jurídica ou situação. Não são o mesmo ter por objeto outra relação ou situação e ter o mesmo objeto que outra relação ou situação. Por isso, não se confunde o negócio jurídico declarativo com a renovação de negócio jurídico.

O negócio jurídico declarativo não substitui, nem nova, nem renova, nem prorroga: declara.

A estrutura, o conteúdo e a eficácia da relação ou situação jurídica anterior passam a ser objeto do negócio jurídico declarativo. O que emite a declaração unilateral de vontade, ou os que emitem as declarações de vontade concordantes, superpõem declaração e declarado: há, à base das declarações de vontade, ou da declaração unilateral de vontade, enunciado de fato sobre a existência, estrutura, conteúdo e eficácia de relação ou situação jurídica anterior.

O elemento eliminação de incerteza, que se pretende introduzir, é de ordem subjetiva e somente provável: pode não haver no espírito do declarante, ou dos declarantes, ou nos outros espíritos, qualquer incerteza. A sua função é mais preventiva contra dúvidas do que destruidora de dúvidas existentes. Negócios jurídicos ou relações ou situações, que são claras, são suscetíveis de declaração. Por isso mesmo, não é impossível a conclusão de negócio jurídico declarativo *menos claro* que o próprio negócio jurídico nele *declarado*.

Se o negócio jurídico declarativo modificou, deixou de ser, nesse ponto, declarativo, ainda que se diga tal. Se essa discordância entre o nome e o negócio jurídico tem importância quanto à sua validade, total ou parcial, depende dos princípios gerais, ou dos princípios especiais ao negócio modificado, e das circunstâncias. Seja como for, a modificação é anormalidade com que não se há de raciocinar para se fixarem a estrutura e a função do negócio jurídico declarativo (Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t. 3, § 276).

O que justifica a existência de outras categorias de sentenças, além das declaratórias e constitutivas, é a circunstância de haver sentenças (constitutivas) incompletas, no sentido de que, para a satisfação do autor, se exige ato ulterior: o adimplemento da obrigação ou a execução ou o cumprimento da ordem (mandamento) contida na sentença.

7. SENTENÇA CONDENATÓRIA

É a que, além de afirmar devida pelo réu uma prestação (elemento declaratório da sentença), cria, para o autor, o poder de sujeitá-lo à execução.

Enquanto a sentença declaratória não produz outro efeito que a determinação de uma relação jurídica concreta, a sentença condenatória, além desse efeito, produz outro: o de constituir um título para a execução forçada da relação declarada. A diferença entre as duas espécies de sentença está, pois, em que da simples declaração não pode jamais derivar execução forçada; ao passo que a possibilidade de sobrevir execução forçada caracteriza a sentença condenatória. Uma vez que a diferença prática substancial entre ambas se encontra em seu nexos com a execução, aí é que também se deve buscar a distinção conceitual entre elas. Se a sentença condenatória dá lugar à execução forçada e a declaratória não, isso significa que na primeira existe algum elemento que torna possível a execução e que falta na segunda. Esse elemento é a *condenação* (Alfredo Rocco, *La sentenza civile*, cit., p. 123).

Ao passo que, na ação declaratória, o que se busca é a simples declaração de uma situação jurídica preexistente, a ação condenatória visa mais: não se quer apenas que se declare obrigado o vencido a entregar determinada prestação, mas também a criação do *título executivo*, para que se possa proceder à execução, na eventualidade de inadimplemento (José Zafra Valverde, *Sentencia*, cit., p. 68-70).

A sentença condenatória transforma uma relação de crédito e débito em outra, de poder e sujeição. Uma crítica antecipada a esse ponto de vista encontro em Barbosa Moreira:

“Volvamos os olhos, de novo, para a sentença condenatória. Que a constituição do título executivo lhe seja traço peculiar é ponto que não nos inclinarmos a pôr em dúvida. Apenas reconhecer-lhe como constante o efeito executório não importa, nem deve importar que se *defina* por ele a sentença condenatória. Justa seria a crítica segundo a qual, assim, se identifica a nota característica da condenação ‘non tanto in quello che essa è, quanto in quello che essa *prepara*’, e por conseguinte a definição ‘viene a basarsi su un elemento che sta all’infuori della nozione da definire’.

Ora, na sentença constitutiva, a aceitar-se o esquema exposto, é fácil remontar do efeito à causa. Ao estabelecimento da nova situação jurídica (efeito) corresponde, na *estrutura* da sentença, um elemento indetectável como causa: a modificação operada pela pronúncia judicial (anulação do contrato, decretação do desquite etc.). Isso permite definir a sentença constitutiva e distingui-la, com toda a nitidez, da meramente declaratória, não só por sua *eficácia*, mas por seu próprio *conteúdo*.

“Enorme dificuldade se teria, contudo, em aplicar raciocínio análogo ao problema das relações entre a sentença condenatória e a declaratória. Ao condenar uma das partes, sem dúvida cria o juiz, para a outra, a possibilidade de desencadear sobre ela a atividade de execução; mas essa modificação não é conseqüente ao reconhecimento de algum direito potestativo do vencedor à formação do título executório, antes de mais nada pela simples e bastante razão de que não é tal a *res in iudicium deducta*, não é tal o objeto do processo encerrado pela condenação. Se o órgão judicial diz: ‘condeno Tício a pagar a importância *x* a Caio’, seria manifestamente arbitrária a análise que pretendesse discernir na estrutura de semelhante decisão, a exemplo da sentença constitutiva, um elemento declaratório consistente na afirmação do direito de Caio à obtenção do poder de promover a execução forçada contra Tício, e um elemento constitutivo representado pela modificação da preexistente situação jurídica, em ordem a atribuir a Caio o mencionado poder, e a Tício a correspondente sujeição. Ninguém de juízo não reconheceria nesse bizantino retrato a imagem conceptual da sentença condenatória...” (José Carlos Barbosa Moreira, *Temas*

de direito processual. Primeira série, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988, p. 79).

Penso, todavia, que é exatamente isso o que acontece. Ao pedir a condenação do réu, não pede o autor outra coisa senão que o juiz lhe atribua o poder de executá-lo. Se todos os credores dispusessem de ação executiva, não haveria pedidos de condenação; se o autor não pretendesse transformar a relação jurídica de crédito e débito em relação de poder e sujeição, bastaria a formulação de pedido declaratório.

8. SENTENÇA EXECUTIVA

Execução é o conjunto de atos pelos quais o juiz entrega ao credor a prestação devida pelo devedor. Não há que se confundir execução com efeito executivo. Execução é fato jurídico, e não efeito.

A sentença condenatória produz efeito executivo, isto é, cria título executivo. Dizer-se, então, que uma sentença é executiva, porque dá margem a posterior ação de execução, importa em tornar sinônimas as expressões sentença condenatória e sentença executiva.

Pode também definir-se como sentença executiva aquela que contém, imanente em si mesma, como eficácia interna que lhe é própria, a entrega ao credor da prestação devida pelo devedor. Executiva será, então, a sentença que importa, ela própria, em entrega ao credor da prestação devida pelo devedor. É o caso do art. 641 do Código de Processo Civil: “Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”. É bem de ver, porém, que tal sentença é completa. Seu efeito executivo é tão forte que dispensa a execução. Quando muito haverá necessidade de registrar-se a sentença no Registro de Imóveis (efeito mandamental). Encontramo-nos, então, em face de uma sentença constitutiva ou mandamental.

Por exclusão, somente cabe falar-se em efeito executivo da sentença em face de sentença que admita execução no próprio processo em que foi proferida. Teremos, então, como condenatória a sentença que se completa por *ação de execução* e por executiva a que se completa por atos executivos praticados na mesma relação processual em que foi prolatada a sentença. “Com a ação de despejo, por exemplo, que tem natureza executiva, o demandante não

se limita a pedir que o juiz declare rescindido o contrato de locação e lhe reconheça o direito a recobrar a posse da coisa locada, direito esse que seria exercido numa subsequente ação executória, senão que, já no pedido inicial, ao invés de pedir que o demandado seja condenado a entregar-lhe a coisa, pede logo a expedição do mandado de *evacuando*. A tal eficácia chama-se efeito executivo da demanda e, pois, da respectiva sentença que a acolhe” (Ovídio A. Baptista da Silva, *Sentença e coisa julgada*, 2. ed., Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988, p. 101).

9. SENTENÇA MANDAMENTAL

É a que se completa por ato não definível como executivo.

Como mandamental foi primeiramente definida a sentença que contém um mandado dirigido a outro órgão do Estado (James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, p. 113), apontando-se como exemplo típico a que contém ordem dirigida a oficial do Registro Público, para que proceda ao registro de um ato.

Conforme Pontes de Miranda, “o conteúdo da ação de mandamento é obter mandado do juiz, que se não confunde com o efeito executivo da sentença de condenação” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 145).

Fora do processo, “são atos jurídicos mandamentais aqueles em que o manifestante da vontade impõe ou proíbe, tais como a manifestação de vontade do marido à mulher desquitada, para que não use o seu nome, a manifestação de vontade do locador contra o uso indevido da coisa pelo locatário, ou para que repare o prédio ou conserte o muro” (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., 1953, t. 2, p. 461).

Encontro em Ovídio A. Baptista da Silva a melhor explicação da sentença mandamental: “O direito moderno conhece, como aliás o conhecia o direito romano, inumeráveis hipóteses de atividade jurisdicional nas quais o juiz, ao invés de condenar, emite uma ordem para que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa, ordem essa que se origina da própria *estatalidade* da função jurisdicional e nada tem a ver com a atividade privada do demandado. Tal o resultado, por exemplo, de uma ação de mandado de segurança, ou de uma ação de manutenção de posse. Nestes casos, diversamente do que

ocorreria nas hipóteses em que o demandado, condenado a fazer ou não fazer alguma coisa, não o fizesse e como consequência de sua omissão ficasse sujeito a indenizar perdas e danos — o resultado da insubmissão ao comando jurisdicional, o não-cumprimento da ordem contida na sentença jamais conduzirá ao sucedâneo do ressarcimento por perdas e danos. Aqui a consequência será a responsabilidade criminal por desobediência, ou outra sanção de natureza publicística, tal como ocorrerá nos casos de não-cumprimento da ordem judicial contida na sentença de mandado de segurança que pode determinar a responsabilidade penal da autoridade desobediente, ou a própria intervenção federal, como prevê a Constituição. As consequências fundamentalmente diversas previstas para os casos em que o condenado a fazer alguma coisa, como seria o caso de condenar-se o pintor a executar a pintura a que se obrigara, e as hipóteses em que o juiz determine que uma outra autoridade ou mesmo um particular faça ou deixe de fazer alguma coisa, em razão do *império* contido na jurisdição, tal como ocorre no exemplo da ordem contida na sentença de acolhimento do mandado de segurança, definem a diferença entre sentença condenatória e sentença mandamental e entre execução forçada e mandamento, como resultado da atividade jurisdicional.

O resultado tanto das ações executivas como das ações mandamentais é uma transformação da realidade. A distinção entre ambas, porém, é nítida: o ato executivo é originariamente ato privado que o juiz executa substituindo-se ao demandado; o que se ordena em virtude de uma sentença mandamental é ato essencialmente estatal que não poderia ser praticado originariamente pelos particulares, fora ou antes do surgimento do Estado” (Ovídio A. Baptista da Silva, *Sentença*, cit., p. 103-4).

Anote-se, porém, que o crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, supõe ato de particular ou de funcionário público fora do exercício de sua função: “Pratica o crime em apreço quem desobedece a ordem legal emanada de autoridade competente. Em regra, portanto, será o particular, mesmo porque está o ilícito incluído entre os crimes praticados por este contra a Administração em geral. A lei, porém, não faz distinção, e o funcionário público também pode ser sujeito ativo do crime de desobediência (RT 418/249). É necessário, porém, que não esteja no exercício da função. Não se configura o citado ilícito se tanto o autor

da ordem como o agente se achavam no exercício da função quando da sua ocorrência (RT 395/315, 487/289; RF 276/249; JTACrSP 12/96)" (Júlio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*; parte especial, 4. ed., São Paulo, Atlas, 1989, p. 343-4).

A maioria dos processualistas apenas reconhece a existência das sentenças declaratórias, condenatórias e constitutivas. É a classificação adotada, dentre outros, por Gabriel José de Rezende Filho (*Curso de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1965, v. 1, p. 174), Celso Agrícola Barbi (*A ação declaratória no processo civil brasileiro*, Belo Horizonte, 1962, p. 15), Moacyr Amaral Santos (*Primeiras linhas*, cit., Max Limonad, 1963, p. 35) e José Frederico Marques (*Instituições de direito processual civil*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1962, v. 3, p. 528).

