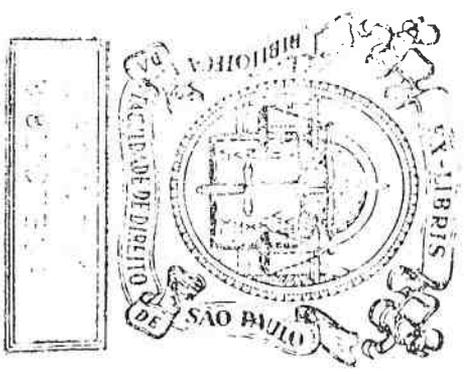


ISSN 0100-4192

REVISTA DE PROCESSO



ANO 12 — OUTUBRO-DEZEMBRO DE 1998 — N. 53

MANOEL FERNANDO THOMPSON MOTTA FILHO

Advogado no Rio de Janeiro.

NELSON LUIZ PINTO

Professor da Faculdade de Direito da PUCSP; Advogado em São Paulo.

NELSON NERY JR.

Professor da Faculdade de Direito da PUCSP; Procurador de Justiça (São Paulo).

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO

Professor livre-docente da Faculdade de Direito da USP; Procurador do Município em São Paulo.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da USP e Titular da Faculdade de Direito da FMU (São Paulo).

SONIA MÁRCIA HASE DE ALMEIDA BAPTISTA

Professora da Faculdade de Direito da PUCSP; Advogada em São Paulo.

SYDNEY SANCHES

Professor da Faculdade de Direito da USP; Ministro do Supremo Tribunal Federal.

DOCTRINA NACIONAL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO CIVIL

(Subsídios para a Teoria Geral do Processo Civil)

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

§ 1.º Jurisdição: 1. Breve conceituação — 2. Caracteres da jurisdição: a) Poder-dever conferido a agentes estatais; b) Função jurisdicional; c) Atividade substitutiva; d) Ação judiciária — 3. Jurisdição civil e jurisdição penal: a) Diferenciação entre jurisdição dita "contenciosa" e a denominada "jurisdição voluntária"; b) Distinção entre jurisdição civil e jurisdição penal — § 2.º Ação: 4. Ação da parte como exercício do direito à jurisdição — 5. Natureza jurídica da ação da parte: a) Doutrina imanentista; b) Evolução conceptual; c) Teoria do direito concreto à tutela jurídica; d) Teoria da ação como direito potestativo; e) Teoria do direito abstrato de ação; f) Objeções e críticas generalizadas; g) Proposições mais importantes da doutrina dominante — 6. Conciliação das teorias da ação como direito concreto e em senso abstrato — 7. Caracteres da ação — § 3.º Processo: 8. Sucinta relembração de noções fundamentais: a) Generalidades; b) Distinção entre processo e ação — 9. Natureza jurídica do processo — 10. Caracteres do processo — 11. Finalidade do processo civil — 12. Objeto do processo civil — 13. Regramento do Processo Civil

§ 1.º. Jurisdição

1. Breve conceituação

Na esteira de generalizado entendimento doutrinário, temos a *jurisdição* como *poder-dever de realização do Direito*, específico dos órgãos do Poder Judiciário.¹

Efetivam-no estes, por certo, no exercício de correspondente *função* que lhes é atribuída, através de *atividade substitutiva* à dos membros da coletividade.

E isso, necessariamente, em virtude da assunção monopolística, pelo Estado, da administração da justiça, vedada, em consequência, a autodefesa de direitos subjetivos.²

Com efeito, como acentua Hugo Alsiná,³ "desde que proibida às pessoas a efetuação de justiça de mão própria, o Estado assume o dever de administrá-la, deste derivando a ação, ou seja, o direito de solicitar a atuação do Estado para a definição e a proteção de um" (outro) "direito, e a jurisdição, isto é, o poder conferido pelo Estado a determinados órgãos para solucionar, mediante sentença, as questões litigiosas que lhes sejam submetidas, e fazer cumprir suas próprias resoluções".

Tem-se, destarte, que o *poder-dever* em referência lhes é atribuído com a finalidade precípua de *realização do Direito*.

Assim também, como já, por igual, poderia que esta se dê a por nos dizer atendidos modos inerentes a *declaração do Direito aplicável* a determinar a relação jurídica a cuja apreciação é pleiteada por um dos respectivos sujeitos. A *satisfação do direito subjetivo material* reconhecido, e a *assecuração do direito subjetivo material* objeto de objeto de reconhecimento ou de satisfação.³

Dai, conceituamos a *jurisdição* como *poder-dever* concedido aos agentes do Poder Judiciário — juizes e tribunais — para, no exercício de *função* em lei de fimida, e mediante *atividade substancial* da dos membros da comunidade social, *realizar o Direito aplicável*, a uma pretensão ou a um conflito de interesses de alto relevância social.⁴

2. Caracteres da jurisdição: a) Poder-dever conferido a agentes estrais

Dissecando, suficientemente, a conceituação formulada, bem é de ver, em primeiro lugar, que o *poder* fático e *jurisdição* decorre da soberania do Estado, à qual se faz essencial.

Tido por Celso Neves,⁵ nesse particular, como *poder de tutela jurídica processual*, sua efetivação reclama a correspondente *função* — *função de tutela jurídica* — que, por sua vez, se mostra exercida, no processo, como *atividade*.

Manifesta é, mesmo, tal conjugação, enfatizada, também, por Joaquim Canuto Mendes de Almeida,⁶ *verbis*: "Toda *atividade* surge uma força ou *poder de agir* e uma *função* que é seu fim; ao *poder* e à *atividade* jurídica — de processar e julgar causas jurídicas — corresponde, por *função* específica, a *jurisdição*". Por outro lado, do mesmo modo que ostenta a conotação de *poder*, a *jurisdição* apresenta-se como um *dever*, aliás facilmente expliativo.

Parente ao Iasi Frederico Marques,⁷ em doutrinação aspecificada ao processo civil, anelando que, decorrentemente da proibição de autodefesa de direitos subjetivos materiais, "só as vias processuais atendem, na composição de litígios, aos imperativos de vida jurídica que o Estado a todos impõe". Dai por que, "a tutela jurisdicional às pretensões resistidas ou insatisfeitas é obrigação" indelével do Poder Judiciário. Se alguém no território sua pretensão, através da ação, denuncia que a ordem jurídica foi violada ou está ameaçada de o ser, é *dever* do Estado estabelecer a paz e a justiça, aplicando os preceitos do Direito em vigor para dar a cada um o que é seu".

E, com efeito, assumindo o Estado, como visto, e menção da administração da justiça, concedem-se e concedem-se, à guisa de *concessão*, às massas físicas e jurídicas integrantes da comunidade, o *direito de invocação de prestação jurisdicional* punitiva e de liberdade (na *jurisdição penal*).⁸

Trata-se, ademais, esse *direito*, de um *direito misto* *substrato material*, o qual corresponde o *dever de prestação jurisdicional*, de alto grau compatível ao Poder Judiciário.

b) Função jurisdicional

Adverte Jaime Guzmán,⁹ ao conceituar a *jurisdição*, que se deve, com tal propósito, suprimir quaisquer espécies parciais, deixando uma única mais ampla — e de *finis* — a saber: "Jurisdição, é administração de justiça em sentido estrito, se define como a função específica do Poder Judiciário satisfazer pretensões".

Ntido o cunho processualista civil e resorte da prestação, presta-se evidenciada, para evidenciar que a *função jurisdicional* se faz específica de causas agentes estrais, no atendimento a invocações de prestação ou providência em lei definida.

E, como observa Alfredo Rocco,¹⁰ cinda-se em três distintas *funções*: "a) *função de accertamento* do direito nel caso concreto mediante *applicazione* a questo della norma generale; la *funzione di realizzazione* *forza dell'interesse* che la norma tutela; la *funzione di conservazione* dello stato di fatto esistente, in attesa dell' accertamento e della realizzazione".¹¹

Em qualquer das — atua-se — sua *finalidade* assume caráter eminentemente publicístico: na egua expressão de Zantruch,¹² "o exercício da *jurisdição* *interesi reipublicae*".

Além do que o ostentam, por igual, a natureza de *ação* *judicaria*, em que o seu exercício se efetiva, e do processo, que constitui o instrumento através do qual atuam os órgãos jurisdicionais, e, assim também, a *relação jurídica* determinante de ambos — *ação* *judicaria* e processo.

Esta, especialmente, ao traduzir-se numa *relação de Direito* *Judiciário* *Material*,¹³ ocorre entre o membro da comunidade social, a quem é dado invocar determinada prestação ou providência jurisdicional, e o Estado, que tem o correlato *dever* de, quando a tanto instado, e em dadas condições, pronunciar, por intermédio de agente competente, um julgamento ou uma atuação compatíveis do caso concreto submetido à sua apreciação.

Deve ser esclarecido, no tocante à derradeira afirmação, que o Estado não se encontra obrigado à atuação jurisdicional tão-só pelo fato de alguém a solicitar de órgão do Poder Judiciário.

Como explica José Ignacio Botello de Mesquita,¹⁴ tem etc, pelo contrário, o *dever* de recusá-la nos casos em que o solicitante não ostente a titularidade do direito subjetivo material por ele exercido: "o direito à administração da justiça, portanto, inclui no seu objeto não apenas o *dever* estatal de decidir, mas o de decidir de um modo que assegure a *realização* do fim a que o julgamento se destina, ou seja, a eliminação da incerteza sobre seu *dever* de prestar a atividade jurisdicional".

c) Atividade substitutiva

A *jurisdição* se caracteriza, também, como *atividade substitutiva* da dos membros da comunidade social, pelo Estado, através dos juizes e tribunais.

Foi essa característica intuitiva pela genialidade de Chiavenda,¹⁵ afirmando-a peculiaridade marcante da função jurisdicional, tanto no processo de conhecimento, como no de execução, *verbis*: "A lei sembra che ciò che è caratteristico nella funzione giurisdizionale sia la *sostituzione* di un' attività pubblica ad una attività altrui. Questa sostituzione avviene in due modi: corrispondenti ai due *status* del processo, *cognizione ed esecuzione*".¹⁶

Calamandrei,¹⁷ por sua vez, confirma-lhe, segundo entendemos, precisão conceptual, ao determinar os dois principais caracteres da função jurisdicional, a saber: a) o de apresentar-se ela como *atividade securatória*; e b) o correspondente à *natureza declaratória da sentença*.

Referentemente ao primeiro, sob *forma* "a", complementa o enunciado com a asserção de que, na realidade, "em todo ato jurisdicional se encontra, constante-

mente, a substituição, pela atividade de um órgão do Estado, de uma atividade que deveria ser realizada pelos sujeitos da relação jurídica submetida a julgamento". E, cultivando o mesmo entendimento, outros acatados processualistas paranaenses, como Lgo Rocco,²¹ Alfredo Rocco²² e Zanzucchi,²³ posicionam-se assombradamente, enfatizando o caráter substitutivo da atividade jurisdicional.

Há, todavia, também renomados jurisperitos que, colocando-se em antagônico senso, o negam.

Entre eles, Michelli²⁴ para quem carece de exatidão o estabelecimento da distinção entre jurisdição e administração com base no caráter substitutivo daquela, sem que se esclarea que o elemento preponderante se encontra na imparcialidade do órgão jurisdicional, referentemente ao efeito jurídico obtido: "Non mi sembra, pertanto, esatto individuare nella "sostituzione" il carattere discreto tra giurisdizione ed amministrazione, quando poi non si chiarisca, come qui si è fatto, che l'elemento saliente sta nell' imparzialità dell'organo rispetto all'effetto giuridico conseguito".

Carnelutti,²⁵ igualmente, utiliza a imparcialidade do órgão jurisdicional como determinante do critério diferenciador entre o exercício da função judiciária e o da administrativa. E aduz que a contraposição da Administração Pública, como parte no processo, ao órgão a que conferido e reexame, como juiz, se constitui no "critério fundamental da distinção", a saber: "Questo della contrapposizione nel processo della pubblica amministrazione, come parte, all'organo a cui è deferito il riesame, come giudice, costituisce il criterio fondamentale di distinzione".

E esse é, também, o pensamento, entre nós, de Luis Eulálio de Breuno Vidigal,²⁶ que, admitindo, expressamente, o critério distintivo orgânico, lhe acrescenta, apenas, restrição consistente na verificação de que "os juizes e tribunais também exercem atividade não jurisdicional". E isso, após asseverar, criticando a opinião de Calamandrei,²⁷ que, nas ações em que o Estado é parte, não se "encontra substituição alguma nas sentenças proferidas" pelos agentes do Poder Judiciário.²⁸

Do mesmo modo, e mais enfático, ainda, o de Galeno Lacerda,²⁹ ao tratar como precário o conceito de jurisdição, estabelecido na esteira das proposições de Chiovenda e de Alfredo Rocco, no sentido de que "a essência da atividade jurisdicional consistiria em seu caráter substitutivo e secundário, já que as partes, direta e primariamente, deveriam saber cumprir por si mesmas as regras normadoras de sua conduta".

Além do que — complementaria — essa "tese absolutamente insatisfatória não só não explica a natureza jurisdicional dos processos mais relevantes, que tiveram por objeto conflitos sobre valores indisponíveis, cuja solução não se pode alcançar pela atividade direta das partes (processo penal, processo civil) ou inquisitório — ex.: nulidade de casamento), senão que deixa, *in albis* também o porquê da natureza jurisdicional das decisões sobre questão de processo, especialmente daquelas que dizem respeito à própria atividade do juiz, como as relativas à competência e suspensão, onde jamais se poderá vislumbrar qualquer traço de "substitutividade" a uma atuação originária, direta e própria das partes".³⁰

Patenteadas, destarte, as principais objeções à característica da função jurisdicional por nós afirmada, é de ter-se presente, de logo, que a imparcialidade

do agente do Poder Judiciário não retira à sua atividade a índole substitutiva da dos sujeitos da relação jurídica tornada litigiosa, cu caractere de definição, mesmo quando um deles seja o próprio Estado.

