

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

de

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

Volume 1

Direito de ação
Partes e terceiros
Processo e política

Volume 2

Jurisdição e competência
Sentença e coisa julgada
Recursos e processos de competência
originária dos Tribunais

Volume 3

Jurisdição constitucional das liberdades
e garantias constitucionais do processo
Execução
Processo cautelar
Outros estudos

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

Mesquita, José Ignacio Botelho de

Teses, estudos e pareceres de processo civil, volume 1: direito de ação, partes e terceiros, processo e política / José Ignacio Botelho de Mesquita ; apresentação José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.
ISBN 85-203-2738-9

1. Processo civil 2. Processo civil – Brasil I. Tucci, José Rogério Cruz e. II. Rodrigues, Walter Piva. III. Lucon, Paulo Henrique dos Santos. IV. Título. V. Título : Direito de ação, partes e terceiros, processo e política.

05-3680

CDU-347.9

Índices para catálogo sistemático: 1. Processo civil : Direito civil 347.9

JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA

TESES, ESTUDOS E
PARECERES DE PROCESSO CIVIL

Volume 1

DIREITO DE AÇÃO
PARTES E TERCEIROS
PROCESSO E POLÍTICA

Apresentação

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI
WALTER PIVA RODRIGUES
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

DA AÇÃO CIVIL¹

PRIMEIRA PARTE

O Problema do Direito de Ação na Atualidade

SUMÁRIO: § 1.º *Existe o direito de ação?*: 1. Da necessidade de isolar as tendências dominantes sobre o conceito de ação – § 2.º *O ensaio de Pekelis*: 2. Pontos de convergência e divergência da doutrina sobre o conceito do direito de ação, segundo Pekelis, e sua tentativa de superação – § 3.º *O relativismo de Calamandrei*: 3. Os motivos da divergência segundo Calamandrei e Schönke – 4. O ceticismo de Calamandrei – 5. A solução de Chiovenda na concepção de Calamandrei – § 4.º *O dualismo denunciado por Liebman*: 6. Razões da divergência, segundo Liebman, e a condenação ao relativismo – 7. A síntese proposta por Liebman e sua tendência à concreção do conceito do direito de ação – § 5.º *A hipótese levantada por Orestano*: 8. As raízes da divergência na história do direito – 9. Autonomia do processo e unidade do direito – § 6.º *Primeiras conclusões e sua aplicação à doutrina brasileira*: 10. Afinidades reveladas pelos ensaios examinados – 11. A feição atual do problema da ação – 12. O trânsito da visão subjetivista para a concepção objetivista na doutrina brasileira – § 7.º *A tendência atual*: 13. A tendência dominante nas teorias atuais sobre o direito de ação – 14. A necessidade de um novo confronto entre a teoria do direito concreto e a teoria do direito abstrato de ação.

§ 1.º Existe o direito de ação?

1. Da necessidade de isolar as tendências dominantes sobre o conceito de ação

Muito embora o problema do direito de ação se houvesse transformado nestes últimos 100 anos em um dos mais controvertidos te-

¹ *Da Ação Civil*, São Paulo, RT, 1975, tese para o concurso de Professor Titular de Direito da USP.

mas, não só do direito processual civil como também da própria ciência do direito, a verdade é que em 1966, quando Vidigal pôs em dúvida toda a doutrina precedente, o seu artigo *Existe o direito de ação?*² encontrou os processualistas brasileiros, senão todos, pelo menos a grande maioria, perfeitamente pacificados e unidos em torno do conceito que Liebman divulgara entre nós há já então mais de 20 anos, nas páginas da "Revista Forense",³ considerando a ação como o direito à sentença de mérito.

Esse trabalho de Vidigal representa, sem dúvida, um marco divisorio na ciência processual brasileira, impondo aos estudiosos o desafio de retirar a doutrina da ação do ponto morto em que se havia até então acomodado.

Das dificuldades desta tarefa, nos dá perfeita medida a observação de Vidigal, de que o conceito de ação representa hoje um problema "que as doutrinas mais variadas e engenhosas acabaram por situar no domínio dos mistérios inacessíveis à compreensão do homem comum e, mais do que isso, à do próprio homem de ciência".⁴

E, de fato, a maior dificuldade com que o estudioso desta matéria se defronta é a de delinear a fisionomia atual do objeto de seu estudo. Sem a superação desta dificuldade, porém, não há como iniciar qualquer reflexão sobre ele. Não resta outra alternativa, portanto, senão a de tentar descobrir pelo menos as linhas determinantes da evolução do conceito de ação, para poder reduzir, até onde for possível, a incrível complexidade por ele assumida ao longo do tempo. Esse, pois, há de ser nosso ponto de partida.

Não nos anima, evidentemente, a idéia de estudar e discutir, uma por uma, as diversas teorias que a história do conceito de ação nos oferece, pois isso não só já é objeto de inúmeros trabalhos de grande valor, como também não nos traria como resultado a visão atual do problema,

² Vidigal, L. E. B., *Existe o direito de ação?*, "in" *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1966, 5.º vol., p. 7 e segs.

³ Liebman, E. T., *O despacho saneador e o julgamento do mérito*, "in" RJ 104/216 e segs., 1945, publicado posteriormente "in" *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, 1947, p. 107 e segs.

⁴ Vidigal, ob. e loc. cit.

mas tão-somente a desalentadora fotografia de uma selva quase que impenetrável.

O que nos propomos fazer, nesta análise inicial, é tão-só isolar as tendências dominantes manifestadas no estudo desse problema, para saber o que é que nele ainda continua sendo problema para a ciência processual e, assim, determinar os pontos que continuam sendo obstáculo a uma visão harmoniosa do direito de ação.

§ 2.º O ensaio de Pekelis

2. Pontos de convergência e divergência da doutrina sobre o conceito do direito de ação, segundo Pekelis, e sua tentativa de superação

Uma análise com objetivos semelhantes foi levada a cabo por Pekelis em 1937,⁵ 80 anos depois da polémica entre Windscheid e Muther,⁶ quando, muito embora andassem ainda agudas as dissensões, já se achavam definitivamente fixadas na doutrina as mais importantes correntes de pensamento sobre o direito de ação. O momento era, pois, oportuno; e Pekelis, ao que tudo indica, encontrou motivação suficiente para lançar-se à obra, pondo como alvo a destruição da teoria de Chiovenda. Tarefa inglória, sem dúvida, mas que produziu para a ciência processual um resultado de não pouca utilidade, já que ofereceu um ponto de apoio razoavelmente firme para a construção dos desenvolvimentos posteriores da doutrina da ação.

Os méritos desse trabalho de Pekelis consistiram, a nosso ver, no seguinte: em primeiro lugar, na tentativa de isolar os pontos de convergência e de divergência das diversas teorias; em segundo lugar, na tentativa de descobrir as razões fundamentais que determinavam essas di-

⁵ Pekelis, *Azione*, "in" *Nuovo Digesto Italiano*, Turim, 1937, vol. II, p. 91 e segs.

⁶ Windscheid, *Die "Actio" des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856; idem, *Die "Actio", Abwehr gegen Dr. Th. Muther*, Düsseldorf, 1857; Muther, *Zur Lehre von der röm. Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestatio und der Singularsuccession in Obligationen*, Erlangen, 1857; traduzidos para o italiano, com introdução de Pugliese, sob o título *Polemica in torno all'actio*, Florença, 1954.

vergências; e, por último, na tentativa de propor uma forma de superação da desunião.

Conforme salientou Pekelis, o ponto comum a todas as teorias consistia no entender a ação como uma situação de vantagem a favor do indivíduo em relação à atividade jurisdicional ou processual do Estado; e o ponto de desacordo, ou como disse ele, a idéia fixa que dominava a disputa, consistia no confronto da ação com outras situações de vantagem existentes no ordenamento jurídico e especialmente com aquela denominada direito subjetivo. Muito embora isto pudesse representar uma contribuição muito pequena, a verdade é que o emaranhado das teorias era então de tal modo desencorajador, que isto já representava uma razoável ajuda para os estudiosos.