Restringido, porém, o conceito de execução aos atos pelos quais o juiz entrega ao credor a prestação devida pelo devedor (como é usual na doutrina do processo civil), torna-se ineliminável a categoria das sentenças mandamentais, porque há sentenças que se completam por atos que não se definem como executivos.

Há cumprimento de mandado, e não execução, nos seguintes casos, entre outros:

a) pelo oficial do Registro de Imóveis, ao atender a ordem de retificação de registro;

b) pelo oficial de justiça, ao tirar uma criança da mãe, para entregá-la ao pai. O ato não recai sobre o patrimônio da mãe. A criança não é objeto de uma prestação devida pela mãe;

c) pelo oficial de justiça, ao cumprir mandado de arresto ou seqüestro. Tais atos não visam a satisfazer o credor, mas apenas a acautelar direito seu;

d) pela autoridade administrativa, embora sendo parte, ao atender à ordem de reintegração de funcionário. Há, aí, cumprimento de dever e não sujeição a ato executivo.

Pontes de Miranda, mais claramente do que qualquer outro processualista, viu e proclamou que não há sentenças puras: "Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva (*Comentários*, cit., Forense, 1974, p. 222).

Assim, por exemplo, a sentença condenatória é também declaratória de que o réu deve determinada prestação, cria o estado de sujeição do devedor ao poder de executar do credor e é mandamental, no que nela se contém de ordem dirigida ao órgão da execução.

Tendo-se em conta os conceitos supra-adotados, originários todos da doutrina processual civil, a sentença penal condenatória é mandamental e não condenatória; tampouco há execução penal, mas cumprimento de mandamento.

Em termos de teoria geral do processo haveria que se redefinir execução como todo ato de exercício de poder, não consistente em declaração de vontade. Ainda assim, não se prescindiria da categoria das sentenças mandamentais. Ao determinar o registro de um documento, no Registro Público, o juiz pratica ato consistente em declaração de vontade e, portanto, não definível como executivo; por outro lado, o ato do oficial do Registro, que não tem natureza declarativa, não representa o exercício de poder seu; trata-se de cumprimento do mandamento contido na sentença.

Capítulo VIII

LIMINARES E CAUTELARES

Sumário: 1. Litisregulação. 2. Cautela. 3. Litisregulação cautelar e litisregulação satisfativa. 4. Arresto, seqüestro, busca e apreensão de coisa. 5. Alimentos provisionais e provisórios. 6. Atentado.

1. LITISREGULAÇÃO

O processo de conhecimento é instaurado com vistas à regulação judicial de uma relação intersubjetiva. Com a execução, o credor exerce o poder de obter a satisfação de seu crédito, à custa do devedor. Em ambos os casos, a tutela jurisdicional é prestada em caráter definitivo, o que, no caso de processo de conhecimento, é particularmente ressaltado pelo instituto da coisa julgada material.

Todavia, ainda antes da regulação definitiva, a situação de fato existe e exige, ela própria, regulação jurídica, mesmo que se ignore quem tem razão.

Litisregulação é regulação provisória de uma situação de fato que se encontra *sub judice*. Porque provisória, supõe-se a superveniência de outro ato, sentencial ou de execução, que regule com definitividade a situação de fato, ou melhor, a relação intersubjetiva.

Há processos instaurados para o fim específico da obtenção de um provimento judicial litisregulador. Pode, porém, haver litisregulação por decisão interlocutória (provimento litisregulador interlocutório).

Que tratamento dispensar ao indiciado, às partes ou a seus bens enquanto não sobrevém o julgamento ou a execução? Eis aí o conteúdo da litisregulação, conceito mais amplo que o de medidas cautelares, porque nele se contêm as liminares previstas em procedimentos especiais, que constituem adiantamento da execução ou do mandamento, como as concedidas em ações de reintegração de posse ou em mandado de segurança; conceito, por outro lado, mais restrito, por excluídos os provimentos de jurisdição voluntária, inclusive os de caráter probatório, haja neles ou não provisoriedade.

de. Na jurisdição voluntária não há coisa julgada, motivo por que a tutela que lhe corresponde não é nunca definitiva, e motivo por que dela não decorre a necessidade lógica de se contrapor à tutela definitiva uma outra, provisória.

Cheguei ao conceito de litisregulação estudando as medidas cautelares.

Carnelutti viu, nas medidas cautelares, uma regulação provisória da lide (*Sistema*, cit., p. 243-52). Posteriormente, abandonou essa idéia, por não explicar como e por que a composição provisória da lide poderia ser útil à sua composição definitiva (Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, cit., p. 356).

O que Carnelutti não viu é que há *sempre* regulação provisória da lide, ainda que ninguém pretenda cautela. A idéia de *litisregulação* aponta para essa realidade de duas faces. Assim, quando, para determinado caso, a lei prevê o seqüestro, há regulação provisória da lide; mas também há regulação provisória da lide se a lei nega o seqüestro. Existe porque não poderia não existir. Assim, na ação de alimentos existe litisregulação, quer sejam, quer não sejam devidos alimentos provisionais. Para que não houvesse litisregulação seria necessário que esses alimentos fossem, ao mesmo tempo, devidos e não devidos.

Em seus *Comentários*, argumenta Ovídio: “se todas as liminares são cautelares, teríamos de admitir como cautelar a liminar concedida em mandado de segurança contra a liminar outorgada sob forma de decisão interlocutória, apenas recorrível por agravo de instrumento. Isto equivaleria ao mesmo absurdo lógico indicado por Tesheiner (*Medidas cautelares*, 49), que, ao expor a doutrina de Carnelutti, afirma haver cautelaridade tanto na decisão que concede quanto na que nega o seqüestro!” (Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Porto Alegre, Le Jur, 1985, v. 11, p. 94).

Lamento não haver sido compreendido pelo eminente processualista. Em primeiro lugar, devo fazer a defesa de Carnelutti, dizendo que a mim, e não a ele, é que deveria ser imputado o absurdo lógico apontado. Carnelutti jamais disse ou deu a entender que haveria cautelaridade tanto na medida que concede como na que nega medida cautelar. Em segundo lugar, devo fazer a minha própria defesa, dizendo que uma coisa é a litisregulação, regulação provisória da situação de fato, realidade de duas faces, que não pode não existir; outra coisa é a cautela, que pode ser concedida ou negada.

Ao juiz incumbe aplicar a norma jurídica de direito material que incidiu, pois, de regra, o processo é instrumento de realização do direito material. Com a aplicação do direito material, pela sentença ou pelo exaurimento da execução, extingue-se o processo. A viagem acaba quando se chega ao destino. A incidência foi no passado. A aplicação será no futuro. No presente, o que se tem é a dúvida.

Durante o processo de cognição, não se pode aplicar o direito material, exatamente porque se ignora a sua incidência. A própria execução, embora fundada em título executivo, pode vir a ser declarada inadmissível.

Contudo, a relação interpessoal posta ante o juiz exige disciplina jurídica, mesmo na pendência da dúvida ou antes de iniciada a execução.

Ora, a mesma ordem jurídica que veda a defesa privada e entrega ao juiz o poder de julgar, ou de executar, também estabelece a proibição de inovar e lhe outorga o poder de regular provisoriamente a relação interpessoal posta sob sua autoridade.

A proibição de inovar está contida, em última análise, na vedação da defesa privada. O poder de regular a relação *sub judice*, enquanto não sobrevém o julgamento ou a execução, está de certa forma contido no poder de julgar e de executar. Mas não se trata, aí, de aplicar o direito material, cuja incidência se ignora. Por isso, esse direito, que o juiz aplica enquanto pende ou não se instaura o processo (principal), não pode senão ser processual.

Há, pois, todo um conjunto de normas processuais que regulam, enquanto *sub judice*, as mesmas relações já reguladas pelo direito material. A esse conjunto de normas é que denomino “litisregulação”.

A norma litisreguladora se superpõe à norma de direito material que acaso incida sobre a mesma relação, suspendendo-lhe temporariamente a eficácia.

A norma litisreguladora geral é a que estabelece a *proibição de inovar*. *Atentado* é o ato ilícito que contravém à proibição. Constitui atentado o ato praticado por uma das partes, na pendência da lide, que importe em violação da proibição de inovar.

A ação de atentado visa à reposição no estado anterior (CPC, art. 881).

A proibição de inovar decorre da litigiosidade da coisa, estabelecida pela citação válida (art. 219). Por *coisa litigiosa* não se entende apenas bem material; é qualquer objeto de direito sobre o qual se litigue. “Não há atentado antes da citação, porque, sem ela, não há pendência da lide. Pode haver atentado depois da conclusão do feito, desde que antes do trânsito em julgado da sentença; se foi ordenado, noutro processo de medida preventiva, o sequestro da coisa, ou o arresto, ou outra medida, esse processo basta para que se componha a figura da coisa litigiosa; o dever de não inovar é processual” (Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., Forense, 1959, t. 8, p. 377; t. 9, p. 105 e 107).

A proibição de inovar impede até mesmo a realização de *obras de conservação na coisa litigiosa ou judicialmente apreendida* (art. 888, I). Entretanto, o juiz tem o poder de autorizá-las, a fim de que a demora do processo não agrave os danos.

Se há lide, por pretender uma das partes que a outra faça alguma coisa, somente a sentença pode tornar efetiva a proibição. Aquele que resiste conserva a sua liberdade, no curso do processo. Pode praticar os atos que se lhe quer tolher, porque o estado de fato que o processo encontrou foi o de liberdade.

Todavia, tal não acontece na *nunciação de obra nova*, ação que é especial exatamente em virtude da necessidade que o legislador sentiu de litisregular diferentemente, admitindo que o juiz conceda o embargo liminarmente, ou após justificação prévia (art. 937). A infração ao mandado judicial importa, então, em atentado (art. 879).

O réu também conserva a sua liberdade, no curso do processo, se há lide decorrente de pretensão do autor a que ele faça alguma coisa. Entretanto, pode o juiz determinar a imediata *interdição*, ou mesmo a *demolição de prédio*, para resguardar a saúde, a segurança, ou outro interesse público (art. 888, VIII). A interdição é provisória, porque eficaz apenas enquanto pende o processo para decidir se o réu tem ou não a obrigação de demolir. A demolição é definitiva, por natureza. Em um e outro caso, porém, o juiz, fundado em norma processual, ordena que o réu pratique ato, ainda que possa ocorrer que o direito material lhe assegure o direito de não praticá-lo.

A maioria das pretensões visam à prestação de quantia em dinheiro, líquida ou ilíquida, de coisa certa ou em espécie, móvel ou imóvel.

Também há pretensões que visam à prestação de declaração de vontade.

A litisregulação responde principalmente às seguintes indagações:

a) Enquanto se ignora se o réu deve o dinheiro, a coisa ou a pessoa exigida pelo autor, deve o objeto da prestação permanecer com o réu, ser entregue ao autor ou ficar em poder de terceiro?

b) Enquanto se ignora se foram ou não satisfeitos os pressupostos de criação, modificação ou extinção de relação jurídica, deve ela ser havida como inexistente, inalterada ou subsistente ou, pelo contrário, como já criada, modificada ou extinta?

c) Pode omitir-se o réu enquanto se ignora se ele deve o ato exigido pelo autor? Pode o réu praticar o ato cuja abstenção é exigida pelo autor, enquanto se ignora quem tem razão?

d) Enquanto se investiga a respeito da ocorrência de crime e de sua autoria, que tratamento deve ser dado à pessoa e aos bens do indiciado?

A regra geral, ainda que nem sempre expressa em texto de lei, é que o estado de fato somente deve sofrer alteração, em decorrência de processo, após o trânsito em julgado da sentença nele proferida. Sua aplicação não apresenta dificuldades, porque independe de qualquer ato, resultando simplesmente da inércia.

As demais hipóteses são excepcionais. Por isso mesmo, exigem norma expressa, ainda que geral. Também exigem ato: ou do próprio demandante (justiça de mão própria); ou do detentor ou possuidor do objeto da prestação, que o pratique atendendo a um ônus processual, ou a dever imposto por sentença; ou ato do juiz.

Litisregulação por ato do demandante ocorre, por exemplo, quando o credor, ao qual a lei concede direito à constituição de penhor (CC, art. 776), havendo perigo na demora, faz efetivo o penhor, antes de recorrer à autoridade judiciária (CC, art. 779). A constituição do penhor depende de ato judicial (sentença constitutiva, com eficácia *ex tunc*) e, embora se ignore se procede ou não a pretensão, permite a lei que o credor se aposses da coisa. O Códici-

go de Processo Civil concebe a *homologação de penhor legal* como medida cautelar (CPC, art. 874), provavelmente preparatória, donde a consequência: desconstitui-se o penhor, não sendo proposta a ação principal no prazo de trinta dias (art. 808, I).

