

Coleção Atlas de Processo Civil

Coordenação: Carlos Alberto Carmona

O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro

Um Estudo sobre a Posição do Réu

Heitor Vitor Mendonça Sica



Capa: Leandro Guerra

Composição: Entexto – Diagramação de Textos

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

Sica, Heitor Vitor Mendonça

O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu/Heitor Vitor Mendonça Sica. -- São Paulo : Atlas, 2011. -- (Coleção Atlas de processo civil/coordenação Carlos Alberto Carmona)

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-6104-2

1. Coisa julgada (Processo civil) – Brasil 2. Defesa (Processo civil) – Brasil 3. Exceção (Processo civil) – Brasil I. Carmona, Carlos Alberto. II. Título. III. Série.

10-09473

CDU-347.926(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Defesa: Processo civil 347.926(81)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



EDITORÁ ATLAS S.A.

Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)

01203-904 São Paulo (SP)

Tel.: (0_ 11) 3357-9144 (PABX)

www.EditoraAtlas.com.br

Teorias “Clássicas”¹ sobre os Direitos de Ação e de Defesa

2.1 Quanto à utilidade do estudo das teorias clássicas sobre o direito de ação, para compreensão das teorias hoje ainda aceitas sobre o direito de defesa

Para estudar o direito de defesa no processo civil, parece-nos imperioso eger como ponto de partida as teorias “clássicas” sobre o direito de ação. Essa escolha se justifica porque a doutrina, há tempos, reconhece paralelismo entre o conceito de ação e o de defesa,² de tal modo que o segundo é normalmente extraído do primeiro.³

Nessa empreitada, nossa preocupação principal não é esmiuçar todos os aspectos dessas diversas teorias, seja por fidelidade aos escopos traçados, seja pela impossibilidade de cuidar dos muitos pontos controvertidos que estão muito

¹ Usa-se aqui o termo *clássico* em sua acepção de “exemplar, modelar” (Aurélio).

² COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 91) categoricamente afirma que “el tema de la excepción es, dentro de una concepción sistemática del proceso, virtualmente paralelo al de la acción” (aqui, o autor emprega o termo *exceção* em sentido amplo, designando a defesa de modo geral). Na doutrina portuguesa, acatando a mesma ideia, JOSÉ ALBERTO DOS REIS (*Código de Processo Civil anotado*, v. 3, p. 27). Entre nós, FREDERICO MARQUES (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 115) afirmou que “a única diferença entre os dois direitos é de simples posição”.

³ Esse fenômeno é particularmente sentido quando tratarmos de uma específica modalidade de defesa, qual seja, a *exceção substancial* (da qual trataremos no Capítulo 7, *infra*), como notado por COUTURE (*Introdução ao estudo do processo civil*: discursos, ensaios e conferências. Tradução de Hilomar Martins de Oliveira, p. 29-36) e CAPPELLETTI (L'eccezione come contraddiritto del convenuto, *Rivista di Diritto Processuale*, 1961, p. 266), bem como, entre nós, por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (Aspectos atuais do conceito de “exceção substancial” a partir da teoria chiovendiana, *Temas polêmicos de processo civil*, p. 10), o qual, após ampla análise doutrinária, constatou que “o conceito de *exceção substancial* depende da concepção que se adote de ação”.

longe de receber qualquer solução⁴ e que, em grande parte, não nos interessam diretamente.⁵ Nosso maior objetivo é observar qual é o conteúdo do direito de ação e de defesa.⁶

O exame sucinto dessas teorias também se justifica pelo fato de que não se pode considerar que uma seja certa e outra, errada. A doutrina já averbou, com absoluta razão, que todas elas foram construídas a partir da observação de dois aspectos: o primeiro é a relação do direito de ação com o direito material⁷ (variando entre dois extremos, representados, de um lado, pela *teoria unitarista ou imanentista* e, de outro, pela *teoria dualista abstrata pura*, das quais nos ocuparemos adiante); o segundo é aquele concernente ao sujeito processual a partir do qual se enfocará o direito de ação (a *teoria unitarista* e a *teoria dualista concreta* enxergam o problema sob a ótica do autor, a *abstrata*, sob a ótica do juiz).⁸

⁴ RICCARDO ORESTANO (Azione (in generale), *Enciclopedia del diritto*, v. 4, p. 786) expôs há décadas que, ao cabo de mais de cem anos de debates doutrinários, não se havia conseguido extrair pontos de consenso em torno das diversas teorias formuladas para explicação do direito de ação, já que mesmo dentre os autores que comungam, em linhas gerais, dos mesmos pontos de vista, existem discordâncias pontuais, de tal sorte que se poderia dizer que há tantas teorias para explicar a ação quanto há trabalhos doutrinários que se ocuparam do tema.

⁵ Novamente recorrendo a ORESTANO (Azione..., cit., p. 797 ss), poderíamos sintetizar os principais temas em disputa entre os seguintes: o momento de "nascimento" do direito de ação, seu destinatário, seu conteúdo, sua natureza jurídica e sua classificação. Historicamente, esses aspectos foram centrais em todas as teorias sobre o conceito de ação, mas nem todos interessam a esta tese. Aliás, exatamente por isso, preferimos deixar de considerar a teoria (abraçada por muitos adeptos no Brasil) que sustenta a existência de uma *ação de direito material* (baseada na *pretensão de direito material*). O exame sob esse prisma não é necessário para atingimento dos propósitos deste livro, cumprindo apenas registrar que o ângulo de análise por nós proposto não exclui necessariamente a existência da *ação* e da *pretensão de direito material*. Entendemos que esses conceitos são fruto de investigação feita a partir do direito material, analisando-se o processo "de fora". A propósito, pertinente lembrar a advertência do Ministro MOREIRA ALVES, que dedicou conferência ao tema "direito subjetivo, ação e pretensão" (reprodução reduzida a texto na *Revista de Processo*, nº 47, p. 109), no sentido de que "[s]e o Direito é um todo, não nos devemos perder com extremismos de privatismo ou de publicismo. E o tema que escolhi é apto para essa demonstração. É um tema que, se focalizado sob o ângulo puramente privado, faz com que cheguemos a determinadas conclusões, e se focalizado pelo ângulo puramente publicístico, faz com que se chegue a conclusões diversas". Pela mesma razão, deixamos de lado qualquer investigação sobre o exercício *extrajudicial* da defesa, que se contraporia à *pretensão* ou à *ação de direito material* fora (ou antes) do processo, tema a que se dedicam com profundidade os monografistas RENZO BOLAFFI (*Le eccezioni nel diritto sostanziale*), FELICIA ESCOBEDO (*Le eccezione in senso sostanziale: studio di diritto processuale*) e SERPA LOPES (*Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*), entre outros.

⁶ Com o perdão pela metáfora simplória, mas ilustrativa, fossem a ação e a defesa ingressos para um parque de diversões, nossa preocupação se centraria em identificar que atrações os seus titulares poderiam desfrutar.

⁷ Essa interessante constatação foi feita por ALESSANDRO PEKELIS (do conhecido verbete *Azione* (teoria generale), do *Novissimo digesto italiano*, v. 2, p. 32), com a qual concorda LIEBMAN (Lazione nella teoria del processo civile, *Problemi del processo civile*, p. 27).

⁸ Observação essa feita por CALAMANDREI (La relatività del concetto di azione. *Studi sul processo civile*, v. 5, p. 20-26) e endossada por LIEBMAN (Lazione nella teoria del processo civile, cit., p. 27).

As óticas distintas justificam que as conclusões alcançadas sejam diversas, mas torna possível reconhecer que as teorias não se excluem, mas se completam,⁹ o que é válido tanto no tocante à ação quanto à defesa.¹⁰

Ademais, e principalmente, o valor dessas teorias é relativo¹¹ porque o conceito de ação (assim como o de defesa) não é único e imutável ao longo da história¹² e muito menos uno para todos os ordenamentos jurídicos,¹³ pois reflete o modelo político e ideológico de cada Estado, desenhado em sua respectiva Constituição.¹⁴ Assim, fica claro que todas essas teorias (formuladas por doutrinadores estrangeiros até meados do século passado e avalizadas até hoje por estudiosos pátrios) têm aplicação e alcance muito limitados para a realidade do atual ordenamento jurídico brasileiro.¹⁵

Não é de espantar então que há tempos se critica a adoção da ação como polo metodológico da ciência processual civil.¹⁶ Todavia, mesmo os autores que

⁹ Justamente nessa trilha seguem o italiano ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 5) e o brasileiro BEDAQUE (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 65), o qual assim se manifestou: "[a]s grandes questões envolvendo as várias teorias sobre a natureza da ação constituem preocupação já superada [...] a relevância dessas questões será ainda menor se o fenômeno for analisado pelo prisma constitucional, pois o resultado se mostra compatível com qualquer das teorias formuladas ao longo do tempo. De mais a mais, tais concepções de ação, na verdade, acabam se completando, visto que resultam do exame do instituto por pontos de vista diversos".

¹⁰ Como reconhece COLESANTI (*Eccezione (diritto processuale civile)*. *Enciclopedia del diritto*, v. 14, p. 178).

¹¹ Há mais de seis décadas, CALAMANDREI já havia afirmado a relatividade dos conceitos de ação formulados pela doutrina, conforme famoso ensaio recorrentemente lembrado (*La relatività...*, cit., p. 3-5 e, no mesmo sentido, em suas *Instituciones de derecho procesal civil*, tradução de Santiago Sentis Melendo, v. 1, p. 252), contando com a adesão de PEKELIS (*Azione (teoria moderna)*..., cit., p. 45-46), LIEBMAN (*Lazione nella teoria del processo civil*, cit., p. 25) e FAZZALARI (*Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, v. 2, p. 31 ss).

¹² Essa é, por assim dizer, a principal mensagem que ORESTANO tenta transmitir ao leitor do seu verbete acima aludido (*Azione...*, cit., p. 787 ss) e, assim, conclui que "[t]utto ciò che si è detto intorno al diritto soggettivo, alla pretesa, all'azione da un secolo a questa parte sembra infatti pressopore che essi siano entità da cogliere e individuare così come può essere individuata una 'cosa'" (idem, p. 811). Bem mais recentemente, entre nós, CASSIO SCARPINELLA BUENO assenta justamente que as históricas teorias sobre o direito de ação "não podem revelar o que 'é' a ação, como se ela, a 'ação', existisse fora dos diversos ordenamentos jurídicos, fora do tempo e do espaço jurídicos, fora das opções de qualquer ordenamento jurídico feito pelas mais variadas razões políticas, históricas, culturais e, até mesmo, sociais" (*Curso...*, cit., v. 1, p. 329, destaque nosso).

¹³ Nesse sentido, PEKELIS realça que a definição científica de um conceito uno de ação esbarra em limites históricos, filosóficos, metodológicos, psicológicos e culturais (*Azione (teoria moderna)*..., cit., p. 45-46).

¹⁴ Cumpre, a propósito, invocar o ensinamento de CASSIO SCARPINELLA BUENO: "a 'ação' é um dado de direito positivo no direito brasileiro e que tem assento assegurado na própria Constituição Federal. Não se trata de um conceito 'puro' que possa ser traçado sem levar em conta as opções políticas feitas pelo ordenamento jurídico nacional" (*Curso...*, cit., v. 1, p. 329, destaque nosso).

¹⁵ Também na Itália reconhecem o "exaurimento" da função histórica de tais teorias para explicação do direito de ação, que passou a ser considerado em sua perspectiva constitucional, LUIGI PAOLO COMOCIO (*Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 465-466, 1993, com farta referência bibliográfica) e ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 1-2).

¹⁶ DINAMARCO vem há tempo insistindo nessa ideia (*Das ações típicas, Fundamentos do processo civil moderno*, t. 1, p. 332).

superaram esse prisma de análise – passando a pôr no centro das preocupações metodológicas os conceitos de *tutela jurisdicional* e *objeto litigioso do processo* – não despertaram inteiramente para a real importância do papel do réu no processo civil.

A bem da verdade, a análise do direito de defesa continua severamente influenciada pelas teorias clássicas sobre o direito de ação, fruto do atraso científico que já denunciávamos.

Assim, a análise (ainda que breve) dessas teorias sobre o direito de ação é útil, pois, mesmo que não gozem, na nossa realidade atual, de tanta importância, elas continuam a exercer enorme influência na doutrina (em especial brasileira) no pensamento dogmático em torno do direito de defesa, como ficará mais claro ao longo da exposição.

Não bastasse, essas teorias servem de base e auxiliam o trabalho de extrair da Constituição Federal brasileira o conceito atual de ação e de defesa, esses, sim, relevantes para os escopos aqui traçados, o que será objeto de estudo em momento oportuno (Capítulo 3, *infra*).

2.2 Breves considerações acerca das teorias clássicas sobre o direito de ação¹⁷

A propósito das teorias clássicas sobre o conceito de ação, convém, de início, lembrar a antiga divisão entre a teoria unitarista e as teorias dualistas (que, como se verá, se desdobram em diversas outras variações).

Pela primeira (também chamada de *civilista* ou *imanentista*), simplesmente não se discernia o direito subjetivo material do direito de seu titular socorrer-se do Judiciário em caso de lesão. Destarte, a ação seria uma qualidade de todo direito substancial. Os seguidores dessa teoria (entre os quais destacou-se SAVIGNY e, entre nós, JOÃO MONTEIRO)¹⁸ usavam como base de seu raciocínio passo do jurisconsulto Celso (D. 44, 7, 51), o qual, por sua vez, influenciou o art. 75 do Código

¹⁷ O agrupamento das teorias em torno das linhas aqui definidas é bastante comum na doutrina, mas importa deixar registrada a existência de diferenças entre um e outro estudioso filiado à mesma corrente, assim como não nos passou despercebida a existência de estudiosos que não podem ser incluídos em uma dessas posições. Ademais, procuramos mencionar apenas alguns autores que compõem essas correntes doutrinárias, sem nenhuma preocupação exaustiva.

¹⁸ A citação de algumas passagens de sua obra é suficiente para enunciar seu pensamento: "todo direito violado, ou meramente ameaçado, logo manifesta uma força reativa própria, que o põe virtualmente em estado de defesa. Daqui vem a primeira ideia de ação, cujo germen é esse: uma relação de direito preexistente" (*Teoria do processo civil*, t. 1, p. 67). Adiante o autor completa: "[o] fundamento jurídico da ação é o próprio direito violado [...] essa violação cria um vínculo de direito idêntico a uma obrigação, da qual o sujeito ativo é o titular da relação de direito e sujeito passivo o seu devedor. [...] ação é uma fase da própria relação de direito violado e a definimos a virtude própria a cada direito de se afirmar por meio da força social" (idem, p. 68-70, grifo do original).

Civil de 1916 (“para cada direito corresponde uma ação que o assegure”).¹⁹ Explicando essa teoria, com os olhos do estudioso moderno, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO apontam três consequências inevitáveis de sua adoção: “não há ação sem direito; não há direito sem ação, a ação segue a mesma natureza do direito”.²⁰

Já as teorias dualistas têm como marco de surgimento a célebre polêmica travada entre os alemães BERNHARD WINDSCHIED e THEODOR MUTHER, em meados do século XIX.²¹ Tem-se aí o início das discussões doutrinárias que alçam o conceito de ação ao posto de principal problema do direito processual civil e dão destaque ao impulso à fase científica de seu estudo.²²

WINDSCHEID²³ jogou novas luzes sobre o conceito de *actio* romana e lançou as bases para um conceito moderno do direito de ação. O autor recusou as ideias de que o direito de ação seria o direito à tutela de outro direito, nascido da lesão deste, bem como a faculdade de pedir a tutela para o direito em caso de lesão, afirmando que seria a faculdade de impor a própria vontade mediante a persecução judicial. Desse modo, quando os romanos diziam “eu tenho uma *actio*”, o jurista de hoje há de interpretar como “eu tenho uma pretensão”, que pode ser exigida perante o Poder Judiciário, por meio do exercício do direito de ação. A partir disso, sua conclusão, que se tornou célebre, é a de que “[a] *actio* não é algo derivado, mas sim originário e autônomo”.²⁴

Pouco depois, MUTHER²⁵ fez críticas duras ao trabalho de WINDSCHEID, expondo nele diversas contradições internas e discordando de muitas das afirmações lá contidas (em especial da que o ordenamento jurídico romano fosse um sistema de pretensões juridicamente protegidas e não um sistema de direitos subjetivos). A partir daí, MUTHER asseverou que, do direito subjetivo material lesado, surgiam

dois direitos: um contra o Estado (direito à tutela jurisdicional) e outro contra o ofendido (de reparar a lesão sofrida).²⁶

WINDSCHEID formulou réplica,²⁷ sem esconder a mágoa²⁸ de seu “adversário”,²⁹ e, ao defender seu trabalho das críticas que lhe foram dirigidas, acaba acatando a ideia de que a lesão ao direito subjetivo faria nascer direito exercitável contra o Estado.

Apesar das divergências entre os dois estudiosos, os seus trabalhos se aproximam em torno do consenso de que a ação é um direito *autônomo* público em relação ao direito subjetivo material. O resultado dessa polêmica serviu de base para as chamadas teorias *dualistas* que, com algumas variações, se colocam entre dois extremos: de um lado a concepção da ação como um direito *concreto* e de outro como direito *abstrato*.

O pensamento dessa primeira corrente (*concretista*) apoiou-se na teoria desenvolvida por ADOLF WACH, ainda no século XIX, para quem a ação continuaria a ser um desdobramento autônomo do direito subjetivo material lesado,³⁰ que se revelaria em um direito à proteção concreta mediante a sentença favorável.³¹

A essa teoria filiou-se (com alguns temperamentos) CHIOVENDA,³² que a ela contribuiu com a definição de que a ação seria não um direito subjetivo, mas sim

¹⁹ No Código de 2002 não há correspondente a esse dispositivo. BARBOSA MOREIRA (Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, *Temas de direito processual* – 3ª série, p. 52) propõe uma releitura desse dispositivo (de modo a “extrair da antiga partitura sonoridades modernas”) para que se entenda que todo e qualquer direito possa ser objeto de demanda judicial.

²⁰ *Teoria geral do processo*, p. 266.

²¹ Os três trabalhos (os dois de WINDSCHEID, intercalados pelo de MUTHER) que protagonizaram essa polêmica podem ser consultados em coletânea traduzida para o espanhol por Tomás A. Banzhaf e intitulada *Polémicas sobre la “actio”*.

²² COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 63) destaca a importância dessas obras da seguinte forma: “[p]ara la ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo”.

²³ Em seu trabalho *Die Actio des römischen Civilrechts von Stadnpunkte des heutigen Rechts* (La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual, *Polémicas...*, cit., p. 1-196).

²⁴ La “actio” del derecho civil romano..., *Polémicas...*, cit., p. 8, já por nós traduzido do espanhol para o português.

²⁵ Referimo-nos aqui ao estudo intitulado *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litistontestatiund der Singular-sucession in Obligationen* (Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litistontestatio* y de la sucesión singular en las obligaciones).

²⁶ Assim “¿Cuál era ahora la relación entre ese derecho a la fórmula y el derecho originario? Para responder a esta cuestión, debemos previamente saber ¿quién es el obligado en el derecho al conferimiento de la fórmula? La respuesta no es difícil: es el pretor, en su calidad de titular del poder judicial del Estado. El obligado o los obligados por el derecho primitivo del actor, en cambio, son personas particulares [...]. Tenemos, pues, dos derechos distintos, de los cuales el uno es el presupuesto del otro, pero que pertenecen a campos distintos, ya que el uno es un derecho privado y el otro de naturaleza pública” (Sobre la doctrina de la *actio* romana..., *Polémicas...*, cit., p. 241).

²⁷ *Die Actio*, Abwehr gegen Dr. Theodor Muther (La *Actio*, Replica al Dr. Theodor Muther, *Polémicas...*, cit., p. 197-291).

²⁸ Veja-se a curiosa passagem do epílogo do seu estudo: “[e] ataque del autor [Muther] no es común; como se ve, su propósito es destruir mi libro” (La *Actio...*, cit., *Polémicas...*, cit., p. 295).

²⁹ Termo esse usado pelo próprio autor (v. g., *idem*, *ibidem*, p. 301). Outro substantivo empregado é “opositor” (v. g., *idem*, *ibidem*, p. 310).

³⁰ O autor, a pretexto de afirmar o cabimento da ação declaratória, acabou por enunciar lição que influenciou de forma definitiva a doutrina que o sucedeu. Vale transcrever trecho emblemático do seu pensamento, no sentido de que a pretensão à declaração “constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado el cual debe otorgar tal amparo y se dirige contra la parte contraria frente a la cual debe ser otorgada dicha protección, es de naturaleza de derecho público, e no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo. Pero ella tampoco es aquella facultad del derecho público de demandar, que compete a cualquiera que, dentro de las formas establecidas, y con fundamento jurídico, sostenga la pretensión de protección del derecho” (*Pretensión de declaración*, tradução de Juan M. Semon, p. 46).

³¹ Essa é a interpretação moderna que se dá a essa teoria. A propósito, veja-se CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 267): “o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável”.