Pelo contrário, reforça-a, como procuraremos demonstrar em seguida. Tendo-se na devida conta a inexistência de atividade jurisdicional, propriamente dita, no âmbito da denominada "jurisdição voluntária",³¹ bem é de ver que, no exercício da função íntera ao poder que lhe é conferido, o órgão jurisdicional, necessariamente imparcial, e na medida da sua imparcialidade, opera a substituição da atividade dos sujeitos parciais do processo, e, ainda, do próprio Estado, naquilo que a estes interessa.

Como anota Chiovenda,³² no processo de cognição a jurisdição consiste na substituição, definitiva e obrigatória, da atividade intelectual do juiz, não só à dos litigantes, mas à de todos os cidadãos, tocantemente à afirmação da existência, ou inexistência, de "uma vontade concreta da lei concretamente as partes". E, no processo de execução, na substituição da atividade material dos órgãos do Estado, seja quanto à conscrição do obrigado a agir, seja na realização do resultado colimado.

No mais, como tivemos oportunidade de exprimir, precedentemente,³³ à objeção rementizada por Vidigal,³⁴ de impossibilidade de substituição nas ações em que o Estado é parte, responder, por antecipação, Zanzucchi,³⁵ lembrando que o interesse que o Estado-juiz realiza não lhe é próprio, mas de outrem, inclusive da Administração Pública.

Além do que, como se faz também óbvio, a substituição não deve ser considerada em si mesma, porém em relação ao fim objetivado, *verbis*: "È evidente poi che l'elemento della sostituzione non va considerato a sé, ma in relazione al fine a cui è preordinato".

Essa afirmação, aliás, assume maior relevo, restando mais largamente mencionada, no campo penal, em que vigorante o cânone *nulla poena sine iudicio*, a par do concernente a *nullum crimen nulla poena sine lege* (dito princípio da reserva legal), colocando-se como "autômitação à função punitiva do Estado", do mesmo modo que limita à vontade do membro da comunidade social, a quem é negada, inclusive, a "faculdade de sujeitar-se à pena".³⁶

Com efeito, não sendo dotado de atuação imediata e direta o poder de punir, dependendo sempre, pelo contrário, de pronunciamento jurisdicional,³⁷ à evidência que se faz indispensável a invocação³⁸ dos agentes do Poder Judiciário para a sua efetivação; sendo exclusivos do Estado o *poder-dare* de punir e o *poder-fare* de tutela jurídica processual, torna-se necessário o desdobramento em Estado-Administração, como titular do interesse punitivo, e em Estado-Jurisdição, como titular de potestade — *encargo jurisdicional*.

Em suma, imposta ao Estado-Administração autolimitação no tocante à consecução do seu interesse punitivo, somente pela atuação dos órgãos do Estado-Jurisdição³⁹ pode ser realizado o Direito Penal.

Essa atividade é, outrossim, e indubitavelmente, substitutiva das ações órgãos da Administração Pública que, impedidos de efetivá-la diretamente, devem pleitear, mediante processo adequado, a aplicação das normas penais materiais; o que uns não podem fazer, outros fazem por eles. Isto é, substituímos na declaração de vontade e na prática dos atos indispensáveis à satisfação do Direito subjetivo feito valer em juízo.⁴⁰

Do mesmo modo, até mais enfaticamente, no processo civil há a *substitutividade* atenuada, inclusive nas causas em que sobrevelada a *inquisitorialidade* da atuação do órgão jurisdicional.

Nesse derradeiro prisma, especialmente, é de ser lembrada, uma vez mais com Calamandrei,⁴¹ a semelhança do denominado "processo civil inquisitivo" com o processo penal, sobretudo no tocante à vinculação do membro do Poder Judiciário à perquirição da verdade material, independentemente de iniciativa ou de acordo das partes.

E isso, tendo-se em vista, obviamente, a distinção inafastável entre *procedimento inquisitivo*, cuja concepção atende às *formas* ou aos *esquemas formais* em que o processo se exterioriza,⁴² e *inquisitorialidade* da atuação dos agentes estatais exercentes da função jurisdicional relativamente à verificação da realidade dos fatos tidos como pertinentes e relevantes para a instrução e julgamento de uma causa subnefida à apreciação judicial.

Acrescente-se, nesse particular, que, como anota, com precisão, Joaquim Canuto Mendes de Almeida,⁴³ diferem, certamente, e muito, o procedimento *ex officio* do órgão julgador, quanto à iniciativa da ação, e a *inquisitorialidade* insita ao poder de perquirição da verdade material, que deve ser perseguida incessantemente, de sorte a propiciar a consecução da finalidade do processo.⁴⁴ No derradeiro enfoque, aliás, já vai longe o tempo em que o juiz devia julgar "segundo o alegado e provado pelas partes", conferindo-lhe o Processo Civil moderno, referentemente ao *probatá partium*, em ampliado senso, "il potere di trovare da sé, senza attendere il suggerimento delle parti, i mezzi più idonei al raggiungimento della verità".⁴⁵

Ademais, no tocante às decisões sobre questões processuais, especialmente referentes à própria atividade do juiz, como as alusivas à competência e suspensão, bem é de ver que não se prestam elas para o confronto imaginado.

Com efeito, as normas processuais apresentam-se, precipuamente, com incontestável caráter instrumental, desinamando-se a regulamentar a atuação do juiz ou tribunal, das partes e dos participantes do processo em todo o seu desenvolvimento. Mas, mesmo sendo essa a sua natureza, quando se tomam objeto de *questão* formulada por sujeito parcial do processo,⁴⁶ ou, mesmo, verificada de ofício,⁴⁷ o órgão jurisdicional, ao decidí-la, age *substitutivamente*, declarando o direito aplicável, ou seja, definindo o regime estabelecido para a situação questionada, tal como argüido ou argüível pelo interessado.

Não há, portanto, em nosso entender, como se contemplar qualquer das objeções analisadas.

Na aguda observação de J. Ramiro Podetti,⁴⁸ é "tão fundamental e básico" à *jurisdição* esse caráter *substitutivo*, que prescinde ela de sua inclusão na respectiva definição.

Além do que, "falar de juízes, de poder jurisdicional, de processo, de sentença, é falar de uma *atividade substitutiva*, é falar do juízo de um terceiro" (com grifos nossos).

d) Ação judiciária

Exercido pelo interessado o *direito à jurisdição*, por certo que o *poder-dover* de realização do Direito, com a sua aplicação a uma pretensão ou a um conflito de interesses de alta relevância social, se concretiza na atuação jurisdicional dos agentes do Poder Judiciário, isto é, na *ação judiciária* dos juízes e tribunais.⁴⁹

Tenha-se presente, a tal propósito, o ensinamento de Joaquim Canuto Mendes de Almeida,⁵⁰ segundo o qual a *jurisdição* é, *potencialmente*, o *poder-dover* de realizar justiça estatal, e, *efetivamente*, a *atividade* concernente ao seu exercício pelos juízes e tribunais.

Encarada, no primeiro aspecto, como *em potência*, e, no outro, como *em ato*, a esta atuação corresponde, precipuamente, a *ação judiciária*, em cujos atos, dirigidos à consagração do *justo* (confundível com *legal*, em Direito Positivo), contempla-se o *movimento forense*, ou seja, o *processo judiciário*.⁵¹

A *ação judiciária* correlaciona-se, destarte, em princípio, com o *exercício mesmo da jurisdição*, de sorte a ensejar a tutela jurisdicional⁵² de direito subjetivo material violado ou ameaçado de violação.⁵³

Este, à evidência, mostra-se na *pretensão*, que constitui objeto do processo e da *jurisdição civil*, ou num *conflito de interesses de alta relevância social* sobre o qual versam o processo e a *jurisdição penal*.

3. Jurisdição civil e jurisdição penal

a) Diferenciação entre jurisdição dita "contenciosa" e a denominada "jurisdição voluntária"

A última afirmação sugere, indubitavelmente, o estabelecimento da distinção entre *jurisdição civil e jurisdição penal*.⁵⁴

Buscando efetivá-la, há que se cogitar, previamente, da diferenciação entre a *jurisdição* dita "contenciosa" e a denominada "jurisdição voluntária", que, embora deitando raízes em época bem remota, até hoje, como acentua José Alberto dos Reis,⁵⁵ não teve fixadas com nitidez, pela doutrina, as respectivas linhas demarcatórias.

Tradicionalizou-se, aliás, a esse propósito, a idéia de que a *jurisdição* chamada "voluntária" se exerce *inter volentes*, enquanto a nomeada "contenciosa" se dá *inter invitos* ou *inter nolentes*.

Anota Zanzucchi⁵⁶ que a denominada "jurisdição voluntária", assim concebida, contempla as funções habitualmente desempenhadas pelos órgãos do Poder Judiciário, desenvolvidas, porém, de frente a apenas um interessado ou acerca do acordo de vários interessados, em contraposição à verdadeira e própria *jurisdição*, qualificada como "contenciosa".

E, como de logo perceptível, o critério distintivo adorado apresentava-se *formal*, e de tal modo insatisfatório, que ensejou a formulação de diversificadas teorias, das quais faz por merecer destaque a de Chiovenda,⁵⁷ lastreado em Wach,⁵⁸ e assim sintetizada: "A jurisdição voluntária tem (noutro senso) um *escopo constitutivo*: os atos de jurisdição voluntária tendem sempre à *constituição* de estados jurídicos novos, ou cooperam com o desenvolvimento das relações existentes. Pelo contrário, a jurisdição verdadeira e própria tem em vista a *atuação* de relações existentes".

Assim também a de José Alberto dos Reis,⁵⁹ para quem "a jurisdição voluntária implica o exercício de atividade substancialmente *administrativa*, a jurisdição contenciosa implica o exercício de atividade verdadeiramente *jurisdicional*".

Por isso que outros igualmente renomados autores, como Antonio Visco⁶⁶ e Fazzalari,⁶⁷ criticando-os, affiancam carcereem de exatidão e definitividade os critérios distintivos utilizados pelos processualistas que se ocuparam do tema, salientando o último ser verdade, "enunciata in limine", que "una costruzione sistematica della giurisdizione volontaria sia ancora da fare".

Cristofolini,⁶⁸ por sua vez, assevera que o critério determinante da distinção entre *jurisdicção contenciosa* e *jurisdicção voluntária* se encontra, precisamente, "no terreno da natureza material da atividade desenvolvida pelo órgão jurisdiccional".

Assim é que, no âmbito da *jurisdicção* dita "contenciosa", o agente do Poder Judiciário — juiz ou tribunal — age visando "à tutela do interesse coletivo à composição dos conflitos", isto é, aplicando a norma jurídica sem nenhuma preocupação quanto à vantagem ou prejuízo que o julgamento proferido possa ocasionar ao sujeito parcial do processo.

Já na chamada "jurisdicção voluntária", pelo contrário, tem ele em vista a tutela de um interesse diferente do respeitante à composição dos conflitos. E, além disso, às vezes efetiva "a atuação de um direito preexistente", não obstante faltem ao respectivo procedimento *duas* partes (em regime de contraposição, uma à outra — permitimo-nos acrescentar).

Noutra angulação, e numa proposição incisiva, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁶⁹ entende que devem ser levados em conta, para o estabelecimento da distinção alvitrada, o *pressuposto*, a *atividade desenvolvida* e a *definição* de cada uma delas.

Apresentam-se, destarte, como excelentes pontos de partida para o atingimento da finalidade distintiva, *litigio* e *negócio*, sendo certo que, na denominada "jurisdicção voluntária", "o litigio está ausente, às vezes latente... mas nunca presente".

A segunda referência deve ser de natureza *jurisdiccional*, quer *positiva*, para determinar os caracteres da verdadeira *jurisdicção*; quer *negativa*, para, fixada "a noção da genuína jurisdicção, isto é, a contenciosa, excluir-se dela a chamada "voluntária".

E, por derradeiro, a terceira diz com a *coisa julgada*, meta do processo contencioso e *totalmente estranha à jurisdicção voluntária*.

Nessa mesma linha de raciocínio, e em síntese, tem-se afirmado, amíúde,⁶⁴ que a *jurisdicção* dita *contenciosa* se caracteriza: a) pela *existência de partes*, reveladora de uma *lide*, ou *litigio*, que constitui seu objeto; b) pela *possibilidade de contraditório*, que se perfaz com o regular chamamento do réu a juízo, a fim de tomar conhecimento da ação aforada e, se de seu desejo, defender-se; e c) pelo fato de formar-se a *coisa julgada*⁶⁵ referentemente aos atos decisórios atinentes ao *meritum causae*, ou seja, compositivos dos litígios submetidos à apreciação judicial.

Diferentemente, a denominada "jurisdicção voluntária" "versa sobre interesses não em conflito", constituindo mera "administração de interesses privados pelos órgãos jurisdicionais", de interesses de "pessoas que não estão litigando" (não havendo, por isso, como falar em partes, mas, apenas, em *interessados*).

Nela, ademais, *se desconhece a possibilidade de contraditório* e, em lugar da pacificação social, se objetiva a tutela de determinado interesse, com a *proteção do interessado*.⁶⁶

E, de resto, os atos decisórios todos, inclusive os *finais*, são cobertos apenas pela *coisa julgada formal*, resrita, por certo, aos autos do procedimento em que pronunciados.

Em suma, e como também se tradicionalizou em doutrina processual, corrente é a asserção de que na chamada "jurisdicção voluntária" nada mais há do que um "processo sem lide".⁶⁷

b) Distinção entre jurisdicção civil e jurisdicção penal

Isso expandido, bem é de ver, em seqüência, que as concepções alinhadas não têm como contemplar a *jurisdicção penal*.

Com efeito, revela-se esta na atuação do Estado, por intermédio de categorizados e especializados funcionários (agentes do Poder Judiciário — juízes e tribunais), com a *finalidade de aplicação de norma material positiva (ius postum)* a um *fato*⁶⁸ tido como dela infringente.

E, na realidade, a *ação judiciária* efetivada no desempenho da *função jurisdiccional*, em processo penal, não objetiva, como acontece no processo civil, a composição de uma *lide* ou litigio.

Mostra-o bem Calamandrei,⁶⁹ ao ressaltar que o processo penal "non ha lo scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno all'esistenza del reato e alla misura della pena, sicché il processo perda la sua ragion d'essere là dove questo disaccordo sia amichevolmente composto tra i due "litiganti"; ma ha luogo perchè, nel nostro ordinamento giuridico, la punizione del colpevole non può avvenire che attraverso la pronuncia giurisdizionale. Il processo penale ha dunque in ogni caso, per raggiungere l'effetto giuridico della punizione del reo, quello stesso carattere di *necessità (nulla poena sine iudicio)* che nel campo civile, per raggiungere effetti giuridici non conseguibili dalle parti attraverso il contratto, è proprio del processo a tipo inquisitorio".