Quanto às razões que conduziram as diversas teorias a diferentes conclusões, procurou Pekelis demonstrar que, antes de mais nada, poderosas razões de natureza histórica e política influenciaram decisivamente o panorama da ciência do direito, de modo a impedir os juristas de extrair dos estudos de direito público todas as conclusões que se impunham e que, não fosse a verdadeira luta em que estes se empenharam contra o Estado, já no último terço do século passado, apontariam para a unidade fundamental do direito e principalmente para a circunstância de que, em face do direito de ação, as relações jurídicas de direito material deveriam considerar-se como instituições de caráter secundário e reflexo, ou seja, com aquele caráter que era então atribuído precisamente à ação.⁷

Dá por que, sem embargo das diferenças que Pekelis assinala entre o direito processual de ação e o direito subjetivo material, pode perceber-se na sua teoria a tendência de absorção de um desses direitos pelo outro, em favor de uma superação do afastamento traçado entre ambos pela doutrina então predominante.

§ 3.º O relativismo de Calamandrei

3. Os motivos da divergência segundo Calamandrei e Schönke

Logo após a publicação desse trabalho, sobreveio, como que em resposta, o magnífico estudo de Calamandrei, *A Relatividade do Conceito de*

⁷ Pekelis, ob. cit., n. 16, p. 100, e n. 13, p. 98.

Ação,⁸ em que esse notável processualista, retomando a análise histórica da doutrina do direito de ação, proposta por Pekelis, atribui ao ensaio por este realizado o qualificativo de “la aportación más original y más penetrante que se ha escrito sobre el tema después de la clásica prolucción de Chiovenda”.⁹ E com razão, pois desde o célebre estudo de Chiovenda, publicado em 1903,¹⁰ é o ensaio de Pekelis a primeira tentativa de uma visão mais ampla do problema da ação, que viria a abrir caminho para novas formulações do debatidíssimo conceito.

Calamandrei, à semelhança do que no mesmo ano de 1938 ocorrera com Schönke, na Alemanha, refletiu em seu trabalho a profunda preocupação que envolvia os juristas daquela época, às portas da deflagração da segunda guerra mundial, face a face com o problema das relações entre o indivíduo e o Estado, entre liberdade e autoridade, que, então, já se aproximava do momento tenebroso de deixar de ser uma questão teórica, para consumir-se como uma das mais monstruosas realidades vividas em nosso século. Schönke¹¹ afirmara existir “duas concepções opostas sobre a estrutura e a natureza do direito processual civil, sendo ambas a expressão de duas concepções do mundo distintas”: a primeira refletida na obra de Wach¹² e a segunda na de Franz Klein,¹³ representando aquela, no dizer de Calamandrei, uma concepção “essencialmente liberal”,¹⁴ e esta uma concepção autoritária do processo.

⁸ Calamandrei, *La relatividad del concepto de acción*, in *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1961, p. 135 e segs. (tradução do original italiano *La relatività del concetto d'azione*, primeiramente “in” *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1939, I, p. 22 e segs., e posteriormente “in” *Studi sul processo civile*, Pádua, 1947, vol. V).

⁹ Calamandrei, *La relatividad* cit., “in” *Estudios* cit., p. 137.

¹⁰ Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903; posteriormente “in” *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930.

¹¹ Schönke, *Zivilprozessrecht*, Berlim, 1938, p. 3, e *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1950, p. 15.

¹² Wach, *Der Feststellungsanspruch*, Leipzig, 1880, trad. para o espanhol sob o título *La pretensión de declaración*, Buenos Aires, EJE, s. d.; idem, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Stuttgart, 1903.

¹³ Klein, *Zeit-und Geistesströmungen im Prozess*, 1901, Klein-Engel, *Der Zivilprozess Österreichs*, 1927.

¹⁴ Calamandrei, *La relatividad*, cit., p. 144.

Enquanto Schönke se mostrava partidário da posição de Klein, em consonância com a concepção político-jurídica vigente na Alemanha de então, já Calamandrei pendia para uma posição intermédia, por ele encontrada na obra de Chiovenda, posta “a mitad del camino entre Wach y Klein”,¹⁵ muito embora houvesse formulado críticas tão sérias ao conceito de Chiovenda que, pelo menos no nosso entender, maior dano impôs à doutrina de Chiovenda a sua defesa por Calamandrei que o ataque de Pekelis.

4. O ceticismo de Calamandrei

Calamandrei situou o problema de forma mais nítida que Pekelis, reduzindo o núcleo central da polémica, ao seguinte dilema: “¿se debe ver en el proceso civil un servicio que el Estado presta al ciudadano, proporcionándole el medio de actuar su derecho subjetivo o bien un servicio que el ciudadano presta al Estado, proporcionándole la ocasión para actuar el derecho objetivo?”¹⁶

E de fato é exatamente este o núcleo central da controvérsia, que Pekelis procurou definir como sendo as relações entre o direito de ação e o direito subjetivo, e que Calamandrei fixa desde um ponto-de-vista de natureza eminentemente política, mas acima de tudo desde um ponto-de-vista que torna mais firme para o estudioso o caminho que se abre a seguir. Com efeito, a partir daí, a realidade processual, no que diz respeito ao direito de ação, deixa de mostrar-se tão terrivelmente fragmentada para começar a apresentar-se mais coesa em torno de um número mais reduzido de questões.

Pode parecer sem dúvida contraditório, que esse resultado advenha exatamente da obra de quem levou o relativismo do conceito de ação ao extremo de afirmar ser “trabajo inútil buscar la verdadera definición”¹⁷ da ação; mas a verdade é que esse ensaio de Calamandrei ultrapassou de muito as intenções de seu autor, pelo menos no que tange ao seu aparente ceticismo, sendo até mesmo de se perguntar se o ceticismo de

¹⁵ Calamandrei, *idem*, p. 145.

¹⁶ Calamandrei, *ob. cit.*, p. 136.

¹⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 137.

Calamandrei não se dirigiria muito mais aos rumos políticos pelos quais se orientava a Europa de então, do que propriamente à teoria da ação.

Não pode passar despercebida, com efeito, a nota de desilusão que impregna seu discurso, quando atesta esta “continuada y paciente obra de erosión a la cual desde hace un siglo la doctrina há sometido los elementos corpóreos del concepto de acción”, correspondendo a uma estrada que, confessa, “tendría ganas de titular ‘grandeza y decadencia del derecho subjetivo’”.¹⁸

Não podemos esquecer, de outro lado, que por essa mesma época, procurava afirmar-se na Alemanha a chamada “luta contra os direitos subjetivos” (*Kampf wider das Subjektive Recht*), cuja inspiração não era outra senão a de sublinhar as teses do nacional-socialismo¹⁹ que desfrutavam então de tal prestígio na Alemanha, que um jurista como Calamandrei não poderia senão demonstrar-se cético, ante as perspectivas que a história estava delineando para a sorte dos direitos do indivíduo em face do Estado, esquecendo-se, até mesmo, de que aqueles juristas não faziam mais do que renegar a doutrina processualística germânica anterior, conforme lamentou Segni, com as palavras candentes que ainda hoje merecem ser lembradas.²⁰

É possível acreditar, portanto, que o relativismo (ou melhor, o ceticismo) de Calamandrei se explicasse por motivos antes psicológicos do

¹⁸ Calamandrei, *ob. cit.*, p. 151.

¹⁹ Cf. Seydel, *Gedanken zur Neugestaltung des Zivilprozesses*, 1935; Höhn, *Das subjektive öffentliche Recht der Neue Staat*, “in” *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, p. 49 e segs.; Volkmar, *Die Neugestaltung des Zivilprozesses im Geiste nationalsozialistischer Rechtsanfassung*, in Frank, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 2.ª ed., München, 1935, p. 1.496 e segs.; Schönke, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1950, p. 3 e segs., apud Farién Guillén, *La acción, derecho procesal y derecho político*, “in” *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 68.

²⁰ “Rinegando la dottrina processualistica anteriore, le correnti (che gli autori indicati rappresentano) – referia-se a Schönke, De Boor e Lenz – fanno rimpiangere i grandi Maestri del processo germanico e la loro scuola: rispetto a quella (che fece grande il nome germanico nella scienza del diritto processuale) queste moderne correnti rappresentano un netto e grave regresso.” Segni, A., *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, 1941, “in” *Scritti giuridici*, 1965, Turim, vol. I, p. 214.

que propriamente jurídicos, principalmente quando se tem presente que a realidade posterior à segunda guerra mundial não confirmou senão em parte os negros presságios que Calamandrei vaticinava para a sorte dos direitos subjetivos.