³² O conhecido ensaio de CHIOVENDA intitulado *L'azione nel sistema dei diritti* (*Saggi di diritto processuale civile*, v. 1, p. 3-110) retrata essa adesão à teoria de WACH e é com base nas premissas nele assentadas que CHIOVENDA constrói sua teoria sobre a ação que, depois, vem repisada nos seus demais escritos, em especial em suas obras de fôlego (*Principii di diritto processuale civile* e *Instituições de direito processual civil*, tradução de J. Guimarães

um *direito potestativo* à atuação da vontade concreta da lei em face de um direito lesado, por não haver correspondente prestação devida pelo Estado (com quem o autor não tem conflito de interesses). O sujeito passivo do direito potestativo de ação seria o réu, pois "a relação [do autor] com o Estado não é mais que um meio para obter certos efeitos *contra o adversário*".³³

Sua concepção ganhou respeitáveis adesões, como a de PIERO CALAMANDREI,³⁴ que dava ainda maior ênfase à premissa de que o Estado não pode figurar como sujeito passivo da ação, pois o interesse público na solução do litígio converge com o interesse do titular do direito violado. Tal posição era consentânea com uma das premissas básicas que norteou toda a obra do mestre florentino, ou seja, o destaque ao caráter público do processo, sem comprometimento do equilíbrio com os interesses privados que o movem. A despeito de tudo isso, o autor acabava concluindo pela *relatividade do conceito de ação* e pela inutilidade de uma perquirição mais profunda a respeito, eis que sujeito a variações no tempo e no espaço, de acordo com alterações políticas e ideológicas do Estado, que oscilam entre o reforço e a diminuição do autoritarismo.³⁵ Enfim, para CALAMANDREI, o conceito de ação não é absoluto, mas deve ser formulado de acordo com um determinado ordenamento jurídico positivo tendo em vista a fase de seu desenvolvimento.³⁶

Entre nós, a teoria concreta foi abraçada por CELSO AGRÍCOLA BARBI, que, a propósito de definir o conceito de *ação declaratória*, elegeu a teoria de CHIOVENDA como a mais adequada para explicação do fenômeno, ou seja, direito potestativo exercitado para atuação da vontade concreta da lei.³⁷

Outro autor pátrio que, embora com diversos temperamentos e ressalvas, pode ser considerado perfilhado a essa corrente é BOTELHO DE MESQUITA. Sua análise do direito de ação é feita sob perspectiva do direito material lesado do autor³⁸ e reconhece que a função jurisdicional só se completa e se cumpre com a sentença favorável a ele, sendo muito menos relevantes, sob esse seu particular enfoque, as atividades que culminam em decisões terminativas ou decisões de mérito favo-

Menegale). LIEBMAN considera que esse ensaio de CHIOVENDA representa o marco de fundação da moderna escola processual italiana (Lazione nella teoria del processo civil, cit., p. 25).

³³ *Instituições...*, cit., v. 1, p. 51.

³⁴ Já fizemos referência ao seu recorrente estudo a respeito intitulado *La relatività del concetto di azione*, cit.

³⁵ *La relatività...*, cit., p. 20-26.

³⁶ *Instituciones de derecho procesal civil*, v. 1, p. 240.

³⁷ A síntese desse pensamento se acha em *Ação declaratória principal e incidente*, p. 70-71.

³⁸ Esse prisma de análise, sob perspectiva do direito material do autor, é marca distintiva de toda a obra de BOTELHO DE MESQUITA, desde a monografia *Da ação civil* (publicada em 1975) até o recente ensaio intitulado *As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o reexame*. *Revista Forense*, nº 361, p. 47-72. Nesse último ensaio, o processualista manifesta sua preocupação com a excessiva publicização do processo e da função jurisdicional, o que a seu ver seria próprio de regimes ditatoriais, tais como o da Alemanha nazista, da Itália fascista, da União Soviética e dos países da chamada "cortina de ferro". Para BARBOSA MOREIRA (O neoprivatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº 122, p. 9-21), essa visão acerca do direito processual civil poderia ser chamada de "neoprivatista", e tem como expoentes o italiano FRANCO CIPRIANI e o espanhol JUAN MONTERO AROCA.

ráveis ao réu, sendo também desimportante o interesse público de que se revestem tais atividades.³⁹ Nesses casos, não haveria manifestação do direito de ação (que seria direito à sentença favorável), e sim "o direito à administração da justiça, consagrado pelo art. 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem".⁴⁰

Em posição oposta aos *concretistas*, reuniram-se autores a defender que o direito de ação seria *abstrato*, mediante o qual, em linhas gerais, o particular (tendo ou não razão, e imbuído ou não de boa-fé) poderia dirigir-se ao Poder Judiciário e levar seu reclamo, com o direito de receber uma decisão, independentemente do seu conteúdo. O direito de ação seria, então, um direito puro e simples ao processo, sem nenhuma consideração ao provimento que o autor e o réu podem obter.

Essa tese contou com importantes apoios, por exemplo, de ALFREDO ROCCO, cuja obra defende que haja um interesse primário e concreto, protegido pelo direito material (que cada sujeito tem de satisfazer suas pretensões), bem como de um interesse secundário, abstrato e independente do primeiro, regido pelo direito processual, em reclamar a atuação do Estado para defesa do interesse primário. Segundo o referido estudioso, esse segundo interesse traduz-se em um direito subjetivo "existente por si mesmo, distinto dos vários direitos subjetivos principais ou materiais aos quais pode referir-se", não constituindo "uma posição, uma qualidade, um aspecto do direito subjetivo",⁴¹ mas englobando o direito de uma resposta do Poder Judiciário, seja qual for.⁴²

Destaca-se aí, igualmente, FRANCESCO CARNELUTTI, embora sua doutrina siga caminhos inteiramente diferentes, pois tem como polo metodológico o conceito de *lide*. Para o estudioso, *lide* é o conflito intersubjetivo de interesses regulado ou composto pelo direito, e "qualificado por uma pretensão resistida". *Pretensão*, por sua vez, se traduz na exigência de seu titular em subordinar ao seu próprio interesse o interesse de outrem. Essa pretensão pode ser fundada ou infundada, mas de qualquer sorte basta que ela seja resistida para que seu titular leve seu reclamo ao Poder Judiciário.⁴³ Daí por que se pode dizer que a visão de CARNELUTTI alinha-se à teoria abstrata sobre a ação, pese ter construído raciocínio bem diverso.

É também forçosa a menção ao uruguaio EDUARDO JUAN COUTURE, que define ação como "poder jurídico, de titularidade de qualquer sujeito de direito, de acu-

³⁹ BOTELHO DE MESQUITA rejeita a um só tempo tanto a teoria abstrata quanto a teoria de LIEBMAN, das quais adiante se falará: "não é através de uma abstração, maior ou menor, feita ao conteúdo das sentenças, que poderá chegar-se ao conhecimento do que seja a função jurisdicional, em sua inteireza, na conjugação de todos os seus caracteres, em torno do seu fim supremo" (*Da ação civil*, p. 76).

⁴⁰ *Idem*, p. 94.

⁴¹ ALFREDO ROCCO (*La sentencia civil*, tradução de Mariano Ovejero, p. 125 ss).

⁴² O autor afirma que essas noções são suficientes para explicar o fenômeno da ação e assevera que o direito à tutela jurisdicional surge "en un momento que el titular no puede conocer; y [...] cuando es conocido ya ha sido satisfecho" (*La sentencia civil*, p. 139).

⁴³ *Instituciones del proceso civil*, v. 1, p. 28.

dir aos órgãos jurisdicionais para reclamar satisfação de uma pretensão", o qual seria "atributo de personalidade"⁴⁴ e uma "forma típica do direito de petição",⁴⁵ já que pode ser exercido por qualquer cidadão, em face dos órgãos jurisdicionais do Estado Democrático de Direito.⁴⁶

Para encerrar este rol meramente exemplificativo de estudiosos alinhados à teoria *abstracta*, importa mencionar o brasileiro JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, para quem a ação seria um direito do cidadão de obter uma decisão do Estado, seja ela de que conteúdo for.⁴⁷

Ao lado das correntes *concreta* e *abstracta*, costuma-se destacar a "teoria eclética" de LIEBMAN,⁴⁸ o qual reputava "unilaterais" e "pouco satisfatórias"⁴⁹ as demais. A pedra angular de seu pensamento é a afirmação de que só se pode falar em exercício do direito de ação quando o processo terminar com um provimento sobre o mérito do litígio, ainda que desfavorável ao autor. O direito a uma decisão qualquer existiria como decorrência do poder de acesso ao Judiciário, constitucionalmente assegurado a todos.⁵⁰ Todavia, esse direito seria pré-processual, não se confundindo com o direito a uma decisão de mérito, único apto a permitir que a jurisdição cumpra seu escopo, que é a atuação do direito objetivo no caso concreto.⁵¹ A partir dessa conceituação é que emerge a importância das chamadas *condições da ação*, como seus "requisitos de existência".⁵²

⁴⁴ *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 57-58.

⁴⁵ *Idem*, p. 74 ss.

⁴⁶ O autor considera que sua tese (*abstracta*) para explicar o direito de ação é de "escasa felicidad técnica" e que à sua época "parece dominar el panorama doctrinal" (*Fundamentos...*, cit., p. 64).

⁴⁷ *A ação no direito processual civil brasileiro*, p. 145-146.

⁴⁸ O ensaio que estrutura essa teoria é o já mencionado *Lazione nella teoria del processo civile* (*Problemi del processo civile*, p. 22-53).

⁴⁹ *Lazione nella teoria del processo civile*, cit., p. 43.

⁵⁰ Segundo o autor, o direito ao processo, independentemente de seu resultado, seria um "direito cívico", com assento constitucional, que não se confunde com a ação propriamente dita (*Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 132-133).

⁵¹ A doutrina de LIEBMAN pode ser denominada "eclética" porque se situa no meio-termo entre a teoria concreta e a abstracta, como bem demonstra VITTORIO COLESANTI, em recente análise do tema (Enrico Tullio Liebman e la dottrina dell'azione e dell'eccezione, *Enrico Tullio Liebman oggi*, p. 26-27). Da teoria concreta, LIEBMAN aproximou-se ao considerar que a ação não garante ao seu titular uma decisão qualquer; da teoria abstracta, o saudoso jurista emprestou a ideia de que há a existência de um direito cívico de acesso ao Poder Judiciário, o qual, contudo, só se converte em direito de ação se presentes as condições que permitam uma sentença de mérito. A partir disso, COLESANTI concluiu: "[c]oncezione intermedia, alla quale nessuno potrebbe negare non solo e non tanto il pregio della coerenza, mas soprattutto di un raggiunto, mirabile equilibrio non soltanto tra visioni diverse, bensì tra diritto e processo, tra pubblico e privato, quell'equilibrio di cui tutta l'opera di Liebman è stata costante espressione".

⁵² *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 135. É bem sabido que a impositação original do tema compreendia a distinção de três condições da ação (legitimidade para a causa, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido). Posteriormente, LIEBMAN alterou seu entendimento a respeito, extirpando a possibilidade jurídica desse rol e resumindo as condições da ação à legitimidade e interesse (*Idem*, v. 1, p. 133 ss). A esse tempo, o CPC brasileiro já havia acatado o trinômio de condições da ação, sob inspiração da doutrina liebmaniana.

Pelo menos entre os processualistas brasileiros⁵³ essa teoria goza de ampla aceitação, até porque, de certo modo, foi acatada pelo próprio Código de Processo Civil, que estabeleceu as condições da ação como espécie do gênero "pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional"⁵⁴ (CPC, art. 267, VI). DINAMARCO⁵⁵ exalta essa teoria

posto que seja abstrativista porque não subordina a existência do direito de ação à do direito subjetivo, tem o grande mérito de associar instrumentalmente aquela a cada uma das situações da vida trazidas ao conhecimento do juiz (a ação como direito *instrumentalmente conexo* a uma situação de direito material).

BEDAQUE⁵⁶ também sustentou a superioridade da tese de LIEBMAN perante as teorias anteriores, sintetizando assim seu pensamento:

[e]mbora sem ignorar a existência de um poder constitucional de provocar a jurisdição, deve se ter consciência de que não é este o objetivo principal de seu estudo. A ação deve ser concebida como um instituto processual: este é o poder de estimular a jurisdição, para que esta mantenha a integridade do ordenamento jurídico. Se analisada apenas como um direito do particular, que vinculada ao direito material (concretismo), quer absolutamente desligada dele (abstratismo puro), teria ela conotação eminentemente privatista, sem qualquer dose de instrumentalidade.

2.3 Breves considerações acerca das teorias clássicas sobre o direito de defesa

Como o tema do direito de defesa normalmente é reconhecido paralelo ao do direito de ação, fica razoavelmente fácil transitar, a esta altura da exposição, sobre as teorias formadas ao longo do tempo a respeito do primeiro.

É notável, nesse passo, que o rol de autores que se dedicaram a esse tema é bem menor do que aquele que analisou o direito de ação. Aliás, essa manifesta

⁵³ Para ficar com poucos, mas expressivos exemplos, BUZAI (A ação declaratória no direito brasileiro, p. 111 ss), FREDERICO MARQUES (*Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 114 ss), DINAMARCO (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 128 ss), ADA PELEGRINI GRINOVER (Ação – II (direito de), *Enciclopédia Saraiva do direito*, v. 2, p. 179-180) e KAZUO WATANABE (*Da cognição no processo civil*, p. 76 ss).

⁵⁴ A propósito, confira-se, por exemplo, BUZAI (*Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, p. 115 ss), FREDERICO MARQUES (*Manual de direito processual civil*, v. 2, p. 128), DINAMARCO (O conceito de mérito..., cit., *Fundamentos...*, cit., p. 256) e BEDAQUE (Pressupostos processuais e condições da ação, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 35, p. 183-211), entre outros. Preferimos falar em "pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito", por razões que serão analisadas no capítulo seguinte.

⁵⁵ *Execução civil*, p. 353.

⁵⁶ *Poderes instrutórios do juiz*, p. 37.

desproporção entre a atenção dispensada aos dois temas chega a dificultar a estruturação das teorias em torno do direito de defesa. Muitos doutrinadores simplesmente limitaram a investigação sobre o tema a uma particular modalidade de defesa (a exceção), acerca da qual nos ocuparemos de modo detido no Capítulo 7, *infra*. Por isso é que em diversos momentos da exposição contida neste item o foco recai especificamente sobre o conceito de exceção. Ainda assim essa específica modalidade de defesa pode ser utilizada como paradigma de análise para a defesa em geral.

Uma possível explicação para a ausência generalizada de preocupação com a defesa direta (que não se encaixa no conceito de exceção, reputada defesa indireta – vide Capítulo 7, *infra*) é o fato de diversos ordenamentos europeus (em especial o italiano, o francês e o espanhol) historicamente não estabelecerem que a consequência da *contumácia* do réu será a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Assim, o autor permaneceria incumbido de provar os fatos constitutivos do seu direito, a despeito de o réu nada ter alegado como matéria de defesa. Essa circunstância reduz a importância da defesa direta e dá relevância apenas à defesa indireta (exceção).

Feita essa ressalva, de início, verifica-se que o reconhecimento da autonomia da ação e do processo com respeito à relação jurídica de direito substancial controvertida (conquista alcançada pela ciência processual há quase um século e meio) também exclui concepções *imanentistas*, *civilistas* ou *unitaristas* acerca do direito de defesa, impondo-nos o descarte da doutrina que, até há bem pouco tempo, a analisava como fenômeno de direito material.⁵⁷

A partir daí, a polarização entre as teorias *concretas* e *abstratas* também repercutiu no conceito de defesa em geral, e no de exceção em particular. COUTURE, reforçando o paralelismo entre os temas, advertiu que “as orientações denominadas *concreta* e *abstrata* da ação têm manifestações análogas em matéria de exceção”.⁵⁸

CHIOVENDA, expoente da doutrina concretista, conceituava o direito de ação como direito potestativo autônomo, exercido pelo autor contra o réu, por intermédio do Estado, orientado a fazer valer a vontade concreta da lei que garante ao primeiro o gozo de um bem ou direito lesionado pelo segundo. Conseqüentemente, considerou o mestre romano que o réu de uma demanda infundada tem, por sua vez, o direito potestativo⁵⁹ de pedir ao Estado que declare não ter o autor

⁵⁷ Diversos civilistas tratam em especial da *exceção substancial* como tema do direito privado (e.g., SERPA LOPES, *Exceção substancial: exceção de contrato não cumprido*, p. 97 ss; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 6, p. 3 ss). Não que tais estudos estejam errados, mas partem de uma visão completamente estranha à ciência processual civil, pois analisam o fenômeno de fora do processo.

⁵⁸ *Fundamentos...*, cit., p. 93, já por nós traduzido.

⁵⁹ *Principii...*, cit., p. 272.

o direito reclamado⁶⁰ (mesmo que ele queira desistir do processo).⁶¹ Assim, o réu teria um direito de obter a atuação da vontade concreta da lei a seu favor, mediante a rejeição da demanda infundada.⁶²

Essa constatação derruba uma das principais críticas à obra de CHIOVENDA (e à teoria concretista como um todo), o qual teria posto o direito de ação numa posição de polo metodológico, supervalorizando a posição do autor e deixando em plano secundário o réu. Pela análise de suas lições, vê-se que CHIOVENDA não menosprezou a posição do réu; ao contrário, em grande medida valorizou-a, equiparando o direito de defesa ao de ação.

Ainda segundo CHIOVENDA,⁶³ esse direito amplo de defesa se dividiria em duas formas: a *exceção em sentido impróprio* (pela qual o réu demonstra ao juiz que a ação do autor jamais nasceu, alegando circunstância que o juiz poderia reconhecer até mesmo sem provocação, já que opera *ipso iure*) e a *exceção em sentido próprio* (a qual o réu poderia optar em alegar ou em renunciar a fazê-lo e, nesse último caso, estaria vedada a iniciativa *ex officio*).⁶⁴ Ou seja, haveria matérias que operam por força de lei e outras por vontade da parte.⁶⁵ Somente nesse segundo caso é que haveria *exceção substancial*, como verdadeiro “contradireito” do réu, cujo reconhecimento é baseado na ocorrência de fatos impeditivos ou extintivos⁶⁶ e implica a “perda da eficácia” da ação que chegou efetivamente a nascer. Essa opção estava intimamente afinada com a teoria concretista da ação, de que era partidário e que influenciou profundamente diversos estudiosos, valendo aqui citar, a título de exemplo, FELICIA ESCOBEDO⁶⁷ e SERGIO COSTA.⁶⁸

Os partidários da teoria abstrata da ação – como COUTURE – tendem a empregar ao direito de defesa o mesmo raciocínio desenvolvido quanto à ação, vendo-a como direito *puro* ao processo, consistente na possibilidade de o réu levar suas razões à consideração judicial, independentemente de estarem protegidas pelo direito material. O direito de defesa, assim, assistiria a todos os que tiverem sido citados, constituindo-se como direito cívico à liberdade, perante a ameaça repre-

⁶⁰ Em sulla “eccezione” (*Saggi...*, cit., v. 1, p. 148), CHIOVENDA define claramente o conceito de exceção como “il diritto del convenuto e precisamente in un *contradittorio* tendente ad impugnare e annullare il diritto d’azione”.

⁶¹ No CPC italiano de 1865, essa possibilidade de o réu opor-se à extinção do processo por desistência do autor estava prevista no art. 345. Essa norma corresponde ao art. 290 do CPC italiano atual, § 271 da ZPO alemã e art. 267, § 4º, do CPC brasileiro.

⁶² Em sentido similar, BOTELHO DE MESQUITA (*Da ação civil*, p. 120) define o direito de defesa como o direito “a que, ante a inexistência do direito de ação, recuse o Estado a prestação da atividade jurisdicional”.

⁶³ Sulla “eccezione”, *Saggi...*, cit., v. 1, p. 151.

⁶⁴ *Instituições...*, cit., v. 1, p. 465.

⁶⁵ Sulla “eccezione”, *Saggi...*, cit., p. 151.

⁶⁶ Ao que nos consta, CHIOVENDA jamais arrolou os fatos modificativos ao lado dos impeditivos e extintivos.

⁶⁷ *Lecezione in senso sostanziale*, p. 29 ss.

⁶⁸ A adesão, quase em ressalvas, de SERGIO COSTA à doutrina de CHIOVENDA está expressa nos verbetes *Eccezione*, *Nuovo digesto italiano*, v. 5, p. 259 ss, e *Novissimo digesto italiano*, v. 6, p. 349 ss.

sentada pela demanda proposta.⁶⁹ Particularmente quanto a uma das possíveis formas de defesa, qual seja, a afirmação de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo apto a gerar a improcedência do pedido do autor, COUTURE a considera como “pretensão [do réu], a qual, por sua vez, é a afirmação do sujeito de direito de que é merecedor da tutela jurisdicional”.⁷⁰

Passadas em revista, brevemente, as teorias *concreta* e *abstrata* em torno do direito de defesa, resta-nos mencionar a teoria eclética de LIEBMAN. Coerentemente às suas ideias sobre a ação (como direito ao processo e ao julgamento de mérito, sem garantia ao resultado favorável), LIEBMAN acaba reconhecendo seu paralelismo com o direito de defesa, pois ambos põem “em movimento o exercício de uma função pública, da qual se espera obter a proteção das próprias razões, dispondo para tanto de meios disponibilizados pela lei para fazê-las valer (ainda que com a consciência de que o resultado pode ser desfavorável)”.⁷¹ O paralelismo entre ação e defesa sobressai ainda mais indubitável quando LIEBMAN reconhece que o réu assume posições ativas no processo, que geram sujeição do autor⁷² e quando define exceção como “um direito ao juízo e, propriamente, o direito ao julgamento de mérito sobre um fato extintivo, modificativo ou impeditivo alegado”.⁷³ Mas o autor não chega a reconhecer que esses dois poderes seriam idênticos, mas puramente análogos ou correlatos.⁷⁴

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI⁷⁵ resume a análise dessas três correntes e, embora se reporte exclusivamente à exceção substancial, produz lição plenamente aplicável ao direito de defesa como um todo considerado: “[q]uem concebe a ação como direito a uma sentença favorável, terá de conceituar *exceção substancial* como contra-direito do réu destinado a impugnar a ação” ou “o direito a uma sentença de improcedência”. O jurista das Arcadas prossegue: “[d]e outra parte, aqueles que visualizam a ação como um direito abstrato, definem a exceção como um contra-direito do réu ao julgamento sobre o fato excepcionado, independentemente do conteúdo processual ou material da decisão”. Adiante, CRUZ E TUCCI arremata: “[p]or fim, quem afirma ser a ação um direito processual ao provimento de mérito, coerentemente concebe a exceção como um contra-direito do réu a

⁶⁹ *Fundamentos...*, cit., p. 95 e 98.

⁷⁰ *Manuale...*, cit., v. 1, p. 90-91, por nós traduzido.

⁷¹ *Lazione nella teoria del processo civile*, cit., p. 45.

⁷² *Idem*, *ibidem*.

⁷³ *Manuale...*, cit., v. 1, p. 135, já traduzido por nós.

⁷⁴ “In questo senso, non mi pare errato qualificare l’eccezione come un diritto processuale analogo all’azione (o, se si preferisce, correlativo, od anche omologo, come dice Micheli). Azione e eccezione possono esistere come diritti ma se l’una é fondata, l’altra é infondata e vice-versa” (Intorno ai rapporti tra azione e eccezione. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 449-452). A ideia de que ação e defesa são poderes “omólogos” aparece também na obra de LUIGI PAOLO COMOGGIO, CORRADO FERRI e MICHELE TARUFFO (*Lezioni sul processo civile*, p. 269).