Dai, e decorrentemente da *impessoalidade* dos interesses contrapostos — determinante da *inquisitorialidade* que caracteriza toda a *persecutio criminis* e, por isso mesmo, da *indispensabilidade do contraditório*, como forma única de atingir-se o dado conotativo da finalidade do processo penal, qual seja a *apuração da verdade material* — a destinação desse para a resolução de um importante *conflito de interesses públicos* (algumas vezes revelado, até, na lide, mas que, geralmente, com ela não se confunde), originado de "uma determinada mutação jurídica de especial relevância social".⁷⁰

Por isso que, como anota Fernando Luso Soares,⁷¹ não há, no processo penal, "pretensão alguma — nem, portanto, o réu tem o direito de resistir a essa pretensão pretensão"; e, certamente, o "fim da jurisdicção penal é o de concretizar o *fato delitivo*".

Conseqüentemente, nela não há falar em *partes* senão em *senso processual*, dado o fato de tornar-se necessária a *assunção da forma acusatória* pelo respectivo procedimento, a fim de, em regime de *infastável atuação contraditória dos sujeitos parciais*, apurar-se a *verdade material*.⁷²

Isso significa, outrossim, que o *contraditório (real e indispensável)* se faz insito ao processo penal: "indeclinável injunção legal" a defesa do acusado, nem a sua revelia "exclui a garantia constitucional da contrariedade do processo".

Como ressaltava Jorge de Figueiredo Dias,⁷³ a quem se deve, também, o derradeiro destaque, a efetivação da defesa do acusado há de ser contínua e contra-

PODERES
X ESCOLAS
X PROC
COL

96?

ditória à acusação, de sorte a atender às "exigências comunitárias iniciais do Estado do direito", à "essência do Direito como tarefa do homem" e "ao espírito do Processo, como *co-participação* de todos os interessados na criação da decisão".

Em suma, diferentemente do que acontece no âmbito da *jurisdição civil*, cujo processo é marcado pela *contenciosidade*, não há lugar para esta no processo penal, que se deixa conotar pela *contrahitoriedade* ⁷⁴ *efetiva, inafastável e irreversível* pela vontade de quem quer que seja.

Finalmente, verifica-se, ainda, que a exigência de *irrevogabilidade* do ato decisório de mérito não se faz absoluta, no processo penal. ⁷⁵

Há, com efeito, sentenças penais, de caráter condenatório, que se deixam cobrir apenas pela coisa julgada formal, podendo ser revogadas ou modificadas em qualquer tempo ou circunstância. ⁷⁶

Observa, a propósito, Carnelutti ⁷⁷ que o processo penal de conhecimento (contumacia, como mencionamos, o de *caráter condenatório*) se apresenta, a rigor, como *introdução* ao processo executivo: quando o juiz absolve o acusado, mais do que afirmar que o processo não deve prosseguir, está reconhecendo que ele não deve começar; e quando o condena dispõe, justamente, sobre o seu prosseguimento. ⁷⁸

Ora — complementa o eminente Processualista italiano — isso significa que o ato decisório penal, "seja de prosseguimento do feito, seja de condenação, ostenta natureza puramente processual". Daí por que, em matéria penal, é *prerrogativa falar-se em *preclusão*, ao invés de em coisa julgada*, tal como, ainda que vagamente, intuíram os penalistas que, "para explicar a *autoritas iudiciali*, recorrem, preferencialmente, ao *ne bis in idem*". ⁷⁹

E, de resto, ainda que não se possa generalizar a idêntica (referentemente, *o. g.*, às sentenças absolutórias), deve ser tido na devida conta que essa diferenciação se presta, também, para peculiarizar a *jurisdição penal*, em cujo campo de atuação a *coisa julgada* ora ostenta *autoridade absoluta*, ora *autoridade relativa*. ⁸⁰

Tudo mostra, enfim, a distinção estabelecida, e mais, que a *jurisdição penal* se apresenta autonomamente no mundo do processo, com a sua determinação conceptual estabelecida a partir de instituições específicas do Direito Processual Penal e com características próprias, que a marcam com o exclusivismo reclamado pela cientificidade outorgada de há muito a esse importante ramo do Direito.

§ 2.º. Ação

4. Ação da parte como exercício do direito à jurisdição

Jurisdição é, como visto, e, já agora, segundo precisa definição de Chiovenda, ⁸¹ por nós complementada, e *poter-dever de realização do Direito*, concretamente na "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 tomá-la, praticamente, efetiva".

Correlatamente, o *direito à jurisdição* traduz-se, por igual, num *poter*, conferido a todos os integrantes da coletividade, quer particulares, quer órgãos públicos, ⁸² de invocar, quando a tanto indispensável, determinada prestação ou providência jurisdicional, objetivando o reconhecimento, a satisfação ou a assecuração de apregoado Direito subjetivo material.

Tal invocação, por sua vez, e como também verificado, é de *ação judiciária*, qual seja a atuação dos agentes do Poder Judiciário — juízes e tribunais — em prol da realização do Direito.

E efetiva-se, certamente, através de atuação de interessado, titular de um dos interesses em conflito com o da natureza, que se denomina, igualmente, "ação". Corresponde esta — *ação da parte* — via de consequência, ao exercício do direito ao meio de *definição de jurisdição*, isto é, do *direito ao processo*.

Com efeito, ao cogitar da movimentação do aparelho judiciário, seja por via do impulso inicial, seja, também, por força de atividade subsequente — e imbrida, sempre, do indispensável espírito de colaboração com o órgão jurisdicional, para a consecução da finalidade do processo, ⁸³ — ocorre a parte more atuação secundária, instrumental, por natureza e definição, com os mesmos caracteres de certo posicionamento cuja mais expressiva concretização reside na necessidade de agir para obtê-lo provável autorfavoravelmente. ⁸⁴

Ora, isso significa, por um lado, que a *ação da parte* consiste no *exercício do direito à jurisdição*; e, por outro, que, a par ou à margem desta, tem o interesse o *êrus de demanda*.

Como precisa Joaquim Canuto Mendes de Almeida, ⁸⁵ ao desenvolver tal proposição, a que aderimos: "Há de se clarear, pois, que a *ação* das partes (atividade, em Juízo Civil, de alegar ou provar, ou seja, de instruir o juiz), *constitui êrus de autor e de réu*, e não se confunde, sem erro, com o direito à tutela jurisdicional".

E, complementando o seu pensamento: "O direito à tutela jurisdicional, objetivo, oscila-se na relação jurídica material entre o Estado, que deve a prestação jurisdicional, e as partes, autor e réu, que a ela têm *direito judiciário*. Apresenta-se, assim, o direito de ação como direito à jurisdição, entidade de Direito Judiciário, *substancial*, e não de *mero caráter processual*".

Arescente-se que a *ação da parte* se integra, obviamente, na *ação judiciária*, abrangente da atuação dos órgãos jurisdicionais e, com a delas, dos demais integrantes do processo, bem como dos órgãos auxiliares e de terceiros.

5. Natureza jurídica da ação da parte

a) Doutrina imanentista

Com o vocábulo "ação", ⁸⁶ os juristas de antanho exprimiam a possibilidade de exercer em concreto a atividade processual, em conformidade com esquemas pré-fixados.

Já os romanos conceberam a *actio* de tal modo, que só se considerava ser dela titular quem tivesse razão; vale dizer, não qualquer pessoa que preenchesse determinadas "requisitos, mas aquela que demonstrasse, nas formas preconizadas, uma *situatio de Direito Material realmente existente*".

E que o Direito Romano, como é sabido, não distinguia entre *actio* e Direito subjetivo material, constituindo-se, por certo, mais um *sistema de ações*, do que propriamente, de direitos. ⁸⁷ Mesmo na época clássica, segundo Cujas, ⁸⁸ o Direito não se desvinculava, de tema algum, da ação correspondente.

E assim se explica o significado da antiga e difundida acepção de Celso — "Actio nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod tibi debetur" ⁸⁹ — que, aliás, permaneceu invocada até por volta da metade do século XIX, ⁹⁰

quando aconteceu a conhecida e sobrelevada polémica entre Windscheid e Muther, a respeito da *actio romana* e da *klage* germânica, meretrante do ânimo conciliador que se apossou, então, dos jurisperitos alemães.

Como acentua Manuel Serra Domingues,⁹¹ a quem se deve a derradeira anotação, até essa época "la acción significaba tan sólo la posibilidad de acudir a los tribunales para que éstos defendieran un derecho frente a los ataques injustificados del adversario. Sólo quien tuviera derecho podía en principio acudir a los jueces para hacer valer dicho derecho frente al adversario. La jurisdicción tenía como uno de sus fines la tutela de los derechos particulares".

Acrescente-se que essa concepção contou com renomados prosélitos, dentre os quais fazem por merecer destaque, já no século passado, Wachter, jurista alemão que tinha a existência de direito subjetivo material como pressuposto da ação, através da qual se o pretendia fazer valer (daí por que nele embasada);⁹² Pescatore, considerando a ação como direito acessório a outro direito, tido como principal;⁹³ e Mativolo, que a imaginava um direito elevado à segunda potência, garantia judiciária: *Ius perseguendi in iudicio quod nobis debetur aut quod nostrum est*.⁹⁴

Assim também que foi ela adotada em nosso país, até dias recentes, por processualistas renomados, inclusive João Monteiro⁹⁵ e João Mendes Júnior,⁹⁶ que, em aceção subjetiva, e respectivamente, tinham a ação como "o próprio direito reagindo contra a ação contrária de terceiro", ou a faculdade de defender judicialmente o direito atacado; e como o "direito de requerer em juízo aquilo que nos é devido".⁹⁷

E, finalmente, que, decorrentemente da idéia de atar-se, a ação "indisso-luvelmente ao direito que por ela se tutela", ela não poderia ser concebida sem este, nem o direito sem ela, até porque "a ação segue a natureza do direito".⁹⁸

b) Evolução conceptual

Norório é, também, que, a partir da segunda metade do século XIX, com a renovação dos estudos científicos, sobrelevaram-se a função, a autonomia e a importância do valor social do Direito Processual, especialmente o Civil.

Via de consequência, novos horizontes abriram-se, relativamente à perquirição da *natureza jurídica da ação da parte*, sendo apontados como principais motivos da evolução verificada:

a) a aludida polémica estabelecida entre Windscheid e Muther, nos anos de 1856 e 1857, acerca da *actio romana*, e seu desenvolvimento até então, e a pretensão com fundamento jurídico⁹⁹, pelo primeiro, e a demonstração, pelo último, de que o direito de agir é diverso do direito subjetivo material violado, conferir-lhe a violação,¹⁰⁰ e é dirigido face ao Estado, que tem o dever de conferir-lhe a respectiva tutela;

b) a concepção do processo como *relação jurídica*, por Oskar Von Büllow, em seu festejado livro sobre a teoria das exceções e pressupostos processuais — *Die Lehre von den Prozessinreden und die Prozessvoraussetzungen*, editado em Giessen, no ano de 1868;

c) o excelente estudo da *ação declaratória*, feito por Adolph Wach — *Der Feststellungsanspruch*, publicado em Leipzig no ano de 1889 — e em que pro-

pagada, com a afirmada "pretensão à declaração", a idéia de constituir a ação um direito autônomo, "contra" o Estado, para obtenção de um ato de tutela jurídica, isto é, de uma sentença favorável — *Konkrete Rechtsschutzanspruch*; e,

d) a definição da ação declaratória como *figura geral de tutela jurídica*, pelo ZPO alemão, em seu § 251 (hoje 256, e *verbis*: "Poder-se-á demandar a declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica e o reconhecimento da autenticidade ou a declaração de falsidade de um documento se o demandante tiver um interesse jurídico em que a relação jurídica ou a autenticidade ou a falsidade do documento seja declarada imediatamente mediante resolução judicial"¹⁰¹).

Estabelecida, consequentemente, a *autonomia da ação*,¹⁰² passou esta a ser, em generalizado senso, configurada como direito, denominado "direito de ação".

Poucos foram, com efeito, os processualistas que se apartaram dessa preva-locante concepção, alinhando-se entre eles: Degenkolb, que tinha a ação, apenas, como faculdade jurídica; Kohler, para quem a ação consistia numa simples manifestação do direito geral de liberdade ou de personalidade; Binder, entendendo-a "possibilidade de fato"; Levi e Biondi, afirmando-a um "negócio publicístico" — no exercício de uma função pública, para o último; Windscheid, Goldschmidt, Hein e Büllow, asseverando-a mero poder de constituir, mediante pedido judicial, um direito subjetivo à tutela judiciária.¹⁰³

E, assim sendo, tal entendimento se propagou com mais acendrado vigor, até nossos dias, no seio da doutrina processualista, não obstante se apresentassem diversificadas as proposições elaboradas, inclusive pelos mais acatados especialistas.

c) Teoria do direito concreto à tutela jurídica

Deias todas, aliás, tem-se que a ação é considerada, em sentido genérico, como *poder processual*.

E como seja impraticável examinar, uma a uma, as teorias desenvolvidas, parecem-nos suficiente o vislumbre da concepção estudada através das mais importantes e, por isso mesmo, mais difundidas, além de servirem como ponto referencial de outras inúmeras formulações.

Apresentadas sob três concepções variegadas, elas podem ser intituladas como segue: a) teoria do direito concreto à tutela jurídica (Adolph Wach); b) teoria da ação como direito potestativo (Chiovenda e Weismann); e c) teoria do direito abstrato de ação (Degenkolb, Plosz e outros).