Às vezes o próprio réu entrega o objeto da prestação ao demandante ou ao Estado, atendendo a dever, ou a ônus, decorrente de norma processual litisreguladora.

É o que ocorre, por exemplo, quando o réu paga alimentos provisionais. A ação de alimentos provisionais (CPC, arts. 852 a 854) tem nítido caráter litisregulador, porque visa a obter uma condenação eficaz apenas durante o período em que se ignora o *quantum* dos alimentos devidos ou mesmo a existência da obrigação de prestá-los.

É o que também ocorre quando o réu deposita o título ou seu valor na ação de apreensão de título. Essa ação é executiva. Há pretensão à restituição de título, satisfeita pelo juiz mediante sua busca, apreensão e entrega ao possuidor esbulhado. A prisão é meio coercitivo que atende à necessidade de cooperação do réu. Sua inclusão entre as ações cautelares (CPC, art. 885) atende a uma alternativa que configura litisregulação: o réu pode obstar à prisão exibindo o título para ser levado a depósito (art. 886, I).

O exame da ação de caução mostra que o campo abrangido pela idéia de cautela ultrapassa o âmbito compreendido pelas ações cautelares. Efetivamente, “certa preventividade, implícita no étimo *caução*, é ineliminável do conceito. Em toda caução, ainda convencional, ela aparece”. Não obstante, existe a “ação de caução não cautelar” (Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., Forense, 1959, t. 8, p. 455 e 459). Na verdade, toda caução é cautelar, mas nem toda caução é litisreguladora.

O procedimento da ação de caução é o mesmo, num e noutro caso, mas os efeitos jurídicos são diversos. Suponha-se um contrato com cláusula de prestação de caução. Aquele que é obrigado a prestá-la pode requerer a citação da pessoa a favor de quem deve ser prestada (CPC, art. 829), a fim de que aceite a caução (art. 831) ou conteste o pedido. Constituída a caução, sua eficácia não cessa por não se propor a ação principal, no prazo de trinta dias (art. 808, I), pela simples razão de que não há ação principal a ser proposta. Impõe-se, todavia, a solução oposta, em se tratando de caução prestada para obstar à execução de arresto (art. 819, II).

Quando alguém presta caução para garantir a execução de eventual condenação, há litisregulação por ato do demandado, que é autor na ação de caução (art. 829).

Também há litisregulação, mas por ato do demandante, no *depósito preparatório de ação*, que é regido pelo art. 829 do Código de Processo Civil, pois é modalidade de caução.

A ação para exigir caução (art. 830) é cominatória, só eventualmente cautelar ou litisreguladora, o que ocorre, por exemplo, quando se exige caução sob pena de seqüestro.

Também pode ocorrer que, em obediência a norma litisreguladora, o juiz se apossa do objeto da prestação, através de ato do oficial de justiça, seja para entregá-lo a depositário (posse indireta do Estado), seja para entregá-lo ao demandante.

O apossamento, pelo juiz, nem sempre significa retirar fisicamente a coisa das mãos do demandado, que pode permanecer como possuidor direto, a título de depósito. O que sempre ocorre é que se restringe a posse do demandado.

Restrição à posse, em função de litispendência, implica litisregulação.

Se, como na ação de reintegração de posse, o juiz retira o bem do demandado e o entrega provisoriamente ao demandante, não há cautela, mas há litisregulação. Se a entrega é em caráter definitivo, há execução.

Quando o juiz restringe a posse do executado, fazendo-o depositário, a eventual natureza executiva do ato não exclui seu caráter litisregulador, se dependente de futura sentença a alternativa: entrega do bem ao demandante ou restituição da posse plena ao demandado.

Quando é dinheiro o objeto da prestação do demandado, o ato pelo qual o juiz lhe restringe a posse de tantos bens quantos necessários para o pagamento chama-se *penhora*, se executivo (art. 659), e *arresto*, se cautelar (art. 813).

Quando é coisa certa o objeto da prestação, a *imissão na posse*, tratando-se de coisa imóvel, e a *busca e apreensão*, tratando-se de coisa móvel, são atos executivos (art. 625). A medida cautelar correspondente é o *seqüestro*.

A medida cautelar denominada “busca e apreensão” (art. 839) é modalidade de seqüestro.

Modalidade de seqüestro é também o *arrolamento cautelar de bens* (art. 858). A providência não se limita à descrição dos bens, pois que se lhes nomeia depositário (art. 858). Trata-se de seqüestro de uma universalidade de bens.

Medidas de caráter pessoal, como a separação de corpos (art. 888, VI), provimentos referentes à posse provisória dos filhos (art. 888, III), à sua guarda e educação e ao exercício do direito de visita (art. 888, VII), depósito de incapazes (art. 888, V) e busca e apreensão de pessoas (art. 839), caem no âmbito da jurisdição voluntária. Daí, e não de seu pretense caráter litisregulador, é que decorre a ausência de definitividade, isto é, sua modificabilidade.

Também em processo penal há litisregulação, que pode ser pessoal ou patrimonial. Dispõe-se, no primeiro caso, a respeito da pessoa do indiciado. Entram, aí, as normas relativas à prisão e à liberdade provisória (CPP, arts. 282 e s.) e à aplicação provisória de interdições de direito e medidas de segurança (CPP, arts. 373 e s.). Dispõe-se, no segundo caso, a respeito dos bens do indiciado, determinando-se, por exemplo, o seqüestro de móveis e imóveis de que se suspeita constituam proveito auferido com a prática da infração (CPP, arts. 125 e s.). A perda, em favor da União, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso é efeito da condenação (CP, art. 91, II, b).

O art. 312 do Código de Processo Penal estabelece que a prisão preventiva pode ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Apenas na última hipótese é ela decretada para garantir a execução da pena. Como garantia da ordem pública pode ser decretada até em benefício do indiciado, a fim de que não seja linchado por familiares da vítima ou terceiros, sedentos de sangue. Por conveniência da instrução criminal, é decretada para impedir que o indiciado, por ameaça ou por outros meios, impeça a comprovação do ato delituoso.

A prisão, como pena, é de data recente. Os antigos preferiram a morte, a flagelação, o exílio, os trabalhos forçados e as amputações da mão, do pé, da língua, do nariz, dos olhos ou dos órgãos genitais. Como medida litisreguladora, a prisão sempre existiu.

Antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prisão não é senão medida preventiva, com nítido caráter litisregulador.

2. CAUTELA

As medidas cautelares, diz Calamandrei, não são apenas temporárias. São provisórias. Temporário é simplesmente aquilo que não dura sempre. Provisório é aquilo que se destina a durar até que sobrevenha um evento posterior, em vista e à espera do qual permanece, entretanto, o estado de provisoriedade. Das medidas cautelares se diz que são provisórias, porque seus efeitos jurídicos não são meramente temporários, mas têm sua duração limitada àquele período de tempo que vai da emanção do ato cautelar ao definitivo.

Nem basta a provisoriedade para distinguir as medidas cautelares, porque nem tudo o que é provisório é cautelar.

De outro lado, continua Calamandrei, é preciso não confundir tutela preventiva com tutela cautelar. Em certos casos, o direito admite que se possa invocar a tutela jurisdicional antes da lesão de um direito subjetivo, pelo só fato de que a lesão se anuncie próxima e provável. Fala-se, então, em tutela preventiva, em oposição à tutela repressiva. Aqui, porém, nos encontramos diante de casos de tutela ordinária, com efeitos definitivos.

Tutela cautelar há somente quando, através de uma medida judicial, se afasta o *periculum in mora*, isto é, não o genérico perigo de dano que, em certos casos, se pode obviar com a tutela ordinária (preventiva), mas o perigo daquele ulterior dano marginal que poderia derivar da demora do procedimento ordinário, da medida definitiva. É a demora desta que se procura tornar inócua com uma medida cautelar que lhes antecipe provisoriamente os efeitos.

Nisto, pois, está a essência das medidas cautelares: antecipação provisória de certos efeitos da medida definitiva (principal), com o fim de prevenir o dano que poderia decorrer da sua demora (Piero Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, CEDAM, 1936).

3. LITISREGULAÇÃO CAUTELAR E LITISREGULAÇÃO SATISFATIVA

Não obstante os múltiplos pontos de contato, há que se distinguir litisregulação e cautela.

Litisregulação, isto é, regulação provisória da situação de fato *sub judice*, existe sempre.

Para que se fale em cautela é preciso que se obvie perigo de dano, mediante tutela preventiva.

Acautelar é menos do que satisfazer. Por isso, quando se satisfaz o autor, adiantando-se inteiramente os efeitos do provimento jurisdicional definitivo, vai-se além do mero acautelamento, haja-se, ou não, invocado o pressuposto do *periculum in mora*.

Cabe, então, distinguir-se litisregulação cautelar e litisregulação satisfativa.

Há litisregulação cautelar quando se afasta perigo de dano, mediante medida que previne, sem satisfazer.

Há litisregulação satisfativa quando, embora provisoriamente, se antecipa a medida definitiva, invoque-se ou não *periculum in mora*.

O mandado de segurança concedido para o efeito de atribuição de efeito suspensivo a recurso é ação cautelar.

A liminar em ação de reintegração de posse é medida litisreguladora. Todavia, nada tem de cautelar. Trata-se de medida satisfativa. Ademais, a sua concessão não depende do pressuposto de qualquer *periculum in mora*.

A liminar que, em mandado de segurança, autoriza a realização de um comício é satisfativa, embora se invoque, no caso, o pressuposto do “dano irreparável”. Trata-se de adiantamento da eficácia da sentença final. Medida satisfativa, com a qualificativa adicional de irreversibilidade.

A importância prática da distinção está em que a litisregulação cautelar cai no âmbito do poder cautelar geral, a que se referem os arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil. Já a litisregulação satisfativa só cabe nos casos expressos em lei.

Quanto à execução, é ela, por natureza, satisfativa. Existe, não obstante, execução provisória da sentença, caso, pois, de litisregulação satisfativa.

4. ARRESTO, SEQUESTRO, BUSCA E APREENSÃO DE COISA

O arresto e o sequestro são das mais típicas medidas litisreguladoras. São também medidas cautelares. Litisreguladoras, porque importam em regulação provisória da lide. Cautelares, porque supõem perigo de dano e acautelam sem satisfazer.

O arresto se coordena com a penhora. Um e outro supõem obrigação de pagar quantia em dinheiro. O arresto, medida provisória, garante a futura penhora, ato com que se deflagra a execução por quantia certa.

A imensa importância teórica e prática do arresto se reduz a quase nada, no direito brasileiro, ao se exigir, para a sua concessão, o duplo requisito: dívida líquida, dívida certa (art. 814, I).

O seqüestro se coordena com o ato executivo da busca e apreensão de coisa móvel ou com o da imissão na posse de imóvel. O seqüestro, medida provisória, garante a futura satisfação do credor de coisa certa.

Mais complexo é o exame da medida cautelar de busca e apreensão.

Em primeiro lugar, há que se excluir a busca e apreensão de pessoa, que integra a jurisdição voluntária. No caso particular da ação de vindicação, a que alude Pontes de Miranda (busca e apreensão proposta pelos pais contra terceiros que estejam ilegítimamente detendo seus filhos), tem-se que ela, se não é de jurisdição voluntária, é definitiva (não há de se exigir dos pais que proponham, depois, outra ação, principal). Em qualquer dos casos, exclui-se que se trate de medida cautelar.

No que tange à busca e apreensão de coisa, o reparo a fazer é que ela tanto pode constituir ato cautelar como executivo. A busca e apreensão, na alienação fiduciária em garantia, é ato de execução, ainda que decretada liminarmente. Além disso, há a busca e apreensão de autos, de natureza administrativa, sem conteúdo jurisdicional, sequer de jurisdição voluntária.

Pode ocorrer, ainda, que haja busca e apreensão integrante de arresto ou seqüestro, por haver a necessidade de se procurar antes a coisa, para arrestá-la ou seqüestrá-la.

Feitas essas observações, tem-se que a busca e apreensão cautelar diz respeito a coisas que precisam ser judicialmente depositadas, sem que se trate de assegurar entrega de coisa certa. O devedor, por exemplo, obtém o seqüestro de título de crédito abusivamente emitido ou completado, sem que se cogite de qualquer obrigação do réu, de entregá-lo ao credor. Outro caso é o da apreensão de livros publicados em contravenção a direito do autor: não se trata de livros "devidos pelo réu".