⁷⁵ Aspectos atuais do conceito de “exceção substancial”..., cit., p. 10.

que o juiz também conheça do fato objeto da exceção, visando ao julgamento do *meritum causae*”.⁷⁶

O que de comum há a essas teorias é que todas aceitam que o réu pode receber tutela jurisdicional por meio do exercício do direito de defesa.

CHIOVENDA reconhece que a sentença de rejeição da ação representa atuação da vontade concreta da lei em favor do réu.⁷⁷ COUTURE insere a exceção como direito cívico do réu à sua liberdade contra a ameaça representada pela ação.⁷⁸ LIEBMAN reconhece que autor e réu, ao exercerem o direito de ação e de defesa, têm direito ao julgamento de mérito sobre suas respectivas alegações.⁷⁹

Mais do que isso, representantes de todas as correntes doutrinárias examinadas, em algum momento e em diferentes graus, reconhecem a imissão dos conceitos de *ação* e *defesa*. Para ficar apenas com os autores aqui analisados, lembremos que CHIOVENDA afirmou que o réu, ao se defender da demanda infundada, pede ao Estado que declare que o autor não tem o direito reclamado, e que esse direito “é pura ação”,⁸⁰ a qual “passa inobservada enquanto o autor insiste na sua demanda, porque, em tal hipótese, aquela ação se confunde e identifica com o exercício do direito de defesa”.⁸¹ Já COUTURE averbou que

[n]ão é que a defesa seja a “ação do réu”. Ela tem seus próprios objetivos, diante da situação criada com a demanda proposta, e com a citação, mas substancialmente o *jus excepcionis* compõe-se, tanto quanto a ação, depois de instaurado o processo, de uma série de faculdades e poderes de participação no processo e endereçados à defesa dos interesses de seu titular.⁸²

Por seu turno, LIEBMAN define exceção do mesmo modo que ação, como “um direito ao juízo e, propriamente, o direito ao julgamento de mérito”.⁸³ CARNELUTTI, analisando a posição de LIEBMAN, considerou que “o seu único erro, em meu entender, é que ele considera a exceção como um direito processual *análogo* à ação enquanto que é propriamente a ação do réu sem qualquer necessidade de

⁷⁶ Fazem a mesma sumarização, na doutrina italiana, COLESANTI (*Eccezione...*, cit., p. 179 e 187-188) e ANNA LASSO (*Le eccezioni in senso sostanziali*, p. 44 ss), e na doutrina portuguesa, ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO e NORA (*Manual de processo civil*, p. 295).

⁷⁷ Ao explicar o ensinamento de CHIOVENDA, a monografista ANNA LASSO (*Le eccezioni...*, cit., p. 45) observa que: “[p]oichè l’eccezione del convenuto tende a impedire la pronuncia di una sentenza favorevole all’attore, l’assenza del provvedimento vantaggioso fa mancare l’elemento utile ad identificare l’azione, con la conseguenza che l’eccezione produce il venir meno dell’azione medesima”.

⁷⁸ *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., p. 35.

⁷⁹ *Manuale...*, cit., v. 1, p. 135.

⁸⁰ *Instituições...*, cit., v. 1, p. 58.

⁸¹ *Instituições...*, cit., v. 1, p. 462.

⁸² *Fundamentos...*, cit., p. 91, por nós já traduzido.

⁸³ *Manuale...*, cit., v. 1, p. 135, já por nós traduzido.

analogia”⁸⁴ e conclui a crítica, em outro estudo, dizendo que “o direito ao juízo (de mérito) sobre o fato impeditivo ou extintivo é ação, não exceção”.⁸⁵

Em resumo, essa ideia geral de que o excipiente se equipararia ao autor é, com efeito, corrente na doutrina, tanto estrangeira⁸⁶ quanto pátria,⁸⁷ em que pesem enfáticas discordâncias.⁸⁸ Essas semelhanças demonstram que, tal como ocorre com as teorias sobre a ação, também aquelas sobre a defesa não se excluem, mas se completam, pois analisam o mesmo objeto sob pontos de vista diferentes.⁸⁹

⁸⁴ Un lapsus evidente? *Rivista di Diritto Processuale*, p. 447, 1960, por nós traduzido livremente.

⁸⁵ Eccezione e analisi dell'esperienza. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 645, 1960, em tradução livre. Nesse último ponto conta com a concordância de CAPPELLETTI: “[l]’eccezione in senso proprio altro non è che la ‘azione del convenuto’” (Eccezione come contraddiritto del convenuto. *Rivista di Diritto Processuale*, p. 266, 1961). É digno de nota que, apesar de CARNELUTTI ter equiparado, sob esse prisma, ação e exceção, ele reconhece a existência de uma diferença de natureza jurídica entre ambos: a ação seria uma relação jurídica e a exceção um ato jurídico, tal como a pretensão (idem, ibidem, p. 646). A distinção, contudo, parece-nos que não anula sua enfática afirmação sobre a identidade do poder manifestado na ação e na exceção.

⁸⁶ Na doutrina italiana, confira-se, v. g., MARCO TULLIO ZANZUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 196), BONA GIACCIA CAVALLARI (*La contestazione nel processo civile*, v. 1, p. 91) e ALBERTO ROMANO (*Lazione di accertamento negativo*, p. 2 ss).

⁸⁷ Mesmo na doutrina brasileira, essa ideia ecoa há bem mais de um século. Veja-se, por exemplo, a lição de RAMALHO (*Praxe brasileira*, p. 60): “Diz-se autor aquele que comparece em juízo pedindo que se declare um direito contestado.” Adiante, o autor completa: “o réu, exercitando as suas exceções, obsta ou embarga a ação com fatos novos e considerações que dão direito a uma pretensão distinta da ação proposta, o que é suscetível de uma nova demonstração e verificação; toma ele na demanda uma posição ativa, que lhe impõe a obrigação de provar sua pretensão nova”. Entre autores mais recentes, à guisa de exemplo, confira-se ainda a posição de MONIZ DE ARAGÃO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 2, p. 464): “nas chamadas exceções materiais, o réu assume posição similar à do autor, ficando com diversos encargos a ela peculiares, o que motivou o brocardo *reus in exceptione fit actor*”.

⁸⁸ Veja-se, por exemplo, CLENATO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 246), que afirma: “[e]ssa postura da processualística de ver o réu, quando não se limita a apenas negar os fatos da ação, como verdadeiro autor, exercendo um *contra-direito*, traria implicações negativas no desenvolvimento do estudo da ciência processual, com variações no campo do ônus da prova”.

⁸⁹ Conclusão também atingida por GOLESANTI (*Eccezione...*, cit., p. 186).

Constituição Federal, Ação e Defesa

3.1 Constitucionalização do direito processual civil brasileiro

Tem-se denominado “constitucionalização do Direito”¹ o fenômeno jurídico (que no Brasil é mais recente que em outros países)² segundo o qual se impõe que todas as normas jurídicas (incluindo o direito processual civil, como “ramo” do direito público que é)³ têm de ser promulgadas, compreendidas e aplicadas a partir da Constituição, que é matriz de todo o ordenamento jurídico.⁴

¹ A propósito, SCARPINELLA BUENO pontua: “[d]e uma perspectiva, sem qualquer exagero, milenar de análise, interpretação e aplicação do direito desde a lei, parte-se, assumida e conscientemente, em direção diametralmente oposta, aquela que evidencia a necessidade de o direito ser analisado, interpretado e aplicado desde a Constituição” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 70).

² NICOLÓ TROCKER (*Processo civile e costituzione*, p. 92 ss) e JOAN PICÓ I JUNOY (*Las garantías constitucionales del proceso*, p. 17) fazem menção a esse fenômeno, na Europa, com o término de regimes ditatoriais, marcante logo após o término da 2ª Guerra Mundial, com a promulgação das Constituições italiana (1947) e da Alemanha Ocidental (1949) e da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950). Espanha e Portugal manifestaram essa tendência apenas na década de 70, quando saíram de regimes totalitários. Para o Brasil, o fenômeno só pôde ser sentido após o fim do governo militar, com a Constituição Federal de 1988. É, em linhas gerais, nesse sentido que NELSON NERY JR. explica o atraso do Brasil em sentir os efeitos dessa tendência de constitucionalização do Direito (*Princípios constitucionais do processo civil na Constituição Federal*, p. 19).

³ Para se ter uma ideia de como esse fenômeno de “constitucionalização do direito processual civil” é recente no Brasil, lembre-se que em 1973, quando veio a lume o CPC atualmente vigente, não havia praticamente nenhum esboço das garantias processuais hoje presentes da Constituição Federal. Tome-se como exemplo o princípio da ampla defesa, que em 1969 foi introduzido no texto constitucional brasileiro e destinado aos “acusados” (art. 153, § 15º), o que restringia sua aplicação ao processo penal, segundo doutrina então prevalecente. Para que esse princípio fosse estendido ao processo civil, fazia-se necessária uma complexa argumentação, apoiada na garantia à inafastabilidade da jurisdição (art. 153, § 4º) e na cláusula do *due process of law* nela implícita (a propósito, confira-se ADA PELLEGRINI GRINOVER, na obra *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 3-13, e também no ensaio O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo, *O processo em sua unidade* – II, p. 56-69).

⁴ Em sucinto e profundo ensaio (intitulado *Diritto costituzionale e processo civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 328, 1952) LIEBMAN aponta que “nello studio di ciascuno di questi rami del diritto si devono sempre tenere

Muitos estudiosos⁵ reconhecem que a repercussão desse método, no direito processual civil, distingue-se em duas frentes principais:⁶ (a) a *tutela constitucional do processo* (ou o *direito constitucional processual*), firme numa gama de princípios e garantias⁷ que, alçadas à categoria de *direitos fundamentais*,⁸ devem orientar a formulação, interpretação e aplicação de todas as normas processuais infraconstitucionais; e (b) a *tutela constitucional pelo processo* (ou o *direito processual constitucional*, ou ainda os *procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados*),⁹ predispostos ao controle judicial dos atos estatais (nessa categoria inclui-se o mandado de segurança, individual e coletivo, o *habeas corpus*, o *habeas data* e a ação popular – CF, art. 5º, LXVIII a LXXIII).

Nessa primeira vertente (*direito processual constitucional*) estão inseridas as bases do direito de ação e de defesa, com destaque para o comando contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse enunciado é muito rico de significados e pode ser interpretado de diversas formas,¹⁰ mas se acha intrínseca e primordialmente ligado ao direito de ação.¹¹ Adiante demonstraremos que não pode fugir à sua abrangência, igualmente, o direito de defesa.

presenti i suoi rapporti con gli altri, e curare questi collegamenti con tutta l'attenzione necessaria. Il diritto costituzionale rappresenta il centro di questa unità, il tronco comune da cui i vari rami si dipartono e da cui traggono la loro linfa vitale”.

⁵ Conforme ADA PELLEGRINI GRINOVER (*Os princípios constitucionais...*, p. 3-24), NERY JR. (*Princípios do processo civil...*, cit., p. 20) e, com poucas variações, ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI (*Constituição de 1988 e processo*, p. 1-7) e DINAMARCO (*Instituições*, cit., v. 1, p. 53), para ficar apenas com alguns processualistas pátrios.

⁶ FREDERICO MARQUES (*Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, p. 13-14) realça ainda dois outros campos em que a Constituição se dedicaria a reger o direito processual civil: (a) ao estabelecer os órgãos do Poder Judiciário, suas competências, sua composição e as garantias individuais dos juízes e (b) o estabelecimento de regras para certos procedimentos de particular relevância segundo o poder constituinte, como a homologação de sentenças estrangeiras e a execução contra a Fazenda Pública. Em sentido mais amplo, SCARPINELLA BUENO acrescenta ainda, no “modelo constitucional do direito processual civil”, outras duas “vertentes”, quais sejam, a disciplina da organização judiciária e das funções essenciais à justiça (*Curso...*, cit., v. 1, Parte II, Capítulos 3 e 4).

⁷ Ao longo da exposição, quando nos referirmos à *ação*, *ampla defesa*, *contraditório* etc., preferimos deixar de lado as diferenças existentes entre os conceitos de “garantia”, “direito” e “princípio”, por desnecessárias para atingimento dos objetivos ora perseguidos. Nesse passo, usaremos as três expressões de modo indistinto quando aludirmos às diretrizes insertas no âmbito da *tutela constitucional do processo*.

⁸ Assim, COUTURE (*Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., p. 21), COMOGGIO (*Riforme processuali e poteri del giudice*, p. 95), CANOTILHO (*Constituição e défice procedimental, Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 69-84) e RONNIE PREUSS DUARTE (*Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*, p. 118 ss). Registre-se que há na doutrina que se dedicou ao tema (fora do âmbito restrito do processo) pronunciamentos no sentido de reconhecer distinção entre *direitos fundamentais* (em especial a vida, a dignidade e a liberdade) e *valores instrumentais*, destinados a dar efetividade aos direitos fundamentais, incluindo o *devido processo legal* (assim, OSCAR VILHENA VIEIRA, *Direitos fundamentais*, p. 47 ss e 473 ss). Ficaremos com a primeira acepção, suficiente para os propósitos deste trabalho.

⁹ Denominação essa cunhada e pregada por SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 150 ss).

¹⁰ Conforme foi bem explicado por THOMAZ HENRIQUE JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA (*O direito fundamental à tutela jurisdicional*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 81-84).

¹¹ SCARPINELLA BUENO ressalta que “o ‘princípio do acesso à justiça’ [...] é conceito que se identifica, que verdadeiramente se mescla, com o ‘direito de ação’” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 329).

Essa perspectiva constitucional de análise do direito de ação e defesa quase não se faz sentir nas teorias “clássicas” que se propuseram a explicá-los, segundo estudado no capítulo anterior. É facilmente constatável que aquelas teorias foram desenvolvidas em um tempo em que o processo civil não era construído, interpretado e aplicado à luz da Constituição¹² e, portanto, se ressentem da falta desse método de análise, que traz profundos impactos aos contornos desses institutos.¹³ A ótica de análise que resultou naquelas teorias ainda dava maior importância à ligação do direito processual com o direito privado,¹⁴ em detrimento da posição do direito processual como “ramo” do direito público.

É, portanto, de absoluto rigor analisar os conceitos de ação e defesa à luz da Constituição Federal, fazendo-se as necessárias remissões (e não serão poucas) às teorias clássicas abordadas no capítulo anterior.

3.2 Bases constitucionais do direito de ação

3.2.1 Direito de ação como direito ao processo (inafastabilidade do Poder Judiciário)

O primeiro, mais simples e mais literal modo de interpretar o comando do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é enxergar nele norma dirigida apenas ao legislador, de modo que “a lei” (sujeito da oração) se abstenha de impedir que

¹² Deve-se ressaltar dessa afirmação a obra de EDUARDO J. COUTURE, que constrói sua teoria sobre o direito de ação e de defesa tendo como base justamente a Constituição (vide em especial *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., p. 19-67). Não se nega, igualmente, que muitos estudiosos do começo do século passado intuíram no direito processual civil a projeção das garantias individuais do cidadão em face do Estado (como demonstra FREDERICO MARQUES, na introdução à sua conhecida monografia *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, p. 3-17, reportando-se às obras de PAULA BAPTISTA, JOÃO MENDES JR. e PIMENTA BUENO). Todavia, nesses casos tem-se uma abordagem ainda incipiente e insuficiente para real retrato do fenômeno. Sob a vigência da Constituição de 1969, a doutrina principiou o trabalho de extrair garantias do processo civil, a partir de alguns primados reservados apenas ao processo penal, como se viu no item 3.1, *supra*. Mas é efetivamente a partir da Constituição de 1988 que se pode enxergar, com todos os caracteres, os direitos de ação e de defesa e todas as demais garantias para torná-los efetivos.

¹³ A propósito desse método, BEDAQUE afirma que “[a] identificação do conteúdo do direito de ação, no plano constitucional, é útil não só para efeito de identificar sua verdadeira função para a ciência processual e para os resultados que essa busca alcançar, como também para verificar a legitimidade dos limites impostos pelo legislador infraconstitucional ao regulamentar o exercício desse direito” (*Tutela cautelar...*, cit., p. 67).

¹⁴ Constatação similar foi feita por LIEBMAN (*Diritto costituzionale e processo civile*, cit., p. 329).

o cidadão recorra ao Poder Judiciário,¹⁵ alegando lesão ou ameaça a direito.¹⁶ Tratar-se-ia de uma garantia puramente negativa, e erigida para proteção do cidadão em face do Poder Legislativo.

A *contrario sensu*, porém, a norma estabelece uma garantia em sentido positivo, possibilitando que qualquer cidadão leve seus reclamos aos órgãos jurisdicionais.¹⁷

Assim, nessa primeira leitura, o direito de ação garante o *acesso ao Poder Judiciário*, traduzindo-se em um *direito ao processo*,¹⁸ cujo requisito para o exercício seria apenas a *simples afirmação unilateral* de lesão ou ameaça a um direito.¹⁹ Justamente por isso é que a ação seria um direito *atípico*, que não comporta adjetivações e permite que seu titular formule pedido de tutela jurisdicional para toda e qualquer situação jurídica substancial por ele afirmada.²⁰

Essa acepção decorre de duas opções políticas do Estado: a primeira, de vedar a autotutela privada, instituindo o monopólio estatal do uso da força;²¹ a

¹⁵ A doutrina sempre concordou que o legislador está impedido de vedar o acesso ao Poder Judiciário, mas não está proibido de condicionar esse acesso, legitimamente, a determinados requisitos e pressupostos. LIEBMAN, em lição recorrente, lembra que “[o] processo é meio de satisfação das próprias razões da forma legalmente prevista” (*Lezioni...*, cit., v. 1, p. 19). Ainda sobre o legítimo condicionamento ao exercício do direito de ação, NERY JR. (*Princípios constitucionais...*, cit., p. 104) e DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 298), o qual averba que “[r]azões de ordem ética ou econômica legitimam certas limitações impostas pela lei ao direito ao provimento de mérito. Quando se diz que todos têm direito ao pronunciamento dos juizes sobre suas pretensões, esse todos não significa que qualquer pessoa o tenha em qualquer circunstância” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 298).

¹⁶ Essa tese era dominante sob a égide da Constituição de 1969, que em seu art. 153, § 4º, trazia norma semelhante à do atual art. 5º, XXXV (conforme ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Os princípios constitucionais...*, cit., p. 17, com apoio em vasta doutrina). Já sob a vigência da Carta Constitucional atual, NERY JR. (*Princípios do processo civil...*, cit., p. 98) continua afirmando, com lastro na obra de PONTES DE MIRANDA, que o legislador seria o “destinatário principal” do disposto no seu art. 5º, XXXV, e lembra que sob sua égide seria impensável a existência de normas similares às dos arts. 181 e 182 da Constituição de 1969, que excluíam a apreciação do Judiciário quanto aos atos praticados com base no famigerado AI-5. No mesmo sentido, podemos lembrar a posição do STF no célebre julgamento do Agravo Regimental em Homologação de Sentença estrangeira 5.206-7, do Reino da Espanha, o qual declarou constitucionais normas da lei de arbitragem (Lei 9.307/1996). Naquela oportunidade, o Ministro Nelson Jobim proferiu voto-vista muito bem fundamentado, em que assentou justamente que o mais imediato destinatário do art. 5º, XXXV, da Carta Maior é o legislador, proibindo-o de impedir o acesso do cidadão ao Poder Judiciário.

¹⁷ Assim pontua, com profundo embasamento, KAZUO WATANABE (*Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*, p. 30 ss). Sua lição, embora proferida antes do advento da Constituição vigente, persiste plenamente válida.

¹⁸ Essa primeira concepção compatibiliza-se com a chamada “primeira onda de acesso à justiça”, construção da célebre obra de MAURO CAPPALLETTI e BRYANT GARTH (*Acesso à justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet, p. 31 ss), cuja preocupação era permitir que se removessem obstáculos (em especial os financeiros) para que os cidadãos adentrassem ao Poder Judiciário. A tônica principal é a de viabilizar o direito ao processo, sem preocupação mais efetiva com o resultado da atividade jurisdicional.

¹⁹ Assim pontuam, entre muitos outros autores, BEDAQUE (*Tutela cautelar...*, cit., p. 69) e CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 102).

²⁰ Assim define FLÁVIO YARSHALL (*Tutela jurisdicional*, p. 58 ss).

²¹ A vedação à autotutela se revela nítida quando se nota que a realização de “justiça pelas próprias mãos” é considerada crime de “exercício arbitrário das próprias razões”, capitulado como delito contra a administração da justiça (CF, art. 345). Contudo, o monopólio estatal do uso da força não é absoluto, pois ainda se reserva

segunda, de instituir o Judiciário como poder inerte, que não age de ofício, mas sim sob provocação dos interessados.

Assim delimitado, o direito de ação traz consigo a garantia do jurisdicionado de receber do Poder Judiciário uma resposta devidamente fundamentada (CF, art. 93, IX), mesmo que para rejeitar de plano a petição inicial sem enfrentar o mérito da demanda (tanto em razão da existência de vício processual formal quanto nos casos excepcionais em que o juiz está autorizado a reconhecer a expressa vedação legal ao pedido ou à causa de pedir, e barrar desde logo o prosseguimento do processo). Também nessas hipóteses pode-se considerar que houve exercício do direito de ação.

Fica evidente também que essa primeira acepção da ação alinha-se à teoria abstrata, para a qual esse direito seria quase inerente à personalidade²² e garantiria ao litigante, apenas, um pronunciamento judicial (independentemente de seu conteúdo).²³ Não por acaso, COUTURE²⁴ vislumbra semelhança entre o direito de ação e o direito de petição.²⁵ LIEBMAN resume essa concepção dizendo que “a ação é o direito ao meio, não ao fim”.²⁶

Não é de hoje que essa acepção restrita do direito de ação é insuficiente, porque a resume no ato de iniciativa processual e se acha completamente descomprometida com os demais atos processuais a partir daí realizados e, principalmente, com os resultados concretos da atividade jurisdicional. Daí por que há muito o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal passou a comportar interpretações distintas, muito mais amplas, das quais nos ocupamos a seguir.