Além disto, é de salientar-se, que as construções do direito abstrato e do *Rechtsschutzanspruch*, muito embora possam revelar tendências, respectivamente, autoritárias e liberais, não estão historicamente vinculadas a ideologias nazistas ou fascistas ou antinazistas e antifascistas, mas como acentua Comoglio, “hanno costituito il punto di arrivo di concezioni preesistenti all’instaurazione di tali regimi politici”.²¹

5. A solução de Chiovenda na concepção de Calamandrei

O mérito de Calamandrei, portanto, colocado o seu ceticismo nas devidas proporções, resulta haver sido o de, dando um passo avante sobre as formulações de seus contemporâneos, haver sistematizado melhor a doutrina do direito de ação e aberto novas perspectivas para, como ele próprio diz, “encontrar mejor su progresión y su continuidad a lo largo de la línea ideal antes indicada”,²² vale dizer, em busca da linha média e evitando os exageros dos extremos revelados nas duas concepções até aqui referidas. E nesse particular, como é próprio dos verdadeiros mestres, Calamandrei deixou abertas as vias para novas investigações. Não se aferrou, pelo menos nesse ensaio, à concepção de Chiovenda, que apenas apontou, dentro da sua visão relativista, como sendo a mais consentânea com as condições históricas e políticas da Itália de então. E fez mais: deixou assinalado que a doutrina do direito potestativo abrigava em seu centro um hiato jurídico, que a doutrina do direito abstrato de ação cuidara de aprofundar, mostrando ainda que “a fuerza de insistir sobre la independencia del derecho procesal respecto del derecho substancial, se há llegado a alzar entre ellos una muralla sin ventanas”.²³

²¹ Comoglio, L. P., *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Pádua, 1970, p. 83.

²² Calamandrei, ob. cit., p. 151.

²³ Calamandrei, ob. cit., p. 150.

§ 4.º O dualismo denunciado por Liebman

6. Razões da divergência, segundo Liebman, e a condenação ao relativismo

Sobrevêm a seguir a segunda conflagração mundial, a cujo término tem a humanidade estarecida, ante seus olhos, desvendado todo o horror a que haviam conduzido as concepções autoritárias que fundaram o nazismo e o fascismo e de que, no direito, a corrente conhecida como a “luta contra o direito subjetivo” havia marcado a fronteira mais avançada. Impunha-se, portanto, uma ampla revisão. Pelo menos na Europa, deveria arrefecer o ânimo dos defensores das doutrinas abstratas do direito de ação. A teoria do *Rechtsschutzanspruch*, de seu lado, encontrava-se já então pouco menos que morta. Restava, portanto, aos juristas, apenas o ponto de apoio deixado pelas sínteses propostas pelos trabalhos anteriores e, acima de tudo, o imperativo de encontrar os novos caminhos.

É quando surge, em fins de 1949, o trabalho de Liebman, *L’azione nella teoria del processo civile*.²⁴

Mantendo embora o ponto de partida já escolhido por Pekelis, Schönke e Calamandrei, de que as divergências doutrinárias se explicam por uma dualidade de perspectivas da realidade, Liebman deles se afasta no considerar que essa dualidade de perspectivas não resulta de uma duplicidade de formas de encarar o mundo, mas sim de uma dualidade de modos de considerar o processo e especialmente a ação, havendo quem a veja do ponto-de-vista do autor e quem a estude desde o ponto-de-vista do juiz.

Como se vê, procura Liebman expurgar o processo das concepções políticas e principalmente livrá-lo do relativismo criado por Calamandrei, “che giustificando tutte le teorie in ragione delle varie ideologie politiche, finisce per non accoglierne alcuna e dovrebbe, se

²⁴ Liebman, *L’azione nella teoria del processo civile*, lido na Universidade de Turim, em 24.11.1949, e publicado nos *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. II, Pádua, 1950, e posteriormente “in” *Problemi del Processo Civile*, Nápoles, 1962, p. 22 e segs.

volesse essere logico affidare... al suffragio elettorale la prevalenza di una di esse sulle altre".²⁵ Daí por que, à semelhança de seus antecessores, afirma novamente a necessidade de "superare e contemperare questi vari punti di vista in una visione unitaria che consideri il processo obiettivamente, secondo la posizione e la funzione che gli spetta nell'ordine giuridico".²⁶

7. A síntese proposta por Liebman e sua tendência à concreção do conceito do direito de ação

Liebman submete à crítica tanto as teorias "concretas" como as "abstratas" mas, no definir o que deveria ser a posição intermédia, não chega a inovar, mantendo-se antes vinculado às suas anteriores formulações, que já o caracterizavam como partidário de uma solução de compromisso entre ambas aquelas correntes e que, exatamente por isso, fizeram com que sua posição alcançasse grande repercussão, sobretudo no Brasil.

Liebman conseguira, com efeito, já em seus escritos anteriores, alcançar uma posição que o punha a salvo de grande parte das censuras que poderiam mover-se contra as correntes abstratas e concretas do direito de ação, porquanto considerar a ação como direito à sentença de mérito é, de um lado, mais do que conceituá-la como mero direito cívico de ir aos tribunais e, de outro lado, é menos do que um direito à sentença favorável. Mesmo assim, contudo, dizer que a esse direito não corresponde nenhuma obrigação e limitar a ação ao poder de produzir um efeito jurídico relevante no âmbito das normas instrumentais,²⁷ importa, a nosso ver, em retomar da teoria de Chiovenda exatamente a parte em que esta se apresenta mais "autoritária", em que ela peca por considerar unilateralmente a realidade processual, incidindo, portanto, na mesma censura que tanto Calamandrei, como o próprio Liebman, moveram contra a teoria dos direitos potestativos.

Deve contudo salientar-se que Liebman, sem embargo de suas severas críticas contra as teorias concretas, não deixou de sentir nem de

²⁵ Liebman, *L'Azione*, cit., loc. cit., p. 27.

²⁶ Liebman, *idem*, *ibidem*, p. 27.

²⁷ Liebman, *L'Azione* cit., *Problemi*, cit., p. 45.

demonstrar uma certa tendência à "substancialização" do conceito de ação, denotada primeiramente no seu modo de conceber a ação executória²⁸ e, posteriormente, no seu modo de entender as relações entre a ação e o direito subjetivo, refletido principalmente na sua expressão: "La difesa più efficace del diritto soggettivo privato non consiste nel rinchiuderlo nella sua trincea, dove è condannato a rimanere inerte, bensì nell'affermare l'intangibilità dell'arma che il diritto pubblico pone a sua disposizione; e quest'arma è l'azione, perchè soltanto essa costituisce il mezzo idoneo per lottare nel campo aperto del processo, a contatto diretto con gli organi dello Stato."²⁹

Assim como a grande tarefa de Chiovenda foi a de colocar a ação no sistema dos direitos,³⁰ pretendeu Liebman "inquadrare l'azione nel sistema del diritto processuale civile",³¹ mas, ao que parece, restava ainda um outro passo a ser dado: o de preencher o vazio, ou como disse Calamandrei, o *hyatus*, que ainda separava o direito material do direito processual.

§ 5.º A hipótese levantada por Orestano

8. As raízes da divergência na história do direito

Passados outros 10 anos, aparece, ainda uma vez mais na Itália, novo ensaio, tendo o mesmo objetivo dos que acima citamos, e que, mantendo o mesmo notável nível de elevação científica dos precedentes, cuida de precisar mais a análise histórica, apresentando, porém, sobre os anteriores, a vantagem de manter-se mais próximo da realidade jurídica. Assim como o de Liebman, que realizara um movimento de des-

²⁸ Liebman, *Processo de Execução*, São Paulo, 1963, p. 30. Nesta obra, Liebman publica o curso sobre execução, dado em 1945, na Universidade de São Paulo, e afirma que "ação executória e responsabilidade executória contrapõem-se exatamente: ambas são elementos da relação sancionadora, relação trilateral em que o Estado ocupa posição central, como titular do poder de realizar a sanção".