Passemos a, sucintamente, expô-las, não sem, antes, esclarecer que a inexistência de identidade entre o sujeito passivo da *actio* e o do Direito subjetivo material foi mostrada, pela primeira vez, por um romanista alemão, Johann Christian Hasse, em trabalho publicado na *Rheinisches Museum*, no ano de 1854, e em que formulado o conceito de que a ação se dirige, não frente ao adversário, mas, precipuamente, frente ao Estado.¹⁰⁴

Referentemente à *teoria do direito concreto à tutela jurídica*, deve ser anoteado, de logo, ter sido sobre a mencionada conceituação de Muther (para quem, embora um pressuposto do outro, Direito subjetivo material e *actio* apresentam-se como dois direitos distintos, pertencendo aquela à esfera do Direito Privado e esta à do Direito Público) que Wach, com algumas variações, fez assentar sua

doutrina, procurando demonstrar um dos caracteres do denominado "direito de ação", qual seja sua *autonomia*.

Duas são as diretrizes que, fundamentalmente, determinam sua formulação, a saber: a) a primeira respeitante ao caráter *público* da ação, porque exercida contra o Estado, obrigado à prestação de tutela jurisdicional, através de decisão e coerção; b) a outra ceteramente ao seu caráter *concreto*, no sentido de que, dirigida face ao adversário, ¹⁰⁵ finda com *sentença favorável*, em virtude da qual sofre este o ato de coação estatal.

Nesse particular, a ação tocaria, apenas, ao titular do Direito subjetivo material que preenchesse "certos requisitos de Direito substantivo (condições da ação) e outros de índole processual (pressupostos processuais)". ¹⁰⁶

Por isso que se a tem como *direito a uma sentença favorável*.

Aduza-se que, ligeiramente modificada, é essa mesma a formulação de Büllow, para quem a ação é o *direito a uma sentença justa*, expressiva da autêntica aplicação do Direito objetivo.

Assim também que se alinham, entre os adeptos dessa teoria, Hellwig, Stein, Holder e Gierke, na Alemanha, e Simoncelli, na Itália.

d) Teoria da ação como direito potestativo

A doutrinação de Chiovenda, formulada no início deste século, no ano de 1903, fixa-se, como a de Wach, em que a ação é um direito autônomo, negando, todavia, o caráter publicístico que este lhe confere, dado o fato de não se dirigir ela contra o Estado, mas contra, ou melhor, em relação ao adversário. ¹⁰⁷

Segundo ela, a ação seria um *direito potestativo*, ou seja, um direito de poder (*Kann Rechte*), como tal considerado o tendente à produção de determinado efeito jurídico a favor de um sujeito, e com ônus para outro, que nada deve fazer, mas, por sua vez, nada pode fazer a fim de evitá-lo, submetendo-se, por isso mesmo, à respectiva produção. ¹⁰⁸

Diferentemente dos direitos reais e obrigacionais, sua característica é a de dar nascimento, modificar ou extinguir direitos subjetivos, pela só circunstância da vontade de seu titular. ¹⁰⁹

Assim sendo, a ação "é o poder jurídico de dar vida às condições para a atuação da vontade da lei".

Como tal concebida, configura um direito, que assume caráter público ou privado, consoante a lei cuja atuação produz seja de natureza pública ou privada.

Consiste, ademais, como logo acima frisado, num *direito de poder*, sem obrigação correspondente, e atinente a quem tem razão, contra quem não a tem. Daí por que constitui, também, um *direito à obtenção de uma sentença favorável*.

De resto, curiosamente que seja — deve ser aditado — à mesma época da divulgação da teoria de Chiovenda, idêntica formulação foi propagada por Weismann, na Alemanha.

e) Teoria do direito abstrato de ação

Precedentemente, até, à doutrinação de Wach, e em manifesta contraposição às teorias supravencidas, surgiu na Alemanha, com Degenkolb, e na Hungria, com Plosz, quase ao mesmo tempo, a denominada "teoria abstrata da ação".

Para os seus prosélitos, a ação é um *direito geral e abstrato*, que pode ser exercido mesmo quando o seu titular não tiver direito subjetivo material merecedor de tutela jurisdicional.

Pertencente, mencionado direito, a todos os indivíduos, como decorrência da própria personalidade, exige-se, apenas, em autor, para aforar a ação, faça referência a um interesse seu, protegido em abstrato pelo Direito objetivo, incumbindo ao Estado, por isso, exercer sua atividade jurisdicional, com o proferimento de sentença, ainda que desfavorável ao demandante.

Trata-se, na realidade, segundo observa José Alberto dos Reis, ¹¹⁰ ao examinar os principais aspectos da teoria, de um direito contra o Estado, ou melhor, face ao Estado, e abstrato porque pertencente "a qualquer homem pelo simples fato de ter personalidade jurídica e que é inteiramente independente dos direitos substanciais que se pretendem tornar efetivos em juízo".

Daí por que se configura a ação como verdadeira aspiração ao direito, ou, por outras palavras, como *direito à realização do direito*.

Como explica Moacyr Amaral Santos, ¹¹¹ "ao direito de acionar corresponde a obrigação jurisdicional do Estado, por via da qual o autor pode obrigar o réu a participar do juízo. Onde tratar-se de um direito público subjetivo, preexistente ao processo, desvinculado do direito material invocado. Esta última circunstância, que lhe é característica, qual a de ser o direito de ação independente da efetiva existência do direito invocado, deu à teoria a denominação de teoria do direito abstrato de ação".

Interessante é anotar, em seqüência, que, passando a considerar (em sua obra *Der streit über den Klagerhebtgriff*, publicada em Leipzig, no ano de 1905) que o denominado "direito de ação", conferido a qualquer pessoa que acreditasse ter razão, não é direito subjetivo, mas simples faculdade jurídica; assim também que, normalmente, se concebia como ação a pretensão jurídica de obter, contra o adversário, um resultado favorável no processo — Degenkolb aderiu, posteriormente, à doutrina de Wach. ¹¹²

Todavia, paradoxalmente que seja, sua formulação teve notáveis adeptos, destacando-se Alfredo Rocco ¹¹³ e Kohler, ¹¹⁴ que lhe conferiram, outrossim, subsídios próprios, além de outros renomados Processualistas, como Ugo Rocco, Zanzucchi, Betti, Carnelutti e Couture, todos com algumas peculiaridades e divergências nas respectivas construções. ¹¹⁵

f) Objeções e críticas generalizadas

A par dessas concepções que se tradicionalizaram, mais recentemente foram ventiladas idéias dignas de reclamada ponderação, no sentido do estabelecimento de reformulação conceptual acerca do importante tema da *natureza jurídica da ação*.

Contribuíram, para isso, à evidência, objeções e críticas àquelas feitas, e que assim podem ser, principalmente, sintetizadas:

a) A doutrina imanentista não tem como explicar a *ação infundada*, em cujo processo a sentença definitiva culmina por afirmar a inexistência do direito subjetivo material objeto da pretensão do autor e da invocada tutela do órgão jurisdicional.

b) Igualmente, não tem ela como justificar a *ação declaratória negativa* da existência da relação jurídica submetida à apreciação do agente do Poder Judiciário.

c) Já a *teoria do direito concreto à tutela jurídica* tem como principal óbice a *improcedência do pedido*, determinante da inocuidade de todos os atos praticados no processo desde a propositura da ação até o proferimento da sentença definitiva que rejeita a pretensão deduzida pelo autor.

d) No tocante à teoria de Chiovenda, afirma-se que o fato de o Estado e o membro da coletividade ostentarem comum interesse na atuação da vontade da lei ao caso concreto não induz a que deixem de ter eles direitos e obrigações recíprocas; e, também, que o ilustre jurista peninsular confundiu direito subjetivo com facultade de agir — mera expectativa no campo dos direitos, ¹¹⁶ — coisas bem distintas, indubitavelmente.

e) Finalmente, quanto à concepção da *ação* como *direito abstrato*, peca pelo seu excessivo abstracionismo, tanto que Degenkolb se viu obrigado a impor-lhe forte limitação, ao ponto de quase abalar o prestígio da teoria, que se manteve graças à autoridade de seus renomados prosélitos Alfredo e Ugo Rocco.

José Ignácio Botelho de Mesquita, ¹¹⁷ adiciona, ao analisá-la, que o defeito capital da doutrinação derradeiramente focada se coloca na identificação da *jurisdição* com o *juízo*, “esquecendo-se de que o juízo estatal é simples meio para atingir um fim que está além dele e no qual verdadeiramente se explica a função jurisdicional”.

g) Proposições mais importantes da teoria dominante

Críticas e objeções à parte, não se pode deixar de ter na devida conta que, no âmbito dessa teoria abstrata da ação, duas formulações tiveram grande importância na propalada reformulação conceptual.

Realmente, as proposições de Betti e Liebman, embora a integrando, evidenciaram apreciável dissenso à formulação original de Degenkolb e Plosz.

Betti ¹¹⁸ procurou mostrar que a *ação* deve ser considerada como “um direito de natureza especificamente *processual*, conferido pela lei processual em face de uma *pretensão somente afirmada*, independentemente da circunstância de que essa razão seja depois reconhecida pelo juiz como *de fato fundada*”.

Liebman, ¹¹⁹ por sua vez, tem-na como um direito subjetivo instrumental, com as características de impulso e iniciativa ao desenvolvimento de uma função, e ao qual não corresponde qualquer obrigação do Estado, igualmente interessado na sua efetividade.

Dai por que — utilizadas suas próprias palavras, para melhor precisar o raciocínio desenvolvido — “scompaiono le difficoltà che si sono finora incontrate quando si è cercato di delineare esattamente la figura. Essa è un diritto soggettivo, ma non di natura obbligatoria. Lo schema consueto del rapporto civilistico non ha qui ragione alcuna di essere richiamato. L'azione si dirige infatti verso lo Stato, nella sua qualità di titolare della potestà giurisdizionale, ed è perciò nel suo esatto significato il diritto alla giurisdizione; ma non le sta di fronte un obbligo dello Stato stesso, perché la sua caratteristica consiste nell'essere un diritto d'impulso e d'iniziativa allo svolgimento di una funzione a cui lo Stato è anch'esso interessato”.

Sua propagação, ademais, propiciou, com o tempo, a também famosa polémica entre Satta e Cristoffolini, ¹²⁰ e, em razão dela, o consagrado escrito de Calamandrei ¹²¹ sobre a *relatividade do conceito da ação*.

E todos esses notáveis labores, a par da teoria de Liebman, à qual se curvaram, em considerável número, os processualistas peninsulares da atualidade, influíram sobremaneira na fixação dos contornos do instituto ora analisado, de sorte a determinarem-se, vantajosamente, os aspectos modernos do conceito de ação.

6. Conciliação das teorias da ação como direito concreto e em senso abstrato

Com efeito, passou-se à relegação a plano secundário do problema concernente à *natureza jurídica da ação*, qualificando-se-a, genericamente, como *poder*, em sentido amplo considerado.

Chegou-se, outrossim, à sobrelevação, especialmente com Allorio, ¹²² da inexpressividade do relativo ao seu destinatário.

É que, na expressão do mencionado autor, se “poder é a condição em que alguém se encontra de produzir, com sua atividade, efeitos jurídicos, por certo que quem propõe ação provoca, com tal atuação, várias ordens de efeitos jurídicos: relativamente ao adversário, ao qual sujeita ao poder judicial do Estado; alusivamente ao Estado, de que faz emergir o poder-dever decisório no caso concreto; referentemente ao juiz-pessoa física, a cujo cargo constitui o dever de ofício ante o Estado, e também a obrigação (para com o próprio particular) de não denegar justiça”. ¹²³

Nisso tudo, aliás, ganhou maior significado e importância a idéia de conciliação dos entendimentos doutrinários tradicionais, ou seja, do que concebe a *ação* em sentido abstrato com aquele que a tem em senso concreto.

Como, com acuidade, intuiu Calamandrei, ¹²⁴ em certa angulação ambas as teorias não se excluem, tanto que se considere a *ação*, abstratamente, como *simples atividade*, e, concretamente, como equivalente a *ação com direito*.

Esse propósito conciliatório pode ser verificado, também, nas formulações de Satta, ¹²⁵ ao conceber, junto ao poder de *ação*, que se apresenta esta como *mero fato*, como simples postulação do juízo; de Allorio, ¹²⁶ para quem não há maior dificuldade, ou obstáculo, à admissão dos dois conceitos de *ação* — abstratamente, possuída por todos os integrantes da coletividade, e, concretamente, tão-só por aqueles que ostentem a titularidade de direito subjetivo material; de Betti, ¹²⁷ nesse mesmo sentido; e de Liebman, ¹²⁸ quando, ao confrontar tais idéias, estabelece constituir a primeira, em senso abstrato, a garantia constitucional da ação, ao passo que a segunda, no sentido concreto, se presta para explicar o relacionamento entre o direito subjetivo material e a *ação*.

Ganha ele maior dimensão, todavia, com Attardi, ¹²⁹ que, ao admitir as duas focadas concepções da *ação*, ou seja, a *substancial*, tendo-a como direito a sentença favorável, e a *processual*, considerando-a como o poder de obtenção de uma sentença de fundo, esclarece seu pensamento com inescandível propensão para o último dos aspectos destacados, *verbis*: “... para estabelecer as relações entre direito material e processual é indispensável partir do primeiro. O processo é o meio para a produção de determinados efeitos jurídicos em favor do titular de um direito. As normas materiais, e não somente as processuais, devem ser levadas em conta pelo juiz, existindo, portanto, um grande número de possibi-

idades de que o titular do direito obtenha uma sentença favorável, pois o processo existe para quem tenha direito, possa conseguir sua realização ou declaração".

Aparente-se que, à vista do exposto, parece perfeitamente possível estabelecer a conclusão, afirmada por Manoel Serra Dominguez, em primoroso estudo sobre a evolução histórica e as orientações modernas acerca do conceito de *ação*,¹³⁰ de que as teorias tradicionais, longe de incompatíveis entre si, se apresentam com certa convergência, de sorte a deverem encontrar-se em determinado ponto, num verdadeiro estágio de aperfeiçoamento processual, após a eliminação de qualquer discrepância entre a realidade e o processo.¹³¹

Fassa, aliás, foi a posse afirmada, em trabalho também especificado ao tema, na e finalizado com a relevação de duas situações, embora correlatas, de todo inconfundíveis: por um lado, a do sujeito de direitos, pessoa física ou jurídica, de invocar a tutela jurisdicional, quando se veja, qualquer deles, violada ou ameaçada de violação pelo indigitado titular de obrigação ou dever correlato; e, por outro lado, a concernente à indispensabilidade da atuação daquele, em prol da preservação do apontado direito subjetivo material.