5. ALIMENTOS PROVISIONAIS E PROVISÓRIOS

A previsão legal dos alimentos provisionais se encontra no artigo 852 do Código de Processo Civil: “É lícito pedir alimentos provisionais: I — nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges; II — nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial; III — nos demais casos expressos em lei”.

Aos alimentos provisórios se refere a Lei n. 5.478, de 25-7-1968, art. 4º: “Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita”.

Nem todos aceitam a distinção. “Assim, Sérgio Gischkow Pereira, *Ação de Alimentos*, Porto Alegre, Fabris, 1983, 3ª ed., p. 49, reproduz a voz corrente quando afirma que ‘a diferenciação entre as duas espécies é apenas terminológica e procedimental; em essência, em substância, são idênticas, significam o mesmo instituto, a saber, prestações destinadas a assegurar ao litigante necessitado os meios para se manter na pendência da lide’” (Oliveira e Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. 8, t. 2, p. 371).

Oliveira e Lacerda fazem a distinção, para o efeito de afirmar o caráter cautelar dos alimentos provisionais, em oposição aos provisórios.

Ovídio A. Baptista da Silva nega caráter cautelar aos alimentos provisionais, sem distingui-los dos provisórios.

Uns e outros estão de acordo em que, a se considerar não-cautelar a ação de alimentos provisionais, a enumeração dos casos previstos no art. 852 deveria ser entendida, pelo menos em princípio, como exaustiva, afastada qualquer conotação de ordem exemplificativa, com fundamento no art. 798.

Para nos posicionar ante esse complexo problema, consideremos:

1º) Não há dúvida de que se pode satisfazer por antecipação. Há, pois, medidas satisfativas antecipadas.

2º) Pode-se acautelar satisfazendo? Não, porque satisfazer é mais do que acautelar. Não há, pois, medidas cautelares satisfativas.

A cautela supõe perigo. Já a antecipação pode ou não supor perigo. Pode-se antecipar em face do perigo de, no tempo certo, já não ser possível a satisfação, mas pode-se antecipar simplesmente porque há certeza suficiente do direito.

Tem-se, então:

- a) sem o pressuposto do perigo, não há que se falar em cautela;
- b) as medidas satisfativas não são cautelares, ainda que presuponham perigo.

Feitas essas observações, nota-se que os alimentos provisionais são satisfativos e pressupõem perigo; os alimentos provisórios, regulados na lei especial, são satisfativos e dispensam o pressuposto do perigo. Em qualquer dos casos nos encontramos em face de medidas que não são cautelares. Uma e outra, porém, são litisreguladoras. São medidas litisreguladoras satisfativas, em oposição às meramente cautelares.

Da natureza não-cautelar dos alimentos provisionais deveria decorrer, como consequência, a impossibilidade de sua decretação, fora dos casos expressos em lei (art. 852, III), afastada a invocação do poder cautelar geral do juiz. Isso mesmo reconhece Ovídio: “Para os que, como nós, consideram os alimentos provisionais uma forma especial de tutela satisfativa e, pois, não simplesmente cautelar, a questão exegética certamente se complica ainda mais, desde que a ordem jurídica brasileira não contém um princípio geral capaz de afastar a ordinarietade processual, permitindo ao juiz a concessão de liminares satisfativas, sob forma injuncional, ou por simples antecipação, como sucede com os processos possessórios de tipo interdital ou com a ação de mandado de segurança.

Na prática forense, contudo, não obstante essas complicações teóricas, não se tem dado relevância ao princípio limitador constante do artigo 852, entendendo-se possível a concessão de provisionais para além das hipóteses aí catalogadas. Em verdade, a natureza especialíssima do crédito alimentar impõe logo a necessidade de aplicação analógica dos princípios da tutela cautelar inominada, tornando acadêmica a controvérsia possível sobre a natureza dos alimentos provisionais” (Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários*, cit., p. 473).

6. ATENTADO

Atentado é ato ilícito violador da proibição de inovar. “Comete atentado”, diz o art. 879 do Código de Processo Civil, “a parte que no curso do processo: I — viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse; II — prossegue em obra embargada; III — pratica qualquer outra inovação ilegal no estado de fato”.

A ação de atentado visa à reposição no estado anterior, como resultado do art. 881: "A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado".

"Pune-se o atentado feito, jamais a ameaça de atentado, que só poderá ser tutelada com alguma medida cautelar (Pontes de Miranda, *Comentários*, 382)." "O que se requer no atentado é o restabelecimento ao estado anterior da coisa litigiosa, e, evidentemente, o requerimento ficará prejudicado se esse restabelecimento for impossível (João Vicente Campos, *Comentários*, VIII, t. 2º, p. 224)." Ambas as citações encontram-se em Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários*, cit., p. 625.

Havendo pedido, a sentença que julga procedente a ação de atentado pode também conter condenação em perdas e danos (art. 881, parágrafo único: "A sentença poderá condenar o réu a ressarcir à parte lesada as perdas e danos que sofreu em consequência do atentado").

Tal condenação é definitiva, o que serve, para Ovídio, de argumento, aliás irrespondível, no sentido de que a ação de atentado não tem caráter cautelar.

E não havendo tal condenação? "Porventura, ainda nesta hipótese, a ação e a respectiva sentença conteriam eficácias declaratória e condenatória a ponto de produzir coisa julgada material sobre a existência do ato-fato ilícito do atentado? A resposta é afirmativa: sendo o atentado, por sua própria natureza, um ato ilícito, a sentença que o reconhecer fará coisa julgada material sobre tal ponto. Todavia, não se trata de simples 'declaração de ilicitude' capaz de ser obtida em sentença de mera declaração, mas de verdadeira condenação, porque a demanda de atentado não se limitara a pedir que o juiz declarasse a existência do ilícito, e sim que 'punisse', condenando o atentante, de tal modo que a sentença declarasse ter havido atentado e condena, mas a eficácia preponderante da sentença permanece sendo mandamental. E é por isso que a ação de atentado não é cautelar e sim satisfativa. Tal sempre fora a doutrina defendida por Pontes de Miranda". "Qualquer que seja o caso, devemos distinguir a responsabilidade pelos danos processuais causados pelo atentado, referentes a custas, honorários e eventualmente outras despesas que a parte tiver suportado, da res-

ponsabilidade decorrente de alguma pretensão de direito material. Os danos processuais hão de ser indenizados sempre, ainda que o vitorioso na ação de atentado resulte sucumbente na causa principal. Ilícito processual houve, qualquer que venha a ser a sentença do processo principal. E a legitimidade da pretensão indenizatória correspondente não poderá nunca ser afastada pela sentença da causa principal” (Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários*, cit., p. 640 e 646).

Oliveira e Lacerda afirmam que a ação de atentado tem natureza mista: “As confusões e contradições existentes na doutrina a respeito da ação de atentado, com reflexo na jurisprudência, resultam do fato de não terem enxergado que nela existe, na verdade, o cúmulo de duas ações: uma processual, de natureza cautelar, tendente à restituição ao *status quo*; outra, material, relativa ao ressarcimento do dano causado. Reconhecida essa evidência, surgem as distinções necessárias e se dissipam os erros”. “É que o ato ilícito da inovação gera duas pretensões jurídicas: a processual de restituição, e a material de ressarcimento do dano. Trata-se de fato material, com repercussão processual. Por isso, não cabe falar apenas em ilícito processual. É ilícito material também, tanto assim que seu autor pode por ele responder criminalmente, se configurando delito de desobediência. Essa pluralidade de efeitos decorrentes do mesmo ato é que atribui à ação de atentado, quando cumulada, como normalmente ocorre, natureza mista: processual de reposição e material de ressarcimento” (*Comentários*, cit., p. 576-7).

De nossa parte, antes de perguntar se a ação de atentado é cautelar, devemos perguntar se é ou não litisreguladora, isto é, se a sentença importa em regulação provisória da lide, de tal modo que sua eficácia possa desaparecer com o trânsito em julgado da sentença proferida na ação principal.

Ora, examinado o *caput* do art. 881, é fácil a constatação de que os efeitos da sentença, aí referidos, são provisórios. Cessa a eficácia da ordem, dada ao réu, para restabelecer o estado anterior, se a sentença principal vem a declarar a inexistência de qualquer direito do autor sobre a coisa litigiosa. Observe-se que a suspensão da causa principal não ocorre quando beneficia a parte que praticou atentado. Daí a possibilidade de sobrevir a sentença principal, ainda que não purgado o atentado.

Não há dúvida, por outro lado, de que é definitiva a sentença, na parte em que condena o réu a ressarcir perdas e danos, con-

forme admite o art. 881, parágrafo único. Também é definitiva a sentença, no que concerne à declaração da ilicitude processual do ato e à condenação nos ônus da sucumbência.

Segue-se, então, que os efeitos da sentença, na ação de atentado, são em parte provisórios e em parte definitivos.

Predominam, porém, os efeitos definitivos, porque o próprio mandado de restabelecimento do estado anterior pode subsistir à vitória do atentante. "O próprio exemplo empregado por Pontes de Miranda do réu que inova contra a posse do autor da ação de usucapião, sendo vencido na ação de atentado e vindo depois a ser vitorioso na ação principal, por haver a demanda de usucapião sido rejeitada, serve para demonstrar que o vitorioso na ação de atentado que perde a causa principal pode perfeitamente ter pretensão a ser indenizado das perdas e danos que a invocação lhe causara. É simples. No exemplo, a invocação contra a posse do autor da ação de usucapião julgada improcedente não fica legitimada pela circunstância de vir a ter o autor do atentado sentença favorável na demanda principal. O autor da ação de usucapião declarada improcedente ainda continua possuidor e, pois, titular da pretensão indenizatória que o atentado reconheceu e concedeu" (Ovídio A. Baptista da Silva, *Comentários*, cit., p. 645-6).

De qualquer modo, há os casos, que são maioria, em que o efeito mandamental da sentença se desconstitui em decorrência da proferida na ação principal.

Em conclusão: a sentença, na ação de atentado é, em parte, litisreguladora e, enquanto tal, é também cautelar, porque visa a afastar o perigo de a parte, vitoriosa na ação principal, vir a ter o seu direito prejudicado, no todo ou em parte, pelo atentado praticado pela parte adversa.

Capítulo IX

PRECLUSÃO E COISA JULGADA

Sumário: 1. Preclusão. 2. Coisa julgada. 3. Limites subjetivos da coisa julgada. 4. Limites objetivos da coisa julgada. 5. Eficácia preclusiva da coisa julgada material. 6. Coisa julgada nas relações jurídicas continuativas. 7. Execução e preclusão *pro judicato*.

1. PRECLUSÃO

“O conceito de preclusão, visto como instituto autônomo, bem como o próprio emprego do vocábulo, é devido a Giuseppe Chiovenda” (Manoel Caetano Ferreira Filho, *A preclusão no direito processual civil*, Curitiba, Ed. Juruá, 1991, p. 19). Antes falava-se apenas em decadência para significar o que hoje, no processo, se prefere denominar “preclusão temporal”.

“No sentido técnico ou substantivo preclusão exprime a idéia de: a) extinção de um poder, para o juiz ou o tribunal; e b) perda de uma faculdade, para a parte” (E.D. Moniz de Aragão, *Preclusão*, in Oliveira et al., *Saneamento do processo, Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1989, p. 141-83).

“A preclusão”, diz Manoel Caetano Ferreira Filho, “é um dos institutos de que se pode servir o legislador para tornar o processo mais rápido, impondo ao procedimento uma rígida ordem entre as atividades que o compõem”. Por visar à celeridade do processo, o instituto da preclusão “é totalmente descomprometido com a justiça ou injustiça da decisão: o que se pretende com a preclusão é apenas abreviar ao máximo possível a duração do processo, pouco importando que isto implique em uma sentença injusta. Precisamente por isso é que a preclusão tem encontrado terríveis críticos, principalmente na doutrina italiana” (*A preclusão*, cit., p. 14-5).

“A preclusão surge no processo como resultado da ausência de ato (inércia durante o tempo útil destinado ao desempenho de certa atividade); ou como consequência de determinado fato, que,

por ter sido praticado na ocasião oportuna, consumou a faculdade (para a parte) ou o poder (para o juiz) de praticá-lo uma segunda vez; ou ainda como decorrência de haver sido praticado (ou não) algum ato, incompatível com a prática de outro” (Moniz de Aragão, in Oliveira et al., *Saneamento do processo*, cit.).