²⁹ Liebman, *L'Azione* cit., loc. cit., p. 50.

³⁰ Chiovenda, *L'Azione* cit.

³¹ Liebman, *L'Azione* cit., loc. cit., p. 25.

prendimento das razões políticas que serviram de base às análises de Pekelis e Calamandrei, assim também este novo ensaio, como que prolongando o mesmo movimento, vai procurar dentro da própria história do direito, as razões que mantêm ainda separadas as duas concepções antagônicas sobre o direito de ação. E, da mesma forma que os anteriores, também este parte em busca da unidade fundamental, do elo perdido, que possa proporcionar a superação das divergências.³²

Trata-se do estudo de Ricardo Orestano, sob o verbete *L'azione in generale*, na *Enciclopedia del Diritto*.³³ Situado a mais de 50 anos de distância da obra fundamental de Chiovenda e a um século da polêmica de Windscheid com Muther; colocado num ponto já suficientemente afastado do nacional-socialismo alemão e do fascismo italiano, como também das incertezas imediatamente posteriores à vitória dos aliados na segunda grande guerra, encontrou-se Orestano em uma situação extraordinariamente favorável a uma análise mais objetiva e, o quanto possível, mais imparcial do problema da ação.

Para Orestano, o problema da ação, tal como se encontra modernamente debatido, “nasce da teorização dos direitos subjetivos e da sua elevação à categoria de sistema, nos séculos XVIII e XIX, na Alemanha”,³⁴ em virtude da qual o sistema dos direitos subjetivos passou a ser considerado, essencialmente, como um sistema de direito privado,³⁵ acentuando a tradicional distinção entre direito público e privado e provocando “una vera degradazione dal punto di vista privatistico, del diritto obiettivo”.³⁶ Como consequência imediata, com esse desmembrar-se da unidade conceitual do direito, começa o drama da ciência processual, pois o direito privado é posto em situação de supremacia não apenas sobre

³² Orestano, verbete *L'azione in generale* in *Enciclopedia del diritto*, 1959, vol. IV, p. 785 e segs.

³³ Orestano propõe, com efeito, que “la valutazione storica del problema dell'azione deve (...) essere spinta ancora più a fondo, fino a riconoscere, oltre la storicità delle soluzioni, anche la storicità del problema stesso e della scienza che lo pone”, ob. cit., p. 787.

³⁴ Orestano, ob. cit., p. 788.

³⁵ Idem, ob. cit., p. 789.

³⁶ Idem, idem.

o direito público, mas até mesmo sobre a atuação judiciária do direito. Há, segundo observa Orestano, uma progressiva expulsão do direito processual do sistema de direito (entendido como sistema de direitos subjetivos), à qual passa imediatamente a corresponder o nascimento dos primeiros “sistemas” de direito processual. E mais ainda: “si crea una scienza nuova ed autonoma, la *Prozessrechtswissenschaft*”.³⁷

A partir da consideração desta *frattura* na primitiva unidade conceitual do direito, desenvolve Orestano a sua tese, de modo a demonstrar não apenas o resultado infrutífero das tentativas de *soldatura*, cuja exigência fora percebida principalmente pelos privatistas, como também a acentuação do dualismo entre direito substancial e direito processual, com profundos reflexos sobre toda a teoria da ação.

Uma vez ocorrida a fratura do conceito de direito em uma visão subjetiva e outra objetiva, aquilo que sobreveio, apesar dos esforços realizados para a reunificação do conceito, ou sua *soldatura*, como diz Orestano, foi a progressiva caminhada no sentido da intensificação da concepção objetiva. Mostra ele, porém, que o deslocamento em direção a uma visão objetiva, como reação à tentativa de explicar o direito a partir do indivíduo, não conduziu a ciência jurídica de volta à concepção unitária do direito, mas, ao contrário, tendeu a acentuar a *frattura*.

No que se refere ao escopo do processo e ao direito de ação, a “objetivização” se desenvolveu, em relação àquele, a partir da idéia de instrumento para a defesa dos direitos subjetivos privados e em direção à idéia de tutela do direito objetivo ou atuação da lei no caso concreto; e em relação à ação, o mesmo movimento processou-se mediante o deslocamento da base teórica inicial, que era o poder da vontade, em direção a um novo núcleo que passava a ser o poder jurisdicional, com uma consequente acentuação dos relevos publicísticos do processo, tendendo assim, cada vez mais, à criação de um sistema unitário de direito processual, cuja principal característica viria a ser a sua autonomia.

A mesma tendência à “objetivização”, ainda segundo Orestano, viria produzir também uma tendência à unificação “interna” da doutrina do processo, como a revelada, por exemplo, na tendência a reduzir o

³⁷ Idem, ob. cit., p. 791.

número dos tipos em que as ações vinham sendo classificadas, e também a tendência de alcançar, em relação à ação, uma definição unitária,³⁸ produzindo, com isto, o efeito de tornar ainda mais agudo o dualismo entre direito substancial e direito processual, uma vez que tudo se fazia com base em uma teoria geral do processo, desvinculada de uma visão unitária do direito, ou como ele diz, "senza alcun riferimento contenutistico".³⁹

9. Autonomia do processo e unidade do direito

Emerge, assim, deste ensaio, a revelação do grande problema com que se defronta hoje a teoria da ação e, portanto, do processo, que consistiria, segundo Orestano, na necessidade de optar entre autonomia do processo e unidade do direito, acrescentando: "E ciò che è stato sentito acutamente dal Calamandrei, quando, a proposito di certe costruzione del diritto processuale 'puro', dell'azione 'pura', ha richiamato l'atmosfera allucinante dell' 'assurdo' *Processo* di Kafka, in cui non si conosce mai l'accusa."⁴⁰

É desta constatação que parte Orestano para mostrar que tal problema já havia sido percebido por outros, nomeadamente por Kelsen,⁴¹ Binder,⁴² Pekelis⁴³ e principalmente por Satta, nas suas manifestações mais recentes, com quem, segundo Orestano, apesar das acusações de retorno a concepções já ultrapassadas, o problema da ação "cessa di essere problema dell'unità dell'azione per trasformarsi in problema dell'unità dell'ordinamento, in ciò raccogliendosi la voce più viva e feconda di quelli orientamenti di fondo, che si sono venuti maturando nella scienza giuri-

³⁸ Orestano cita, para exemplificar as tentativas de uma definição unitária da ação, a conceituação de Redenti (ação como direito à sanção) e de Carnelutti (ação como direito ao juízo), ob. cit., p. 805.

³⁹ Orestano, ob. cit., p. 806.

⁴⁰ Idem, ob. cit., p. 808.

⁴¹ Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milão, 1955.

⁴² Binder, *Prozess und Recht*, Leipzig, 1927, reimpresso recentemente, Leipzig, 1966.

⁴³ Pekelis, *L'azione* cit.

dica moderna e che finora non avevano trovato una così compiuta espressione".⁴⁴

§ 6.º Primeiras conclusões e sua aplicação à doutrina brasileira

10. Afinidades reveladas pelos ensaios examinados

Convém agora, antes de prosseguir, que nos detenhamos um pouco na análise comparativa dos trabalhos que acabamos de examinar, a fim de melhor podermos observar as profundas afinidades entre eles existentes.

Em primeiro lugar, podemos observar que se mantém íntegra a afirmação de Pekelis, que por nenhum dos demais é posta em dúvida, de que a ação constitui uma situação de vantagem em favor do indivíduo em relação à atividade jurisdicional. Este ponto resiste realmente a todas as análises, feitas sob os mais diversos ângulos, dos desenvolvimentos experimentados pela teoria da ação.