Ali — prosseguimos — num plano de abstração, constitucionalmente assegurado, quando necessário, o socorro das vias jurisdicionais (cf. art. 153, § 4.º da CF¹³²), o *direito à jurisdição*: aqui, no campo de concreção, a atividade dos titulares dos interesses em conflito com a finalidade de obtenção de sua resolução ou de justa e pacífica composição da lide, pelos órgãos jurisdicionais — a *ação*. Exerce o *direito à jurisdição* pelo interessado — complementamos, então, o *dever* de realização de justiça estatal concretiza-se na atuação jurisdicional dos agentes do Poder Judiciário, ou seja, na *ação judiciária* dos juizes e tribunais.

E nessa efetiva concretização do apontado direito, concedido genérica e abstratamente a todos os membros da comunidade social, não há como deixar de considerar-se, igualmente, a já decantada *ação da parte* — alusiva, não só ao impulso inicial da judicialização da pretensão, como a todos os demais atos concernentes à atividade dos sujeitos parciais da relação jurídica tomada litigiosa (ou, eventualmente, seus substitutos processuais), que, não obstante, como visto, instrumental por natureza e definição, se direciona, também, à prestação ou providência jurisdicional colimada no processo.

7. Caracteres da ação

Caracterizada, destarte, a *ação da parte*, como o *exercício do direito a jurisdição*, e certo, ainda, que corresponde este, *in genere*, a um direito assegurado, constitucionalmente, aos membros da comunidade social,¹³³ bem é de ver que se trata de um *direito público subjetivo*.

Igualmente, que é ele contido, não só ao cidadão em face do Estado, com o objetivo de tutela da ordem jurídica, em prol da pacificação social, como ao próprio Estado, sempre que se verifique a impossibilidade da auto-execução de certos atos ou funções, dada a necessidade de imposição de limites ou restrições às atividades administrativas, ainda que realizadas no interesse da coletividade.

Noutro aspecto, deve ter-se presente que a *ação* pressupõe, sempre, um direito subjetivo material, que constitui seu objeto.

Entretanto, não há como, nem porque, confundirlos. Com efeito, embora necessariamente conexa a uma situação concreta, que a justifique, não se pode, de modo algum, deixar de reconhecer a distinção entre a *ação*, particularmente a civil, e o *direito* que, através dela, se pretende fazer valer.

Demais disso, evidente afigura-se que o *direito à jurisdição* se apresenta *autônomo, independente* do direito subjetivo material a que o seu exercício se refere. E, ainda, que é, como supramencionado, e em princípio, *abstrato*, já que é facultado, genérica e incondicionalmente, ao membro da comunidade, a invocação do órgão jurisdicional, a fim de que seja aplicado o Direito objetivo a uma situação concreta, em âmbito extrapenal (assim como o *ius positum* a uma relação jurídica penal).

Mas, como observa Liebman,¹³⁴ nessa sua indeterminação e abstração máxima, o poder de agir não se reveste de maior significação "na vida e no funcionamento prático do processo, pois, contido a todos e em qualquer circunstância, não permite distinguir um caso do outro, nem mesmo estabelecer uma ligação entre o processo e a espécie concreta para a qual este foi instaurado". Daí por que, deve ser tido, *in specie*, isto é, na sua individualização e concreção, como *conexo a uma situação de direito material deduzida em juízo através da ação*.

De resto, enquanto o *direito à jurisdição*¹³⁵ se insere numa relação jurídica material integrada pelo seu titular e o Estado obrigado à prestação ou providência jurisdicional, a *ação*, dizendo com seu exercício, é um *instituto de Direito Processual*.

Como anota José Frederico Marques,¹³⁷ referentemente ao derradeiro ponto focalizado, "há no núcleo da ação um interesse juridicamente protegido, o qual consiste em praticar o respectivo sujeito, atos processuais destinados à obtenção de tutela jurisdicional. O bem jurídico, que se relaciona com o interesse de agir é a prática de atos processuais".

Não se trata, entretanto, como aduz o ilustre Mestre paulista, de um "Direito Processual", posto que esse *interesse instrumental* no qual se consubstancia a *ação da parte* se faz insito ao *Direito subjetivo material* por ela concretizado — o de *invocação da tutela jurisdicional do Estado* — e respeita, como visto logo acima, tanto ao impulso inicial da judicialização da pretensão ou de interesse socialmente relevante, como a todos os demais atos necessários à obtenção do julgamento do Estado através dele objetivado.

§ 3.º Processo

8. Sucinta relembrança de noções fundamentais

a) Generalidades

O *processo*, afinal, apresenta-se como o *instrumento* mediante o qual toda a atividade compreendida na *ação judiciária* se desenvolve — um *instrumento, técnico e público, de distribuição de justiça*.

E, embora reclamando, inúmeras vezes como visto, no *Processo Civil*, a *iniciativa da parte (ação da autor)*¹³⁸ para começar, tem como característica do seu desenvolvimento o *impulso oficial*.¹³⁹

Ademais, como veremos melhor logo adiante, o processo formaliza-se, sem, num procedimento, a que corresponde a sua *esquemáticação formal*.

Mas, diferentemente deste, que mostra o movimento dos atos da ação em juízo na sua forma extrínseca, o processo é, essencialmente, de índole *finalística*, ou *teleológica*.

b) Distinção entre processo e ação

Por outro lado, bem é de ver que, inobstante o proclamado relacionamento entre ambos, não devem ser confundidas as acepções de *processo* e de *ação da parte*.

Como esclarece Alfredo Buzaid,¹⁴⁰ ao cotejá-los, não há por que se os identificar, *verbis*: "Ação e processo não se identificam. A ação antecede o processo por outro motivo e a ação subsiste imprejudicada, podendo o interessado repropô-la. A ação preexiste e pode subsistir ao processo, ao passo que este só se inicia pelo direito de ação".

E do mesmo modo, no tocante à *ação judiciária* (devemos aduzir, posto que alusiva, tão-só, à *ação das partes* a doutrinação em referência), em que o processo, materializado no *procedimento*, se apresenta como um conjunto de atos, realizados, sucessiva e coordenadamente, pelo órgão jurisdicional, seus auxiliares e demais pessoas dele integrantes e participantes, a propósito da definição de uma relação jurídica material tornada litigiosa (*Processo Civil*) ou do solucionamento de um conflito de interesses de alta relevância social (*Processo Penal*).

Intuitivo, com precisão, João Mendes de Almeida Júnior,¹⁴¹ ao expressar que "*Forma* é o que dá realidade ao ser e à operação. Ora, o processo, natural atributo de toda ação em movimento no tempo e no espaço, é a *realidade da ação*, e portanto, a sua forma. Quer a ação feita por ato instantâneo, quer a ação feita por atos sucessivos, realiza-se pelo movimento em processo: "Acto et passio includuntur in motu, ac solum differunt ratiōne a motu" (Aristóteles, *Fis.*, II, 1, 10)".

Dai por que — complementa — é o *processo (processo judicial)* "o movimento dos atos da ação judiciária, ou melhor, o *movimento dos atos da ação em juízo*".¹⁴²

Vale dizer, é a *ação da parte* (autor) que, em regra,¹⁴³ origina o *processo*, por ela iniciado. E inserindo-se no âmbito da *ação judiciária*, esta tem nele o instrumento da sua realização, dirigida à aplicação do Direito ao caso submetido à apreciação de órgão jurisdicional.

Em síntese, e naquilo que ora mais nos interessa, o *processo* é o instrumento, técnico e público, de realização do Direito, por obra dos órgãos jurisdicionais, em sua *ação judiciária*.

9. Natureza jurídica do processo

Afastada de vez, com o decurso do tempo, a noção contratualista do *processo*, adequada, tão-só, à submissão voluntária dos interessados ao *iudicium*, de cunho eminentemente privatístico, passaram os processualistas a cultivar a

idéia de *relação jurídica processual*, a partir, sobretudo, de acatada e precedentemente citada obra de Oskar Von Biliow, versando as exceções e os pressupostos processuais.

Afirma-se, a propósito, que, destinado à formação de imperativos jurídicos, o *processo* reclama a colaboração dos interessados com uma ou mais pessoas desinteressadas (agentes do Poder Judiciário — juízes e tribunais).

Por esse motivo, ficariam todos sujeitos a uma nova *relação*, distinta da de direito material que o origina, devidamente regulada, e que cria entre aludidas pessoas vínculos juridicamente relevantes.

O relacionamento assim determinado geraria, conseqüentemente: a) o dever do órgão jurisdicional de definir a relação jurídica material tornada litigiosa ou solucionar o conflito de interesses submetido à sua apreciação, e de realizar o Direito declarado; e b) o correspondente direito subjetivo do interessado de exigir a prestação, ou providência, dele requerida.

Assim também, o dever das partes de colaborarem com o juiz, ou tribunal, na sua obra de realização do Direito, e de submeterem-se ao resultado atingido, e o correlato direito subjetivo daquele de exigir tais colaboração e submissão.¹⁴⁴

Acontece, todavia, que essa relação como também já frisado, é de Direito Material, ou seja, de *Direito Judiciário Material*,¹⁴⁵ e existe entre o Estado e o membro da comunidade social,¹⁴⁶ antes e fora do *processo*.

Mediante ela, aliás, corporificam-se, de um lado, o *direito à jurisdição* e o *dever de prestação ou providência jurisdicional* do Estado; e, de outro, *direito deste, de exigir a colaboração dos interessados*, no desempenho da função jurisdicional, e o *dever de colaboração das partes*, inclusive sofrendo todos os efeitos determinados pela propositura da ação até o final do procedimento por ela originado.

Ademais, inquestionável afigura-se a natureza *instrumental* do *processo*, especialmente o civil, em sua proclamada *finalidade compositiva de litígio*.¹⁴⁷ E, outrossim, a sua regulamentação por *normas instrumentais*, disciplinadoras das condutas dos sujeitos processuais, especialmente do *imparcial*, órgão do Poder Judiciário.

Nas diversificadas atuações destes nota-se, de resto, a sujeição aos efeitos da de outrem, numa sucessão ordenada de atos e termos em direção ao julgamento da causa ou, anormalmente, à extinção do processo sem que ele tenha lugar — um relacionamento, enfim, meramente *procedimental*.

Para nós, portanto, o *processo* é o *meio* através do qual os interessados exercem o *direito à jurisdição (ação)* e são instados a cumprir o *dever de colaboração para com o órgão jurisdicional*, e este realiza a *ação judiciária*, declarando o Direito, e assegurando e realizando a satisfação do Direito declarado. É, simplesmente, o *instrumento da jurisdição*.¹⁴⁸

10. Caracteres do processo

Manifesto delinea-se, por outro lado, o *caráter público do processo*.

Em primeiro lugar, porque, como acabamos de verificar, por meio dele é que os órgãos do Poder Judiciário exercem a *jurisdição*, função estatal, eminentemente *pública*, e os membros da coletividade concretizam o *direito à jurisdição*, ou seja, um direito subjetivo *público*.

Assim também porque as normas jurídicas que o disciplinam compõem o Direito Processual (particularmente, o Civil), ramo do Público, sendo todas, via de consequência, *públicas*.

Noutro aspecto, evidente é, por igual, *sua autonomia*, independentemente da relação jurídica material que o tenha ensejado.

Pode ele, com efeito, formar-se e desenvolver-se validamente, sem que haja o direito subjetivo material afirmado pelo autor.

E, ademais, *unitário*, pois todos os atos e termos que o constituem se encontram vinculados entre si, e ordenados, sucessivamente, ao fim para o qual se dirigem: a composição da lide, no processo civil, e o solucionamento de conflito de interesses de alta relevância social, no processo penal.

Assim também *progressivo*, ou *dinâmico*, desenvolvendo-se paulatinamente, mediante a prática de atos coordenados; e uma "direção no movimento",¹⁴⁹ que se efetiva *complexivamente*: o processo é "um complexo de atos destinados a compor o litígio",¹⁵⁰ ou a solucionar conflito de interesses.

E, finalmente, é *trilateral*, posto que na sucessão de atos e termos ocorrentes em seu desenrolar se inserem ônus e deveres dos sujeitos processuais e, ainda, poderes do órgão jurisdicional: um autêntico *actus trium personarum*,¹⁵¹ formado pelo juiz, ou tribunal, pelo autor e pelo réu.

Acrescente-se, com Gabriel de Rezende Filho,¹⁵² que, no processo, referentemente aos atos que o constituem, há uma *relação de causalidade* e uma *relação de reciprocidade*, a saber: "Há relação de *causalidade* entre os atos, por que uns são consequência dos outros: o prazo de defesa, p. ex., é consequência da propositura da ação; a sentença é consequência do contraditório; a execução é consequência da condenação, e assim por diante. A relação de *reciprocidade* existe no sentido de que o vínculo entre os atos produz-se frequentemente em formas correlativas entre eles: à caducidade de um direito corresponde a satisfação de uma expectativa; à petição corresponde o deferimento ou indeferimento; ao recurso, a confirmação ou rejeição."

11. Finalidade do processo civil

Como já aventado, inúmeras vezes, o *Processo Civil* tem como *finalidade* a *composição de lide*, ou *litígio*, submetido à apreciação de órgãos jurisdicional.

Lembra bem, a tal propósito, Moacyr Amaral Santos¹⁵³ que a "lide perturba a paz social, que reclama se restabeleça a ordem jurídica. Onde, aos interesses em lide — ditos interesses internos — sobreleva-se o interesse público, interesse externo, consistente na composição da lide. Compor a lide é resolver o conflito segundo a ordem jurídica, restabelecendo-a."

E, como logo acima também visto, o processo é o meio pelo qual se declara, assegura ou satisfaz o Direito, por obra dos órgãos jurisdicionais. Vale dizer — ainda com palavras do saudoso Mestre paulista — o *Processo Civil* "é um meio ou instrumento de composição da lide. É uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide".¹⁵⁴

Ora, isso significa, por certo, que o *processo civil* tem por pressuposto a *lide*.

Sem ela, aliás, não há necessidade do *Processo Civil*, que existe com essa expressiva finalidade: a justa e imparcial *composição da lide*.

E A JUNTADA VOLUNTÁRIA.