Temos, assim, três espécies de preclusão:

a) Preclusão temporal (perda do direito de praticar um ato processual pelo decurso do prazo fixado para o seu exercício). Sobre esse aspecto, a preclusão se identifica com a decadência, com a diferença, porém, de que esta importa na extinção definitiva do direito, ao passo que a preclusão só diz respeito ao processo em que ocorreu. Renovada a ação, “renasce” o direito de praticar o ato. A regra é que, “decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato” (CPC, art. 183).

Sobre a distinção entre preclusão e decadência, vale a pena transcrever a lição de Manoel Caetano Ferreira Filho:

“... é imperioso, antes de mais, que se aceite a identidade ontológica entre preclusão e decadência. Na essência trata-se de um único fenômeno: perda de um direito por não ter sido ele exercido dentro do prazo estabelecido.

Realmente, tanto a decadência quanto a preclusão temporal têm em comum o caráter extintivo de direito.

Todavia, distinguem-se perfeitamente quanto ao objeto, à finalidade e aos efeitos.

Objeto da decadência são os direitos substanciais; da preclusão, os direitos (como também faculdades ou poderes) processuais. O mesmo fenômeno, decorrência do prazo, pode caracterizar a decadência ou a preclusão, segundo opere fora ou dentro do processo.

No que concerne à finalidade, vale o que se disse sobre prescrição e preclusão. A decadência, semelhante à prescrição, visa à paz e à harmonia social, ao que é indispensável a certeza das relações jurídicas. A preclusão, como já repetido, tem finalidade diversa: tornar o processo mais célere e ordenado, impondo-lhe uma ordem lógica.

Os efeitos da decadência verificam-se fora do processo, impedindo que, para conhecimento do direito em relação ao qual se verificou, inicie-se um processo. A decadência extingue o próprio di-

reito material — a pretensão —, tornando, por assim dizer, consolidada a situação jurídica, anteriormente litigiosa.

A preclusão tem seus efeitos limitados ao processo em que ocorreu, não atingindo a pretensão do autor. Aliás, fala-se em decadência sempre em relação ao autor, enquanto que a preclusão pode operar tanto para o autor quanto para o réu” (*A preclusão*, cit., p. 65-6).

b) Preclusão consumativa (decorrente de já haver sido praticado o ato). “Realizado o ato, não será possível pretender tornar a praticá-lo, ou acrescentar-lhe elementos que ficaram de fora e nele deveriam ter sido incluídos, ou retirar os que, inseridos, não deveriam tê-lo sido” (Moniz de Aragão, in Oliveira et al., *Saneamento do processo*, cit.). Por exemplo, art. 294 do Código de Processo Civil: “Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo”. Conforme Manoel Caetano Ferreira Filho, a interposição do recurso contra uma parte da sentença implica aquiescência em relação à outra parte não impugnada e, portanto, a preclusão da faculdade de impugná-la (*A preclusão*, cit., p. 35).

c) Preclusão lógica (decorrente da prática de ato incompatível). Por exemplo, art. 503 do CPC: “A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer”. “Também configura-se esta espécie de preclusão se a parte, em ação de despejo por falta de pagamento, requer prazo para purgação da mora, ficando-lhe preclusa, por isso, a faculdade de contestar o pedido” (Ferreira Filho, *A preclusão*, cit., p. 34).

Conforme Moniz de Aragão, a preclusão diz respeito não só aos direitos e faculdades das partes, mas também aos poderes do juiz.

Sustenta, outrossim, que a expressão “coisa julgada formal” deve ser usada apenas com referência à sentença. Em suma, decisões interlocutórias ficam sujeitas à preclusão; a sentença produz coisa julgada formal (e, eventualmente, também coisa julgada material).

Na mesma linha de pensamento, Ferreira Filho afirma: “As decisões que extinguem o processo, decidindo ou não o mérito da causa, fazem coisa julgada, material ou formal, segundo tenham ou não solucionado a lide, sendo, pois, errôneo falar-se de preclu-

são em relação a elas” (*A preclusão*, cit., p. 27); “As decisões proferidas no curso do processo (interlocutórias), quer atinentes ao mérito, quer atinentes às questões processuais, não fazem coisa julgada, nem mesmo no sentido formal. Em relação às decisões interlocutórias o que se produz é a preclusão, que as torna imutáveis no mesmo processo em que foram proferidas” (*A preclusão*, cit., p. 73).

Sente-se, então, a falta de uma expressão própria para designar os casos em que ocorre preclusão para a parte, sem que haja imutabilidade para o juiz, como no caso em que a parte deixa de recorrer de decisão indeferitória de perícia. Há preclusão para a parte, mas não imutabilidade para o juiz, que pode, de ofício, determinar a realização da perícia anteriormente indeferida, por vir a entender essencial essa prova para a apuração da verdade dos fatos.

Proponho que, nesses casos, se fale em preclusão parcial (preclusão para a parte), em oposição à preclusão plena (para as partes e para o juiz).

d) Produção de provas e preclusão. “O problema pode ser exposto nos seguintes termos: depois de indeferir uma prova, não tendo o interessado agravado, pode o juiz determinar sua produção? E o contrário: pode o juiz indeferir prova que já houvera antes deferido em despacho não agravado?” A resposta é *sim* para a primeira pergunta porque o poder de iniciativa probatória inclui o de determinar a produção de prova já indeferida; é *não* para a segunda porque a preclusão tem por finalidade assegurar a estabilidade das situações jurídicas processuais e a situação jurídica processual de quem teve a prova admitida seria profundamente alterada com o posterior indeferimento. “Portanto, a preclusão consumativa se produz em relação ao juiz, no sentido de proibir-lhe o indeferimento de prova que já havia antes admitido” (Ferreira Filho, *A preclusão*, cit., p. 92).

e) Pressupostos processuais, condições da ação e preclusão. O art. 473 do Código de Processo Civil proíbe, à parte, discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. O art. 516 submete à apreciação do tribunal também as questões anteriores à sentença, salvo as impugnáveis por agravo de instrumento. Tem-se, pois, que, não sendo interposto agravo de decisão interlocutória, ocorre preclusão, assim para a parte quanto para o juiz ou tribunal.

Todavia o art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil dispõe que o juiz conhecerá, em qualquer tempo e grau de jurisdição, en-

quanto não for proferida a sentença de mérito, da matéria relativa aos pressupostos processuais e às condições da ação. Tem-se, daí, extraído a regra de que as decisões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação não precluem.

Entretanto, os textos acima citados não constituem regra e exceção, mas disciplinam matérias diversas. O que o art. 267, § 3º, estabelece é que o juiz ou o tribunal pode, a qualquer tempo, a requerimento ou de ofício, examinar questão relativa à falta de pressuposto processual ou de condição da ação. Se, porém, o juiz ou tribunal examina a questão, decidindo-a, ocorre preclusão, não sendo interposto agravo.

O que tem atrapalhado as discussões a respeito do assunto é a circunstância de que se o tem estudado como se os pressupostos processuais e as condições da ação constituíssem um todo inteiriço, de modo que, negada a ocorrência de preclusão, com relação a qualquer dos pressupostos ou a qualquer das condições, desde logo se extrai a regra da inexistência de preclusão, em qualquer caso. Ora, não existe essa identidade absoluta, motivo por que a solução não será necessariamente igual para todos os pressupostos processuais e para todas as condições da ação.

Tome-se o caso da incompetência absoluta. Trata-se, aí, de vício rescisório, isto é, de vício que autoriza a rescisão da sentença, sendo, pois, lógico concluir-se que o juiz ou o tribunal possa, a qualquer tempo, enquanto não proferida sentença de mérito, reexaminar a questão de sua própria competência, ainda que já tenha havido anterior decisão explícita a respeito.

Esse discurso, porém, não pode ser repetido com relação a outros pressupostos processuais, cuja falta não autoriza a rescisão da sentença.

Em suma, também com relação aos pressupostos processuais e às condições da ação, há que se fazer o exame para determinar se a hipótese é de vício preclusivo, rescisório ou transrescisório. A meu juízo, inexiste a categoria dos vícios cobertos apenas pela coisa julgada formal: se o vício é preclusivo, a preclusão ocorre desde logo, em decorrência da não-interposição de agravo; se o vício é rescisório (autoriza a rescisão da sentença) ou transrescisório (caso das sentenças nulas), sua existência pode ser declarada em outro processo; não há vícios de preclusão diferida, de modo que escapem

à preclusão decorrente da ausência de agravo, mas que possam, contudo, ser decretados, a qualquer tempo, enquanto não sobrevenha coisa julgada formal decorrente do trânsito em julgado da sentença extintiva do processo.

Temos, pois, que a decisão a respeito de pressuposto processual preclui, salvo os casos expressos de ação rescisória por vício processual. Com relação às condições da ação, há que se fazer o mesmo raciocínio: se a falta é tal que autoriza a rescisão da sentença (vício rescisório) ou determina a sua nulidade (vício transrescisório), há que se negar a ocorrência de preclusão; nos demais casos, a decisão a respeito do assunto preclui, não cabendo redecisão, salvo se interposto agravo.

Esse, porém, não tem sido o entendimento da jurisprudência e, quanto à doutrina, podem-se apontar as seguintes posições:

1.^a) a dos que, como Arruda Alvim e Moniz de Aragão, afirmam que, em se tratando de pressuposto processual ou de condição da ação, a ausência de agravo de instrumento não gera preclusão nem para o juiz nem para o tribunal (cf. Ferreira Filho, *A preclusão*, cit., p. 103);

2.^a) a dos que, como Barbosa Moreira, afirmam que as questões decididas a respeito dessas matérias ficam preclusas, assim para o juiz quanto para o tribunal, se não interposto o recurso cabível (*A preclusão*, p. 99);

3.^a) a dos que, como Calmon de Passos e Manoel Caetano Ferreira Filho, afirmam a preclusão para o próprio órgão que proferiu a decisão, mas não para o superior.

O último autor assim expõe o seu pensamento: "... no contexto do Código, o § 3º do art. 267 apenas libera o juiz para apreciação de ofício da existência das condições da ação e dos pressupostos processuais. Todavia, uma vez proferida a decisão, não mais poderá o mesmo juiz decidir novamente a questão.

A preclusão que atinge a decisão do juiz, no entanto, não se opera em relação ao tribunal, eis que o conhecimento de ofício está autorizado para qualquer grau de jurisdição.

Portanto, embora o juiz não possa mais, na ausência do agravo de instrumento, modificar sua decisão, nada impede que o tribunal, quando do julgamento da apelação, a pedido da parte ou de ofício, declare a ausência de pressuposto processual ou condição da ação e extinga o processo sem julgamento de mérito" (*A preclusão*, cit., p. 106).

Embora o citado autor cite Chiovenda, para afirmar a possibilidade de preclusão limitada a um grau do processo, tenho por incabível a distinção: ou há preclusão e a decisão não pode ser revista nem pelo juiz nem pelo tribunal, ou não há, podendo então reexaminar a matéria o próprio juiz de 1º grau.

2. COISA JULGADA

Coisa julgada é a imutabilidade (e, conseqüentemente, a indiscutibilidade) do conteúdo de uma sentença. Não de seus efeitos. Posso renunciar a um direito declarado por sentença. Assim agindo, afasto os efeitos da sentença, sem, contudo, modificar o seu conteúdo.

Distinguem-se coisa julgada formal e coisa julgada material.

A sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, transita formalmente em julgado. A coisa julgada formal importa em imutabilidade restrita ao processo em que a sentença foi proferida. A sentença de que não se interpôs o recurso cabível transita formalmente em julgado e não mais pode ser modificada, no mesmo processo, pela simples razão de que este se extinguiu.

(A propósito de decisões interlocutórias, imodificáveis e indiscutíveis no processo em que foram proferidas, diz-se ocorrer preclusão, reservando-se a expressão “coisa julgada formal” para as sentenças.)

Coisa julgada material é algo mais. É imutabilidade do conteúdo da sentença no mesmo ou em outro processo. Imutabilidade que se impõe a quem quer que seja: autoridade judicial, administrativa ou mesmo legislativa.

Toda sentença produz coisa julgada formal desde o momento em que se torna irrecorrível. Contudo, nem toda sentença produz coisa julgada material. Para que se produza coisa julgada material é preciso que o conteúdo da sentença não possa ser desprezado ou modificado mesmo em outro processo, em outra ação (exceto a rescisória, que se destina precisamente a desconstituir coisa julgada material).