Em segundo lugar, verifica-se nos ensaios, tanto de Calamandrei como de Liebman e de Orestano, uma atividade de progressiva focalização, no sentido de tornar cada vez mais nítida a imagem daquele ponto, daquele alvo, localizado por Pekelis, em relação ao qual se manifestavam as divergências entre as diversas teorias. Pekelis, com efeito, mostrou que esse núcleo central era constituído pela diversidade de apreciações a respeito das relações da ação com outras situações de vantagem e especialmente com o chamado direito subjetivo. Calamandrei, como Schönke, reduz essa diversidade de apreciações a duas linhas fundamentais, correspondendo uma à concepção liberal e outra à concepção autoritária. Liebman focaliza melhor a sua lente, aproxima a observação ainda mais para perto do processo e vê que essas duas linhas correspondem, não a uma diversa forma de conceber o mundo, mas a uma

⁴⁴ Orestano, ob. cit., p. 810. Dentre as diversas obras de Satta, não cita Orestano, por haver sido publicado apenas em fins de 1959, o *Commentario al Codice di Procedura Civile* (Milão, 1959) em cujo vol. I desenvolve Satta, amplamente, sua tese sobre jurisdição e ação (págs. 3 a 50).

diversa apreciação do próprio processo, correspondendo a dois pontos-de-vista diferentes: o ponto-de-vista do autor e o do juiz. Orestano, por sua vez, confirma a hipótese de existirem duas concepções, não só sobre o processo mas sobre o próprio direito, e as define, dentro de uma ampla perspectiva histórica, como sendo uma concepção subjetivista e outra objetivista, incidindo, primeiro, sobre o direito como um todo, e depois também sobre a parte dele destacada e, pois, “autônoma”, constituída pelo direito processual.

Finalmente, o terceiro e último aspecto, talvez o mais relevante, desses ensaios, em que todos se apresentam igualmente concordes, consiste na afirmação da necessidade de ser superado aquele dualismo fundamental, da necessidade de fazer evoluir a doutrina em direção a uma visão unitária do fenômeno jurídico, da necessidade de explicar a ação de tal modo, que os termos *ação*, *jurisdição*, *direito subjetivo*, *direito objetivo*, *indivíduo* e *Estado*, deixem de apresentar-se como fragmentos esparsos de uma realidade, cuja face já não é mais possível conhecer, para mostrarem-se como elementos harmonicamente integrantes de uma realidade que possa ser compreendida — diríamos nós — ao menos pelos homens de ciência, mas, se possível, não só por eles.

Após fazer sentir essa premente necessidade, todos esses autores também revelaram grandes afinidades entre si, ao sugerir o caminho pelo qual, adiante deles, deveria a doutrina orientar seus passos. De um modo ou de outro, apontaram eles como meta a ser perseguida, a reencarnação do direito de ação, a recuperação desta nave perdida nas nebulosas mais afastadas do nosso firmamento científico, para trazê-la de volta ao mundo das realidades humanamente perceptíveis e utilizáveis, mediante um amplo movimento de resgate, que não haveria de começar senão pela tarefa de restituir à ação matéria e substância, tornando-a pelo menos tão ponderável que pudesse ser atraída de volta a um sistema jurídico em que o ar não fosse tão rarefeito.

Com efeito, Pekelis, seguindo a trilha iniciada por Binder, tentou a absorção do direito subjetivo pelo direito de ação; Calamandrei apontou como solução, pelo menos para o momento histórico em que escreveu, o caminho da “concreção” seguido por Chiovenda; Liebman esvaziou o conceito de obrigação e, da matéria aí obtida, preencheu o conceito de ação e de responsabilidade executória; Orestano, por sua vez,

aderiu à posição de Satta, tido e havido como partidário da teoria “concreta” do direito de ação, ao ponto de haver sido censurado por Liebman por haver criado uma teoria “che si distingue più a parole che nella sostanza della pura e semplice concezione civilistica che identificava azione e diritto soggettivo”.⁴⁵

11. A feição atual do problema da ação

Retorna assim ao centro do palco, ou se se preferir, ao teatro da guerra, focalizada agora como tema principal e também tarefa indeclinável a cargo dos estudiosos da ciência processual, a concepção da ação enquanto algo de concreto, material, substancial, ou, enfim, que adjetivo se lhe queira propor, mas que signifique, antes de tudo, ação inserida em um todo jurídico unitário e não mais reduzido a fragmentos isolados entre si e, por isso mesmo, privados de significação.

É de que esta é a tarefa a enfrentar hoje, ou seja, de que a linha evolutiva revelada pelos mencionados juristas não decorre apenas do ponto-de-vista em que se colocaram, mas que corresponde efetivamente à realidade jurídica dos tempos atuais, nos dão plena comprovação certos desenvolvimentos que vem experimentando a teoria da ação tanto na Itália como na Alemanha.

Com efeito, a partir de 1963, sucederam-se os trabalhos de Arwed Blomeyer,⁴⁶ Peter Schlosser,⁴⁷ Rudolf Pohle,⁴⁸ fazendo ressurgir a teoria do *Rechtsschutzanspruch* e o de Luigi Paolo Comoglio⁴⁹ em que este eminente jurista, dirigindo suas vistas para o campo do direito constitucional, afirma incisivamente que, no pensamento jurídico contemporâneo, “la teoria dei diritti pubblici subiettivi sembra ormai aver esaurito la sua funzione storica: il problema centrale del costituzionalismo moderno non è più quello di rivendicare al cittadino una posizione formale

⁴⁵ Liebman, *L'azione* cit., loc. cit., p. 29.

⁴⁶ Blomeyer, A., *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1963.

⁴⁷ Schlosser, P., *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, 1966.

⁴⁸ Pohle, R., *Zum Rechtsschutzanspruch* “in” *Studi in onore di Antonio Segni*, Milão, 1967, vol. IV, p. 93 e segs.

⁴⁹ Comoglio, L. P., *La garanzia* cit.

di autonomia nei rapporti con lo Stato (...) bensi quello di garantire all'individuo la possibilità di *difendere in concreto* tale posizione nei confronti dei pubblici poteri".⁵⁰ E coloca como tema de sua investigação a *possibilità pratica* de uma *concreta* violação das garantias constitucionais e da sua *concreta* reintegração.⁵¹

12. O trânsito da visão subjetivista para a concepção objetivista na doutrina brasileira

Se voltarmos agora as nossas vistas para o panorama que nos oferece a literatura processual brasileira, vemos uma plena confirmação da hipótese formulada por Orestano, muito embora não tenhamos ainda atingido a fase a que tende a literatura européia mais recente, já que, como dissemos de início, ficamos paralisados após acolhermos a tese proposta por Liebman sem que o desafio lançado por Vidigal tenha tido tempo ainda de deitar raízes e frutificar na ciência processual pátria.

Se tomarmos como ponto de partida o ano de 1854, que marca a ascensão de Ramalho à regência da cadeira de Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial na Faculdade de Direito de São Paulo e que, segundo Vidigal,⁵² assinala o início do ensino e do estudo de Direito Processual em São Paulo, poderemos observar, até meados da década de 30, o trânsito paulatino da concepção subjetivista para a objetivista, iniciando-se, daí para frente, em progressão quase que fulminante, o desaparecimento da primeira e o predomínio incontestado da segunda.

Assim, com Ramalho, o processo era ainda a "forma estabelecida pelas leis para se tratar em as causas em juízo",⁵³ o que caracterizava a visão subjetivista na mais pura acepção da palavra, contrastando enormemente com a posição de Paula Baptista que, logo a seguir, despontaria como um verdadeiro arauto das transformações que estavam por vir,

⁵⁰ Comoglio, L. P., *ob. cit.*, p. 84.

⁵¹ *Idem*, *ibidem*, p. 87.

⁵² Vidigal, *Os mestres de direito judiciário civil na Faculdade de Direito de São Paulo*, aula de abertura do ano letivo de 1954, "in" *Direito Processual Civil*, São Paulo, 1965, p. 197.

⁵³ *Apud* Vidigal, *Os mestres*, *cit.*, *loc. cit.*, p. 198.

pois definiria a ação como o direito autônomo "de invocar a autoridade pública (*juiz*) e de obrar regularmente perante ela para obter a justiça".⁵⁴ Paula Baptista, portanto, é o primeiro processualista brasileiro a sustentar a concepção objetivista, muito embora não tivesse conquistado adeptos entre seus contemporâneos e nem mesmo entre os que o sucederam nos 50 anos seguintes.