PRECAUÇÕES PENAL → EX OFFICIO?

12. Objeto do processo civil

Tenha-se presente, entretanto, que, se a *lide* é o pressuposto do *Processo Civil*, na verdade não constitui seu único objeto.

Com efeito, o *Processo Civil*, a par da pretensão que o qualifica e constitui seu *objeto material*, tem também um *objeto formal*, respeitante, por um lado, aos atos do procedimento e, por outro, à ação.

Entende-se, aliás, corretamente — tivemos já oportunidade de escrever,¹⁵⁵ — como *objeto material* do processo civil a *pretensão*, ou seja, uma declaração de vontade impositiva, formulada em face de outrem, a fim de obter-se a satisfação de um interesse.¹⁵⁶

Integrando-se ela na *lide* — reveladora, dado o contraste de vontades entre os sujeitos de determinada relação jurídica, isto é, do antagonismo em que ambos, relutantemente, se posicionam, — deve ser esta, na forma supra-exposta, composta por agente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, a quem submetida sua apreciação.

Com efeito, apresenta-se a *lide* como tema fulcral do processo civil, de sorte a, necessariamente, versar sobre ela a *sentença definitiva* mediante a qual o órgão jurisdicional responde ao pedido do autor, em que a *pretensão* é deduzida.¹⁵⁷

E, assim temos o *objeto material* do processo civil, ou seja, o seu *objeto litigioso*, que se constrói pela afirmação do Direito (*objeto da pretensão*) e pelo fato da vida (*fundamento da pretensão*), e cujo estabelecimento, na realidade, "é um ato de disposição do autor, que se subsume no pedido, ao qual corresponde, em regra, uma sentença de mérito atinente à determinação da consequência jurídica alvitrada para o fato narrado na petição inicial".¹⁵⁸

Como explica Schwab,¹⁵⁹ a resolução judicial deve recair, então, sobre a solicitação do autor, devidamente interpretada; e isto — aduzimos — numa delicada operação de aplicação do Direito objetivo ao litígio *sub examen*.

Por outro lado, como já explicitado, paralelamente ao *objeto material*, tem o *Processo Civil* um *objeto formal*.

É que, embora seja em torno da *lide*, fenómeno meta e extraprocessual, que gravitam os atos e fatos processuais,¹⁶⁰ para que ela possa ser composta indispensável torna-se que estes aconteçam e se desenrolem regularmente.

Assim também é imprescindível que concorram, sempre, as *condições da ação*, tidas, pela doutrina processual, como requisitos de admissibilidade do julgamento do *meritum cause*.

Daí, o binômio *pressupostos processuais* e *condições da ação*, constitutivo do *objeto formal* do processo, e que reclama um *juízo de admissibilidade*, precedente ao *juízo de mérito*.

E tal é a sua importância, que, como anota, com precisão, Barbosa Moreira,¹⁶¹ sem a concorrência deles todos, "o juiz fica impedido de julgar o mérito da causa. As questões atinentes a esses requisitos configuram-se, assim, como *preliminares ao conhecimento do mérito*. Antes de apurar quem tem razão, se o autor ou o réu, antes de verificar a *procedência* ou a *improcedência* da demanda, precisa o órgão judicial como etapa indispensável de sua atividade cognitiva, proceder a uma investigação prévia sobre a viabilidade daquele exame. Respondendo a essa indagação no sentido positivo, passará ao julgamento de *meritis*; do contrário, dando pela falta de um (ou mais de um) dos aludidos requisitos, limitará-se a declarar *inadmissível* a apreciação do pedido".

PRETENSÃO CIVIL
PENAL

15. Regramento do Processo Civil

Para finalizar este breve estudo sobre o *processo* — especificado, curialmente, ao *Processo Civil* — devem ser consideradas as *regras* que o informam, sobrelevadas pela doutrina como princípios, em terminologia que se tradicionalizou.

Dizem elas respeito a um tipo ideal de processo, válido para os povos cultos e civilizados, ou para determinado sistema processual. E não podem, nem devem, ser confundidas com as atinentes ao *procedimento*, variáveis, sempre, por diversificados motivos.

Há, portanto, e de logo, que se distinguir entre as *regras* comuns a todos os sistemas processuais civis e aquelas que caracterizam cada um deles, decorrentemente de “condições peculiares ao povo, ao tempo e ao regime político” e de sorte a extremá-lo dos demais.

E isso, na expressão de Moutier Amaral Santos¹⁶⁴ (a quem se deve parte do destaque feito), quer para qualificar determinado sistema, em cotejo com os outros, quer para permitir “ao legislador a criação de novos institutos, e ao intérprete dar a inteligência dos que no sistema se estruturam”, bem como “o sentido e a aplicação das normas legais que os disciplinam”, numa “obra incessante de aprimoramento do processo, visando sua adaptação às circunstâncias ocorrentes com as transformações dos fenômenos sociais, dia-a-dia mais apressadas e atreperadas e bruscas”.

Existem, com efeito, *regras genéricas*, ditas *princípios gerais*, e as específicas de determinado sistema processual civil, que são, comumente, ambivalentes¹⁶⁵ e revelam, no dizer, já agora, de José Frederico Marques,¹⁶⁶ a influência das normas político-constitucionais na estruturação do Direito Processual.

As primeiras, denominadas “informativas do processo” por dois processualistas italianos, Manfredini e Mancini, e delimitadas pelo ideal cultivado em moderna ciência processual de simplicidade arcaicas e a evitação de delongas e excêntricas inúteis, sintetizam-se nas seguintes:

- 1.^ª) *Regramento lógico*, consistente na escolha de atos e formas mais adequadas à perquirição da verdade e, conseqüentemente, à diminuição do erro, de modo a conciliar a segurança do julgamento com a simplicidade da prática.
- 2.^ª) *Regramento jurídico*, determinante da assecução da paridade de tratamento aos litigantes, sem qualquer distinção ou privilégio, e de justiça no julgamento da causa, sobrelevando-se a publicidade do processo, ampla defesa, identidade de direitos, ônus e deveres, e responsabilidade do julgador em caso de peita, ou suborno.
- 3.^ª) *Regramento político*, atinente à outorga de máxima garantia social ao direito, com o mínimo sacrifício de liberdade pessoal, evitando-se, quanto possível, medidas vexatórias, como seqüestros, arreios e cauções; e
- 4.^ª) *Regramento econômico*, concenente à diminuição de despesas, enquanto impossível a distribuição de justiça gratuitamente, e à concessão de assistência judiciária aos necessitados.

Já as *regras específicas* se apresentam, como salientado, variáveis, sendo de anotar-se, principalmente, as enfilexadas nos denominados “*princípio dispositivo*” e “*princípio do contraditório*”.¹⁶⁵

INSTRUMENTAIS SÃO?

REGRAS ESPECÍFICAS

Tem-se a *dispositiva*, tradicionalmente, como a que atribui às partes, no Processo Civil, o ônus de ativar a *ação judiciária* e o dever de colaborar com o órgão jurisdicional na justa composição do litígio, apresentando-lhe os subsídios a tanto necessários.¹⁶⁶

Daí por que, nela, a *iniciativa das partes* prevalece sobre a do juiz ou tribunal.¹⁶⁷ E, como se tomou corrente em doutrina processual, o seu mais completo desenvolvimento resulta da aplicação das parênimas:

- a) *Nemo iudex sine auctore*, ou *ne procedat iudex ex officio*, que veda ao órgão jurisdicional a iniciativa de conhecer, investigar e proferir ato decisório, relativamente à relação jurídica material tornada litigiosa, só podendo atuar em *processo civil* incocado pela *ação da parte interessada*.¹⁶⁸
- b) *Ne eat iudex ultra petita partium*, segundo a qual, relativamente aos fatos (pois o Direito, ele, presumivelmente, conhece: *intra novi curia*), o julgador deve pronunciar-se nos estritos limites das formulações das partes, ou seja, decidindo “a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe deícto conhecer” de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte” (cf. art. 128 do CPC):

c) *Secundum allegata et probata partium iudex iudicare debet*, determinante do julgamento do mérito da causa segundo o alegado e provado pelas partes; e

d) *Quod non est in actis non est in iudicio*, impeditiva da apreciação, pelo órgão jurisdicional, de quaisquer fatos conhecidos privadamente, que não constem dos autos do processo.¹⁶⁹

Delas, a sob letra “c” encontra, na atualidade, expressiva restrição, em nosso Processo Civil, qual seja a decorrente da regra inserida no art. 130 do CPC de 1975, que faculta “ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indelimitando as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

E todas, por igual, sofrem generalizada limitação ou, até mesmo, inaplicação, nas causas em que prepondera o *interesse público*, as quais, além de reclamarem a intervenção do órgão do Ministério Público, exigem do juiz ou tribunal a *inquisitividade* necessária à descoberta da verdade, conferindo-lhe a lei, para isso, amplo poder de instrução probatória.

Isso devidamente esclarecido, e já agora no outro aspecto, o *processo civil* deve ser estruturado sob a forma de *contraditório*, a fim mesmo de que o direito de defesa não sofra quaisquer restrições.

É que mencionado direito de defesa se apresenta como uma conseqüência inafastável do *devido processo legal* (*due process of law*), concedido a ambos as partes tratamento paritário no processo, de acordo com o disposto no art. 125, I, do CPC.¹⁷⁰

Daí por que se deve propiciar ao réu, no âmbito da jurisdição civil, a contradição às afirmações do autor, em todo o desenvolvimento do processo.

Impõe-se neste, com efeito, dada a sua estrutura dialética, e consoante difundida proposição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida,¹⁷¹ a “ciência bifurcatal dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariedades”; vale dizer, a *contraditoriedade*.¹⁷²

REGRAS GERAIS

PROBENS INSTRUMENTAIS

X

E, via de consequência, indubitosa afigure-se que somente pode ser proférto julgamento do mérito, de maneira regular, no processo em que se tenha alegações de ambas as partes idênticas e oportunidade para impugnação e contrarrazões da antagonista.

De resto, o *contraditório*, em razão de sua essência, aferida à Constituição, inadmitte qualquer exceção, inclusive nos processos em que facultada a concessão de medida liminar *inadita altera pars*, dada a possibilidade de manifestação ulterior, com o efetivo exercício do direito de defesa do demandado, tal como prescrito na legislação em vigor.¹⁷

Aduza-se a indispensabilidade de serem anotadas outras *regras específicas do Processo Civil brasileiro*, a saber:

a) A da publicidade dos atos processuais, estatuída no art. 155 do CPC, e que só não tem lugar quando o exigir o interesse público ou o processo dissolvido, casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.

b) A da eventualidade, segundo a qual as partes devem praticar, ao mesmo tempo, todos os atos cuja finalidade seja a mesma, ou formular todas as alegações que tiverem, ainda que contraditórias entre si (como, a respeito, dispõe o art. 300, igualmente do CPC de 1973, *verbis*: "Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, exposta nas razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir").

c) A do *libre convencimento do juiz*, consagrada no art. 151, logo acima e parcialmente transcrito, e que lhe enseja apreciar livremente todos os elementos conceitos legais tarifários da prova colhida, devendo, portanto, ator-se apenas aos fatos e circunstâncias constantes dos autos (ainda que não alegados pelas partes) e "indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento" (com grifo nosso).

d) A da lealdade processual, ou da *probidade processual*, determinante de dever de todos os integrantes e participantes do processo de colaborar na aplicação, com exatidão e justiça, do Direito objetivo, pelo órgão jurisdicional (cf. a propósito, exorta o art. 14, como segue: "Compete às partes e aos seus procuradores: I — expor os fatos em juízo conforme a verdade; II — proceder com lealdade e boa-fé; III — não formular pretensões, nem alegar defesas, civis ou criminais, que são destituídas de fundamento; IV — não produzir provas, nem praticar atos ilícitos ou desnecessários à declaração ou defesa do direito"; — verbera o art. 17 e sancionam os arts. 16, 18, 129, 600 e 501, todos, também, do Código de Processo Civil).

e) Do *instituto processual*, que tanto pode ser da parte, como do órgão jurisdicional, *ex officio*, tal qual, fazendo prova acerca da atuação desta, expressa o art. 262, igualmente da Codificação nacional em vigor, ao rementar que o *Processo Civil*, começando pela iniciativa da parte, se desenvolve por impulso oficial.