Não produzem coisa julgada material:

- a) a sentença meramente processual;
- b) a sentença de carência de ação;

- c) a sentença proferida em ação cautelar;
- d) a sentença proferida em processo de jurisdição voluntária;
- e) a execução.

Assim:

a) Extinto o processo por falta de capacidade processual do autor, a ação pode ser renovada, quer obtenha o autor o suprimento de sua capacidade, quer teimosamente insista em propor de novo a mesma ação, nas mesmas condições da anterior.

b) Extinto o processo por falta de legitimação ativa do autor, a ação pode ser renovada, podendo o mesmo ou outro juiz afirmar então a legitimidade antes negada.

c) Denegado seqüestro preparatório, pode o juiz concedê-lo incidentemente (nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, citando Pontes de Miranda, *Processo cautelar*, 5. ed., São Paulo, Ed. Universitária de Direito, p. 157).

Conforme Araken de Assis, “a rejeição total e irreversível do fenômeno coisa julgada, no terreno reservado ao processo cautelar, deriva ou de uma ilusão ou de um preconceito herdado de antigos equívocos acerca do instituto”. No que se refere ao direito vigente, invoca o art. 808, parágrafo único, do Código de Processo Civil tal como interpretado por Galeno Lacerda: “O parágrafo único do artigo 808 impede a repetição do pedido, salvo por novo fundamento, se a medida cessar ‘por qualquer motivo’. Já se vê que os motivos de cessação, enunciados assim de modo tão amplo e categórico, não se limitam aos previstos nos três incisos do artigo. Se o processo cautelar findar, com ou sem sentença de mérito da cautela, fora das hipóteses aí mencionadas, vedada também se torna a reiteração da medida. Não teria sentido proibi-la porque não proposta a ação principal a tempo e autorizar sua renovação quando julgada improcedente a própria ação cautelar, ressalvada a hipótese de fundamento diverso” (Araken de Assis, *Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos*, *Ajuris*, Porto Alegre, 46:77-96, jul. 1989).

Consideremos. Tendo em vista que a coisa julgada impede a renovação da mesma ação, nada impede que a lei disponha no sentido de proibir a repetição de pedido cautelar já denegado (mesmas partes, mesma causa de pedir, mesmo pedido). Poder-se-ia, então, falar em coisa julgada, no restrito âmbito cautelar, sem que se pudesse argumentar com o disposto no art. 810 do Código de Processo Civil, já que a ação cautelar e a ação principal não são idênticas, porque diverso é o pedido.

Inexiste, porém, essa proibição, no direito vigente. É errônea a interpretação que Galeno Lacerda confere ao citado parágrafo único que, afinado com a técnica legislativa, não se refere senão às hipóteses de seu *caput*. Por fim, o Código é expresso no sentido de que as medidas cautelares podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas, sem que nele se faça qualquer alusão a “fato novo”, e isso, certamente, não se coaduna com a imutabilidade característica da coisa julgada.

d) O indeferimento do pedido de alienação de bens, em processo de jurisdição voluntária, não impede posterior deferimento, ainda que com invocação dos mesmos motivos antes desconsiderados.

e) Na execução, como tal, não há julgamento e, portanto, dela não decorre coisa julgada. Há que se considerar, porém, a tese da preclusão *pro judicato*, de que se falará adiante. Por outro lado, a sentença que extingue a execução, declarando satisfeita a obrigação, a remissão total da dívida ou a renúncia do credor, produz, sim, coisa julgada material.

Com essas ressalvas, pode-se afirmar que a coisa julgada material é efeito do trânsito em julgado das sentenças proferidas em processo contencioso de conhecimento.

De acordo com a teoria processualista, adotada por Celso Neves, a coisa julgada limita-se a eliminar a incerteza jurídica decorrente da controvérsia dos litigantes, sem alteração do direito material: “O que a sentença elimina é, precisamente, a incerteza quanto às consequências decorrentes da composição do conflito de interesses — já pré-composto pelo direito objetivo que também não altera a relação jurídica, em si mesma. A visão incoincidente das partes quanto às consequências próprias da composição do conflito é que gera a incerteza que a sentença elimina. Se a solução é também incoincidente com a composição — caso em que se qualifica de injusta a sentença —, isso não altera a relação jurídica que permanece a mesma, pois a sentença, embora errônea, elimina para o futuro, tão-somente, a controvérsia e a incerteza que dela decorre” (*Coisa julgada civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 441).

Segundo a teoria substancialista, adotada por Adroaldo Furta-
do Fabrício, a sentença, que julga total ou parcialmente a lide, não tem apenas força de lei, como se diz no art. 468 do Código de Processo Civil. Ela “toma o lugar da lei, substituindo-a no que diz com a particular relação considerada. Lei do caso concreto, preva-

lecerá a sentença sobre a norma abstrata, se discordantes. Isso, é bem de ver, já não diz respeito à sentença e ao processo, mas à relação de Direito material que fora *res iudicanda*, e que já não se governa pela regra genérica emanada dos órgãos legiferantes, mas pela *lex specialis*, concreta como o próprio caso, que a jurisdição produziu. (...) ... como consequência do trânsito em julgado (e, pois, como seu efeito), produz-se um fenômeno fora do processo e do Direito Processual, a saber: a relação de Direito Material entre as partes subtrai-se à regência da norma genérica (se é que existia alguma) e submete-se com exclusividade à força do comando específico contido na sentença. Esse fenômeno, mais visível quando a sentença é constitutiva, em verdade ocorre sempre (até mesmo por ser toda sentença em alguma medida constitutiva)” (A coisa julgada nas ações de alimentos, *Ajuris*, Porto Alegre, 52:5-33).

A teoria substancialista explica melhor o fenômeno da coisa julgada, em especial nas hipóteses de sentença injusta (desconformidade com o direito preexistente) e de preenchimento de lacunas da lei.

A coisa julgada impede a renovação da mesma ação (mesmas partes, mesmo pedido, mesma causa de pedir). Mas não só. Também impede ação contrária, de modo que, julgada procedente ação de cobrança, não pode o réu propor ação declaratória da inexistência do débito, tampouco, após o pagamento, propor ação de repetição do indébito.

“A coisa julgada material é mais do que a sua face negativa (vedação judicial da mesma lide); é também, e até principalmente, o dado positivo da introdução de um componente novo na relação jurídico-material sobre a qual recaiu sua autoridade” (Furtado Fabrício, A coisa julgada..., *Ajuris*, 52:5-33).

Razão, pois, tem Vicente Greco Filho ao repelir a idéia da existência de vínculo necessário entre o instituto da coisa julgada e a identidade de ações. Argumenta:

“Qual o defeito da sentença de liquidação em desacordo com a sentença do processo de conhecimento? A ofensa à coisa julgada, sem que o pedido de liquidação mantenha a tríplice identidade com ação que gerou a sentença.

Qual o defeito da sentença que viola o que foi decidido entre as mesmas partes em sentença transitada em julgado relativa à relação jurídica prejudicial? A ofensa à coisa julgada, sem que haja no caso a tríplice identidade” (in Oliveira, *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 362).

Outro caso ainda em que há coisa julgada sem a tríplice identidade é o da sentença condenatória penal, que torna certa a obrigação de indenizar o dano (CP, art. 91, I; CPP, art. 63; CPC, art. 584, II).

O fenômeno tornou-se agora mais saliente com as ações coletivas. Efetivamente, a sentença de procedência, proferida nessas ações, produz coisa julgada em prol dos autores de ações individuais (CDC, art. 103), embora inexista identidade entre ação coletiva e ação individual.

É equivocada, pois, a concepção de que a coisa julgada somente impede a renovação da mesma ação: a tríplice identidade refere-se à identidade de ações e não à coisa julgada.

Não se trata, nesses casos, de ampliação, *ope legis*, do objeto do processo, como sustenta Ada Pellegrini Grinover (Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, 162:9-21, abr. 1991). O fato de uma questão de fato ou de direito, que constitui premissa necessária da conclusão, tornar-se indiscutível em outro processo é efeito anexo da sentença. Não há alteração do objeto do processo, porque permanecem o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

É preciso que se distinga eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada.

Ensina José Carlos Barbosa Moreira:

A eficácia da sentença diz respeito aos efeitos da sentença que a Lei pode determinar que se produzam desde o momento em que é prolatada, ou desde um momento anterior, ou posterior.

A autoridade de coisa julgada diz respeito ao conteúdo da sentença. Consiste na imutabilidade da norma jurídica concreta nela contida.

A eficácia da sentença e a sua imutabilidade suscitam duas ordens de questões inconfundíveis e, em linha de princípio, autônomas: podem deixar de manifestar-se ou ver-se tolhidos ou alterados os efeitos de um ato jurídico, não obstante permaneça este, em si, intacto, assim como podem subsistir, no todo ou em parte, os efeitos de um ato jurídico que se modifica ou se desfaz. A subsistência do ato e a subsistência dos efeitos são coisas distintas, sem obrigatória implicação recíproca.

Os efeitos da sentença, mesmo passada em julgado, não se destinam a perdurar indefinidamente. O efeito executivo da sentença condenatória exaure-se com a execução. A situação jurídica decorrente de sentença constitutiva é suscetível de modificação, por fato posterior.

Imutável, porém, é o conteúdo da sentença passada em julgado, mesmo em se tratando de relação jurídica continuativa. O condenado à prestação alimentar não pode pleitear a declaração judicial de que, já ao tempo da primeira sentença, nada devia a esse título.

A imutabilidade reveste todo o conteúdo decisório, e não apenas o elemento declaratório. Se a sentença, por exemplo, é constitutiva, não se poderá contestar que a modificação se operou, muito embora possa cessar ou alterar-se a situação constituída pela sentença.

A coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável (José Carlos Barbosa Moreira, *Eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada*, *Ajuris*, 28:15-31).

A respeito do alcance da coisa julgada, esclarecedor é o debate travado entre dois mestres eminentes, José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio A. Baptista da Silva (v., José Carlos Barbosa Moreira, *Coisa julgada e declaração*, in *Temas de direito processual*. Série, cit., p. 81 e s.; Ovídio A. Baptista da Silva, *Eficácia da sentença e coisa julgada*, in *Sentença*, cit., p. 93 e s.; José Carlos Barbosa Moreira, *Eficácia da sentença...*, *Ajuris*, 28:15-31, jul. 1983; Ovídio A. Baptista da Silva, *Conteúdo da sentença*, in *Sentença*, cit., p. 199 e s.; José Carlos Barbosa Moreira, *Conteúdo e efeitos da sentença*. Variações sobre o tema, *Ajuris*, Porto Alegre, 35:204-12, nov. 1985).

À medida que para Barbosa Moreira a coisa julgada envolve todo o conteúdo da sentença, para Ovídio apenas o efeito declaratório é envolvido pela coisa julgada.

Ao passo que para Barbosa Moreira a modificação (no caso das sentenças constitutivas) integra o conteúdo da sentença, para Ovídio a modificação é efeito da sentença constitutiva.

A controvérsia obrigou Barbosa Moreira a marcar com precisão a diferença entre conteúdo e efeitos da sentença. Explicou:

“Todo ato jurídico tem um conteúdo, onde se podem discernir notas essenciais, pelas quais ele se distingue dos outros atos ju-

rídicos, e por isso mesmo fornecem elementos para sua definição. Assim, por exemplo, o conteúdo do contrato de compra e venda consiste em dupla manifestação de vontade: do vendedor, no sentido de transferir o domínio de certa coisa, e do comprador, no de pagar-lhe certo preço em dinheiro. O conteúdo é algo que não pode faltar ao ato, sob pena de comprometer-lhe a existência. Se não houver as duas manifestações de vontade, a do vendedor e a do comprador, simplesmente não haverá compra e venda.

Por outro lado, todo ato jurídico é, em tese, suscetível de produzir efeitos no mundo do direito — característica pela qual, justamente, se distinguem os atos *jurídicos* dos que não o são. Os efeitos podem ser considerados em potência (como passíveis de produzir-se) ou em ato (como realmente produzidos).

.....

Considerados em potência, os efeitos são essenciais à configuração do ato jurídico; noutras palavras, a aptidão para produzir os efeitos típicos não pode deixar de existir naquele, sem desnaturá-lo. Considerados em ato, podem os efeitos faltar, no todo ou em parte, definitiva ou temporariamente, sem tal consequência: uma compra e venda nula, por exemplo, não vincula comprador, nem devedor, sem que por isso deixe de enquadrar-se com absoluta exatidão no conceito de compra e venda.

.....