3.2.2 Direito de ação como direito à tutela jurisdicional, consubstanciada na sentença de mérito

Há tempos, a doutrina reconheceu a insuficiência dessa primeira acepção meramente *formal* do direito de ação por considerar que não basta assegurar ao cidadão o direito de ingressar no Poder Judiciário, sendo necessário que se garanta a efetiva prestação de *tutela jurisdicional*, que se consubstancia primordialmente na *sentença de mérito* (aquela que aponta qual dos litigantes tem razão e confere a ele a titularidade do direito litigioso). Ou seja, o enfoque não recai

espaço (exíguo) para a legítima defesa (dentro dos limites impostos pela lei – CF, art. 25, e CC, art. 188, I) e se autorizam medidas como o “desforço imediato” contra esbulho e turbação da posse (CC, art. 1.210, § 1º).

²² Como observa também DINAMARCO (*Execução civil*, p. 364).

²³ CALMON DE PASSOS (*A ação...*, cit., p. 145-146).

²⁴ *Fundamentos...*, cit., p. 60 ss.

²⁵ NERY JR. (*Princípios do processo civil...*, cit., p. 102) reconhece que a contrapartida do direito constitucional de petição é a obrigatoriedade de resposta que a autoridade destinatária deve dar ao pedido.

²⁶ *Manual de direito processual civil*, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, v. 1, p. 68.

apenas sobre o acesso ao processo (*meio*), mas também quanto ao seu resultado (*fim*).

Essa leitura afina-se de certo modo com a teoria eclética de LIEBMAN, que identifica a entrega da tutela jurisdicional com a prolação da sentença de mérito (em favor do autor ou do réu), situando-se, portanto, no meio-termo entre as teorias *abstracta pura e concretista*, conforme visto no item 2.2, *supra*.

Todavia, essa noção do direito de ação também é claramente insuficiente.

Primeiro, porque, nessa acepção, o direito de ação continua umbilicalmente atrelado ao ato de iniciativa do processo. Exatamente nesse sentido é que se fala em “condições da ação” como requisitos necessários para que o juiz pronuncie sentença de mérito em favor do autor, as quais não de ser aferidas de acordo com os elementos da demanda inicial. Peca essa concepção pela negligência com os demais poderes das partes após o ato inaugural do processo.

Ademais, se o direito de ação não garante uma sentença de mérito favorável (diferentemente do que entendiam os concretistas), e sim uma sentença de mérito de procedência ou de improcedência, uma de duas: ou se reconhece que o réu, ao se defender, exerce direito de ação, ou se afirma que a defesa, ainda que diferente da ação, também é meio para obtenção da tutela jurisdicional.²⁷ Essa questão será examinada com profundidade adiante.

Veja-se ainda que essa dimensão do direito de ação não explica adequadamente a natureza do direito que move a instauração de processo que não chega ao julgamento do fundo do litígio e se encerra por decisão terminativa.

LIEBMAN, apegado à premissa de que só existe direito de ação quando houver sentença de mérito, propõe uma indesejável bipartição entre o direito constitucional de iniciar o processo e o direito processual a uma sentença de mérito.²⁸ Nesse passo, sua teoria aproxima-se da concretista, com a diferença

de que, para os defensores desta última, só existiria exercício do direito de ação quando houvesse sentença de mérito *favorável ao autor*.²⁹

Em que pese a autoridade de tal lição, entendemos que, mesmo quando o processo se encerra por decisão terminativa, não se pode negar a existência do exercício do direito de ação. De fato, se o direito de ação é regularmente exercido, a Constituição Federal garante que o seu produto será o proferimento de uma sentença de mérito. No entanto, se o direito de ação for exercido sem observância dos requisitos legais, e ensejar uma decisão terminativa, ainda assim há direito de ação, mas exercido de modo desconforme ao modelo legal.³⁰

Dito de outra forma: o direito de ação é o mesmo se exercido de modo regular ou irregular, mas apenas no primeiro caso se produzirá o resultado programado pela Constituição Federal, que é o proferimento da sentença de mérito. No segundo caso, mesmo a mais esdrúxula das petições iniciais receberá uma resposta do Poder Judiciário,³¹ assim como se reconhece que mesmo atos

²⁹ Essa, aliás, é a principal crítica à teoria concreta, conforme lecionam CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 270). Outra crítica aos concretistas se refere à sentença injusta, que concede ao autor direito material de que ele não é titular.

³⁰ Para melhor ilustrar esse raciocínio, convém fazermos paralelo entre o exercício do direito de ação e o exercício do direito de interpor recurso. O paralelo é cabível porque, “[c]omo o recurso é um prolongamento do direito de ação, repete-se aqui, *mutatis mutandis*, a exigência das condições da ação. Assim, à possibilidade jurídica do pedido corresponde o cabimento; à legitimidade *ad causam*, a legitimação para recorrer; e ao interesse processual, o interesse em recorrer” (LUIZ ORIONE NETO, *Recursos cíveis*, p. 60). Nesse passo, o Código de Processo Civil estabelece que de toda sentença caberá recurso de apelação (art. 513). Esse direito ao recurso é abstratamente assegurado a todos os sujeitos parciais do processo (sejam aqueles que figuraram como parte desde o início, sejam os terceiros que nele intervieram, tornando-se partes), bem como a qualquer terceiro que, por acaso, ainda não tenha intervindo até aquele momento do procedimento e queira fazê-lo (conforme o art. 499 do CPC). Uma vez exercido esse direito por qualquer desses sujeitos, o recurso passará (eventualmente) por um triplo crivo de admissibilidade, em que se verificará o preenchimento de seus pressupostos *intrínsecos* e *extrínsecos* (perante o juízo *a quo*, perante o relator sorteado no Tribunal *ad quem* e perante o colegiado que o relator integra). Se preenchidos todos os requisitos de admissibilidade, o mérito recursal será conhecido, de forma que seja dado ou negado provimento ao recurso. Se qualquer dos requisitos de admissibilidade faltar, o recurso não será julgado pelo mérito. Vê-se então que o direito a recorrer pode ser bem ou mal exercido, o que implicará o julgamento ou não de seu mérito. O objetivo da apelação é permitir ao órgão de 2ª instância que reveja a decisão do juízo de 1ª grau, mas quando o recurso não observa o modelo estabelecido pela lei (por ação ou omissão do recorrente), esse objetivo não será atendido.

³¹ Essa garantia socorre mesmo ao demandante que formular o pedido mais estapafúrdio imaginável. Nesse sentido, cumpre-nos lembrar de curiosa sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Seção Judiciária da Justiça Federal em Pernambuco, nos autos de uma teratológica demanda movida por advogada em causa própria (autos nºs 2000.83.00.013654-2) e disponível na *internet* (<www.jfpe.gov.br>), que bem ilustra o quanto foi por nós aqui dito, no sentido de que, por mais estapafúrdia que seja a demanda, o Poder Judiciário é obrigado a respondê-la. Cumpre, então, transcrevê-la: “[c]hamo o feito a ordem para indeferir a inicial, vez que: 1) não há causa de pedir, 2) os fatos narrados não conduzem logicamente ao pedido e 3) há pedidos juridicamente impossíveis (art. 295, parágrafo único, do CPC). Com efeito, a autora limita-se a acusar os Estados Unidos da América de perseguição, de boicote ao seu doutorado, de boicote ao concurso para diplomata, de restrição à liberdade de reunião e de opinião, de uso de tecnologias que lhe provocaram hirsutismo, de ‘jogarem armas químicas militares contra a autora’ entre outras condutas, nenhuma das quais especificamente narrada, com um mínimo de objetividade. Nos pedidos, por sua vez, requer ‘o direito legal legítimo de ser inimiga contra os Estados Unidos da América do Norte’ (sic), o ‘direito de ser amiga e a respeitar os povos europeus’ (sic), o ‘direito a explodir bomba atômica contra todo o povo norte-americano nacionalidade de origem, povo do continente

²⁷ Essa mesma crítica foi feita por COMOGGIO (Note *riepilogative...*, cit., p. 470).

²⁸ Essa ideia de LIEBMAN é bem sintetizada no *Appendice* por ele apostado ao verbete *Azione* (teoria generale), escrito por PERKELIS no *Novissimo digesto italiano*, v. 2, p. 48, no sentido de que “l’azione va tenuta anzitutto distinta dal diritto cívico e generico di adire i tribunali (sancito dalla Costituzione, art. 24), che è il presupposto pratico, la garanzia costituzionale della possibilità che chiunque di proporre caso per caso. Le azioni che verranno eventualmente a competergli”. Seguindo a trilha desse pensamento, DINAMARCO (*Execução civil*, p. 366) também chega a propor a dicotomia entre direito natural de ação (como mera faculdade de ingressar em juízo, de caráter abstrato e incondicionado) e o direito institucional de ação (consistente no direito ao provimento de mérito, que se sujeita justamente à existência das condições da ação), muito embora reconheça que ambos pertencem, simultaneamente, ao direito constitucional e ao direito processual. Adiante, o autor demonstra alguma simpatia com a utilização das expressões *direito de demandar* ou *direito à administração da justiça*, expressões extraídas da doutrina, respectivamente, de GUILHERME ESTELITA e BOTELHO DE MESQUITA para designar o direito abstrato e incondicionado de adentrar ao Poder Judiciário. Para DINAMARCO, “a ‘verdadeira’ ação se resolve no poder de exigir o provimento final do processo” (*Execução civil*, p. 369-370); antes, haverá apenas “direito de demandar”, que (esse sim) é incondicionado (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 247). No mesmo sentido, propalando as vantagens de distinguir o “direito de ação” e a “garantia constitucional de demandar”, CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 59).

completamente inválidos na esfera do direito material possam produzir algum resultado.³²

Essas afirmações ganham ainda mais peso com a constatação de que a decisão terminativa será sempre excepcional – decorrente do que DINAMARCO denomina “crise” –,³³ baseando-se no descumprimento, pelo autor, de requisitos e pressupostos que, aliás, embora condicionem o exercício do direito de ação, são perfeitamente legítimos à luz da Constituição.

Destarte, embora os escopos da jurisdição e do processo se materializem (inicialmente) na decisão de mérito (única apta a aplicar o direito objetivo e compor o litígio), o direito que instaurou o processo encerrado por decisão terminativa é justamente o direito de ação, apenas exercido em desacordo com o modelo legal.

Seguindo-se esse raciocínio, não há, pois, dois direitos, um *constitucional*, de acesso ao Judiciário para obtenção de qualquer decisão (“direito de demandar” ou “direito à administração da justiça”), e outro *processual*, à obtenção de uma sentença de mérito (“verdadeiro direito de ação”). Há um único direito de ação, regular ou irregularmente exercido.³⁴ As condições da ação, portanto, ficam muito mais bem enquadradas como “condições da demanda”,³⁵ pois mesmo à falta delas houve exercício do direito de ação.

Apesar de mostrar simpatia a essa bipartição ao longo de toda a sua obra, DINAMARCO enuncia o preciso pensamento de que a ação “é um direito ao processo, com a peculiaridade de que passa por uma gradual intensificação à medida que esta vai caminhando regularmente”.³⁶ Em outro estudo,³⁷ o mesmo jurista refere-se a uma “escalada de intensidade instrumental” da ação, de tal sorte que

América, do país Estados Unidos da América do Norte, Capital Washington DC., não deixando nenhum sobrevivente’ (sic), além de reparação de danos ‘no valor de moedas Brasil 20 quatrilhões de reais’ (sic). Trata-se de vícios que tornam despiendo o próprio saneamento da inicial, pelo que extingo o processo sem julgamento do mérito (art. 267, I, do CPC). Atendendo ao contido na própria inicial, oficiou-se a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco, para os fins dos arts. 8, I, e 11, V, do seu Estatuto, juntando-se cópia daquela peça. Publique-se. Registre-se. Intime-se”.

³² Cf., v. g., ZENO VELOSO (*Invalidade do negócio jurídico, validade e anulabilidade, de acordo com o novo Código Civil brasileiro*, p. 123-124).

³³ O autor constrói a ideia de que a “crise” do processo é uma “doença”, que lhe compromete a capacidade de atingir seus fins de modo temporário (importando na suspensão do processo) ou definitivo (implicando sua extinção). Em ambos os casos, tem-se uma situação de anomalia (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 627 ss). Assim também ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (“Extinção do processo”..., cit., *Ensaios...*, cit., p. 364).

³⁴ Nesse sentido também se pronunciou LUIZ GUILHERME MARINONI (*Curso de processo civil*, v. 1, p. 179), que argumenta lançando mão do art. 263 do CPC que a ação se considera proposta “tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída”, independentemente de o juiz ter feito o exame do preenchimento dos requisitos legais para que prossiga o processo. A mesma posição é sufragada por ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (“Extinção do processo” e mérito da causa. *Ensaios de direito processual*, p. 364).

³⁵ Como propõem COMOGLIO, FERRI e TARUFFO (*Lezioni sul processo civile*, p. 234).

³⁶ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 324.

³⁷ *Execução civil*, p. 367-368.

a) todos têm a faculdade de ingressar em juízo, independentemente de terem o direito alegado e mesmo de serem amparados pelas condições da ação; b) tem o poder de exigir o provimento jurisdicional final quem estiver amparado pelas condições da ação, quer tenha ou não o direito subjetivo material alegado; c) só tem direito à tutela jurisdicional quem reunir as condições e ainda desfrutar do direito subjetivo material alegado.³⁸

Usando palavras distintas, pode-se dizer que o mesmo direito de ação anima: (a) o processo que se encerra por decisão terminativa; (b) o processo encerrado por decisão de rejeição da demanda; e (c) o processo concluído por decisão de acolhimento dessa mesma demanda. Há resultados diferentes da atividade jurisdicional nos três casos, mas não há exercício de diferentes direitos.

No primeiro caso, tem-se o direito de ação exercido em desconformidade com a forma processual, ensejando que o processo se encerre sem atingir o seu resultado esperado (que é a sentença de mérito, ao menos inicialmente). No segundo caso, o direito de ação foi exercido de forma regular, mas, como direito autônomo que é, seu exercício não estava acompanhado do amparo do direito material.³⁹ No terceiro caso, o direito de ação foi exercido regularmente pelo litigante que estava amparado pelo ordenamento jurídico material. Nesse último caso há “tutela jurisdicional plena”;⁴⁰ nos demais, a tutela jurisdicional existe, porém é mais limitada. O acerto dessa afirmação ficará mais claro adiante.

3.2.3 Direito de ação como direito à tutela jurisdicional efetiva outorgada por meio do devido processo legal

Sem nos desprendermos da orientação analisada no item precedente, temos ainda um terceiro desdobramento do enunciado do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, que repousa sobre a insuficiência da prestação de tutela jurisdicional por qualquer decisão de mérito, resultante de qualquer processo.

³⁸ De modo similar, na doutrina italiana, COMOGLIO-FERRI-TARUFFO (*Lezioni sul processo civile*, p. 225): definem o direito de ação “genericamente, la possibilita (o il potere) dell'attore di porre in moto l'attività degli organi giurisdizionali e, perciò, la possibilità di provocare, a próprio vantaggio, l'esercizio della giurisdizione” e “più specificamente, la potestà (o il diritto) di chiedere e, in caso di accertata fondatezza, il diritto di ottenere dal giudice l'accoglimento della pretesa fatta valere”.

³⁹ Essa construção permite conciliar as “teorias clássicas” sobre o direito de ação, como, aliás, foi alvitrado por CALMON DE PASSOS há quase meio século (*A ação no direito processual civil brasileiro*, p. 145-146). Para o autor, haveria a “ação de tutela meramente processual, que se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional, com um provimento de inadmissibilidade; uma ação de tutela do direito objetivo material, que se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional, com a certificação do direito objetivo e sua consequente atuação, e uma ação de tutela do direito subjetivo material, que somente se exaure, desobrigando o órgão jurisdicional, com a satisfação do direito subjetivo do demandante”. Essa mesma interpretação, curiosamente, foi, um ano depois, alvitrada por MAURO CAPPELLETTI no artigo *Eccezione come contraddittorio del convenuto*, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 275, 1961.

⁴⁰ LIEBMAN (*Manual...*, v. 1, p. 147).

Segundo essa leitura mais ampla e atual do referido dispositivo constitucional, é absolutamente necessário que o direito de ação seja exercido mediante o *devido processo legal*,⁴¹ o qual deve culminar em decisão em maior consonância possível em relação ao direito material e aos fatos efetivamente ocorridos entre os litigantes no plano real.⁴²

Mais do que isso, o processo deve atingir tais resultados *tempestivamente*, pois (a doutrina, em coro, não se cansa de repetir) a justiça tardia equivale a uma injustiça. Segundo essa linha exegética, portanto, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição já compreenderia a garantia à “razoável duração do processo” e à “celeridade de sua tramitação”,⁴³ de tal sorte que a Emenda Constitucional 45/2004, ao introduzir o inciso LXXVIII no mesmo artigo, limitou-se a enunciar de modo explícito um princípio já presente na ordem constitucional.⁴⁴

O direito de ação garante, assim, que o *resultado* da atividade processual reunirá todas essas qualidades, atingindo-se assim a outorga da tutela jurisdicional *efetiva* (no sentido de que congregue realização prática do direito material⁴⁵ com celeridade e segurança jurídica,⁴⁶ mediante a observância do devido processo legal),⁴⁷ *adequada* (a proteção jurisdicional deve ser moldada ao direito substan-

⁴¹ Cláusula geral que consiste, substancialmente, no preestabelecimento de regras que permitam a maior participação possível dos interessados.

⁴² Sobre o conceito de devido processo legal confirmam-se: VIGORITTI (*Garanzie costituzionali del processo civile*, p. 38 ss) e, entre nós, DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 243-247), PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON (Devido processo legal substancial. *Leituras complementares de processo civil*, p. 9-25), e MARIA ROSINETE OLIVEIRA LIMA (*Devido processo legal*, p. 239-288).

⁴³ A propósito, convém lembrar dois ensaios de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, o primeiro intitulado *Tempo e processo* e o segundo, sob a forma do artigo Garantia do processo sem dilações indevidas inserido na obra *Garantias constitucionais do processo civil* (CRUZ E TUCCI (Coord.), p. 234-262).

⁴⁴ Nesse sentido, entre muitos outros autores, destaca-se o Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO (Reforma do Poder Judiciário, *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, LUIZ MANOEL GOMES JR., OCTAVIO CAMPOS FISCHER, WILLIAM SANTOS FERREIRA (Coord.), p. 357). Note-se que a mesma conclusão foi alcançada pela doutrina italiana, quando se deparou com a introdução, no art. 111 da Constituição daquele país, da garantia à duração razoável do processo (CARLO VELLANI, *La collaborazione tra il giudice e le parti nel processo del lavoro. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 981, 2001).

⁴⁵ Enfim, traduz essa preocupação a máxima enunciada por CHIOVENDA de que “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire” (*Dell’azione nascente del contratto preliminare, Saggi...*, cit., v. 1, p. 110).

⁴⁶ Mais uma vez, importa colacionar a síntese de BEDAQUE: “[p]rocesso efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material” (*Efetividade do processo e técnica processual*, p. 49, destaques do original).

⁴⁷ BEDAQUE (Garantia de amplitude da produção probatória, In: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (Coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 166) assinala que “[n]ão é suficiente afirmar que o art. 5º, inc. XXXV, constitucionalizou o direito abstrato de ação. Importa coordenar essa garantia com outras existentes no texto constitucional”. CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Tutela antecipada*, p. 5) acrescenta: “[o] grande norte a ser seguido pelo legislador e, consequentemente, pela técnica processual e pelos seus aplicadores concretos é o princípio da efetividade da jurisdição (ou do acesso à justiça ou acesso à ordem jurídica justa) constante do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, sempre equilibrado e dosado, como todo bom princípio jurídico, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LX, respectivamente)”.

cial reclamado)⁴⁸ e *tempestiva*⁴⁹ (seja pela disponibilização de mecanismos para tutelar situações de urgência, seja pela duração razoável do processo).⁵⁰

Percebe-se, então, que essa terceira (mais ampla e mais profunda) leitura do comando constitucional divide suas atenções entre o *meio* (o devido processo legal) e o *fim* (a realização de justiça de modo efetivo, adequado e tempestivo),⁵¹ de tal maneira que o direito de ação se definiria como o direito de “acesso à ordem jurídica justa”⁵² (conforme a consagrada fórmula cunhada por KAZUO WATANABE), obtido por meio de um “processo civil de resultados” (expressão para a qual tem insistido há anos CÂNDIDO DINAMARCO).⁵³

Acatando essa terceira e mais ampla leitura do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional, BEDAQUE pontua: “[a]ssim, direito de ação não é direito a uma sentença favorável [como querem os concretistas, dizemos nós], a uma sentença qualquer [como sustentam os abstrativistas puros] ou à sentença de mérito [o que satisfaz a LIEBMAN, também completamos]”. Adiante BEDAQUE conclui: “[o] direito de ação deve ser visto como garantia da efetividade, isto é, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado instrumento apto a solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil”.⁵⁴

Nesse mesmo sentido, COMOGLIO sintetiza:

⁴⁸ A esse aspecto dá especial destaque PROTO PISANI (*Lezioni di diritto processuale civile*, p. 52-55) ao considerar que a *adequação* da prestação jurisdicional ao direito material invocado é consequência natural e necessária da superação da ideia de ação como direito unitário e completamente autônomo (que é impregnada da concepção de igualdade formal do Estado liberal do século XIX) para a ideia de *efetiva tutela jurisdicional* (própria do Estado social do século XX, que se baseia em critérios de igualdade substancial).

⁴⁹ Não podemos deixar de considerar que a ideia moderna de tutela jurisdicional *efetiva* já compreende os qualificativos “adequada” e “tempestiva”. Segundo BARBOSA MOREIRA (Efetividade do processo e técnica processual, *Temas de direito processual – 6ª série*, p. 17-18), “a busca pela efetividade do processo se assenta em alguns pontos: (a) o processo deve dispor de meios de tutela adequados a todos os tipos de direitos (expressos ou implícitos no sistema); (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, inclusive quando indeterminado o conjunto de seus titulares; (c) que haja meios para que o julgamento do magistrado se aproxime o máximo possível da realidade dos fatos; (d) que o sistema seja formatado de modo que o resultado do processo seja exatamente aquele que o direito material assegura ao litigante vencedor; e (e) que os resultados mencionados sejam atingidos com um mínimo de dispêndio de tempo e energia. Mas não há mal em pecar pelo excesso e enunciar expressamente a necessidade de *adequação* e *tempestividade* da tutela jurisdicional”.