Vem a seguir, ainda nos fins do século passado e início deste, João Monteiro, que se mantém fiel à tradição subjetivista, conceituando a ação, na sua acepção subjetiva, como "a virtude própria de cada direito de afirmar-se por meio da força social".⁵⁵ Segue-se a obra de João Mendes, que define a ação como direito: o direito de requerer em juízo o que nos é devido.⁵⁶ A doutrina brasileira mantém-se ainda fiel à concepção subjetivista, conforme se vê pelas obras de Aureliano Gusmão⁵⁷ — Estêvão de Almeida não publicou nenhuma obra de Direito Processual⁵⁸ —

⁵⁴ Paula Baptista, *Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, 1901, p. 10 (a 1.ª edição é de 1855). Na verdade, foi um precursor da concepção objetivista, pois, conforme acentua A. Buzaid em *Paula Baptista — Atualidades de um velho processualista*, São Paulo, 1950, concebeu P. Baptista a ação como um direito autônomo "num tempo em que ainda se discutiam as idéias de Vinnius e Heineccius sobre se a ação era um meio ou um direito" (A. Buzaid, *ob. cit.*, p. 13). Por este motivo, P. Baptista merece uma posição de absoluto destaque entre os processualistas de sua época.

⁵⁵ Monteiro, J., *Teoria e prática do processo civil e comercial*, Rio de Janeiro, 1925, sendo a 1.ª ed. datada de 1899-1901. Distingue ele "diversas acepções do vocábulo ação: a) subjetiva, ou a virtude própria de cada direito de se afirmar por meio da força social; b) objetiva, ou o ato pelo qual se invoca o ofício do juiz para que afirme a integridade das relações de direito, quando contestadas ou apenas ameaçadas; c) formal, ou modo prático desta invocação" (*ob. cit.*, p. 11).

⁵⁶ Almeida Jr., João Mendes de, *Programa do curso de direito judiciário*, lecionado na Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 1910, p. 59.

⁵⁷ Gusmão, *Processo Civil e Comercial*. São Paulo 1921, vol. 1.º, p. 279.

⁵⁸ *Apud* Vidigal, *Os mestres* *cit.*, p. 207. Conforme observa Vidigal, teria sido Estêvão de Almeida o primeiro a introduzir em nosso Curso de Direito os conceitos de Carnelutti que, então, vinha de publicar a primeira edição das *Lezioni*.

Eduardo Espínola⁵⁹ e Gabriel de Rezende,⁶⁰ em sua primeira fase. Deve salientar-se que, por essa mesma época, pontificavam os civilistas, que também foram levados a enfrentar o problema da ação, principalmente ao ensejo da exegese do art. 76 do Código Civil, os quais, como não poderia deixar de ser, mantiveram-se rigidamente vinculados à visão subjetivista. Assim Clóvis Beviláqua, que considerava a ação como parte constitutiva do direito subjetivo,⁶¹ e Frederico Carpenter, para quem a ação era o “mesmo direito primitivo revestido de uma nova atitude”.⁶²

Coube a Pontes de Miranda, em 1934, com sua monografia *A Ação Rescisória*,⁶³ dar continuação à obra iniciada por Paula Baptista e bem assim, no dizer de José Frederico Marques,⁶⁴ “o mérito incontestável de ter escrito o primeiro livro da literatura processual do Brasil, nos moldes da moderna doutrina do processo”.

É a partir desse momento que começa a firmar-se a visão objetivista. Sobrevêm então os trabalhos de L. A. Costa Carvalho,⁶⁵ que distingue ação-direito de ação-demanda, e de Siqueira Ferreira,⁶⁶ que sustenta a teoria do direito abstrato de ação. Jorge Americano, porém, ainda resiste à transformação, já então irrefreável, e afirma ainda que, na acepção subjetiva, à semelhança de João Monteiro, “a ação se confunde com o direito e a faculdade de o exercer, de o defender de ameaças e de o restaurar quando violado”,⁶⁷ no que é acompanhado por Pereira Braga,

⁵⁹ Espínola, *Manual do Código Civil*, vol. 3.º parte I, Rio de Janeiro, 1923.

⁶⁰ Rezende, G., *(Modificações objetivas e subjetivas da ação)*, São Paulo, 1933, p. 21) concebia a ação como a garantia assegurada pela ordem jurídica em defesa do direito subjetivo, vindo apenas mais tarde a alterar sua teoria.

⁶¹ Beviláqua, C., *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 1916, vol. I.

⁶² Carpenter, F., *Manual do Código Civil*, 1919, vol. IV, p. 94.

⁶³ Pontes de Miranda, *A ação rescisória*, Rio de Janeiro, 1934.

⁶⁴ Marques, J. F., *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1.ª ed., 1955, vol. I, p. 148.

⁶⁵ Costa Carvalho, L. A., *Curso teórico prático de direito judiciário civil*, Rio de Janeiro, 3.ª ed., 1949, vol. I, p. 284.

⁶⁶ Siqueira Ferreira, *Da natureza jurídica da ação*, São Paulo, 1940, p. 227 e segs.

⁶⁷ Americano, J., *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, São Paulo, 1940, 1.º vol., p. 11.

para quem a súmula cristalina e lapidar é esta: “A ação não é outra coisa senão o próprio direito, que permanece inerte, por assim dizer, enquanto não é contestado, mas que se põe em movimento desde que é contrariado ou violado.”⁶⁸ São eles, porém, os derradeiros baluartes da concepção subjetivista. Guilherme Estellita já destacara do direito de ação o direito de demandar⁶⁹ e A. Buzaid firmara-se na teoria do direito abstrato de ação, mas seguindo a posição intermédia esposada por Liebman.⁷⁰ Aderindo, por fim, à teoria abstrata da ação, vem a seguir Gabriel de Rezende.⁷¹ Torquato Castro,⁷² embora filiado à concepção objetivista, inclui ainda entre as condições da ação “o interesse juridicamente protegido ou o direito”, podendo, portanto, considerar-se partidário do direito concreto de ação. Também partidários da teoria concreta são: José Olímpio de Castro Filho,⁷³ Celso Agrícola Barbi, este seguidor fiel de Chiovenda,⁷⁴ e Carvalho Santos.⁷⁵

Bonumá,⁷⁶ Luís Machado Guimarães,⁷⁷ Galeno Lacerda,⁷⁸ Abelmar Ribeiro da Cunha,⁷⁹ José Frederico Marques,⁸⁰ Lopes da

⁶⁸ Pereira Braga, *Exegese do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1942, vol. II, p. 118.

⁶⁹ Estellita, G., *Direito de ação – direito de demandar*, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1942, p. 115.

⁷⁰ Buzaid, A., *A ação declaratória no direito brasileiro*, São Paulo, 1943, p. 85.

⁷¹ Rezende, G., *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1954, 4.ª ed., vol. I, sendo a 1.ª ed. datada de 1944.

⁷² Torquato Castro, *Julgamentos preliminares no processo civil*, “in” RF 98/275, 1944.

⁷³ Olímpio de Castro F., J., *(Abuso do direito no processo civil)*, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1960, p. 119), inclui entre as “condições da ação, requisitos para uma demanda favorável: 1.ª) existência de uma relação jurídica”.

⁷⁴ Barbi, C. A., *Ação declaratória no processo civil brasileiro*, 3.ª ed., São Paulo, 1968, p. 60.

⁷⁵ Carvalho Santos, *Código de Processo Civil Interpretado*, 3.ª ed., São Paulo, 1945, vol. I, p. 36.

⁷⁶ Bonumá, J., *Direito processual civil*, São Paulo, 1946, 1.º vol., p. 61 e segs.

⁷⁷ Machado Guimarães, L., *Carência de Ação*, “in” *Estudos de Direito processual civil*, Rio de Janeiro, 1969, p. 93, publicado anteriormente “in” *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. VII, 1953.

⁷⁸ Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, Porto Alegre, 1953.

⁷⁹ Ribeiro da Cunha, A., *Da ação civil*, Fortaleza, 1958, p. 24.

⁸⁰ Marques, J. F., *Instituições cit.*, vol. II, p. 16 e segs.