É natural que se estabeleça relação íntima entre o conteúdo e os efeitos de um ato jurídico. O ordenamento atribui a cada ato jurídico, em princípio, efeitos correspondentes ao respectivo conteúdo, sem embargo da possibilidade de que, eventualmente, se atribuam efeitos iguais a atos de diferentes conteúdos, ou vice-versa. (...).

De modo algum significa isso que o efeito produzido pelo ato se identifique ou se confunda com o respectivo conteúdo, ou faça parte desse conteúdo. O efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico. Padece de contradição a idéia de um efeito 'incluso' no ato jurídico. O que nele está incluso são os elementos de seu conteúdo. Pode-se legitimamente indagar a que elemento do conteúdo de um ato corresponde o efeito *x*, que a esse ato se atribui; ou, inversamente, qual dos seus vários efeitos corresponde ao elemento *y*, que lhe integra o conteúdo. Não se pode, todavia, fazer tábua rasa da distinção entre as duas realidades, para

localizar no *conteúdo* do ato os efeitos, ou qualquer dos efeitos, a este atribuídos.

Os juristas tecnicamente mais escrupulosos sublinham a diferença. Alude-se à 'exigência de distinguir nitidamente entre o *conteúdo* do negócio e o tratamento jurídico — os chamados *efeitos* jurídicos — dele; e a advertência vale, a bem dizer, dentro e fora do estrito campo negocial. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra.

.....

Nalguns casos é tão óbvia a distinção que se torna quase ridículo dar ênfase ao ponto. Há consenso, por assim dizer, universal, v.g., em atribuir à sentença condenatória o essencial efeito de ensinar a execução. Ninguém situa esse efeito, contudo, no *interior* da própria sentença. Supõe-se, isso sim, que ele corresponda a algo do conteúdo da sentença condenatória, a algo que existe nela e não existe nas outras sentenças, desprovidas daquele efeito. Muito se tem discutido sobre tal *quid* específico, e não é este o lugar próprio para recapitular, nem para retomar o debate; mas parece evidente que, seja como for, o elemento característico da sentença condenatória (*rectius*: do seu conteúdo) não se identifica com o efeito executivo que ela irradia.

Nem sempre se manifesta o fenômeno, porém, com tanta nitidez. Para enevoá-lo concorre certa equivocidade da própria linguagem doutrinária. Em se tratando, por exemplo, da declaração, se é transparente o sentido da expressão como 'conteúdo declaratório' ou 'elemento declaratório' da sentença, pode ao contrário suscitar perplexidade a referência ao 'efeito declaratório' desta. (...) Deveria ser cristalino que o efeito não se confunde com a declaração mesma. (...)

A questão reveste maior sutileza no que tange à sentença constitutiva, e afigura-se oportuno reservar um tópico especial para examiná-la por esse ângulo. É pacífica a noção de que o traço característico das sentenças da classe reside na modificação jurídica que por meio delas se opera. Sucede que a palavra 'modificação' é, em certa medida, equívoca: pode indicar o ato pelo qual se modifica alguma coisa, ou o estado conseqüente a esse ato. Cumpre ter em vista, no estudo da sentença constitutiva, a dualidade de significações.

A nosso ver, a modificação *enquanto ato* situa-se no conteúdo da sentença. Semelhante conteúdo é duplo: desdobra-se no reconhecimento do direito à modificação e na atuação desse mesmo direito. O segundo elemento é o que ressalta no teor da decisão, em que o órgão judicial diz: 'Anulo o contrato', 'decreto o divórcio', 'homologo a sentença estrangeira', 'exonero o autor do dever de alimentar a ré' e assim por diante. As formas verbais 'anulo', 'decreto', 'homologo', 'exonero', etc., expressam a modificação *enquanto ato*.

Já a modificação *enquanto efeito* é evidentemente exterior à sentença. Consiste ela na situação nova, conseqüente ao ato modificativo. As partes achavam-se ligadas por vínculos resultantes do contrato; anulado este, cessam os direitos e obrigações contratuais. (...)

Parece escusado insistir em que o efeito (situação nova) não pode estar incluído no conteúdo da sentença. Trata-se de algo que a ela se segue, que dela resulta, e que, portanto, necessariamente, fora dela se situa. O que a sentença contém é o ato de modificar a situação anterior" (José Carlos Barbosa Moreira, *Conteúdo...*, *Ajuris*, 35:204-8, nov. 1985).

Precisamente essa distinção entre conteúdo e efeitos da sentença é que Ovídio custa a aceitar. Diz:

"Na sentença declaratória não existe 'conteúdo' de declaração que lhe seja interno, e 'efeito' declaratório estranho ao 'conteúdo' da sentença. O que se quer com a pretensão declaratória é precisamente que o juiz declare a existência ou a inexistência da relação jurídica e o verbo *declarar* é conteúdo e efeito da sentença" (*Sentença*, cit., p. 210).

Em "Coisa julgada e declaração", Barbosa Moreira, para mostrar que a autoridade de coisa julgada envolve todo o conteúdo da sentença, e não apenas seu elemento declaratório, lança mão do seguinte exemplo, que considera fricante: "Por sentença transitada em julgado, mediante ação proposta por A contra B, anulou-se contrato entre ambos celebrado. Noutro processo, B exige de A o cumprimento da obrigação contratual e argumenta: 'Não discuto que A tivesse direito à anulação do contrato; ora, só isso é que ficou coberto pela autoridade da coisa julgada. A anulação mesma, em si, essa não goza de igual proteção; logo, posso contestá-la, para afirmar subsistente o contrato, e por conseguinte demandar-lhe

o cumprimento, sem ofender a *res iudicata*'. Andaria bem o juiz que acolhesse semelhante argumentação?" (José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual. Primeira série*, cit., p. 83).

Ouçamos a resposta de Ovídio:

"O argumento (...) não nos convence. (...)

Em última análise, a segunda demanda, em que o primitivo demandado, que tivera o contrato contra si anulado, postular o *cumprimento da obrigação contratual*, não será, como a primeira vista poderia parecer, apenas condenatória, mas visivelmente constitutiva de sinal contrário, a provocar, contra a primeira declaração trânsita em julgado, agora uma segunda em que o Juiz haveria de condenar o vencedor ao 'cumprimento da obrigação', depois de re-fazer o contrato, *declarando, sem dúvida, o direito do vencido ao restabelecimento da relação contratual*, pois seria impensável a simples condenação ao cumprimento de uma obrigação contratual *sem antes restaurar-se o contrato anulado*. E com base em que fundamento o faria? Certamente decidindo novamente, agora em sentido inverso, o *direito à anulação do contrato* que, agora, haveria de ser repellido pela segunda sentença" (Ovídio A. Baptista da Silva, *Sentença*, cit., p. 213-4).

O artificialismo da explicação de Ovídio parece evidente. Quem quer que, ignorando a primeira ação, lesse a petição inicial da segunda chegaria à conclusão de se encontrar perante demanda condenatória (pedido de condenação do réu a cumprir obrigação). Todavia, depois de ler a defesa do réu, noticiando a existência da primeira ação, já julgada, dever-se-ia concluir, conforme Ovídio, que a demanda não seria apenas condenatória, mas que haveria um pedido (implícito!) de restabelecimento do contrato. Ora, as ações se classificam de conformidade com o pedido formulado pelo autor e não tendo em conta a defesa posta pelo réu. Portanto, a segunda demanda não será apenas *aparentemente* condenatória. Sê-lo-á realmente, ainda que o autor sucumba, precisamente por comprovar o réu o trânsito em julgado da sentença desconstitutiva do contrato.

3. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

A eficácia da sentença pode atingir terceiros, com maior ou menor intensidade. O sublocatário é despejado; o credor do réu perde a garantia do bem de que este foi desapropriado.

A *autoridade de coisa julgada*, porém, é, de regra, restrita às partes (incluído aí o substituto processual, parte em sentido material) e aos seus sucessores.

Há, todavia, exceções importantes: 1.^a) nas ações de estado, a autoridade de coisa julgada é *erga omnes* (CPC, art. 472); 2.^a) a condenação penal do preposto torna certa a obrigação do preponente de indenizar o dano (CP, art. 91, I; CPP, art. 63; CPC, art. 584, II); 3.^a) nas ações coletivas, a sentença, conforme sua conclusão (*secundum eventum litis*), faz coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* (Código de Defesa do Consumidor, art. 103).

No que se refere às ações coletivas, é oportuno lembrar que os dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor “se aplicam, no que couber, a todas as ações em defesa de interesses difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, coletivamente tratados” (Ada Pellegrini Grinover, *Da coisa julgada...*, *Revista Jurídica*, 162:9-21, abr. 1991).

Nas ações coletivas, cabe distinguir as seguintes situações:

a) Em se tratando de interesses difusos ou coletivos, há coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, nos casos de procedência do pedido ou de improcedência por falta de fundamento. No caso de improcedência por insuficiência de provas, a ação coletiva pode ser renovada, por qualquer dos legitimados, inclusive pelo que intentou a primeira demanda. O titular de direito individual pode, em qualquer caso, propor ação individual, tendo em seu prol coisa julgada, havendo a ação coletiva sido julgada procedente.

b) Em se tratando de ação coletiva pró interesses homogêneos, há coisa julgada, qualquer que seja o resultado da ação. Em outras palavras, a ação coletiva não pode ser renovada. Contudo, a improcedência da ação não impede que os interessados que não intervieram no processo, como litisconsortes, proponham ação de indenização a título individual. Julgada procedente a ação coletiva, há coisa julgada em prol dos titulares de direitos individuais.

4. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Nas ações individuais, a coisa julgada é restrita ao pedido, não se estendendo à motivação da sentença, nem à apreciação de questão prejudicial (CPC, art. 469).

Questão prejudicial é a pertinente à existência ou inexistência de relação jurídica (CPC, art. 5º), que poderia ser objeto de outro processo e cuja resolução predetermina, no todo ou em parte, a solução a ser dada ao pedido formulado pelo autor na inicial (v. Adroaldo Furtado Fabrício, *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 77).

A coisa julgada pode estender-se à questão prejudicial, havendo pedido nesse sentido, isto é, se proposta ação declaratória incidental.

Nas ações coletivas, a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* vincula-se a uma questão de fato ou de direito, que constitui premissa necessária da conclusão, que é coberta pela autoridade de coisa julgada, como efeito anexo da sentença.

5. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA MATERIAL

O art. 474 do Código de Processo Civil trata da denominada “eficácia preclusiva da coisa julgada material”, “coisa julgada implícita” ou “julgamento implícito”. Dispõe que “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”. Se o réu se defendeu alegando prescrição apenas, não pode, depois, encontrando recibo passado pelo autor, propor ação de repetição de indébito fundada em que pagou duas vezes. Tem-se por rejeitada a alegação de pagamento, juntamente com a de prescrição. Mais difícil é determinar-se que alegações poderiam ter sido feitas pelo autor e que se têm como implicitamente rejeitadas. É preciso que se trate de alegações relativas à mesma *causa petendi*, porque o art. 474 não destrói a regra fundamental de que, rejeitada uma ação, pode o autor propor outra, com diversa causa de pedir.

José Carlos Barbosa Moreira apresenta o seguinte exemplo de rejeição implícita de alegação do autor: “em ação proposta por X contra Y, para revogar doação por ingratidão, com fundamento em que o donatário, não obstante pudesse ministrar-lhos, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava (Cód. Civil, art. 1.183, IV), é obviamente capaz de influir no resultado do processo a alegação de que Y recebera vultosa herança: caso provada, tal alegação forneceria um dos pressupostos da procedência do pedido, a saber, a possibilidade de Y alimentar X. Se, porém, se rejeitou o pedido, e a sentença transitou em julgado, a questão perde toda

a relevância, quer haja X deduzido, quer não haja deduzido o fato. Nesta última hipótese, não aproveitará a X, em novo processo eventualmente instaurado com o mesmo objeto, argumentar que no feito anterior não se levara em conta a herança deixada a Y e, se se houvesse levado em conta, seria outra a conclusão do Juiz: do ponto de vista prático, não há diferença entre essa situação e a que ocorreria caso X tivesse alegado, no primeiro processo, o recebimento da herança por Y, e o órgão judicial tivesse desprezado a alegação, v.g., por não a julgar provada”.

“Quase desnecessário advertir”, anota o mesmo autor, “que a situação será de todo em todo diferente se no segundo processo se vier a alegar outro fato que configure diversa *causa petendi*: assim, por exemplo, se X pedir de novo a revogação da doação com base em atentado contra a sua vida, ou ofensa física, ou injúria grave, ou calúnia, por parte de Y (Cód. Civil, art. 1.133, I, II e III). A *res judicata* formada sobre a primeira sentença de improcedência não constitui óbice à apreciação de tal pedido, e portanto não há que cogitar de eficácia preclusiva em relação a quaisquer *quaestiones facti* agora suscitadas” (José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual. Primeira série*, cit., p. 103-4).