⁵⁰ ITALO ANDOLINA recentemente destacou que a relação entre tempo e processo envolve o gerenciamento do “tempo no processo” e do “processo no tempo” (*Revista de processo*, nº 176, p. 259-274). No primeiro caso, entram em cena as tutelas de urgência; no segundo, os meios para assegurar a duração razoável do processo.

⁵¹ Veja-se a propósito o pensamento de BEDAQUE, no sentido de que a ação “é garantia de meio e de resultado” (*Tutela cautelar...*, cit., p. 71).

⁵² Mais uma vez, cumpre mencionar BEDAQUE (Garantia de amplitude da produção probatória, cit., p. 151), que afirma: “mais do que prever a mera formulação do pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar satisfação do direito”.

⁵³ Como no ensaio intitulado *Tutela jurisdicional (Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 798-799).

⁵⁴ Garantia de amplitude da produção probatória, cit., p. 166-167.

[a] “ação”, em sentido constitucional, como não é mais apenas “direito ao processo” (mas é um “direito ao justo processo”), é também um “direito à tutela” (ou, se se preferir, o “direito a uma efetiva tutela”), bem se podendo aspirar inseri-lo [...] entre os “princípios supremos” do ordenamento constitucional, ou até mesmo entre os “direitos invioláveis do homem”, reconhecidos e garantidos pela República (art. 2º da Constituição italiana).⁵⁵

É importante ainda notar que essa terceira e mais profunda leitura do aludido dispositivo constitucional não se contrapõe às duas anteriores, mas expande os horizontes do conceito do direito de ação por elas delineados, isto é, o direito de acesso ao processo, do qual decorre o direito à sentença de mérito, chegando, finalmente, ao direito à tutela jurisdicional efetiva,⁵⁶ seja quanto ao meio (processo cercado das garantias constitucionais estabelecidas em favor dos litigantes), seja quanto ao fim (decisão o mais afinada possível com o direito objetivo e com os fatos efetivamente ocorridos no plano concreto).⁵⁷

Em suma, no plano teórico, essa evolução decorre naturalmente da visão instrumentalista do processo, de tal sorte que o direito de ação garante a qualidade do processo e de seu resultado. Esse dado não fugiu à apreciação de ALVARO DE OLIVEIRA,⁵⁸ QUE AVERBOU:

a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também uma garantia “de resultado”, ressaltando o nexó teleológico fundamental entre o “agir em juízo” e a “tutela” do direito afirmado.

No plano técnico-processual, o resultado mais importante dessa evolução do direito de ação é a sua desvinculação do simples direito de iniciativa da parte

⁵⁵ *Riforme processuali e poteri del giudice*, p. 95, já por nós traduzido.

⁵⁶ VITTORIO DENI destaca justamente que essa concepção representa uma nova e mais avançada interpretação da garantia constitucional do direito de ação, que corre a reboque da mudança do paradigma do estado liberal e garantista-formal para o Estado social garantista-substancial (Valori costituzionali e cultura processuale..., p. 448).

⁵⁷ Aqui também podemos identificar a afinidade dessa terceira e mais profunda interpretação do multirreferido comando da Constituição da República, com o programa da “terceira onda de acesso à justiça”, referida por CAPPELLETTI e GARTH. De fato, as duas primeiras “ondas” (remoção de obstáculos financeiros e proteção dos interesses difusos) eram movimentos “preocupados com a representação legal” e visavam viabilizar o acesso ao processo, o qual “não se mostrou suficiente, por si só, para tornar essas mudanças de regras ‘vantagens tangíveis’ no nível prático” (*Acesso à justiça*, p. 68-69). Assim, a “terceira onda” propõe uma ampla gama de reformas, que se preocupem com os resultados práticos da atividade processual, e compreendem, entre outros elementos, a adaptação do processo ao tipo de litígio, simplificação do direito processual e do direito material, reduzindo a formalidade processual e criando mecanismos mais efetivos para a realização concreta de direitos (*Acesso à justiça*, p. 70-73). Em suma, a preocupação da “terceira onda” desdobra-se entre o meio e o fim.

⁵⁸ Efetividade e tutela jurisdicional. *Ajuris*, nº 98, p. 31.

para instauração do processo, isto é, reconhecendo-se que não se esgota na propositura da demanda⁵⁹ (solução que, como vimos, satisfazia as duas primeiras acepções acima retratadas).

Concebido o direito de ação como o direito ao processo, de modo abstrato e descompromissado com o resultado que dele se pode obter, tem-se que o exercício dessa garantia se exaure no ato inicial do processo, pelo qual o litigante tira o Estado-juiz de sua inércia. A partir daí, o titular do direito de ação tem a garantia de que receberá alguma resposta da autoridade jurisdicional (independentemente de seu conteúdo).

De outra parte, idealizado o direito de ação como direito a uma sentença de mérito, seu exercício também acaba ligado de modo indissociável à demanda, como ato jurídico de iniciativa do processo.⁶⁰ É a partir da análise da demanda que o juiz verifica o preenchimento das condições da ação, as quais, como regra, se mantêm inalteradas ao longo do procedimento.

Em resumo, as duas concepções de direito de ação analisadas acima (itens 3.2.1 e 3.2.2, *supra*) estão impregnadas pela mesma identificação entre direito de ação e ato de iniciativa processual (demanda).

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO⁶¹ demonstram de maneira irrefutável que não tem mais sentido atual essa concepção de que o direito de ação se esgota pela propositura da demanda, que decorre de teorias desenvolvidas na primeira metade do século XX que continuam impregnadas no art. 99 do CPC italiano.⁶²

Por isso, esta terceira leitura do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, aqui esmiuçada, provoca a desvinculação entre “ação” e “demanda”, que passa a ser apenas um primeiro ato processual pelo qual se manifesta o direito de ação. Dessarte, esse último conceito (de demanda) ganha ainda maior importância e, por isso, a ele será reservado espaço oportunamente (item 6.2.1, *infra*).

Afinal, o direito à tutela jurisdicional efetiva não se materializa simplesmente no ato inicial do processo, mas há de compreender um sem-número de poderes que permitam que o litigante realmente participe do processo,⁶³ apresentando suas alegações de fato e de direito, produzindo provas, com o intuito de influir na

⁵⁹ FAZZALARI (*Istituzioni di diritto processuale*, p. 424) assevera que a ação “non si esaurisce nella solitaria facoltà del soggetto di mettere in moto il processo, ma consiste appunto [...] in una serie di facoltà, poteri e doveri, quanti la legge ne assegna al soggetto per la sua condotta, lungo tutto l'arco del processo, fino alla sentenza che accoglie o respinge la domanda”. Em sentido ainda mais completo, BEDAQUE pontua: “muito mais do que direito ou poder de iniciar o processo, ação é garantia constitucional ao modelo processual, tal como regulado na própria Constituição, informado pelo contraditório e pela ampla defesa” (*Tutela cautelar...*, cit., p. 70).

⁶⁰ Sobre o conceito de “demanda” nos debruçaremos no item 6.2.1, *infra*.

⁶¹ *Lezioni sul processo civile*, p. 226-229.

⁶² “Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente.”

⁶³ TROCKER (*Processo civile e costituzione*, p. 367-371) sustenta que o direito de ação não se limita ao acesso ao Poder Judiciário, mas sim ao agir perante o órgão julgador, da mesma forma que a garantia de ação não se esgota em uma posição meramente negativa (o legislador não pode impedir seu exercício, limitando o acesso

decisão judicial.⁶⁴ A ação concebida como “direito à sentença de mérito” resumia-se na demanda porque ela é o ato portador de poder de “ativação decisória”.⁶⁵

A partir do momento em que não é mais suficiente o direito ao processo *tout court*, sendo garantido o acesso ao “giusto processo”,⁶⁶ a garantia de ação não assegura apenas um meio, mas igualmente um resultado, e passa a ser tratada como uma “situação subjetiva composta e continuada”,⁶⁷ compreendendo poderes de iniciativa e impulso.

Nas palavras de DINAMARCO,⁶⁸ o direito de ação engloba, portanto, “a gama de poderes e faculdades que tem o autor desde antes da instauração do processo e até que proferido o provimento final”. O mestre ainda completa: “[s]eria de muito pouco significado a própria garantia constitucional e ficaria esvaziada de conteúdo se se reduzisse ao poder de iniciativa”. Trilhando caminho similar, CASSIO SCARPINELLA BUENO⁶⁹ ressalta que

[n]ão há mais espaço para entender o “direito de ação”, ou, simplesmente, a “ação” como a mera ruptura da inércia da jurisdição, quando o tema é inserido em seu devido contexto, do “modelo constitucional do direito processual civil”. Muito mais do que isto, é importante entendê-lo e associá-lo com o próprio agir, durante todo o processo, para a obtenção da tutela jurisdicional e de seus efeitos concretos no plano material. O “direito de ação”, nestas condições, deve ser entendido como o direito subjetivo público exercitável contra o Estado-juiz ao longo de todo o processo como forma de garantir àquele que o exerce a prestação da tutela jurisdicional de acordo com um processo “devido”, assim entendido o processo em que

ao Estado-juiz), mas é dotado de um elemento positivo que floresce em um feixe de poderes destinados a obter um pronunciamento favorável, mediante efetiva participação em todo o curso do processo.

⁶⁴ Aliás, essa ideia de que o direito de ação compreenderia um feixe de poderes está implícita na doutrina (praticamente unânime) que se propôs a definir a natureza dos *recursos*, como desdobramento do direito de ação. Assim, CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 5, p. 8) recentemente apontou que “os recursos representam prova segura do acerto da percepção de que o direito de ação e o direito de defesa ensejam verdadeiros desdobramentos durante o processo. Os recursos são, assim, direito subjetivo público exercitado em face do Estado-juiz com vistas à revisão, em sentido amplo, de uma dada decisão jurisdicional”. No mesmo sentido, ARAKEN DE ASSIS (*Manual dos recursos*, p. 35) reconhece o “poder de recorrer como simples aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação exercido no processo”.

⁶⁵ Nas palavras de COMOGLO, FERRI e TARUFFO (*Lezioni...*, cit., p. 228).

⁶⁶ *Idem*, *ibidem*.

⁶⁷ *Idem*, *ibidem*.

⁶⁸ *Execução civil*, p. 352. Em outra obra, DINAMARCO (*Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 283) assim afirma: “não só exerce a ação quem mediante a demanda inicial dá causa à instauração do processo, mas também o autor que responde às preliminares arguidas pelo réu, que junta documentos no curso do processo, que recorre etc., ou o exequente que pede reforço de penhora, que impugna a avaliação, que pleiteia adjudicação do bem penhorado. E uma palavra, a ação é um poder sim, mas um poder que se desdobra em uma infinidade de poderes coordenados à provocação do ato final do processo (sentença de mérito, no processo de conhecimento; ato de entrega do bem, na execução forçada)”.

⁶⁹ *Curso...*, cit., v. 1, p. 334.

se assegurem todos os direitos assegurados pelos princípios constitucionais do processo civil.⁷⁰

Essa nova e (enormemente ampliativa) feição dada ao direito de ação (descolada do simples ato de iniciativa processual e compreensiva de uma gama de direitos que entram em cena durante todo o processo) traz, por sua vez, outras duas importantes consequências.

A primeira delas é *aproximar ainda mais o direito de ação do direito de defesa*, eis que este último também garante meios ao réu para influir na decisão judicial, com intuito de obter para si pronunciamento favorável (efetivo, tempestivo e adequado). Leva-se em conta que o réu, igualmente, pode obter tutela jurisdicional por meio do processo instaurado pelo autor com esse mesmo fim. Esse aspecto evidentemente nos interessa em especial e merecerá mais atenção adiante.

A segunda decorrência é o reconhecimento – anotado por DINAMARCO⁷¹ e YARSHHELL⁷² – que ao *vencido* também se outorga tutela jurisdicional, pois também ele exerceu uma série de poderes com o intuito de influir na decisão judicial.

Essa tutela não é “plena”, e sim “de menor intensidade”,⁷³ e viria sob diversas formas, desde a predisposição de *meios* para o cidadão defender seus direitos,⁷⁴ a proteção consistente em “não restar sacrificado além dos limites do justo e do

⁷⁰ Curioso é notar que LIEBMAN já havia reconhecido, incidentalmente, que o direito de ação seria “diritto d’iniziativa e d’impulso” (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 135), mas não desenvolveu com profundidade essa ideia. O mesmo se diga da obra de ALFREDO ROCCO (*La sentenza civile*, cit., p. 135), que afirmou que o direito de ação engloba “todas las facultades que corresponden a las partes en el procedimiento y el ejercicio de aquel derecho como comprendiendo todos los actos procesales de las partes”. Hoje, porém, a doutrina italiana reconhece que a ação se desdobra em “una sequenza di posizioni”, como afirma FAZZALARI (*Azione civile* (teoria generale e diritto processuale, cit., p. 31)). Na nossa doutrina contemporânea, vide, v. g., ALVARO DE OLIVEIRA (Efetividade e tutela jurisdicional, cit.); MARINONI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 216-219, com rica referência a ordenamentos estrangeiros); GABRIEL PINTAÚDE (Tutela jurisdicional (no confronto doutrinário entre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Ovidio Baptista da Silva e no pensamento de Flávio Luiz Yarshell). In: FÁBIO CARDOSO MACHADO; e GUILHERME RIZZO AMARAL (Org.), *Polêmicas sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, p. 276-277), entre outros.

⁷¹ Tutela jurisdicional, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 814.

⁷² *Tutela jurisdicional*, p. 32.

⁷³ YARSHHELL diz que “o Estado também presta tutela jurisdicional ao vencido, embora de forma diversa daquela prestada ao vencedor” (*Tutela jurisdicional*, p. 35).

⁷⁴ Ainda YARSHHELL averba que “o próprio devido processo legal – independentemente de quem vença – é forma de tutela” (*idem*, p. 32). Para chegar a essa conclusão, o autor (*idem*, p. 29-31) principia com a ideia de que a tutela jurisdicional “é prestada em favor de quem tem razão”. Todavia, adiante o próprio autor reconhece que “poder-se-ia dizer tratar-se de conceito sincrético ou, quando menos, calcado na premissa de ação como direito concreto, isto é, como direito a um provimento favorável”. O meio de resolver esse “impasse” está na ampliação da ideia de tutela jurisdicional para alcançar “igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado” (*rectius*, o proferimento de sentença favorável – grifo nosso). Assim, explicam-se os direitos exercidos por autor ou pelo réu que saíram vencidos. A eles, de certo modo, foi outorgada tutela jurisdicional, apesar do resultado desfavorável, pois lhes foram disponibilizados os meios para tentar influir na decisão judicial, sob os princípios e garantias do *due process of law*.

razoável⁷⁵ (o que inspiraria, por exemplo, as regras atinentes a honorários sucumbenciais, CPC, art. 20, §§ 3º e 5º), ou ainda em razão do *resultado* do processo (pois, embora desfavorável, o desfecho serve ao menos para eliminar do mundo jurídico a incerteza sobre os direitos em disputa). Finalmente, durante a execução do julgado (se houver), o vencido continua a merecer proteção jurisdicional (princípio que inspira justamente o art. 620 do CPC).

Tem relevantes consequências teóricas a adoção (aqui manifestada) da distinção entre a tutela jurisdicional *plena* (outorgada ao litigante vencedor) e a tutela jurisdicional *limitada* (que o Estado-juiz presta ao vencido). Embora a primeira seja o “resultado desejado” da atividade jurisdicional (palavras de CASSIO SCARPINELLA BUENO),⁷⁶ esse resultado sobrevirá em processo no qual todas as partes receberam igual tratamento, e puderam agir com a finalidade de influir na decisão do julgador. Nessas atividades parece-nos haver efetiva tutela jurisdicional, ainda que em menor intensidade. Não podemos aceitar que essa atividade desempenhada ao longo do processo se denomine apenas “direito à administração da Justiça” (para usar expressão de BOTELHO DE MESQUITA, de tons fortemente concretistas).⁷⁷⁻⁷⁸

O “feixe de poderes” exercido pelas duas partes no curso do processo é o mesmo, bem antes de saber quem será vencedor e quem será vencido. Não nos parece fazer sentido que, após o resultado final, se distinga a tutela outorgada a um e a outro durante o curso do processo.⁷⁹

Essa discussão traz indisfarçáveis cores da disputa entre as teorias abstrata e concreta. A primeira centrava-se sobre o meio (o processo), e a segunda sobre o seu resultado (a sentença favorável). Nossa proposta é considerar que haja tutela jurisdicional nesses dois quadrantes (meio e fim), embora seja bem mais intensa aquela outorgada ao vencedor. Eis aí o conceito de *tutela jurisdicional* acolhido pelo presente trabalho.

3.2.4 Direito de ação como direito à efetiva satisfação do direito material reclamado

Um último (e mais recente) desdobramento do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal resulta da constatação de que a tutela jurisdicional plena não pode se

⁷⁵ DINAMARCO (Tutela jurisdicional, *Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 815).

⁷⁶ *Curso...*, cit., v. 1, p. 330, destaque do original.

⁷⁷ *Da ação civil*, p. 94.

⁷⁸ Mais recentemente, THOMAZ HENRIQUE JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA, propôs designar o mesmo fenômeno sob a expressão *tutela jurídica do direito de participar do processo* (*O direito fundamental à tutela jurisdicional*, p. 69-72).

⁷⁹ Aqui, vem bem a calhar a crítica de Rocco à teoria concreta da ação, no sentido de que o direito de ação não se pode confundir com o direito à sentença favorável a qual surge “en un momento que el titular no puede conocer; y [...] cuando es conocido ya ha sido satisfecho” (*La sentencia civil*, cit., p. 139).

esgotar simplesmente no reconhecimento do direito a uma das partes pela decisão de mérito, ainda que esta sobrevenha tempestivamente em processo pautado em todos os cânones constitucionais. Isso porque nem sempre o comando nela contido se realiza de imediato, de modo a cumprir o que determina o direito material reconhecido pelo juiz.

Nesse passo, reconhece-se que a tutela jurisdicional só será completa se, quando necessário, compreender a realização prática do direito reconhecido judicialmente, com a satisfação do seu titular no plano concreto.⁸⁰ Somente aí é que o processo cumpre inteiramente suas funções instrumentais de pacificar os litigantes e afirmar sobre eles a soberania estatal. A sentença, em si, no mais das vezes, é insuficiente para satisfazer o titular do direito nela reconhecido, reclamando outras atividades estatais para que o seu comando abstrato surta efeitos concretos.⁸¹

Nessa linha de raciocínio, TEORI ALBINO ZAVASCKI observa, a nosso ver com toda a razão, que o termo *apreciação* contido na redação do art. 5º, XXXV, da Constituição deve ser interpretado de modo amplíssimo, “comportando toda a espécie de atividade jurisdicional necessária e destinada a dar concretude e efetividade ao Estado de Direito”.⁸² Adiante, o Ministro sintetiza: “[d]ireito de ação é, pois, também, direito à execução”.⁸³ Esses aspectos reforçam ainda mais a ideia de que a ação não pode ser identificada apenas como o ato de provocação inicial do Estado-juiz, conforme realça CASSIO SCARPINELLA BUENO:

[n]ão há mais espaço para confundir “tutela jurisdicional” com “sentença”, mesmo que “sentença de mérito” [...] enquanto não prestada a “tutela

⁸⁰ DINAMARCO ensina que “tutela jurisdicional plena é aquela consistente em outorgar ao sujeito o *bem da vida* em razão do qual o processo foi instaurado” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 296). Em sentido similar, BOTELHO DE MESQUITA, embora partidário de corrente completamente diversa acerca do direito de ação, leciona que o “ponto máximo de aproveitamento da atividade jurisdicional é, segundo nos parece, o que se observa quando uma ação constitutiva é julgada procedente ou quando chega ao fim uma execução de sentença, havendo aí uma transformação do mundo (dos direitos ou dos fatos), por obra dos órgãos jurisdicionais. É nesta atividade transformadora do universo humano que espande, em toda a sua magnitude, a função jurisdicional” (*Da ação civil*, p. 75). HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*, p. 217) faz também essa mesma colocação: “[o] credor, quando se viu envolvido no litígio, teve um *interesse violado*. Ao bater às portas da Justiça, seu propósito nunca foi, na conjuntura em que se encontrava, o de obter uma simples definição da legitimidade de seu interesse contestado”. Para encerrar, não é demasiado recorrer à precisa e recente síntese de LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART (*Curso de processo civil*, v. 3, p. 31): “[q]uem admite, a partir da visão exclusivamente processual, que a condenação é tutela jurisdicional, é obrigado a supor que a condenação basta para satisfazer o que se procura através da ação, sabido que a ação, como é inegável, deve proporcionar tutela jurisdicional”.

⁸¹ Curioso notar que essa ideia de que o processo não pode se considerar (sempre) terminado apenas com a sentença de mérito, mas sim (quando for o caso) com a efetiva entrega do bem da vida ao litigante vitorioso, estava consagrada no texto do CPC de 1939, cujo art. 196 enunciava: “[a] instância começará pela citação inicial válida e terminará por sua absolvição ou cessação ou pela execução da sentença”.

⁸² Defesas do executado, *A nova execução de títulos judicial* – comentários à Lei 11.232.2005, PIERPAOLO BOTTINI e SÉRGIO RENAULT (Coord.), p. 129.

⁸³ *Idem*, p. 130.

jurisdicional”, as partes [...] poderão e deverão praticar, ao longo do processo e consoante cada tipo de *procedimento*, uma série de atos destinados àquele objetivo. Todos estes atos que, analisados nesta perspectiva, apresentam-se como *meios* de um ato-fim maior (a prestação da tutela jurisdicional), todavia, não podem e não devem ser entendidos como novas ações.