Costa¹¹ e Amaral Santos,¹² reconhecem na ação um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, tendo por objeto a prestação jurisdicional entendida como decisão de mérito, o que permite também incluí-los como partidários da posição de Liebman. Discordando dessa orientação e reafirmando a concepção da ação, como direito a uma decisão de conteúdo indeterminado, Calmon de Passos.¹³

Vidigal, já em 1940, quando Gabriel de Rezende e Francisco Morato ainda repeliam a teoria do direito autônomo, considerava a ação como “direito autônomo independente do direito material que ela tende a fazer atuar”.¹⁴ Agora, colocando-se outra vez na vanguarda do pensamento jurídico processual brasileiro, parte em busca da superação, ou antes, da reformulação completa, da vigente doutrina da ação, mostrando que, na relação entre o indivíduo e o Estado, é a este e não àquele que compete a situação ativa. Vale dizer, leva às últimas consequências os vaticínios de Calamandrei, quando este profetizava que “en el fatal camino que lleva al proceso civil a aproximarse cada vez más al penal, también la acción civil sigue esta trayectoria: de derecho subjetivo a puro poder público”.¹⁵ Ora, ainda que possamos não estar inteiramente de acordo com esta solução, é forçoso admitir que, levando às últimas consequências a visão objetivista, ela aspira a lograr uma visão unitária do direito, posto que se a ação não mais corresponde a uma situação ativa do indivíduo frente ao Estado, também a tal situação não poderão mais corresponder os direitos materiais “que ela tende a atuar”. Todo o poder jurídico passaria, então, a ser poder público, do qual as si-

¹¹ Lopes da Costa, A. A., *Direito processual civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1959, vol. I, capítulo V, p. 92.

¹² Amaral Santos, M., *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2.ª ed., São Paulo, 1965, vol. 1.º, p. 190.

¹³ Calmon de Passos, *A ação no direito processual civil brasileiro*, Bahia, s.d., nova tiragem da edição de 1960, p. 134.

¹⁴ Vidigal, L. E. B., *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, “in” *Direito Processual Civil* cit., p. 144.

¹⁵ Calamandrei, *La relatividad* cit., “in” *Estudios* cit., p. 156.

tuções subjetivas não seriam mais do que meros reflexos do poder único, estatal.¹⁶

Esta solução não apenas confirma a hipótese de Orestano, de que os estudos atuais devem tender à superação da autonomia do direito processual, em favor de uma visão unitária do direito, mas demonstra também que, além da tentativa de buscar essa unidade através de uma substancialização do direito de ação e, portanto, do próprio processo, é possível tentar-se outra via: a de fazer abstração de todo direito subjetivo material, enquanto poder do indivíduo.

§ 7.º A tendência atual

13. A tendência dominante nas teorias atuais sobre o direito de ação

O que mais importa salientar, porém, é que esta rápida rememoração do desenvolvimento da nossa ciência processual nos oferece, como resultado, a confirmação da tese de Orestano, tanto no que revelou as linhas mestras que presidem a formação das diversas teorias sobre o processo e a ação, como também no que indica a tendência atual dos estudos processuais, em direção a uma visão unitária do direito.

Esta tendência, pelo que vimos, está admitindo, ao menos em princípio, duas possíveis soluções: uma que mantém firme o ponto de partida inicial, ou seja, o de que a ação constitui uma situação de vantagem (e portanto, ativa) do indivíduo em face do Estado, e tende a uma materialização da ação; e outra que nega validade a esse ponto de partida, afirmando que a situação do indivíduo na relação com o Estado é passiva, e tende a uma abstração extrema da ação, com profundos reflexos sobre todo o sistema de direito material.

¹⁶ Neste sentido Liebman: “Domandare giustizia a chi solo può darla e difendersi da un’azione che si ritiene ingiusta, non sono dei semplice fatti (...); sono invece delle attività che rappresentano il contenuto di diritti fondamentali, in cui si raccoglie la quintessenza della giuridicità e la garanzia essenziale dell’individuo che vive in società, poichè il loro disconoscimento renderebbe vano ed illusorio ogni altro diritto” (*L’azione* cit., loc. cit., p. 38 – nossos os grifos).

14. A necessidade de um novo confronto entre a teoria do direito concreto e a teoria do direito abstrato de ação

Posta a questão nesses termos, quer-nos parecer que a construção de um sistema unitário está condicionada a uma prévia revisão do debate entre a posição concreta e a posição abstrata, sem a qual não poderemos aquilatar a validade das tendências atualmente reveladas na ciência européia e, muito menos, confrontá-las com a visão também unitária que resultaria de uma expansão da posição abstrata.

No confrontar, porém, as duas tendências acima assinaladas, a abstrata e a concreta, não nos poderemos permitir o propósito de proceder a uma revisão crítica de toda a história desta quase que interminável polêmica. Um tal esforço dificilmente apresentaria outros resultados, que os já contidos nas obras mais recentes em que esta matéria é versada, e que já contêm em si mesmas, perfeitamente delineadas, as questões que ainda resistem aos esforços desenvolvidos para superá-las, desprezadas aquelas questões que o tempo e o estudo já se encarregaram de solucionar.

O que cabe fazer, portanto, é colher essa polêmica em seu estágio atual, tal como ela se apresenta nos trabalhos mais expressivos que se nos apresentam nos dias de hoje. Tendo presente que a teoria abstrata da ação, em sua pureza original, tal como foi proposta por Degenkolb⁸⁷ e Plosz,⁸⁸ não conseguiu sobreviver à necessidade de relacionar a ação com o direito material que através dela se faz valer, tanto que já não conta mais com a adesão da doutrina brasileira, parece-nos que, na atualidade, deve esta teoria ser estudada à luz dos ensinamentos de Liebman, que não só refletem o pensamento hoje dominante entre nós, como também em muito se aproximam das correntes de pensamento ainda vitoriosas tanto na Itália como na Alemanha, sem falar no fato de que esta teoria não despreza, antes pressupõe, a existência de um direito constitucional de petição, que, em suas relações com o processo, foi objeto de brilhante estudo de E. Couture.⁸⁹ De outro lado, tendo em vista os de-

⁸⁷ Degenkolb, *Eintlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877.

⁸⁸ Plosz, *Beiträge zur Theorie des Klagerrechts*, Leipzig, 1880.

⁸⁹ Couture, E., *Fundamentos del derecho procesal*, Buenos Aires, 1972, reimpressão.

seenvolvimentos que a teoria concreta experimentou após a obra de Wach,⁹⁰ principalmente ao influxo da crítica contundente de que foi e continua sendo alvo desde então, consideramos que, hoje, deverá ser estudada através de seus partidários atuais, dentre os quais destacamos Pohle⁹¹ (que foi, até agora, quem mais se empenhou na defesa da teoria do *Rechtsschutzanspruch*⁹²) e Peter Schlosser.⁹³

⁹⁰ Wach, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1885; *Der Feststellungsanspruch*, Leipzig, 1889, traduzida para o espanhol sob o título *La pretensión de declaración*, Buenos Aires, ed. EJE, s.d.

⁹¹ Pohle, R., *Zum Rechtsschutzanspruch* cit.

⁹² Sobre as dificuldades inerentes à tradução da palavra *Anspruch*, veja-se a apresentação com que S. Melendo abre a edição argentina de *La pretensión de declaración*, cit., p. 9 e segs. A palavra *Anspruch* vem sendo normalmente traduzida para o espanhol como *pretensión* e para o italiano por *pretesa*, a que corresponderia, embora sem idêntico significado, *preleusão* em vernáculo. Assim, *Rechtsschutzanspruch* encontraria um sentido aproximado em português nas expressões “pretensão à proteção do direito”, “pretensão à tutela jurídica” ou “pretensão à tutela do direito”, ressalvando, porém, o caráter insatisfatório da tradução de *Anspruch* por *pretensão*.

⁹³ Schlosser, P., *Gestaltungsklagen* cit.