Com base em Chiovenda (*Instituições*, cit., v. 1, p. 111 e s.) pode-se acrescentar este outro exemplo de rejeição de alegação do autor, embora não deduzida: passageiro de ônibus, lesionado em acidente de trânsito, aciona a companhia transportadora, afirmando culpa de seu preposto, donde o seu dever de indenizar. Julgada improcedente a ação, não poderá o autor renovar a ação, aduzindo que antes argumentara com base na culpa e agora pretende fazê-lo com a responsabilidade objetiva, decorrente do contrato de transporte.

Outro exemplo semelhante ao anterior. Afirmando que deixou de participar de grupo consorciado para a aquisição de bens, por culpa da empresa responsável pelo consórcio, o autor a aciona, pedindo a devolução das quantias pagas. Embora não provada a culpa da ré, pode o juiz julgar procedente a ação, porque devida a devolução, pelo só fato de haver o autor abandonado o grupo, independentemente de culpa da ré. Em contrapartida, julgada improcedente a ação, não poderá o autor, em ação posterior, alegar que antes fundara seu pedido na culpa e, agora, no só fato do abandono.

A revisão da sentença, em decorrência de modificação no estado de fato ou de direito em relação jurídica continuativa (CPC, art. 471), não importa em alteração do conteúdo da sentença revista.

6. COISA JULGADA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUATIVAS

O art. 471, I, do Código de Processo Civil estabelece que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativamente à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

Fica-se, assim, com a impressão de que não há coisa julgada material nas relações jurídicas continuativas por ausência da imutabilidade e indiscutibilidade que a caracterizam.

De um modo ainda mais incisivo, dispõe o art. 15 da Lei de Alimentos (n. 5.478, de 27-7-1968): “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

Restam assim inexplicados alguns atributos, presentes em tais sentenças, ligados pelo menos em regra à coisa julgada material, a saber: a execução definitiva, a rescindibilidade e a imunidade aos efeitos de lei nova.

Na verdade, as sentenças relativas a relações jurídicas continuativas produzem coisa julgada material como qualquer outra. É evidente que fatos novos, supervenientes, não são alcançados pelo julgamento anterior. Assim, a improcedência de ação reivindicatória não impede que o autor mova outra igualmente reivindicatória, contra o mesmo réu, se houver posteriormente adquirido a propriedade.

No caso particular da ação de alimentos, os efeitos da ação de revisão se produzem *ex nunc* e não desconstituem os decorrentes da sentença anterior, antes produzidos.

Como bem observa Adroaldo Furtado Fabrício, “o processo e a sentença apanham sempre, como se fotografassem, imobilizando, determinado momento da relação jurídica (momento que pode ser o da propositura da demanda, o da *litiscontestatio*, o do saneamento, o da própria sentença ou outro, segundo variáveis que não cabem analisar aqui e de todo modo estarão cristalizadas em disposição legislativa). Tudo o que venha a ocorrer depois desse

momento — visto que do Juiz não se pode esperar poderes divinatorios — está fora do alcance da sentença e da coisa julgada, por tratar-se de dados a cujo respeito, por hipótese, não se exerceu *cognitio* e ainda menos *iudicium*.

... não há necessidade alguma de se buscarem fórmulas difíceis ou exceções aberrantes dos princípios gerais atinentes ao caso julgado para explicar-se a chamada ação de revisão. Rigorosamente, todas as sentenças contêm implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, pelos critérios que vêm de ser expostos quanto à superveniência de fatos novos e até mesmo por simples aplicação dos critérios de identificação das demandas.

Com efeito, todo o falso problema resulta de não levar-se em conta que a impropriamente dita ação de modificação (para redução, majoração, exoneração ou mesmo inversão) é outra demanda, fundada em *causa petendi* diversa da que estivera presente no processo anteriormente julgado.

A ação de modificação claramente põe sob exame judicial, por hipótese, outra lide e propõe questões diversas das examinadas no processo anterior, a saber, as pertinentes às alterações intercorrentemente verificadas na situação de fato” (Adroaldo Furtado Fabrício, A coisa julgada, *Ajuris*, 52:5-33, jul. 1991).

7. EXECUÇÃO E PRECLUSÃO “PRO JUDICATO”

Na execução como tal não há julgamento e, portanto, dela não decorre coisa julgada material, podendo esta exsurgir apenas em decorrência de embargos à execução, que constituem processo de conhecimento.

A execução é sucedâneo do adimplemento e, não sendo embargada, é admissível posterior pedido de repetição de indébito.

Há, todavia, quem sustente que a execução produz uma denominada preclusão *pro judicato*, de modo que só por meio de tempestivos embargos poderia o devedor fazer alegações.

A expressão “preclusão *pro judicato*” foi cunhada por Redenti, para abranger os casos em que há efeitos análogos ao da coisa julgada, sem que exista julgamento. Trata-se de expressão algo teratológica, na medida em que se afirma que os efeitos da preclusão se limitam ao processo em que ocorreu. Tem-se, então, que a “preclusão *pro judicato*” não constitui espécie de preclusão (sobre o

assunto pode-se consultar a obra de Manoel Caetano Ferreira Filho, *A preclusão*, cit., p. 36 e s.). Essa ressalva terminológica não impede que se admita a possibilidade de existir o fenômeno que se quer significar com a expressão criticada.

No caso específico da execução embargada, temos que não ocorre a denominada “preclusão *pro judicato*”. Humberto Theodoro Júnior bem observa que “Não é admissível, com base no simples silêncio da Lei, e sem um argumento sólido de direito, afirmar que o mero fato do encerramento da execução, sem que o devedor tenha oposto embargos, seja causador de efeitos jurídicos análogos aos que provêm da sentença de mérito trânsita em julgado, com efetivo acerto positivo do direito do credor” (*Processo de execução*, 4. ed., São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1978, p. 477).

Não se revogará, porém, a arrematação de bem penhorado, feita por terceiro, ainda que injusta a execução não embargada (*Processo de execução*, cit., p. 478).

BIBLIOGRAFIA

- ALLORIO, Enrico. *Problemi di diritto*. Milano, Giuffrè, 1957. v. 2.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de. Preclusão. In: OLIVEIRA et al. *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeano Lacerda*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1989.
- ASHBY, W. Ross. *Uma introdução à cibernética*. São Paulo, Ed. Perspectiva, 1970.
- ASSIS, Araken de. Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de alimentos, *Ajuris*, Porto Alegre, 46:77-96, jul. 1989.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- BARBI, Celso Agrícola. *A ação declaratória no processo civil brasileiro*. Belo Horizonte, 1962.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1975, v. 1, t. 1.
- BARROS, Wellington Pacheco. O direito por Kelsen e Ehrlich. *Zero Hora*, Porto Alegre, 7 ago. 1990.
- BULOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. da ed. alemã de 1868. Buenos Aires, Europa-América, 1964.
- BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo, Saraiva, 1956.
- CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1961.
- . *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova, CEDAM, 1936.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *Ajuris*, Porto Alegre, 48:179-92, mar. 1990.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli, Morano, 1958.
- . *Lezione di diritto processuale civile*. Padova, CEDAM, 1931. v. 1.
- . *Principi del processo penale*. Napoli, Morano, 1960.

- _____. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires, UTEHA, 1944.
- _____. *Teoria geral do direito*. Trad. Rodrigues Queiró. São Paulo, Saraiva, 1942.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, EJE, 1949, v. 1.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1965. v. 1 e 2.
- CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1959. v. 1.
- COSTA, Edgar. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1964. v. 3.
- COSTA, J. A. Galdino da. As condições da ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 49.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro, Konfino, s.d.
- DALL'AGNOL Jr., Antônio. *Invalidades processuais*. Porto Alegre, Le Jur, 1989.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra, 1984.
- DINAMARCO, Cândido. *Litisconsórcio*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- _____. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris*, Porto Alegre, 52:5-33, jul. 1991.
- _____. *Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo*. Porto Alegre, Ed. Ajuris, 1977.
- _____. Extinção do processo e mérito da causa. In: Oliveira et al. *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1989.
- _____. Réu revel não citado, "Querela nullitatis" e ação rescisória. *Ajuris*, Porto Alegre, 42:7-32, mar. 1988.

- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no direito processual civil*. Curitiba, Ed. Juruá, 1991.
- FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova, CEDAM, 1940.
- GÉLIO, Aulo. *Noches áticas*. Buenos Aires, Europa-América, 1959.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona, Labor, 1936.
- GRINOVER, Ada. *As condições da ação penal*. São Paulo, Bushatski, 1977.
- _____. . Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, 162:9-21, abr. 1991.
- _____. . O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Ajuris*, Porto Alegre, 50:5-20, nov. 1990.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre, La Salle, 1953.
- _____. . *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1980. v. 8, t. 1.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 2. ed. Milano, Giuffrè, 1957. v. 1.
- _____. . *Problemi del processo civile*. Milano, Morano, 1962.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre, Ed. Sulina, 1964.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1959.
- LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1967.
- MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1959.
- _____. . *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1962.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Acordos celebrados perante o Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, 130:44-7, jul./set., 1985.
- MELO FILHO, Álvaro. *Desporto na nova Constituição*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1990.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da ação civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*; parte especial. 4. ed. São Paulo, Atlas, 1989.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Um estudo sobre a legitimação para agir no direito processual civil. *RT*, São Paulo, v. 618.
- MOMSEN, Théodore. *Le droit pénal romain*. Paris, 1907. t. 2.
- MONTEIRO, João. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo, Duprat, 1905. v. 1.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1974. v. 5.
- . Conteúdo e efeitos da sentença. *Ajuris*, Porto Alegre, 35:204-8, nov. 1985.
- . Eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada. *Ajuris*, Porto Alegre, 28:15-31.
- . *Temas de direito processual. Primeira série*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1988.
- . *Temas de direito processual. Quarta série*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971.
- OLIVEIRA. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 1991.
- OLIVEIRA & LACERDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1988. v. 8, t. 2.
- PERELMAN, Ch. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris, Dalloz, 1979.
- PISANI, Andrea Proto. *La trascrizione delle domande giudiziali*. Napoli, Jovene, 1968.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1953. t. 2.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1959. t. 8 e 9.
- . *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954. t. 3.
- PRATA, Edson. *Jurisdição voluntária*. São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1979.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 1981.
- REZENDE FILHO, Gabriel José de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo, Saraiva, 1965. v. 1.
- ROBLLOT, René. *La justice criminelle en France sous la terreur*. Paris, LGDJ, 1938.

- ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano, Giuffrè, 1962.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Têoria geral do processo*. São Paulo, Saraiva, 1986.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1965. v. 1.
- SANTORO-PASSARELLI, F. *Têoria geral do direito civil*. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra, Atlântida Ed., 1967.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Introdução ao direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1977. v. 2.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antônio Chelini. 4. ed. São Paulo, Cultrix, 1972.
- SILVA, Almiro do Couto e. Atos jurídicos de direito administrativo praticados por particulares e direitos formativos. *RJTJRS*, 9:19-37, 1968.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre, Le Jur, 1985. v. 11.
- . *Curso de processo civil*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1987.
- . *Sentença e coisa julgada*. 2. ed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. *Ajuris*, Porto Alegre, 48:5-19, mar. 1990.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Estados jurídicos fundamentais. Ônus e direito formativo. O problema da classificação das sentenças por seus efeitos. *Revista da Consultoria Geral do Estado*, Porto Alegre, 14:41-80, dez. 1971.
- . *Jurisdição voluntária*. Rio de Janeiro, Aide, 1992.
- . *Medidas cautelares*. São Paulo, Saraiva, 1974.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Condições da ação. *RF*, Rio de Janeiro, v. 259.
- . Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. *Ajuris*, Porto Alegre, 25:161-79, jul. 1982.
- . *Processo cautelar*. 5. ed. São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1983.
- . *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1978.

- _____. Principios gerais do direito processual civil. *Ajuris*, Porto Alegre, 34:161-84, jul. 1985.
- THÓT, Ladislao. *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal*. Buenos Aires, Rosso, 1927.
- TOVO, Paulo Cláudio. Limitações ao princípio da verdade real no processo penal pátrio. *Ajuris*, Porto Alegre, 19:57-60.
- VALVERDE, José Zafra. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*. Madrid, Rialp, 1962.
- WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Trad. da ed. de 1889. Buenos Aires, Europa-América, 1962.