Com efeito, sendo a ação um direito que se desdobra em um conjunto de poderes e faculdades exercitáveis ao longo do procedimento, cujo objetivo último é a outorga da tutela jurisdicional plena, e sendo essa a efetiva satisfação do direito material no plano real de modo efetivo, adequado e tempestivo, a “ação de conhecimento”, a “ação de execução” e a “ação cautelar” não seriam nada mais que poderes componentes do amplo feixe que constitui um *único e verdadeiro direito de ação*.⁸⁴

Essa tomada de posição importa clara ruptura com a doutrina tradicional, primeiramente porque acarreta a supressão da distinção entre os três “tipos” de ação e de processo (conhecimento, execução e cautelar) que constituiu premissa metodológica da própria estruturação do nosso Código de Processo Civil de 1973 (o qual dedicou seus três primeiros e mais importantes Livros para cada uma dessas modalidades, nessa ordem).

Embora o Capítulo 1, *supra*, tenha anunciado que, por razões de ordem metodológica, deixaríamos de lado a análise da posição do réu no cumprimento de sentença e na execução de título extrajudicial, convém aqui examinar brevemente alguns aspectos que não gravitam na órbita do chamado “processo de conhecimento”, com o mero intuito de melhor situar o direito de ação em nosso ordenamento jurídico atual.

Feita essa ressalva, começando pela supressão da autonomia entre ação/processo de conhecimento e de execução, trata-se de evolução que rompe não só com a própria estrutura original do sistema do CPC de 1973, como se disse, mas com secular doutrina processual produzida no Brasil e no exterior.⁸⁵

⁸⁴ Como lembra CASSIO SCARPINELLA BUENO, de certo modo é exatamente isso o que preceitua o art. 2º, nº 1, do vigente Código de Processo Civil português: “1. A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar” (grifo nosso).

⁸⁵ Na doutrina estrangeira, convém lembrar a recorrente lição de CARNELUTTI (*Diritto e processo*, p. 283-284), para quem o processo de conhecimento “*trasforma il fatto in diritto*” e o de execução “*trasforma il diritto in fatto*” (destaques do original). LIEBMAN, durante o período em que lecionou em terras brasileiras, deixou firmado seu pensamento na obra *Processo de execução* (p. 31), e, para realçar a diferença entre as atividades jurisdicionais cognitiva e executiva, concluiu ser “natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos, construídos sobre princípios e normas diferentes, para obtenção de finalidades muito diversas”. Seguindo a mesma linha, DINAMARCO sintetiza o seu pensamento: “[s]e a ação é o poder de provocar o exercício da função jurisdicional, estimulando o órgão, passo a passo, até a prolação do provimento final, certamente extingue-se a ação cognitiva no momento em que passa em julgado a sentença condenatória; acolhida a demanda do autor com julgamento do mérito, diz o Código expressamente, o processo se extingue; findo o processo, acabam também os poderes de exigir a prática dos atos jurisdicionais do respectivo procedimento. Para que tenha vida outro

A análise do sistema infraconstitucional há anos sinaliza a superação dessa dicotomia. Em 1994, a reforma do art. 461 do CPC “unificou” a cognição e a execução de obrigações de fazer e não fazer num único processo, novidade que a Lei 10.444/2002 cuidou de estender aos casos de execução de obrigações de dar coisa certa, ao introduzir no Código o art. 461-A. Completando esse ciclo,⁸⁶ iniciado mais de dez anos antes, a Lei 11.232/2005 suprimiu a divisão entre processo de conhecimento e de execução para as obrigações de pagar quantia.⁸⁷ Em todos esses casos, passou a existir o que se convencionou chamar de “processo sincrético”, que congrega atividades cognitivas e executivas,⁸⁸ subsistindo a dicotomia de processos apenas em casos isolados e excepcionais.⁸⁹ Tem-se aí o desaparecimento de um dos indícios levantados pela doutrina tradicional para sustentar essa recí-

processo, ainda que referente” (*Execução civil*, p. 125). É quase ocioso citar outros autores que comungam da mesma opinião, mas apenas à guisa de exemplo não é demais invocar os autorizados ensinamentos de HUMBERTO THEODORO JR. (*Processo de execução*, p. 45-48) e de BARBOSA MOREIRA (*O novo processo civil brasileiro*, p. 185-186).

⁸⁶ ATHOS GUSMÃO CARNEIRO destaca que a unificação de cognição e execução foi apenas coroada pela Lei 11.232/2005, pois já vigorava para outras execuções que não aquelas por quantia certa (*Cumprimento da sentença civil*, p. 22-23). No mesmo sentido, ZAVASCKI (*Defesas do executado*, cit., p. 131).

⁸⁷ Para que essa novidade pudesse ser melhor implementada, o sistema exigiu alguns outros ajustes, já bem conhecidos e comentados: (a) reformou-se o conceito de sentença (CPC, art. 162, § 1º), para que deixasse de marcar o fim do processo, de tal sorte que, quando necessário, a satisfação da obrigação reconhecida por ela seja perseguida na *mesma relação processual*; (b) modificaram-se os arts. 269 e 463 (para que não se reputasse mais “cumprido e acabado o ofício jurisdicional”, nem mais “extinto” o processo, com a prolação da sentença de mérito); (c) finalmente, excluiu-se a citação para início das fases de liquidação e de cumprimento (CPC, art. 475-A, § 1º, e art. 475-J), exceto quando não houver prévia fase cognitiva perante o juízo da execução (CPC, art. 475-N, parágrafo único, isto é, nos casos da execução de sentença arbitral, sentença estrangeira e sentença penal condenatória).

⁸⁸ Todavia, mesmo antes dessas novidades legislativas, HUMBERTO THEODORO JR. havia pontuado (*O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*, p. 221-222): “[s]em embargo de, na maioria dos países de tradição romanística, estar o ordenamento jurídico estabelecido de forma a consagrar, objetivamente, a separação e autonomia entre o procedimento de cognição e o de execução de sentença, vozes abalizadas se erguem em defesa da unidade da jurisdição e contra o artificialismo do regime dominante. [...] Hoje é verdade que ninguém contesta que o conteúdo da jurisdição não se limita à atividade cognitiva, mas compreende também a atividade executiva. ‘Conocimiento y declaración sin ejecución’ – proclama Couture – ‘es academia y no justicia’.”

⁸⁹ Continua a existir a *execução de título judicial autônoma* contra a Fazenda Pública (CPC, arts. 730-731), e tendo por objeto sentença estrangeira, sentença arbitral e sentença penal condenatória (da qual constem valores de dano líquidos), bem como acordo extrajudicial homologado judicialmente (CPC, art. 475-N, II, IV, V, VI), nas quais não se cogita de prévia fase de conhecimento perante o juízo que processará os atos executivos.

proca autonomia entre as “ações”.⁹⁰ Desse modo, o que se costuma chamar “ação de execução” é apenas aspecto do único e uno direito de ação.⁹¹

De outro lado, a própria generalização da antecipação de tutela (CPC, art. 273), por obra da Lei 8.952/1994, sinalizava a quebra da autonomia tanto da ação-processo de execução, quanto da ação-processo cautelar.

Essa revolucionária inovação pôs a nu, de início, que atividades cognitivas e executivas podem se mesclar no processo,⁹² de tal sorte que o processo de conhe-

⁹⁰ Sob essa perspectiva revisionista, poderíamos, com as vênias devidas, rejeitar os outros “indícios” da propalada autonomia entre ação de conhecimento e ação de execução destacados por DINAMARCO (*Execução civil*, p. 125), cujos mais importantes são os seguintes: (a) a existência da execução de título extrajudicial e da sentença penal condenatória (sem prévio processo de conhecimento); (b) a possibilidade de discrepância entre os sujeitos do processo de conhecimento e do processo de execução (que poderia ser movido contra o fiador judicial ou contra responsável patrimonial não obrigado); e (c) o lapso prescricional autônomo para a execução (confirmado pelo STF há décadas na Súmula 150: “Prescreve a execução no mesmo prazo que a ação”). Quanto ao primeiro desses indícios (“a”), poderíamos reconhecer que a execução de título extrajudicial, após a reforma, ficaria reduzida a um procedimento especial (aliás, especialíssimo), que permitiria atos executivos desde logo (como se fosse uma “tutela antecipada *ope legis*”), em que se limitaria inicialmente a cognição judicial (apenas à existência dos requisitos do título executivo, de liquidez, certeza e exigibilidade) e se aplicaria a técnica de inversão do contraditório, comum em procedimentos especiais em geral e no processo monitorio em especial. Por essa “técnica” processual, se o réu não se manifestar, não haverá qualquer outra cognição judicial (além daquela superficialmente realizada quando do recebimento da peça inicial), e o processo resultará na satisfação do autor sem que haja expresso e formal reconhecimento do seu direito. Eis aqui o tal “desfecho único” a que se refere DINAMARCO (*Execução civil*, p. 151-152) e a doutrina ainda não completamente desvencilhada da ideia da autonomia da execução, como v. g. MARCELO ABELHA (*Manual de execução civil*, p. 51 ss). Rompendo com a ideia do desfecho único, CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 3, p. 53-54) destaca justamente a semelhança dos incisos II e III do art. 794 do CPC com os incisos III e V do art. 269 do mesmo diploma. Do mesmo modo, a execução da sentença penal condenatória representaria processo com cognição judicial limitada apenas à apuração da existência e extensão do dano decorrente do ilícito penal (em sede de liquidação por artigos), restando excluídas da análise do juízo cível questões relativas à existência ou não do ilícito. Quanto ao segundo aspecto destacado (“b”), a eventual discrepância entre as partes na fase de conhecimento e na fase de execução também não indicaria necessariamente a autonomia das ações, já que por ato sucessório *inter vivos* ou *mortis causa* pode haver a modificação das partes durante o curso do processo (CPC, arts. 42 e 43), assim como por força da nomeação à autoria (CPC, arts. 62-69). Finalmente, quanto ao terceiro indício realçado (“c”) basta verificar que é reconhecida a chamada “prescrição intercorrente”, no seio da própria execução. Desse modo, a prescrição da “execução” nada mais seria do que a “prescrição intercorrente”, cujo lapso temporal se contaria após o fim das fases de conhecimento ou de liquidação de sentença, em que o princípio do impulso oficial (CPC, arts. 2º e 262) é excepcionado, exigindo-se o impulso pelas partes (CPC, arts. 475-A, § 1º, 475-B, § 1º, e 475-J, *caput*, §§ 3º e 5º). Não há, enfim, duas pretensões, mas apenas uma que deve ser exercida ao longo de todo o processo sincrético, sob pena de se considerar que o transcurso do tempo e a desídia do interessado em obter o cumprimento da sentença condenatória permita que o prazo prescricional, que fora interrompido pelo ajuizamento da demanda inicial (CC, art. 202, I), volte a fluir do último ato praticado pelo interessado (CC, art. 202, parágrafo único).

⁹¹ Apesar de convencidos do acerto de tal assertiva, reafirmamos o compromisso com o corte metodológico (anunciado no capítulo introdutório do trabalho), de não analisar a posição do executado, por todas as razões naquele ensejo anunciadas.

⁹² BARBOSA MOREIRA, muito antes do advento da “tutela antecipada” (CPC, art. 273) já havia alertado que a divisão “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar” não representa “separação em compartimentos estanques”, dado que, ao ver do autor, “nem todos os processos se apresentam de forma quimicamente pura. Não raro, encontramos processos de conhecimento, ou predominantemente de conhecimento, com aspectos executivos e também com aspectos cautelares” (A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, nº 74, p. 127).

cimento poderia abrigar atividades para realização concreta de um provimento antecipatório de tutela (sem que haja autônoma ação de execução).⁹³

A reforma também abalou seriamente a autonomia do processo cautelar (que, igualmente, conta com fervorosos defensores, estrangeiros e brasileiros), o que gerou enormes dúvidas práticas para definir suas fronteiras com as da antecipação de tutela. Daí por que foi necessária a introdução do § 7º no art. 273 do CPC, pela Lei 10.444/2002, para instituir a fungibilidade entre as duas técnicas.⁹⁴

O que merece ser posto em relevo é a natureza das atividades jurisdicionais realizadas⁹⁵ (cognitiva, executiva e acautelatória), que se mesclam e se completam, não havendo razão nenhuma para separá-las em processos autônomos,⁹⁶ ou nelas reconhecer exercício de ações distintas.⁹⁷

Essa breve digressão reforça a constatação de que o conceito de ação é hoje concebido como *um feixe de poderes, que engloba o direito à sentença de mérito, à satisfação da obrigação por ela reconhecida e de antecipar as atividades tendentes à sua satisfação, incluindo todas as atividades necessárias para que tais objetivos sejam atingidos.*

⁹³ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (*As novas reformas do Código de Processo Civil*, p. 105) manifestou-se exatamente nesse sentido: “[a] inovação do art. 273 a um só tempo desestabilizou a pureza e a autonomia procedimental do processo de conhecimento e do processo de execução. Em lugar de uma *actio* que fosse de pura cognição ou de uma *actio iudicati* que fosse de pura realização forçada de um direito adrede acertado, instituiu-se um procedimento híbrido que numa só relação processual procedia às duas atividades jurisdicionais”. Já LUIZ RODRIGUES WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA (*Breves comentários à nova sistemática processual civil*, v. 2, p. 143) pontuam que a existência da ação/processo autônomo de execução e a execução da tutela antecipada “sincretizada” no “processo” de conhecimento representavam “contrassenso”, eliminado em boa hora pela Lei 11.232/2005.

⁹⁴ A fungibilidade sobressai ainda mais poderosa se considerarmos que o art. 273, § 7º, do CPC seria de via de “mão-dupla” (como sustenta, v. g., DINAMARCO, *A reforma da reforma*, p. 92). A partir daí, não é difícil reconhecer como gênero a *tutela de urgência*, na linha do que BEDAQUE já defendia em sua obra *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, muito antes do advento da Lei 10.444/2002.

⁹⁵ CRISANTO MANDRIOLI (*Corso di diritto processuale civile*, v. 1, p. 7-24) destaca justamente que a *atividade jurisdicional* pode ser definida segundo sua função (atuando nos casos em que já houve ou não lesão a direito, respectivamente em via secundária/substitutiva e por meio de constituição necessária ou simples declaração) e segundo sua estrutura (cognitiva, executiva e cautelar).

⁹⁶ CASSIO SCARPINELLA BUENO sintetiza: “[c]omo, para este *Curso*, ‘processo’ é o método (impositivo) de manifestação do Estado em suas variadas funções [...] pouco importa a específica finalidade da atuação jurisdicional, se voltado a ‘declarar’ o titular de um direito afirmado lesionado ou ameaçado (‘processo de conhecimento’), se voltado a realizar concretamente um direito tal qual reconhecido em título executivo (‘processo de execução’), ou se voltado a criar, de alguma forma, condições de salvaguarda para fruição oportuna, mesmo que imediata, de um direito que aparenta poder usufruir (‘processo cautelar’). O ‘processo’ não comporta tais distinções” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 379). No mesmo sentido, BEDAQUE (*Efetividade do processo...*, cit., p. 55): “parece que a tendência é subsistir apenas um processo, em que seriam admissíveis todas as formas de tutela, com as respectivas atividades próprias de cada uma delas”.

⁹⁷ Mais uma vez, impende invocar o pensamento de CASSIO SCARPINELLA BUENO: “não há ‘ações variáveis em cada uma dessas classes. O que há, propriamente, é *tutela jurisdicional*: tutela jurisdicional que faz as vezes do que tradicionalmente foi designado por ‘conhecimento’ (e suas variantes, declaração, constituição e condenação), ‘execução’ e ‘cautelar’” (*Curso...*, cit., v. 1, p. 341).

3.3 Bases constitucionais do direito de defesa

A base constitucional para o direito de defesa no processo civil normalmente é identificada no inciso LV do art. 5º: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Muitos autores simplesmente negam a existência de diferenças entre contraditório e ampla defesa;⁹⁸ outros, diferentemente, defendem que esse dispositivo enuncia duas diversas garantias constitucionais, mas nem sempre conseguem traçar com clareza as fronteiras entre uma e outra. Veja-se, por exemplo, como ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI⁹⁹ definem o direito à *ampla defesa*, com base na análise que NICOLÒ TROCKER fez das garantias constitucionais do processo civil na República Federal da Alemanha:

a concepção moderna do denominado *rechtliches Gehör*, isto é, da garantia de ampla defesa, seja qual for a natureza do objeto do processo, compreende: a) o direito de ser informado; b) *bilateralidade da audiência (contraditoriedade)*; e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (grifos nossos).

Nessa definição se incluiria, em especial, o “direito de ser informado do aforamento da ação, de sorte a conhecer o acionado o teor da postulação e poder preparar sua defesa”.¹⁰⁰ Adiante, os mesmos autores propõem-se a demarcar o direito ao *contraditório*, desta vez tomando de empréstimo a síntese de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA:

como a “ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los”, tornando-se, como visto, imprescindível a *comunicação explícita da acusação ou da peça exordial da ação civil*, ao acusado ou ao demandado, desde o início do processo, para que lhe seja assegurada, com a possibilidade de contrariá-la frontalmente, ampla defesa.¹⁰¹

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO também tratam os dois direitos enunciados no art. 5º, LV, da Constituição quase sem nenhuma distinção, ao afirmarem que a ampla defesa é viabilizada pelo contraditório e “com este mantém íntima relação”, e de que de ambos decorre “a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário”.

⁹⁸ Como e. g. AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, cit., v. 1, p. 348) e BEDAQUE (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 46).

⁹⁹ *Constituição de 1988 e processo*, p. 61.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 62-63.

¹⁰¹ *Idem*, p. 66-67.

Outros autores – como RUI PORTANOVA – pretendem distinguir as duas garantias constitucionais de modo a que ambas se completem:

[o] princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega.¹⁰²

Todavia, em outra passagem, o mesmo autor define “princípio do contraditório” não só em torno da necessidade de ciência dos atos processuais, mas igualmente como o direito do litigante de reagir: “[é] a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los com alegações e provas”.¹⁰³

É evidente, em todas essas lições, a ausência de clara separação entre as duas garantias, pela presença dos mesmos traços em ambas.

Solução bastante interessante é proposta por NELSON NERY JR., para quem o direito de ação (CF, art. 5º, XXXV) está contraposto ao direito à ampla defesa (CF, art. 5º, LV), e que o exercício de ambos viria informado pelo princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV).¹⁰⁴ Ou seja, o contraditório é garantia que socorre a ambos os litigantes, e não apenas ao réu. De certa forma, essa última opinião é sufragada por MARINONI, para quem:

[d]iante da dicção do art. 5º, LV, do CF, seria possível pensar que o contraditório e ampla defesa são conceitos interligados, isto é, que se direcionam um contra o outro e se completam mutuamente. Mas não é bem assim. O contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação. [...] É possível dizer que o contraditório exterioriza a defesa, ou que a defesa é o fundamento do contraditório. Porém, tais conceitos, ainda que corretos, são incompletos, uma vez que o *direito de ação também necessita do contraditório*¹⁰⁵ (grifos nossos).

Assim, autor e réu podem articular suas razões de fato e de direito e produzir suas provas com oportunidades idênticas (o que já decorre do princípio da isonomia, *ex vi* do art. 5º, *caput*, da Constituição),¹⁰⁶ devendo-lhes ser franqueada

¹⁰² *Princípios do processo civil*, p. 125-126.

¹⁰³ *Idem*, p. 160-161.

¹⁰⁴ “[O] texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório” (*Princípios...*, cit., p. 135).

¹⁰⁵ *Curso...*, cit., v. 1, p. 313.

¹⁰⁶ A aproximação entre os princípios do contraditório e da isonomia é recorrente na doutrina. A propósito, confira-se COLESANTI (*Eccezione...*, cit., p. 186) e PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 215), e, entre nós, NERY JR. (*Princípios...*, cit., p. 151-152), RUI PORTANOVA (*Princípios...*, cit., p. 163-164) e PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON (*Garantia do tratamento paritário das partes*. In: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 102).

comunicação dos atos processuais (o que já é consequência natural da garantia constitucional à publicidade) e assegurada a possibilidade de reação respectiva.¹⁰⁷ Assim o direito ao contraditório sintetiza outras garantias, se assentando no binômio “informação e reação”, com aplicação tanto ao autor quanto ao réu.¹⁰⁸

Essa construção também sofreu atualização,¹⁰⁹ de modo que o juiz passou a ser também sujeito do contraditório. Esse avanço se manifesta de três modos principais:¹¹⁰ (a) o seu poder de direção do processo (inspirado pelo princípio do impulso oficial, com aplicação quase absoluta); (b) o exercício de iniciativa probatória; e finalmente (c) pelo “diálogo” entre o juiz e as partes, de modo que é dever daquele propor à prévia discussão destas a solução de questões cognoscíveis de ofício,¹¹¹ o que está expressamente consagrado em algumas legislações estrangeiras.¹¹² Esse último aspecto sobressai como o mais inovador, vindo inspirado pelo que se convencionou chamar de “colaboração”¹¹³ ou “cooperação”.¹¹⁴

¹⁰⁷ Confere-se ao litigante a possibilidade de reagir, mas não o dever de assim proceder, pois, via de regra, o processo se constrói sobre a noção de *ônus*, podendo o litigante optar por não reagir e arcar com as consequências negativas de sua omissão. O estudo profundo do conceito de *ônus* nos ocupou no trabalho *Preclusão processual civil*, p. 97-102.

¹⁰⁸ Assim, confira-se a monografia de R. IVES BRAGHITTONI (*O princípio do contraditório no processo*, p. 11-12 e 94-101), com ampla referência doutrinária.

¹⁰⁹ Expressão usada por SCARPINELLA BUENO (*Amicus curiae no processo civil brasileiro*, p. 55).

¹¹⁰ Como sintetiza DINAMARCO (*O princípio do contraditório e sua dupla destinação, Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 124), ensinando que “[a] garantia do contraditório, imposta pela Constituição [...] significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, num direito das partes e deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”.

¹¹¹ Sobre essa perspectiva mais atual do princípio do contraditório, sobre a qual não nos interessa abordar em sua inteireza, confirmam-se, na doutrina estrangeira, TROCKER (*Processo civile e costituzione*, p. 387-389), VITTORIO DENTI (*Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio, Dall'azione al giudicato*, p. 46-63) e EDOARDO F. RICCI (*Princípio do contraditório e questões que o juiz pode conhecer de ofício, Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 495-499, com referência à legislação italiana, alemã e francesa). Entre nós, confira-se também DINAMARCO (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 220-224), CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (*Garantia do contraditório*. In: CRUZ E TUCCI (Coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 132-150), CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 109-112) e FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA (*Governança judicial: modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais*, 2008, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008).