Corroboram-nas, aliás, de modo deveras significativo, os enunciados dos arts. 125 e 150, referentes à *direção do processo* pelo agente do Poder Judiciário, e para os quais deve ser voltada, também, nesse particular, a atenção do estu-

NOTAS

1. Cf. nosso *Jurisdição, Ação e Processo Penal*, Boém, 1984, p. 6, n. 1; com expressa referência a Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Processo Penal, Ação e Jurisdição*, São Paulo, 1975, pp. 7 e ss., ns. 1 e ss.; Marcos Afonso Borges, "Jurisdição I", in *Enciclopédia Jurídica do Direito*, São Paulo, 1980, v. 47, 85, n. 1; Amílcar de Castro, "Roteiros sobre a Jurisdição e a ação", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, Terceira, 1975, n. 1, p. 15; João Bonumá, *Direito Processual Civil*, São Paulo, 1946, v. 1, 503-4, n. 61; Waldemar Mariz de Oliveira Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1972, v. 1, 97.
2. V., também, nosso *Do Corpo de Delito no Direito Processual Penal Brasileiro*, São Paulo, 1978, pp. 156-7, n. 53; em senso idêntico a doutrinação de Hugo Perceira, *La Cosa Juzgada Formal en el Procedimiento Civil Chileno*, Santiago, 1934, p. 17; e de Marco Tullio Zanuzuchi, *Diritto Processuale Civile*, 6.ª ed., Milão, 1964, v. 1, 154, nota 9b.
3. Itágo Assina, *Tratado Teórico Prático de Derecho Processal Civil y Comercial*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1957, v. 1, 419, n. 2.
4. Direito subjetivo material, obviamente.
5. V., embora em senso algo dissimulado, Celso Neves, "Jurisdição e execução" in *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Rôa*, São Paulo, 1976, p. 313.
6. Estabelecida, ao final, a distinção entre *jurisdição civil* e *jurisdição penal*, de que logo adiante cuidaremos mais detidamente.
7. Celso Neves, *Jurisdição e execução* cit., p. 313.
8. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, "A 'liberdade jurídica' no Direito e no processo", in *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Rôa* cit., p. 290, n. 4. V., também, especificada à *Jurisdicção Jurisdicional*, João Mendes Neto, *Curso de Direito Judiciário Brasileiro*, 5.ª ed., atualizada por João Mendes Neto, Rio de Janeiro, 1960, p. 40.
9. José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, 4.ª ed., Ric de Janeiro, 1971, v. 1, 227, n. 123.
10. *Dever*, por certo, cor o consta do próprio tópico transcrita, logo em seguida.
11. V., a respeito, José Alberto dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário*, Coimbra, v. 1, 123, 1928.
12. Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, 3.ª ed., Madrid, 1968, t. 1, 101, n. 1.
13. Alfredo Rocco, *La Sentencia Civil*, Milão, 1962 (trst. 1.ª ed., 1906), pp. 26-7, n. 11.
14. Assim, livremente, traduzido o tópico transcrito: "A função de declaração do direito no caso concreto, mediante a aplicação a ele da norma geral; a função de realização *forçada* do interesse que a norma tutela; a função de conservação do estado de fato existente, em atender a declaração e à realização".
15. Marco Tullio Zanuzuchi, *Direito Processuale Civile* cit., v. 1, 115, n. 11.
16. Cf. a respeito, James Goldschmidt, *Problemas Jurídicos e Políticos del Proceso Penal*, Barcelona, 1955, p. 25; e, com ele, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Processo Penal, Ação e Jurisdição* cit., p. 123, n. 15.
17. José Iancúcio Botelho de Mesquita, *De Ação Civil*, São Paulo, 1975, pp. 88-91, ns. 38 e 39, ao conceituar a *jurisdição* como "atividade produtora de efeitos de fato e de direito, que o Estado exerce a favor dos destinatários da norma, em cumprimento de dever para com eles, nascido do impedimento legal, em que se encontram, de produzir os mesmos efeitos por seus próprios meios".
18. Giuseppe Chiovanda, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 5.ª ed., Nápoles, 1927, p. 296, § 13, n. 1.
19. Em verdade, o Pareceres que aquilo que é característico na função jurisdicional, é a substituição, por uma atividade judicial, de atividade de outrem. Essa substituição difere por dois modos, correspondentes aos dois estádios do processo: *seguição* e *execução*.
20. Piero Chiovandini, "Istituzioni di diritto processuale e amministrativo nella servenza civile", in *Opera Giuridiche*, Nápoles, 1965, v. 1, 66, n. 1.
21. Leo Rocco, *L'Autonomia della Cosa Giudicata e suoi Limiti*, Saggittini, Roma, 1971, pp. 225, n. 80.
22. Alfredo Rocco, *La Servenza Civile* cit., n. 8, n. 4.
23. Marco Tullio Zanuzuchi, *Direito Processuale Civile* cit., v. 1, 154, nota 9b.
24. Ciro Antonio Micheli, "Osservazioni sulla natura della servenza di quondamano e servenza", in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1947, v. 11, 31, parte 1.ª, n. 5.

CONFRONTAÇÃO DO JUÍZO PENAL!

25. Francesco Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1956, v. I/226, n. 78.
26. Luis Eulálio de Bueno Vidigal, "Do mandado de segurança", in *Direito Processual Civil*, São Paulo, 1965, p. 39, n. 34.
27. Exposta logo acima, no texto; e assim, pelo ilustre Mestre das Arcadas, sintetizada à p. 36, nota 8: "Piero Calamandrei sustenta que os dois caracteres principais da função jurisdiccional são: a) ser uma atividade secundária (no sentido de que em todo exercício pelos sujeitos da relação jurídica submetida a decisão, pela atividade de um órgão do Estado); b) ter a sentença natureza declaratória (no sentido de que não tem por objetivo criar o direito, formar novas relações jurídicas, e sim reconhecer as concretas vontades da lei, nas quais, antes do processo e sem intervenção do juiz, a norma abstrata se especializou, endereçando-se aos sujeitos da relação jurídica controversada). Da combinação dos dois conceitos entende Calamandrei resultar circunscrita com absoluta exatidão a função jurisdiccional".
28. Cf., ainda, Luis Eulálio de Bueno Vidigal, *Do Mandado de Segurança* cit., p. 36, nota 8.
29. Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1981, v. VIII, t. I/22 e 23, n. 6.
30. V., também, parecendo adotar a doutrinação de seu confratão, cujo texto transcreve parcialmente, Athos Gusmão Carneiro, *Jurisdição e Competência*, São Paulo, 1982, p. 10, n. 5.
31. Que, como bem expressa Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Indole de la jurisdicción voluntaria", in *Studi in Onore di Enrico Redenti*, Milão, 1952, v. I/6, n. 5; e in *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México, 1974, t. I/117-8, n. 5, nem é jurisdicción, nem é voluntária: "No es jurisdicción, porque en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisficiera fines jurisdiccionales en estricto sentido; y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o mas que en la jurisdicción contenciosa, en la que, al menos cuando se trata de procesos civiles dispositivos, a diferencia de los inquisitorios, las partes pueden eludir el juicio, ponerle término o sustituirlo por medios autocompositivos, hasta autodesistosos".
32. Giuseppe Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile* cit., pp. 296-7, § 13, n. 1.
33. V. nosso *Jurisdição, Ação e Processo Penal* cit., pp. 11-15, n. 2.
34. Contradiada, por igual, com a delimitação conceptual da *jurisdicción*, tal como propriamente dita, a sua restrição ao exercício, também, de atividade não jurisdiccional, pelos juizes e tribunais.
35. Marco Tullio Zanzucchi, *Diritto Processuale Civile* cit., v. I/14, nota "b".
36. Cf. Giovanni Leone, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, 1961, v. I/1 e 7, n. 2.
37. V., a respeito, Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, 6.ª ed., atualizada por Giovanni Conso e Gian Domenico Pisapia, Turim, 1967, v. I/83, n. 9; José Frederico Marques, *Tratado de Direito Processual Penal*, São Paulo, 1980, v. I/5, n. 2.
38. *Alías inevitable* (e, por isso, *necesária e obrigatória*), até porque, a par do *poder de punir*, o Estado tem o *dever* de, por intermédio dos órgãos jurisdiccionais, impor a sanção correspondente à infração praticada ao violador da norma penal.
- Daf, apresentar-se *poder-dever de punir* como expressão mais apropriada a designação do propalado *ius puniendi* do Estado.
39. Ou, mais simplesmente, *Estado-luz* (cf., ainda, José Frederico Marques, *Tratado de Direito Processual Penal* cit., v. I/7, n. 5).
40. Essa percepção falou também, à evidência, a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", in *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)* cit., t. I/47-9, n. 19, ao prender-se, confusamente, à diversidade das penas e à conotação dita administrativa da execução penal.
- Igualmente a ele, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Ricardo Levene, *Hijo. Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1945, t. I/190, n. 6 e nota 8.
41. Piero Calamandrei, "Linee fondamentali del processo civile inquisitorio", in *Opere Giuridiche* cit., v. I/160, n. 8, e 167, n. 11.

42. E. g. escrita ou oral, pública ou secreta, cf. Eugenio Florjan, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. castellhana de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, sem data, p. 71, § 15, n. 1.
43. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Processo Penal, Ação e Jurisdicción* cit., p. 193, n. 74.
44. Com adição nossa, cf. "Indispensabilidade do contraditório em procedimento recursal", in *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*, São Paulo, 1980, pp. 207-8, n. 4, "c".
45. Cf. Piero Calamandrei, "Istituzioni di Diritto Processuale Civile", in *Opere Giuridiche*, cit., v. IV/224, 1970, § 59; e, no mesmo sentido, Mauro Cappellotti, *La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'Oratoria*, Milão, 1962, v. I/571, § 2.ª, n. 11.
46. Mediante, e. g. exceção instrumental prevista nos arts. 304 e ss. do CPC.
47. Como, p. ex., o reconhecimento da *incompetência absoluta*.
48. J. Ramiro Poderti, *Teoría y técnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil*, Buenos Aires, 1963, p. 353, n. 6.
49. V., a respeito, nosso "Aspectos modernos do conceito da ação", in *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1982, p. 26, n. 11.
50. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Processo Penal, Ação e Jurisdicción* cit., pp. 7 e ss., ns. 1 e ss.
51. Integrado igualmente pelas partes, e de que participam, também os auxiliares do órgão jurisdiccional e terceiros.
52. Esta — tutela jurisdiccional — por sua vez, como esclarece Sérgio Marcos de Moraes Pithombo, "Ainda o direito de ação", in *Ciência Penal*, primeira série, São Paulo, 1974, n. 3, pp. 429 e ss. (interpretando o pensamento do emérito Mestre das Arcadas, nosso preceptor), surge, em potência, na *jurisdicción*, e, em ato, na *ação judicial* dos juizes e tribunais.
53. Cf. nossa Apresentação à cit. obra de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Processo Penal, Ação e Jurisdicción*, pp. VII-VIII, n. II; e *Aspectos modernos do conceito de ação* cit., pp. 24-5, n. 10, "c".
54. Por nós já esboçada em *Jurisdição, Ação e Processo Penal* cit., pp. 15 e ss., ns. 3 e ss. e ora reiterada.
55. José Alberto dos Reis, *Processos especiais*, Coimbra, 1956, v. II/397, n. 1.
56. Marco Tullio Zanzucchi, *Diritto Processuale Civile* cit., v. I/45, n. 43.
57. Giuseppe Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile* cit., p. 316, § 14, bis, n. 1.
58. E seguido, outrossim, por inúmeros jurisperitos, especialmente Marco Tullio Zanzucchi (v. *Diritto Processuale Civile* cit., v. I/45, n. 43); Piero Calamandrei (v. *Linee Fondamentali del Processo Civile Inquisitorio* cit., p. 155, n. 6; com expresso reporte a Francesco Carnelutti, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1920, v. II/202, n. 90; e Antonio Cleu, *Diritto di Famiglia*, p. 201, n. 30) e Enrico Redenti (v. *Profili pratici di Diritto Processuale Civile*, Milão, 1938, pp. 244-6, n. 142).
- V., também, entre nós, José Frederico Marques, *Ensaio sobre a jurisdicción voluntária*, 2.ª ed., São Paulo, 1959, pp. 72-3, n. 2, apoiando-se, por sua vez, em Redenti e enfatizando a exatidão com que o Mestre italiano caracterizou a *jurisdicción voluntária*, após expressar que "a atuação estatal é at substancialmente constitutiva".
59. José Alberto dos Reis, *Processos especiais* cit., v. II/397, n. 1.
60. Antonio Visco, *I Procedimenti di Giurisdizione Volontaria*, 3.ª ed., Milão, 1952, p. 18, n. 12.
61. Elio Fazzalari, *La Giurisdizione Volontaria* (Perfil sistemático), Pádua, 1955, p. 41, n. 2.
62. Giovanni Cristofolini, "Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria emessi da giudice incompetente", in *Studi di Diritto Processuale in Onore di Giuseppe Chiovenda*, Pádua, 1927, pp. 381 e ss., ns. 1 e 2, e 391-2, n. 3.
- V., também, acolhendo sua doutrinação, Luis Eulálio de Bueno Vidigal, *Do mandado de segurança* cit., pp. 42-4, ns. 39 a 41.
63. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Indole de la jurisdicción voluntaria* cit., v. I/51-4, n. 40, "d"; e t. I/157-60, n. 40, "d".
64. V. Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 12.ª ed., São Paulo, 1985, v. I/76-8, n. 52 e 78-80, n. 53; e "Jurisdicción civil", in *Enciclopedia Saraviv do Direito* cit., 1980, vs. 47/96-7, n. 4, e 100-1, n. 7. Assim também, praticamente no mesmo senso, José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil* cit., v. I/258-9, n. 149; Marcos Afonso Borges, *Jurisdição-II* cit., pp. 86-9, n. 13.

Para Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile* cit., pp. 516-8, § 14 bis, n. 1, caracterizam-na o escopo constitutivo, a ausência de contraditório e de partes e a inexistência de coisa julgada. À sua formulação aderiram, entre nós, Gabriel José de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, 5.ª ed., São Paulo, 1952, v. I/107-8, ns. 105 a 108; e Luis Eulálio de Bueno Vidigal, *Do Mandado de Segurança* cit., p. 41, n. 57.

65. *Cosa julgada material*, certamente (cf. nosso *Curso de Direito Processual*; processo civil de conhecimento, II, São Paulo, 1976, p. 78, n. 3), ou seja, a respeito ao "conteúdo da sentença definitiva, e consistente na sua imutabilidade e indisutibilidade, mesmo porque a salvo de qualquer recurso, ordinário ou extraordinário".

66. Cf., ainda, Moeayr Amaral Santos, nas obras e locais indicados in nota 64, *supra*, Coimbra, 1981, p. 48, n. 1 e nota 2.

67. V., a respeito, Fernando Luso Soares, *O Processo Penal como Jurisdição Voluntária*, Coimbra, 1981, p. 48, n. 1 e nota 2.

68. *Fato típico*, certamente, e qual seja o enquadrável, com todos os respectivos elementos, em modelo legal.

69. Piero Calamandrei, "Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti", in *Opere Giuridiche* cit., v. I/212, n. 6; sendo assim livremente traduzido o tópico transcrito no texto: "Não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado a respeito de existência do crime ou da medida da pena, de sorte a perder sua razão de ser onde tal desacordo seja amigavelmente composto entre os dois "litigantes"; mas tem lugar pronunciamiento jurisdiccional: O processo penal tem, portanto, em qualquer caso, para atingir o efeito jurídico da punição do réu, aquele mesmo caráter de necessidade — *nulla poena sine iudicio* — que, no campo civil, para obter efeitos jurídicos que as partes não podem conseguir através de contrato, é próprio do processo de tipo inquisitório".

70. Cf. adição nossa à doutrinação de Calamandrei in *Indispensabilidade de Contraditório em Procedimento Recursal* cit., p. 203, n. 3.