¹¹² V. g., o art. 16.3 do CPC francês e o § 139 da ZPO alemã. Como lembra ESTEVÃO MALLET, no nosso ordenamento, o diálogo prévio é textualmente imposto, apenas, pelo art. 384 do Código de Processo Penal, que impõe ao juiz propor à prévia discussão de acusação e acusado a “possibilidade de nova definição jurídica do fato”.

¹¹³ O tema tem recebido atenção há algum tempo, especialmente na doutrina italiana. Cite-se, como exemplo, um artigo mais antigo (EDOARDO GRASSO, *La collaborazione nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale*, p. 580-609, 1966) e outro mais recente (VELLANI, *La collaborazione...*, cit., p. 979 ss).

¹¹⁴ Esse segundo termo é preferido pela doutrina portuguesa (JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil*, p. 163-168), mormente porque usado textualmente pelo art. 266 do CPC daquele país: “artigo 266º (Princípio da cooperação) 1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários

Eis os contornos principais das garantias ao contraditório e à ampla defesa.

3.4 Conclusão parcial: imissão do direito de ação e de defesa na Constituição Federal, a partir da evolução do conceito de tutela jurisdicional

Da análise até aqui realizada, permite-se verificar inegável esmaecimento das fronteiras entre o direito de ação (CF, art. 5º, XXXV) e o direito à ampla defesa (CF, art. 5º, IV).

De início, veja-se que a identificação do direito de ação como *direito ao processo* (primeira acepção de que nos ocupamos no item 3.2.1, *supra*) desconsidera que o réu deve obrigatoriamente ser chamado a participar da relação processual para que ela seja válida, justamente porque ele também tem direito ao processo. Ou seja, *o direito de defesa também se manifesta como direito ao processo*,¹¹⁵ com a diferença de que seu exercício é dependente do prévio ajuizamento da ação.¹¹⁶

A superação do direito de ação como mero direito ao processo (independentemente do seu resultado) e sua conceituação como *direito à tutela jurisdicional*, outorgada pela *sentença de mérito* (ideia que já era defendida por LIEBMAN), representa outro golpe na separação entre essas garantias (ação e defesa). Segundo essa concepção – que nos ocupou o item 3.2.2, *supra* –, a tutela jurisdicional é outorgada pela *sentença de mérito*, que pode ser favorável tanto ao autor quanto ao réu, de tal sorte que não faz sentido limitar o exercício do direito de ação ao primeiro. Ao réu é dada a mesma chance de influir na decisão do juiz, para que ela lhe seja favorável. Sob essa perspectiva, a contestação também haveria de ser considerada como exercício do direito de ação, pois também por intermédio dela o réu reclama do Estado o proferimento de sentença que reconheça ter ele, réu,

judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 519º. 4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de *ônus* ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.

¹¹⁵ Essa conclusão é fruto de profunda análise de JOAN PICÓ I JUNYER (*Las garantías constitucionales del proceso*, p. 41 ss).

¹¹⁶ Pese tal diferença quanto ao momento do exercício do direito de ação e de defesa, ambos estão indissociavelmente ligados à categoria dos *ônus processuais*, pois encerram imperativos de próprio interesse. De outro lado, não se pode negar a viabilidade da proposta de BRUNO SILVEIRA DE OLIVEIRA (*Coraxidade e efetividade processual*, p. 367 ss) no sentido de que a omissão do réu em arguir defesa não prejudicará a possibilidade de suscitar a mesma matéria por meio de demanda autônoma, a ser eventualmente reunida por conexão, quando ainda possível, com a demanda em que não foi apresentada a defesa. Sobre o tema, tornaremos no item 10.8.2, *infra*.

razão.¹¹⁷ Nesse sentido, há mais de meio século, o acatado doutrinador português JOSÉ ALBERTO DOS REIS¹¹⁸ afirmou que

o direito de defesa do réu, analisado na sua essência e na sua função, é contrapartida do direito de acção do autor; tem a mesma índole e a mesma natureza que este. Ao poder de exigir do autor – poder de provocar a actividade jurisdicional em ordem à emissão duma sentença que decida determinado conflito de interesses – corresponde poder idêntico por parte do réu, visto este ser o outro sujeito a que se refere o conflito. O direito de contradição ou de defesa é, como o direito de acção, o poder de exigir a prestação da actividade jurisdicional para a apreciação de determinada relação jurídica. [...] A actividade processual do réu, contida no direito de defesa, tem precisamente a mesma feição que a actividade processual do autor, contida no direito de acção.

Seguindo a mesma vereda, DINAMARCO sintetiza por que o aumento da importância científica do conceito de *tutela jurisdicional* abre as portas para aproximar acção e defesa:

a afirmação da tutela de direitos como escopo do processo, tanto quanto as antigas teorias sobre a natureza jurídica da acção, no quadro metodológico de um *processo civil do autor*. Hoje vemos o sistema processual como mecanismo do qual o Estado se vale para dirimir conflitos – outorgando a tutela a quem tem direito a ela, sim, mas sem a ilusão de que o processo seja feito em prol do autor.¹¹⁹

O ulterior avanço do conceito de acção como direito à *tutela jurisdicional efetiva* (aspecto tratado no item 3.2.3, *supra*) conseguiu solapar outros traços distintivos entre direito de acção e de defesa. Como vimos, essa concepção do direito de acção passa a não mais se identificar com o ato de iniciativa do processo, passando a se desdobrar num leque de poderes e faculdades exercitáveis ao longo do processo, até que o juiz outorgue tutela jurisdicional plena a quem demonstre ter razão. Ora, o réu também tem a seu dispor amplo rol de poderes e

¹¹⁷ Essa ideia está de certa forma implícita na obra de dois processualistas igualmente influentes em terras brasileiras – CHIOVENDA e LIEBMAN – apesar de suas orientações bem distintas em torno dos institutos fundamentais do direito processual. Como vimos (itens 2.1 a 2.3, *supra*), o primeiro que reconhecia a sentença de improcedência da demanda é declaratória negativa em favor do réu, pois afirma a existência de uma vontade concreta da lei que lhe garante o bem em disputa (*Principii...*, cit., p. 265), do mesmo modo que a improcedência da demanda declaratória negativa equivale à sentença declaratória positiva em favor do réu (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 459). O segundo reconhecia que tanto a acção como a defesa eram meios para que a parte obtivesse uma sentença favorável: “azione implica i mezzi necessari per far valere le ragioni dell’attore (così come il diritto di difesa implica i mezzi per far valere le ragioni del convenuto)” (*Manuale...*, cit., v. 1, p. 134).

¹¹⁸ *Código de Processo Civil anotado*, v. 3, p. 27.

¹¹⁹ *Tutela jurisdicional, Fundamentos...*, cit., t. 2, p. 800-801, destaque do original.

faculdades,¹²⁰ tal como o autor, inclusive por imposição dos princípios da isonomia e do contraditório, e os quais são exercitáveis com a exata mesma finalidade de obter tutela jurisdicional, como vimos acima.¹²¹ NICOLÒ TROCKER¹²² chegou a essa mesma conclusão:

à enunciação do direito geral de acção – entendido não apenas como direito de acesso aos órgãos jurisdicionais para tutela dos próprios direitos e interesses, mas como direito que se manifesta durante todo o curso do processo em uma série de garantias processuais, seja do autor, seja do réu – está implícito o reconhecimento do direito de defesa, o qual em verdade é um aspecto integrante do próprio direito de acção.

No mesmo sentido, COMOGLIO¹²³ averbou que

se o denominador comum entre as actividades constitucionalmente relevantes da acção e da defesa consiste na *possibilidade de influir sobre o resultado do processo*, o âmbito garantístico do art. 24, 1º comma, da Constituição, necessariamente abarca qualquer expressão do poder de agir [e ainda conclui por uma] evidente convergência de conteúdo nos conceitos constitucionais de acção e defesa.

É inegável que existe, entre acção e defesa, diferença quanto à *iniciativa*, visto que ao autor cumpre a escolha quanto ao momento de exercer o direito de acção, e, quando o faz, impõe ao réu o ônus de se defender.¹²⁴ Essa diferença entre acção

¹²⁰ Nesse exato sentido, DINAMARCO averba que o direito de defesa “compõe-se [...] de uma série de faculdades e poderes de participação no processo e endereçados à defesa dos interesses de seu titular” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 280).

¹²¹ De certo modo, essa ideia é compartilhada por ADA PELLEGRINI GRINOVER (Acção – II, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 2, p. 180), que leciona que: “o direito de acção constitucionalmente garantido se estende ao direito ao processo, assegurando às partes – e não apenas ao autor, que movimentou o mecanismo jurisdicional – o direito de fazer valer suas razões em juízo, o direito ao contraditório, o direito de defesa (dialeticamente oposto ao direito de acção), o direito, em suma, de usar dos meios necessários para poder influir sobre a razão do pedido”.

¹²² *Processo civile e costituzione*, p. 372, por nós já traduzido o seguinte trecho original: “all’enunciazione del diritto generale di azione – inteso non solo come diritto di accesso agli organi giurisdizionali per la tutela dei proprii diritti ed interessi, ma come diritto che permane nel corso di tutto il processo e se manifesta in tutta una serie di garanzie processuali, sia dal lato dell’attore, sia del lato del convenuto – segue l’esplicito riconoscimento del principio della difesa, il quale è in realtà un aspetto integrante del diritto stesso di azione”.

¹²³ *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, p. 301 e 303-304, por nós já traduzido o seguinte trecho original: “se il comune denominatore fra le attività costituzionalmente rilevanti di azione e difesa consiste nella *possibilità di influire sull’esito del giudizio*, l’ambito garantistico dell’art. 24, 1º comma, Cost., necessariamente abbraccia qualsiasi espressione del *poter agire*”. Em outra passagem, o autor ainda completa: “*agire e difendersi sono qualificazioni ‘relative’ di una medesima attività processuale, diretta a fare valere in giudizio le proprie pretese*” (idem, p. 147).

¹²⁴ Assim entendia, na doutrina estrangeira, COURURE (*Introdução ao estudo do processo civil – discursos, ensaios e conferências*, Tradução de Hilomar Martins de Oliveira, p. 30), o qual afirmava que “[a] diferença fundamental entre acção e exceção, entre ataque e defesa, é que o autor vai ao processo porque o deseja, ao passo que o demandado tem de ir ao litígio se bem que não o deseja”. Entre nós, FREDERICO MARQUES atinou para esse aspecto há mais de meio século: “a única diferença entre os dois direitos [acção e defesa] é de simples posição. [...] o

e defesa é incontornável, pois o autor é quem instaura o processo, ao passo que o réu, citado, tem o ônus de se defender em um processo que foi instaurado independentemente de sua vontade.

Mas isso não basta para infirmar a semelhança da natureza e da abrangência entre ação e defesa. Essa situação, própria da natureza das coisas, implica apenas que o nascimento do direito de defesa depende do exercício do direito de ação.¹²⁵ Mas, depois de ambos haverem nascido, devem desenvolver-se de modo praticamente igual, reduzindo-se as diferenças àquilo que constituir um *mínimo inerente* às posições assumidas na relação processual por autor e réu.¹²⁶

Essa equiparação é impositiva a lume do princípio da igualdade,¹²⁷ de tal modo que não se poderia reconhecer que os direitos exercidos pelos litigantes no âmbito processual fossem diferentes apenas porque um deles adiantou-se em instaurar o processo, promovendo a citação do outro. A propósito, lembre-se da

objeto de ambos é a tutela jurisdicional do Estado em relação aos respectivos interesses" (*Instituições...*, cit., v. 3, p. 115). Mais recentemente, no mesmo sentido, DINAMARCO (*Execução civil*, p. 353): "[o] que falta a esta (defesa) em confronto com aquela (ação), é o poder de iniciativa processual". MANDRIOLI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 84) vai um pouco além, considerando que não se trataria de diferença de simples posição, mas de função: "[t]uttavia, non appena se scenda ad un esame più ravvicinato della posizione del convenuto, se deve subito constatare che l'uguaglianza e la simetria della sua posizione, rispetto a quella dell'attore, non può essere completa e totale, per la semplice ragione che l'attore e il convenuto non entrano nel processo nel medesimo momento e com la medesima funzione, ma in momenti almeno logicamente distinti e com funzione oiffensiva l'uno e diffensiva l'altro" (destaque nosso). Pelas razões aqui expostas, podemos visualizar uma diferença de posição decorrente do momento e meio pelo qual cada sujeito ingressa na relação processual, mas não de função.

¹²⁵ "Sem exercício da ação não há processo, e sem processo não surge o direito processual de defesa. Todavia, a defesa, quando não exercida, não torna inexistente a ação e tampouco o processo" (FREDERICO MARQUES, *Manual...*, v. 1, p. 168).

¹²⁶ O maior desafio que nos propusemos a encarar é justamente delimitar qual é esse *mínimo inerente*, sendo esse principalmente o fio condutor dos Capítulos 10 e 11, *infra*.

¹²⁷ ANNA LASSO, embora se refira especificamente ao sentido estrito de exceção substancial, enuncia lição que bem calha ao presente momento desta exposição: "[f]ra le due nozioni [azione ed eccezione] vi è perfetta corrispondenza, soprattutto dal punto di vista della titolarità, in capo ad attore ed eccepiente, di situazione giuridiche soggettivi, quali: diritti, facoltà, pretese, poteri di determinare mutamenti nella realtà sostanziale. L'azione e l'eccezione, operati nel sistema dei complessi rapporti fra attività di parte e funzione del giudice, sono, al contempo, espressioni di forze uguali, sotto il profilo della capacità di interagire con i rapporti giuridici, e di poteri contrastanti, sotto quello della riconducibilità ad autonome sfere di interessi. L'analogia fra i due strumenti se manifesta, innanzitutto, in ragione del riconoscimento ad entrambi di del valore di situazioni soggettivi costituzionalmente garantite" (*Le eccezioni...*, cit., p. 41). Entre nós, ADA PELLEGRINI GRINOVER não poderia ser mais enfática: "[o] direito de ação e de defesa ligam-se teleologicamente ao princípio da isonomia" (*Princípios constitucionais...*, cit., p. 25). Do mesmo modo, DINAMARCO é categórico: "[n]ão há a menor diferença entre eles no curso de um processo instaurado, o que constitui desdobramento da igualdade das partes, constitucionalmente assegurada" (*Execução civil*, p. 353). WILLIAM SANTOS FERREIRA (Exceção de contrato não cumprido, defesas processuais e materiais, *Direito civil e processo - estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, ARAKEN DE ASSIS [et al.]* (Coord.), p. 544) considera da mesma forma que "[t]anto o autor como o réu podem alcançar a tutela jurisdicional" e conclui que "[o] direito de ação tem carga e relevância idênticas no Estado Democrático de Direito".

importante advertência feita por LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI, no sentido de que "chegar primeiro ao Poder Judiciário não deve ser fonte de privilégios".¹²⁸

O que está por trás de todas essas considerações é que, sob o ponto de vista constitucional, o pedido de tutela jurisdicional formulado pelo réu não é (nem pode ser) considerado de forma qualitativamente diferente do pedido de tutela jurisdicional formulado pelo autor, em que pesem as opiniões em contrário.¹²⁹

É bem antiga a concepção de que o direito de defesa, mesmo no processo civil, tem como objetivo último prestigiar o direito fundamental à liberdade do réu, em face da ameaça representada pela demanda formulada pelo autor.¹³⁰ Sob a ótica da técnica processual, o objetivo último do réu, ao exercer seu direito de defesa, é no mínimo obter uma decisão judicial de cunho *declaratório*, no sentido de que a demanda do autor é infundada, não tendo ele o direito que reclamou ter. Há aí evidentemente um pedido de tutela jurisdicional.¹³¹ O tema voltará a nos ocupar mais adiante (Capítulo 10, *infra*), mas já é possível registrar que não é aceitável, sob a ótica constitucional, interpretação diferente.

Por isso, à luz das garantias da isonomia e do contraditório, nada pode impedir que esse pedido de tutela jurisdicional feito pelo réu, em sede de defesa oferecida em processo já instaurado, seja exatamente idêntico àquele que poderia ser formulado por meio de demanda autônoma por ele proposta e que enseja a instauração de processo próprio. Afinal, qualquer sujeito que esteja na iminência de se tornar réu de uma demanda infundada pode, desde que demonstre interesse de agir, antecipar-se e intentar contra seu adversário demanda declaratória negativa por via autônoma (esse tema tornará a nos ocupar no item 7.4.4, *infra*). Nela, poderá suscitar as mesmas matérias e formular o mesmo pedido de proteção jurisdicional que informaria eventual defesa a demanda contra si movida. Conduz a essa consequência a amplitude da garantia de acesso à justiça contra

¹²⁸ A sistematização da reconvenção no processo civil brasileiro, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 12.

¹²⁹ Veja-se, por exemplo, a opinião de CLEANTO SIQUEIRA (*A defesa...*, cit., p. 134, grifos do original): "o demandado, enquanto se limita a ser, tão somente, demandado, não formula perante o órgão jurisdicional qualquer pedido, no sentido estrito do termo, significando *provimento jurisdicional que lhe permita acesso a um determinado bem jurídico*". No mesmo sentido, LUIS GUILHERME MARINONI (*Curso de processo civil*, v. 1, p. 308-312 e 322). Fiel à sua premissa de distinguir "tutela jurisdicional" e "tutela de direito material", o autor paranaense sustenta que o réu, ao resistir ao pedido do autor, não formula pedido de "tutela de direito material", mas apenas de "tutela jurisdicional que negue a tutela de direito solicitada pelo autor". Por diversas razões, enunciadas anteriormente, não temos como concordar com essa colocação. Apesar disso, MARINONI reconhece que o direito de defesa se desdobra num conjunto de poderes exercitáveis ao longo do processo, com intuito de formar o convencimento judicial, e que vem inspirado no princípio constitucional do acesso à justiça.

¹³⁰ Assim sustentava COUTURE (*Fundamentos...*, cit., p. 95 e 98, e também em *Introdução...*, cit., p. 34) e, entre nós, MARINONI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 336).

¹³¹ SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 456, destaques do original) pontua com precisão que "a defesa só pode ser entendida como o direito subjetivo público de pedir, ao Estado-juiz, a 'tutela jurisdicional', entendida no mesmo sentido até aqui empregada: pedido de *proteção* a um direito lesionado ou ameaçado que se afirma possuir mediante o exercício da função jurisdicional".

“ameaça a direito” (consagrada constitucionalmente, CF, art. 5º, XXXV), aliada à igualmente aberta possibilidade de ajuizamento de demanda declaratória negativa (prestigiada também em sede infraconstitucional, CPC, art. 4º).¹³²

Para ilustrar essa afirmação com uma metáfora, podemos dizer que os dois litigantes são como os pistoleiros que se encontram, um diante do outro, para um duelo. Qualquer um pode sacar a arma antes do outro e disparar. O primeiro tiro dado instaura efetivamente o duelo, e o segundo é disparado em duelo já existente. A diferença entre os dois tiros é apenas a ordem em que foram disparados,¹³³ pois qualquer um deles, se certo, poderá eliminar o adversário.¹³⁴

Nesse passo, retornamos ao ponto de origem, para afirmar que a diferença entre ação e defesa, sob esse prisma, reduz-se à iniciativa processual, o que não é suficiente para infirmar a conclusão de que autor e réu exercem tanto o direito de ação como o de defesa, não havendo, hoje, razão para que essas garantias constitucionais continuem a ser tratadas como fenômenos diferentes.

A ideia de que compete a qualquer das partes a ação é defendida por ELO FAZZALARI,¹³⁵ para quem esse direito compõe-se de “uma sequência de posições, ainda que descontínua (as posições de uma parte intercalando-se à da parte contrária), que socorre a qualquer dos litigantes”. Adiante, arremata dizendo que seria “incongruente continuar a identificar apenas como ‘ação’ a série [de posições] de titularidade do autor, já que os outros ‘agem’ no processo, ‘dizem e contradizem’”. Como consequência disso, o processualista italiano afirma que “não é correta a contraposição entre ‘ação’ e ‘exceção’ como se a primeira socorresse

apenas ao autor e a segunda ao réu” (grifos nossos).¹³⁶ Em outra obra,¹³⁷ FAZZALARI assim completa seu pensamento: “também o autor, no curso do processo, se ‘defende’ contra as alegações e os argumentos do réu”. Do mesmo estudioso colhe-se ainda a lição de que a limitação do exercício do direito de ação ao autor “é consequência da originária confusão entre direito subjetivo e ação, pela qual tem ação quem é (ou se declara como) titular de um direito lesado”.¹³⁸

Entre nós, GALENO LACERDA¹³⁹ considera que,

do ponto de vista processual, a distinção entre autor e réu, no processo civil de cognição, reduz-se fundamentalmente a mera questão de iniciativa. *Dos sujeitos em lide, ambos titulares da ação, será, no caso concreto, autor aquele que ajuizar em primeiro lugar a demanda que lhe compete* (grifos nossos).

Recentemente, e em sentido similar, CASSIO SCARPINELLA BUENO¹⁴⁰ reconhece que o réu exerça direito de ação, pois

o que se tem ao longo do processo, passando de uma “fase” à outra, assim, por exemplo, a “fase de cognição”, a “fase recursal” e a “fase de execução” [...], e que variará consoante as regras de cada procedimento, são posições de vantagem que devem ser ocupadas e devidamente exercitadas pelas partes. [...] A “ação”, é certo, foi exercida para romper, originariamente, a inércia da jurisdição, mas o que há, nestes casos, é uma renovação da ação, um desdobramento do seu exercício, e aqui reside o ponto de toque da questão, da mesma ação já exercida (grifos do original).

Importa notar, de todo modo, que essa constatação vem aparecendo, de modo tímido,¹⁴¹ na doutrina produzida há décadas, mas, a despeito disso, não

¹³² Restará, então, compatibilizar a técnica processual, prevista pela legislação infraconstitucional a essa diretriz que emerge da Constituição Federal, tema que receberá a atenção nos capítulos seguintes.