71. Fernando Luso Soares, *O Processo Penal como Jurisdição Voluntária* cit., pp. 57-8, n. 4.

72. Cf., uma vez mais, nosso *Indispensabilidade de Contraditório em Procedimento Recursal* cit., pp. 208-9, n. 5; com lastro em Julio B. J. Maier, *La Investigación Penal. Preparatoria del Ministerio Público*, Buenos Aires, Córdoba, 1975, pp. 15 e ss., n. 1.

73. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1974, v. I/158, n. 2, "c".

74. Ambas, aliás, "embora caminhem juntas, com frequência, no desenrolar do processo, não são inseparáveis"; até porque a *contemporaneidade ostenta*, "como característica especial e diferenciadora, um valor de que carece" a *contraditoriedade* (cf. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Indole de la Jurisdicción Voluntaria* cit., respectivamente as pp. 15-6, n. 14, e 126, n. 14).

75. Cf., aqui também, Fernando Luso Soares, *O Processo Penal como Jurisdição Voluntária* cit., p. 82, n. 11.

76. Mediante, certamente, o alojamento de ação de *habeas corpus* ou de *revisão criminal*.

77. Francesco Carnelutti, "Contro il giudicato penale", in *Rivista di Diritto Processuale* cit., 1951, v. VI/293, parte I, n. 5.

78. Determinando, destarte, a imposição da *coação estatal*, como enfatiza Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *A "Liberdade Jurídica" no Direito e no Processo* cit., pp. 297-8, n. 23.

79. Como, p. ex., segundo citação do próprio Carnelutti, Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano* cit., 1972, v. IV/586, n. 464, ao afirmar que a regra "ne bis in idem (ou bis de eadem re ne sit actio) representa um dos efeitos inerentes à forma preclusiva da auto-idade da coisa julgada; efeito que, aliás, não é, necessária e exclusivamente, próprio da sentença passada em julgado".

80. Cf. classificação proposta por Sérgio Marcos de Moraes Plumbão, em aula de concurso na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e por nós endossada e difundida.

81. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. bras. de J. Guimarães Menegale, 2.ª ed., São Paulo, 1965, v. II/3, n. 137.

82. Que não podem, à evidência, cuidar do reconhecimento, da satisfação ou da fazê-lo somente por meio do processo.

83. No Processo Civil, indubitavelmente uma prestação ou providência jurisdiccional; contemplativa de pretensão ou solicitação formulada pelo interessado.

84. Cf. nossa cit. *Apresentação de Processo Penal Ação e Jurisdição* cit., pp. VIII/IX, n. 3, e relembrando que, segundo afirma Francesco Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile* cit., v. I/55, n. 21, constitui o *onus* uma faculdade cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse, ou seja, delineta-se como condição indispensável à obtenção de certa vantagem.

85. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *Processo Penal, Ação e Jurisdição* cit., p. 15, n. 12.

86. Provindo de *actio*, do verbo *agere*, significativo de ação judicial e utilizado, em linguagem forense, no sentido de pleitear.

87. Cf. nosso *Lineamentos do Processo Penal Romano*, São Paulo, 1976, p. 45, n. 18.

88. Edouard Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2.ª ed., Paris, 1928, pp. 803-5, § 1.º a 3.º.

89. D. 44, 7, 51; v., a respeito, Alexandre Correia & Gaetano Sciascia, *Manuel de Direito Romano*, 4.ª ed., São Paulo, 1961, p. 89, nota 1.

90. No decorrer do tempo juristas medievais chegaram a afirmar que a ação consistia num *direito-meio*, a fim de obter-se o que é devido (cf., e. g., e mais precisamente, a conhecida formulação de Gottlieb Heineccius, *Opera omnia*, Genebra, 1768, t. V, Livro III, tit. VI, *De actionibus*, § MCXXVI, p. 450: "*Medio legitimo ius suum in iudicio persequendi*").

91. Manuel Serra Domingues, "Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción", in *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1968, ano XVII, p. 45, n. 2.

92. Cf. Karl George Von Wachter, *Pandekten*, Leipzig, 1980, p. 204-5, afirmando constituir a ação "uma parte do conteúdo do direito a cuja tutela se destina".

93. V. Mattheo Pescatore, *Sposizioni compendiosa della procedura civile e criminale*, Turim, 1865, v. I/121.

94. Cf. Luigi Mattiolo, *Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano*, 5.ª ed., Turim, 1902, v. I/21, n. 19.

95. João Monteiro, *Teoria do processo civil*, 6.ª ed., atualizada por J. M. de Carvalho Santos, Rio de Janeiro, 1956, t. I/70, § 14.

96. João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro* cit., p. 98.

97. Como fácil de perceber, nessas formulações encontram-se sintetizadas as duas variantes da doutrina imanentista, a saber: a) a ação nada mais é do que o próprio direito subjetivo material deduzido em juízo; e b) a ação é um direito acessório ao principal, ou seja, "o direito de fazer valer um direito em juízo" (cf. Ricardo Reimundín, *Los Conceptos de Pretension y Acción en la Doctrina Actual*, Buenos Aires, 1966, pp. 47-8, n. 2).

98. Cf., a respeito, Moeayr Amaral Santos, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil* cit., v. I/150, n. 108; asseverando serem tais as inevitáveis consequências da proposição examinada.

99. Tal como precisa Benedito de Siqueira Ferreira, *Da Natureza Jurídica da Ação*, São Paulo, 1940, p. 95, n. 6, *Ansprich*, no pensamento de Windscheid, exprime "o direito à restituição que tem o indivíduo, lesado em seu direito", face ao "ofensor, direito esse que existe ao lado do de agir em juízo (*Klagerecht*)" — designativo, portanto, de "direito de pretender alguma coisa de outrem".

100. Direito esse que o de agir ostenta como pressuposto indelcinável — completa Mather.

101. Essa é, outrossim, a disposição contida no art. 4.º do atual Código de Processo Civil brasileiro, a saber: "O interesse do autor pode limitar-se à declaração: 1.º — da existência ou da inexistência da relação jurídica; 2.º — da autenticidade ou falsidade de documento".

102. Desvinculada, destarte, do direito subjetivo material, do qual se fazia elemento, segundo a aludida e tradicionalizada concepção civilística clássica, cf. José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil* cit., v. II/25, 1971, n. 259; Benedito de Siqueira Ferreira, *Da Natureza Jurídica da Ação* cit., p. 105, n. 1; Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 5.ª ed. (temp.), Buenos Aires, 1966, pp. 63-4, n. 58.

103. Cf., uma vez mais Benedito de Siqueira Ferreira, *Da natureza jurídica da ação* cit., p. 108, n. 2; aduzindo, ao final, que, mesmo dentre os processualistas que a compreendiam como direito, havia controvérsia a propósito da natureza desse direito.

104. V., a respeito, Manuel Serra Dominguez, *Evolución Histórica y Orientaciones Modernas del Concepto de Acción* cit., p. 44, n. 2.

105. Como explica Giuseppe Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile* cit., § 1.º, pp. 54-5, n. 2, há alguns propositos dessa doutrina, como Wach, que consideram a acção como um direito contra o Estado e contra o adversário, e outros como um direito exercível face somente ao Estado.
106. Cf. Benedicto de Siqueira Ferreira, *Da Natureza Jurídica da Acção* cit., p. 117, n. 5.
107. V. Giuseppe Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile* cit., pp. 43 e ss., § 1.º, n. 11. São adeptos dessa doutrina Calamandrei e Redenti, na Itália; e Eliezer Rosa e Celso Agricola Barbi, entre nós.
108. Cf. ainda, Giuseppe Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile* cit., pp. 43-6, § 1.º, n. 111; destacando-se o seguinte teorico, à p. 46: "L'azione è un potere che spetta di fronte all'avversario rispetto a cui si produce l'effetto giuridico della attuazione della legge. L'avversario non è tenuto ad alcuna cosa dinanzi a questo potere: egli è sempre comoriente soggetto ad esso. L'azione si esaurisce col suo esercizio, senza che l'avversario possa far nulla né per impedirlo, né per soddisfarlo".
109. A doutrina tem denominado esse poder jurídico, também, de "direitos em formação".
110. José Alberto dos Reis, *Processo ordinario e sumario*, Coimbra, 1928, p. 140, n. 28, "c".
111. Moacyr Amaral Santos, *Princípios Lintas de Direito Processual Civil* cit., v. I, 152, n. 112.
112. V. a respeito, Manuel Serra Dominguez, *Evolution Historica y Orientaciones Modernas del Concepto de Accion* cit., p. 51, n. 5.
113. Alfredo Rocco, *La sentenza civile* cit., p. 90, n. 59, cuidando da bifurcação do interesse em primário (tutelado pelo Direito) e secundário, qual seja o interesse a tal tutela, a um interesse jurídicamente protegido.
114. Joseph Kohler, "Recht und Prozess e Ueber Einsatzung und Klagerecht", in *Gesammelt Beiträge zur Zivilprozess*, Berlin, 1894, pp. 36-52, tendo a acção, propriamente, como *direito da personalidade*.
115. Aduzam-se, ainda, as proposições de Pekelis (direito de fazer agir por si o Estado, Zanobini (exercício privado de uma função pública), Mercader (dever de dirigir-se aos órgãos jurisdicionais para a composição de agrs e fruir, no campo do Direito).
117. José Ignacio Botelho de Mesquita, *Da Acção Civil* cit., p. 78, n. 53.
118. Emilio Betti, "Ragione e azione", in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1932, ano IX, n. 3, p. 219, n. 3.
119. Enrico Tullio Liebman, "L'azione nella teoria del processo civile", in *Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti*, Pádua, 1950, v. II 447, n. 6.
120. Há quem afirme, até a propósito, revestirse de maior interesse, pare a estudo Serra; Dominguez, *Evolution Historica y Orientaciones Modernas del Concepto de Accion* cit., p. 58, n. 7).
121. Piero Calamandrei, "La relatività del concetto d'azione", in *Opere giuridiche* cit., v. I, 427 e ss.
122. Enrico Allorio, "Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale", in *Atti del Congresso internazionale di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1953, p. 141, n. 13.
123. Cf. ainda, Enrico Allorio, *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale* cit., p. 141, n. 13 — livremente traduzido.
124. Piero Calamandrei, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, n. v. IV, 123-4, § 36.
125. Salvatore Satta, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milão, 1939, v. I, 43 e ss., n. 12.
126. Enrico Allorio, *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale* cit., pp. 140-1, n. 12.
127. Emilio Betti, *Ragione e Azione* cit., pp. 217-22, n. 3.
128. Enrico Tullio Liebman, *L'azione nella Teoria del Processo Civile* cit., pp. 450-1, n. 7.

129. Aldo Attardi, *L'Interesse ad Agire*, Pádua, 1958 (ed. 1955, reimpr.), pp. 72-3, n. 10, e 65 e ss., n. 8.
130. Em que analisadas, precisamente, as teorias supra desenvolvidas.
131. V. Manuel Serra Dominguez, *Evolution historica y orientaciones modernas del concepto de accion* cit., p. 68, n. 8.
132. Cf. nosso *Aspectos modernos do conceito de acção* cit., p. 27, n. 11.
133. Com a redação da Emenda 7, de 13.4.77, verbis: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas desde que não exija garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido" (com grifos nossos).
134. Esse direito é, aliás, consagrado universalmente, como se tem da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, elaborada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, reunida em Paris, aos 10.12.48, cujo art. 10 tem a seguinte redação: "Toda pessoa tem direito independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal".
135. Enrico Tullio Liebman, *L'azione nella Teoria del Processo Civile* cit., p. 445, n. 5.
136. Direito "de invocar o exercício da função jurisdicional", no dizer de Moacyr Amaral Santos, *Princípios Lintas de Direito Processual Civil* cit., v. I, 162, n. 117, ou *direito ao meio*, não direito ao fim, como expresso por Liebman na sua citada conferência sobre a acção.
137. José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil* cit., v. I, 172, n. 126; com grifos propositalmente apostos e a observação de que, embora não se afirme com o exposto no texto o pensamento do Ilustre Mestre paulista, a sua doutrinação mais atende à noção do que à sua própria opinião.
138. Inexaurida, entretanto, e obviamente, na iniciação do processo, a atuação dos interessados.
139. Cf., a respeito, art. 262 do CPC, "O Processo Civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial" (com grifos nossos).
140. Alfredo Buzaid, *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*, 2.ª ed., São Paulo, 1956, p. 90, n. 40, com a nossa conhecida restrição ao emprego da expressão "direito de acção" (v. *Aspectos Modernos do Concepto de Acção* cit., p. 27, n. 11).
141. João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro* cit., p. 100 e nota. **
142. Cf., ainda, João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro* cit., p. 217.
143. E isso, necessariamente, no Processo Civil.
144. Só desse modo, é que se poderia cogitar do processo como relação jurídica: esta, na realidade, apresentase como fenómeno abrangente de duas situações jurídicas — uma correspondente à titularidade do direito subjetivo (situação jurídica activa), e outra à titularidade do dever, ou obrigação (situação jurídica passiva).
145. Segundo precisa visualização de João Mendes de Almeida Júnior, referendada por Joaquim Canuto Mendes de Almeida (v., deste, a tal propósito, *Processo penal, acção e jurisdicção* cit., p. 15, n. 12).
146. Qualquer pessoa física ou jurídica, inclusive, obviamente — repetimos — e próprio Estado.
147. Tal como, evidentemente, é ele submetido à apreciação judicial, em âmbito extrapenal.
148. Como fica fácil de perceber, não aceitamos, também, as outras concepções publicísticas de processo, quais sejam as de James Goldschmidt (*teoria da situação jurídica*) e de Eduardo I. Couture (*teoria institucional*).
149. Cf. João Mendes de Almeida Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro* cit., p. 245.
150. Cf. Iacy de Assis, *Procedimento Ordinário*, São Paulo, 1975, p. 12, n. 8.
151. Cf. difundiada formulação de Bulgareo, propagada, entre nós, sobretudo por José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil* cit., v. II, 74, n. 296.
152. Gabriel José de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil* cit., 1952, v. I, 214-5, n. 221; por sua vez estrabado em Eduardo I. Couture.
153. Moacyr Amaral Santos, *Princípios Lintas de Direito Processual Civil* cit., v. I/9, n. 9.
154. Cf., ainda, Moacyr Amaral Santos, *Princípios Lintas de Direito Processual Civil* cit., v. I/10, n. 9.