¹³³ Oportuno, aqui, então, invocar o ensinamento de SARTI que corrobora integralmente nossa metáfora (Demanda giudiziale (diritto processuale civile), *Enciclopedia del diritto*, v. 13, p. 822) para quem: “[i]n realtà è un mero caso che l’attore sia attore (almeno in molte ipotesi), dipende cioè de una questione di precedenza e di prevenzione. Se si ammettesse anzi una generale azione di accertamento negativo, come in pratica spesso se cerca, a titolo di espediente processuale, di fare, se dovrebbe dire che in ogni caso il convenuto protrebbe rendersi attore, e così proporre come domanda quella che avrebbe dovuto essere la sua eccezione”.

¹³⁴ A metáfora carece apenas de uma precisação observada por BEDAQUE, que não anula sua pertinência, que é o fato de que no “duelo processual”, exige-se que ambos os “pistoleiros” tenham oportunidade de atirar; antes disso, nenhum poderá ser alvejado de maneira fatal. Quando muito, as medidas de cunho antecipatório representariam um ferimento grave, mas não mortal.

¹³⁵ *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, cit., p. 31, 39 e 40, por nós já traduzido. No mesmo sentido, em suas *Istituzioni di diritto processuale*, p. 429.

¹³⁶ Também na doutrina italiana, reconhecendo que tocaria ao réu o exercício do direito de ação, por imposição do princípio da igualdade e do contraditório, MARCO TULLIO ZANUCCI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 195-196): “[l]e ragioni che giustificano questo spettare del c.d. diritto di azione al convenuto sono quelle stesse ragioni che giustificano il principio del contraddittorio (art. 101 – ex. 38 C.P.C.); e cioè la massima dell’eguaglianza delle parti, la quale importa la necessità di impedire che il processo diventi strumento di sopraffazione di un interesse a carico di un altro. Il processo, sappiamo, ha per iscopo di realizzare quello fra gli interessi in conflitto che al giudice si manifesta come prevalente: il potere, che hanno le parti interessate di agire nel processo, è il mezzo migliore per raggiungere questo scopo, in quanto l’agire dell’una delle parti è rettificato e controllato dall’agire dell’altra. La potestà d’azione intanto serve al fine del processo, in quanto appunto è bilaterale”.

¹³⁷ *Lezioni...*, cit., v. 1, p. 32, por nós já traduzido.

¹³⁸ *Istituzioni di diritto processuale*, p. 426, por nós já traduzido.

¹³⁹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, t. 1, p. 31, destacamos.

¹⁴⁰ *Curso...*, cit., v. 1, p. 338.

¹⁴¹ Além dos autores já citados no corpo deste capítulo, veja-se, por exemplo, que AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 187) lecionava que tanto o direito de ação como o de defesa “se identificam como direito à prestação jurisdicional do Estado. Direitos da mesma natureza”. CALMON DE PASSOS considera que “tudo quanto se disse quanto à natureza jurídica do direito de ação vale para explicar a natureza jurídica do direito de defesa” (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 233). VICENTE GRECO FILHO assevera em sentido similar que “[o]

se refletiu no método de análise dos institutos processuais, que continuam a ser construídos e compreendidos à luz do prisma exclusivo do autor, como procuraremos demonstrar de modo mais minudente adiante. Esse fenômeno se deve ao excessivo apego à ultrapassada ideia de *ação* como polo metodológico da ciência processual,¹⁴² o que, segundo DINAMARCO,

constitui manifesta quebra da unidade sistemática que é indispensável a toda ciência [...] e quebra, também, do espírito isonômico, porque pensar na ação e deixar a defesa em segundo plano é cultivar o método do *processo civil do autor*, subliminarmente influenciado pela falsa ideia de que o processo existe para satisfazer pretensões, não para dar tutela a quem tiver razão.¹⁴³

Por outro turno, afirmar que ao autor cabe o direito à *ampla defesa* abre uma nova (e interessante) perspectiva de exegese do inciso LV do art. 5º da Constituição. Sob esse prisma, o termo *defesa* (associado não só ao réu, mas também ao autor) identifica o exercício do poder de reação do autor à “ameaça ou lesão a direito” perpetrada pelo réu no plano do direito material, assim como o exercício do poder de reação do réu ao ataque do autor consubstanciado na instauração do processo, que representa igualmente uma ameaça a direito seu, operada já no plano processual.¹⁴⁴

Exatamente assim, DINAMARCO¹⁴⁵ anota que “[o] vocábulo *defesa* não está no texto constitucional em seu sentido tradicional de direito do réu, contraposto negativo da *ação*, mas de direito de defender direitos e interesses no processo. Essa garantia dirige-se a ambas as partes, não exclusivamente ao demandado”. Reforça essa conclusão o fato de o art. 5º, LV, da Carta Constitucional vir redigido de tal forma que as garantias ao contraditório e à ampla defesa são erigidas em favor dos “litigantes”, sem limitação ao réu.

A utilização do termo *defesa* para designar exercício de direito do autor no processo civil não é de todo estranha. Basta lembrar a consagrada expressão *cerceamento de defesa*, fenômeno que pode vitimar tanto o autor como o réu e iden-

tifica-se com o injusto impedimento ao exercício dos poderes probatórios.¹⁴⁶ Do mesmo modo, o Código do Consumidor (Lei 8.078/1990) dedicou seu Título III à “Defesa do Consumidor em Juízo”, trazendo normas que beneficiam o consumidor tanto na qualidade de autor como na de réu.

Assim desenhado, o direito à ampla defesa é outorgado igualmente ao autor, resultando ainda mais evidente que o sistema constitucional não se contenta pura e simplesmente em franquear o acesso dos interessados ao Poder Judiciário, mas sim a possibilidade “ampla” de defender seus interesses, com “os meios e recursos a ela [defesa] inerentes”, como diz o inciso LV do art. 5º da Carta da República.

Esse enunciado traz garantia que se sobrepõe à do inciso XXXV do mesmo art. 5º da Carta Constitucional, e apresenta-lhe até algumas vantagens, como a de ser mais enfático (pois reforça que não basta garantir acesso, mas que ele deve ser “amplo”) e completo (pois deixa clara a insuficiência do direito de integrar o processo, exigindo-se exercício de “meios e recursos” durante todo o seu curso, com a finalidade última de obter tutela jurisdicional plena).

Note-se, por cautela, que a sobreposição entre *direito de ação* e *de defesa* não seria novidade, pois é fenômeno que ocorre também no tocante a outras garantias constitucionais relativas ao direito processual.

Ao longo da exposição até aqui empreendida, identificamos evidente redundância entre o direito à efetividade da tutela jurisdicional e à celeridade processual (item 3.2.3, *supra*), entre ampla defesa e contraditório e entre contraditório, isonomia e publicidade (item 3.3, *supra*). Enuncia-se expressamente mais de uma garantia para tutela do mesmo bem jurídico. A propósito, CRUZ E TUCCI notou uma “inequívoca (mas benfazeja...) redundância”.¹⁴⁷

Mais amplamente ainda, haveríamos de entender que todas essas garantias constitucionais – à efetividade da tutela jurisdicional, à razoável duração do processo, à ampla defesa, ao contraditório, à isonomia e à publicidade, dentre muitas outras – estariam incluídas na cláusula do devido processo legal, que pode ser considerado como um “princípio-síntese”¹⁴⁸ congregador de todas as demais

direito de defesa é, portanto, um aspecto do próprio direito de ação no que concerne ao réu, porque não há ação sem bilateralidade, sem duas partes em contraditório” (*Direito processual civil brasileiro*, v. 2, p. 123). HUMBERTO THEODORO JR. reconhece que “o direito de defesa, sendo análogo ou correlato ao direito de ação, merece mesmo ser classificado como um aspecto dentro do próprio direito de ação” (*Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 77).

¹⁴² Ao valorizar o direito de defesa no sentido de aproximá-lo do direito de ação, não pretendemos aqui manter o segundo como polo metodológico da ciência processual civil. Em realidade, esses dois institutos acabam esmaecidos face ao conceito de *tutela jurisdicional*, que passa a figurar no centro do sistema, absorvendo ação e defesa, que passam a ser definidos como meios para atingimento de um fim, que é a *tutela jurisdicional*.

¹⁴³ Das ações típicas, *Fundamentos...*, cit., t. 1, p. 332.

¹⁴⁴ Essa construção foi feita por ZANUCCHI (*Diritto processuale civile*, v. 1, p. 197).

¹⁴⁵ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 134, nota de rodapé 23.

¹⁴⁶ Justamente nesse sentido amplo (aplicável a ambos os litigantes) é que a expressão *cerceamento de defesa* já esteve inserida no texto da lei brasileira. O inciso II do art. 851 do CPC de 1939 previa o cabimento do agravo no auto do processo contra decisões “que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a *defesa do interessado*” (grifo nosso). Não por outra razão, a jurisprudência uníssona reconhece que o autor pode sofrer “cerceamento de defesa”. Confira-se, a propósito, julgado do STJ, assim ementado: “[h]á cerceamento de defesa quando o juiz deixa de colher as provas expressamente requeridas na petição inicial e julga improcedente o pedido, justamente, por falta de provas” (3ª T, AgRg no Ag 388.759/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 25-9-2006).

¹⁴⁷ *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 105.

¹⁴⁸ Na doutrina estrangeira, defende ideia parecida com a ora enunciada VITTORIO DENTI (Valori costituzionali e cultura processuale, *Rivista di Diritto Processuale*, p. 445, 1984), reportando-se ao princípio do “giusto processo” como “princípio-guida”. Assim também COURURE (Las garantías constitucionales del proceso civil, cit., p. 40-42).

garantias constitucionais necessárias para que o processo seja justo e adequado ao desempenho de suas funções dentro do Estado democrático de Direito.¹⁴⁹

Em suma, nada há de errado na escolha feita pelo ordenamento jurídico brasileiro em enunciar mais de uma garantia constitucional para tutelar o mesmo bem jurídico, pois indica claramente a preferência pelo excesso.¹⁵⁰ Num país como o nosso, com escassa tradição democrática, esse reforço é mais do que bem vindo.

Assim, resta assentado como premissa para os próximos capítulos deste trabalho que *os incisos XXXV e LV do art. 5º da Constituição aplicam-se tanto ao autor como ao réu, de tal sorte que a ambos assistem os direitos de ação e de defesa, como feixes de poderes e faculdades exercitáveis ao longo de todo o processo, com intuito de obtenção de tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.*

Como consequência de todo o exposto, a distinção entre os dois sujeitos parciais do processo não pode mais ser feita com base na lição de CHIOVENDA,¹⁵¹ que encontra substancial eco na doutrina estrangeira e brasileira, segundo a qual o autor é aquele que pede e o réu é aquele em face de quem há o pedido.¹⁵² Se tanto autor como réu pedem tutela jurisdicional (e contra ambos esse pedido é dirigido), é correto acatar a tese de LIEBMAN,¹⁵³ cujo maior defensor entre nós é DINAMARCO, no sentido de que

[p]artes são os sujeitos interessados da relação processual, ou os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz. Dizem-se interessados porque ali estão sempre em defesa de alguma pretensão própria ou alheia, em preparação para receberem os efeitos do provimento final do processo. Elas

¹⁴⁹ Há que citar, ainda, ADA PELLEGRINI GRINOVER: “não basta afirmar a constitucionalização do direito de ação, para que se assegurem ao indivíduo os meios para obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido. É necessário que, por direito de ação, direito ao processo, não se entenda a simples ordenação de atos, através de qualquer procedimento, mas sim o ‘devido processo legal’ [...]. O princípio da proteção judiciária, assim entendido, substitui, no processo civil, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório” (*Os princípios constitucionais...*, cit., p. 18-19). Mais recentemente, CASSIO SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 105) leciona que: “[o] princípio do devido processo legal, neste contexto, deve ser entendido como o princípio regente da atuação do Estado-juiz, desde o momento em que ele é provocado até o instante em que o Estado-juiz, reconhecendo o direito lesionado ou ameaçado, crie condições concretas de sua reparação ou imunização correspondente”.

¹⁵⁰ Mais uma vez, nesse sentido, é a constatação de SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 105).

¹⁵¹ “[P]arte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação de uma vontade concreta da lei, e aquele em face de quem esta atuação é demandada” (*Instituições...*, cit., v. 2, p. 234).

¹⁵² Na doutrina italiana, confira-se MANDRIOLI (*Curso...*, cit., v. 1, p. 177 ss). Essa teoria também encontra eco na doutrina brasileira, v. g., AMARAL SANTOS (*Primeiras linhas...*, cit., v. 1, p. 159), FREDERICO MARQUES (*Manual...*, cit., v. 1, p. 174 e 249), VICENTE GRECO FILHO (*Direito processual civil brasileiro*, v. 1, p. 88 e 92) e SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 2, t. 1, p. 435). ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (*Intervenção de terceiros*, p. 4) traz uma sutil diferenciação a essa teoria, sem alterar-lhe a substância: “[q]uem demanda torna-se o autor; aquele ‘contra quem’ (quando houver uma efetiva oposição de interesses) ou ‘perante quem’ (quando tal oposição não existir) tal situação é demandada será o réu”.

¹⁵³ “[S]ão partes no processo os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, ou seja: os sujeitos do processo diversos do juiz, para os quais este deve proferir seu julgamento” (*Manual...*, cit., v. 1, p. 123).

participam dos combates inerentes a este e beneficiar-se-ão com os seus efeitos substanciais diretos ou indiretos, ou os suportarão: a tutela jurisdicional a ser concedida endereçar-se-á a uma das partes, impondo-se à outra o sacrifício de uma pretensão (parte vencedora e parte vencida).¹⁵⁴

A adoção dessa posição se compatibiliza com esta tese à medida que repudia o réu como “aquele em face de quem é feito o pedido”.

Em conclusão, o único modo de diferenciar autor e réu é reconhecer no primeiro o litigante responsável pela quebra inicial da inércia da jurisdição, dando ensejo à instauração do processo, ao passo que o segundo é aquele que é chamado (pela citação) para integrar a relação processual já instituída.¹⁵⁵ Nesse sentido (e apenas nele) parece-nos razoável dizer que o autor “age” e o réu “reage”.¹⁵⁶

Seguindo a mesma trilha, não se pode dizer que o autor ocupa o polo ativo da relação processual, e o réu, o passivo.¹⁵⁷ Essa assertiva – como denuncia FAZZALARI¹⁵⁸ – vem impregnada da concepção chiovendiana de ação como “direito potestativo” e ignora que autor e réu ocupam, no decorrer do processo, posições jurídicas ativas e passivas.¹⁵⁹ Também por isso é que também não podemos aceitar a concepção de que o “autor pede e o réu impede”,¹⁶⁰ visto que o exercício do

¹⁵⁴ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 246. Também acolhendo essa aceção, CRUZ E TUCCI (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, p. 34-35).

¹⁵⁵ Mal comparando a atuação dos dois litigantes com figuras da intervenção de terceiros, diríamos que a intervenção do primeiro é voluntária e a do segundo, provocada, conforme classificação bastante comum na doutrina (e. g., ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Intervenção de terceiros*, p. 55, e DINAMARCO, *Instituições...*, cit., v. 2, p. 374).

¹⁵⁶ É exatamente nesse sentido a lição de SCARPINELLA BUENO (*Curso...*, cit., v. 1, p. 457). PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. 6, p. 17) recorre à etimologia da palavra *defender*, para afirmar que “[q]uem se defende (*de-fendere*) vai contra o que o golpeia, o empuxa (*of-fendere; fendere* = golpear). Ataque, contra-ataque”.

¹⁵⁷ Exatamente nesse sentido é a feliz definição de FERDINANDO UMBERTO DI BLASI (*Difesa (in generale). Novissimo digesto italiano*, v. 3, p. 616), no sentido de que: “[s]e si considera, infine, l'azione o l'eccezione dal punto di vista formale o essenzialmente processuale, anche all'eccezione si adatta la definizione che è stata formulata per l'azione, quale potere giuridico che pone in essere la condizione per l'attuazione della legge; e a chi si affrettasse a soggiungere che l'azione é diretta alla attuazione della legge a favore dell'attore, mentre l'eccezione attua la legge a favore del convenuto, potrebbe subito e facilmente risponderci che la distinzione fra attore e convenuto concerne il momento iniziale del rapporto processuale, e che, per quanto chi agisce in giudizio abbia dato impulso al processo, tuttavia egli nel processo si trasforma da soggetto attivo in soggetto passivo, perchè il processo si svolge anche in suo confronto, onde può dirsi che non ad una delle parti soltanto, ma a ciascuna di esse, spetta il potere di azione”. Enunciou lição similar VITTORIO DENTI, ao afirmar que a exceção “è un potere ossia de una situazione soggettiva attiva” (*L'eccezione nel processo civile, Dall'azione al giudicato*, p. 76).

¹⁵⁸ *Istituzioni...*, cit., p. 428.

¹⁵⁹ Resgatando a distinção que já nos ocupou em trabalho anterior (*Preclusão processual civil*, p. 97-104), as posições ativas são aquelas que deixam o sujeito processual em uma posição de vantagem (pois o põem em condição de atuar da esfera jurídica alheia, ou ao menos de requerer o juiz que o faça). Essas posições de vantagem podem ser ocupadas em todas as oportunidades em que a parte se desincumbe de um ônus processual. Já as posições passivas deixam a parte em uma situação de desvantagem, de sujeição, e estão ligadas à figura dos deveres processuais.

¹⁶⁰ CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO (*Teoria geral do processo*, p. 234), HUMBERTO THEODORO JR. (*Curso...*, cit., v. 1, p. 77), ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, t. 3, p. 414), ARAKEN DE ASSIS (*Procedimento sumário*, p. 95), entre muitos outros.

contraditório permite que ambos, como sujeitos da relação processual, *peçam e impeçam*.

De todo modo, cumpre-nos assentar, antes de prosseguir, que, apesar das conclusões aqui atingidas, *preferimos para fins exclusivamente didáticos continuar a chamar de ação e defesa as posições, respectivamente, do autor (aquele que inicia o processo) e do réu (aquele que é chamado a comparecer ao processo)*,¹⁶¹ em respeito à tradição terminológica longamente consagrada pelo direito positivo, doutrina e jurisprudência.

3.5 Aplicação imediata das garantias constitucionais de ação e defesa no sistema processual infraconstitucional

As conclusões atingidas no item anterior sobre as garantias constitucionais de ação e de defesa não se resumem a vagas diretrizes teóricas, sem nenhuma aplicação prática. Consideradas essas garantias como *direitos fundamentais*, importa lembrar que, nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, são imediatamente aplicáveis,¹⁶² prescindido de normas que as regulamentem.

No plano processual, a moderna leitura das garantias de ação e de defesa impõe que todos os institutos regrados pela legislação infraconstitucional sejam moldados tendo em vista que autor e réu devem dispor de iguais meios para obter tutela jurisdicional efetiva, que é necessariamente outorgada por meio do devido processo legal.

A propósito, a lição enunciada por COUTURE¹⁶³ há mais de meio século permanece inteiramente atual: “da Constituição à lei deve haver um processo de desenvolvimento sistemático”, especialmente porque “a lei deve ser fiel intérprete dos princípios da Constituição”, de modo que “o espírito dessa seja trasladada àquela, que deve inspirar-se nas valorações empreendidas pelo constituinte”. Nessa linha, CASSIO SCARPINELLA BUENO assentou que

[e]studar o direito processual civil *na e da* Constituição, contudo, não pode ser entendido como algo *passivo*, que se limita à identificação de que determinados assuntos respeitantes ao direito processual civil são previstos

¹⁶¹ Aqui, e guardadas as ressalvas decorrentes da exposição feita neste capítulo, avalizamos a opinião de CALMON DE PASSOS, para quem “[n]ada impede que o sujeito passivo da relação de direito material se faça autor, tomando a iniciativa do processo, como nada impede que ocorra o inverso. Tenha sido a ação proposta pelo sujeito ativo da relação jurídica material, tenha sido ela proposta pelo sujeito passivo, o que primeiro exerceu o direito à tutela exercita-o mediante o chamado direito de ação, e o que assumiu a posição de demandado igualmente o exercita sob a forma de defesa. Sua pretensão à tutela jurídica, nesse passo, assume o aspecto do exercício do direito de defesa, não o de ação, por ter-lhe faltado a iniciativa” (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 233).

¹⁶² Trata-se essa de característica desses direitos, como leciona JOAN PICÓ I JUNOY (*Las garantías constitucionales del proceso*, p. 24) e, na doutrina nacional, OSCAR VILHENA VIEIRA (*Direitos fundamentais*, p. 87 ss).

¹⁶³ *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., p. 20, por nós já traduzido.

e regulamentados naquela Carta. Muito mais do que isso, a importância da aceitação daquela proposta metodológica mostra toda sua plenitude no sentido *ativo* de *aplicar* as diretrizes constitucionais na *construção* do direito processual civil, realizando *pelo e no* processo, isto é, *pelo e no* exercício da função jurisdicional, os misteres constitucionais reservados para o Estado brasileiro, de acordo com o seu modelo político, e para seus cidadãos.¹⁶⁴

De todas as conclusões extraídas a partir do exame das garantias constitucionais de ação e defesa a que mais importa para análise das normas infraconstitucionais é a de que autor e réu, ao postularem no processo, pedem ao Estado-juiz que lhes outorgue tutela jurisdicional.

Essa premissa interfere de modo marcante na interpretação de diversas normas do sistema, cuja premissa original era a de que apenas o autor busca a obtenção da tutela jurisdicional, e o réu se limitaria, em princípio, a resistir.

Como vimos, essa concepção – a que DINAMARCO tem chamado de “processo civil do autor” –¹⁶⁵ está impregnada de uma ultrapassada concepção privatista do processo, como mero meio público de satisfação de pretensões privadas insatisfeitas no plano material, e não como instrumento de pacificação social, afirmação de soberania estatal e aplicação do direito objetivo.

Assim, cumpre-nos analisar as regras do Código de Processo Civil no tocante à posição do réu no processo, à luz das premissas aqui assentadas. Para tanto, mostra-se necessário analisar as regras erigidas pelo sistema positivo infraconstitucional para reger a técnica do exercício do direito de defesa. Esse é o tema que ocupa o próximo capítulo.

¹⁶⁴ O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações, *Revista de Processo*, nº 161, p. 262, destaques do original.

¹⁶⁵ *Instituições...*, cit., v. 2, p. 294.