SEGUNDA PARTE

Reexame das Teorias em Conflito

SUMÁRIO: § 8.º *A doutrina dominante*: 15. A teoria de Liebman e suas objeções à teoria concreta – 16. A posição de Rosenberg-Schwab e sua crítica à teoria do *Rechtsschutzanspruch* – 17. Conclusões preliminares sobre a teoria dominante – § 9.º *A teoria do direito concreto de ação*: 18. O renascimento de uma teoria – 19. Crítica à teoria dominante – § 10. *As questões suscitadas pelo confronto entre ambas as teorias e tentativa de sua solução*: 20. Inexistência de obrigação estatal correspondente ao direito de ação – 21. A obrigação de proferir apenas decisão de mérito de conteúdo variável – 22. A livre apreciação judicial sobre as alegações e provas – 23. Independência e neutralidade do órgão jurisdicional – 24. Apagamento da distinção entre atividade jurisdicional e administrativa – 25. O objeto do processo – 26. Ações sem direito – 27. Jurisdição e decisões desfavoráveis ao autor – 28. Distinção entre pressupostos processuais e condições da ação – 29. A ponte entre o direito material e o processo – 30. A objeção de Bülow – § 11. *Críticas à doutrina dominante*: 31. Aniquilamento das relações de direito material – 32. A ação enquanto exercício privado de função pública – 33. Redução indevida da jurisdição ao juízo e das ações à ação declaratória – 34. O juízo enquanto objeto de um interesse do Estado e não das partes.

§ 8.º A doutrina dominante

15. A teoria de Liebman e suas objeções à teoria concreta

Para Liebman, a ação é um poder dirigido ao Estado, mas não de natureza obrigatória, pois a característica dos direitos subjetivos instrumentais é a de consistir em direitos “di impulso e di iniziativa allo svolgimento di una funzione a cui lo Stato è anch’esso interessato”.¹ É a ação, portanto, um direito “di porre la condizione in virtù della quale l’organo si pone in movimento in obbedienza alle regole interne che

disciplinano la sua funzione”.² Não seria este, porém, o único efeito do exercício da ação. Como o autor não dispõe de qualquer poder contra o réu, que está sujeito apenas ao juiz, como órgão do Estado, o autor, ativando a função jurisdicional, provocaria com isto a sujeição do réu ao poder estatal. Donde “azione e soggezione si presentano così come correlative, entrambe connesse con l’esercizio della potestà giurisdizionale, una essendo la premessa e l’altra la conseguenza, collegate tra loro dall’identità della fattispecie concreta a cui si riferiscono”.³

Por exercício do poder jurisdicional, entende Liebman, a decisão sobre o mérito da causa, derivando daí que não há nem ação nem exercício da função jurisdicional onde não estejam presentes as condições da ação (interesse para agir, legitimação e possibilidade jurídica).

Quanto à relação entre ação e direito subjetivo material, Liebman é da opinião de que se trata de uma relação de natureza instrumental, pois se destina a provocar a atividade de quem tem o poder de declarar e atuar as regras que disciplinam a relação jurídica de direito material.⁴

² É inegável nesta formulação sua semelhança com a de Chiovenda, no que este define a ação como “o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei” (*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1942, vol. I, p. 53). De outro lado, se o órgão põe-se em movimento “in obbedienza alle regole interne que disciplinano la sua funzione”, não se encontra vinculado a nenhuma relação jurídica com o autor, valendo, assim, contra essa formulação, o mesmo argumento empregado por Liebman para refutar a posição de Carnelutti (ob. e loc. cit., p. 42).

³ Esse poder de submeter o adversário ao poder jurisdicional é o traço característico mais marcante da concepção de Degenkolb (*Einlassungszwang*, cit.) que Liebman não aceita, por repelir sua “estrema astutezza e indeterminatezza” (ob. e loc. cit., p. 43). Quanto ao fato de a ação vir referida a uma “fattispecie concreta”, deve salientar-se que, neste ponto, a teoria de Liebman mergulha suas raízes na teoria de Betti (*Ragione e azione*, “in” “*Rivista di Diritto Processuale Civile*”, 1932, I, 205 e segs., e também, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 63 e segs.), que considera a ação como abstrata mas coordenada a uma concreta razão feita valer pelo autor.

⁴ Parece bastante claro que tal explicação não esclarece nada sobre os casos em que, embora havendo ação, segundo o conceito de Liebman, não haja direito subjetivo material.

¹ Liebman, *L’azione cit.*, loc. cit., p. 45.

Contra a teoria de direito concreto de ação, formula Liebman as seguintes objeções:

a) a lei não garante o êxito da ação, ou seja, a efetiva concessão da tutela jurídica, porquanto o conteúdo concreto da sentença depende de condições objetivas de direito substancial e processual e da apreciação que o juiz delas fará, condições estas que escapam ao controle da vontade do autor;⁵

b) a teoria do direito concreto identifica a ação com a relação jurídica de direito material existente entre as partes, continuando a ação a ser o direito que se deduz em juízo, quando na verdade é um outro direito, de natureza instrumental, por meio do qual se deduz em juízo a afirmação de um direito que se quer ver tutelado;⁶

c) além disto, esta teoria, por fazer depender a existência do direito de ação da existência do direito subjetivo afirmado pelo autor, deixa sem explicação não só os casos em que a ação, por falta do direito material, é julgada improcedente, mas também os casos em que a ação é julgada procedente, sem que se exija, para tanto, que o autor seja titular de direito material, como são as hipóteses de substituição processual,⁷ ação cautelar, ação de nulidade ou de simulação e das ações possessórias;⁸

d) também, essa teoria não explica o instituto da sucessão na ação, que é admitido independentemente da existência do direito a que a ação se refere;⁹ e

e) a teoria do direito concreto de ação supõe existente uma obrigação do Estado em face do autor, quando tal obrigação não existe, porque não há conflito de interesse entre eles, já que ambos têm interesse na atuação da lei.¹⁰

⁵ Liebman, *L'azione* cit., loc. cit., p. 31.

⁶ Liebman, *L'azione* cit., loc. cit., p. 32.

⁷ Idem, ibidem, p. 33.

⁸ Idem, ibidem, p. 37.

⁹ Idem, ibidem, p. 33.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 40.

16. A posição de Rosenberg-Schwab e sua crítica à teoria do *Rechtsschutzanspruch*

A essas objeções poderemos somar ainda as formuladas por Rosenberg-Schwab,¹¹ seja porque mantêm uma posição muito semelhante à de Liebman, seja ainda porque foi Rosenberg, indiscutivelmente, quem combateu com mais veemência a teoria do *Rechtsschutzanspruch*, acoimando-a de ilegal, cientificamente estéril e de *lege ferenda* não recomendável. Além disto, parece-nos oportuna a apreciação de suas objeções, porquanto Rosenberg, graças à tradução de sua obra para o espanhol, tornou-se grandemente conhecido e admirado entre nós.¹²

Estes autores denominam de *pretensão à justiça* (*Justizanspruch*) o direito que as partes têm contra o Estado, enquanto detentor do poder soberano, de que este exerça a atividade jurisdicional, a que está obrigado tanto pelas normas de direito constitucional como pelas de direito processual. Esta pretensão, segundo eles, tem por conteúdo não só o direito de apelar aos tribunais, como também o de ver decidida a causa mediante sentença.¹³

É, conforme se vê, uma posição praticamente igual à de Liebman, com a diferença, porém, de que esses processualistas admitem plenamente a existência de uma obrigação do Estado para com as partes. Salientam ainda que esse direito, no caso de sua violação, seja por denegação (*Justizverweigerung*), seja por retardamento da administração da justiça (*Justizverzögerung*), encontra-se tutelado pela reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), para a qual é competente o Tribunal Constitucio-

¹¹ Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, München, 1969.

¹² Rosenberg, Lco, *Tratado de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1955.

¹³ Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht* cit., p. 10 – Retorna aqui a dificuldade já assinalada de traduzir a palavra *Anspruch*. O texto alemão "... die Parteien haben ein Recht darauf, das man (...) Justizanspruch nennen kann" mostra que aí *Anspruch* e *Recht* são utilizados como sinônimos. Empregamos, porém, "pretensão" em lugar de "direito", em atenção à tradução já consagrada pelo uso. Contra a teoria do *Justizanspruch*, Nikisch, *Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., Tübingen, 1952, § 2.º, III-V, para quem há apenas uma pretensão individual à instauração da relação processual (apud Comoglio, *La garanzia* cit., p. 62).

nal Federal (*Bundesverfassungsgericht*), acrescentando que o *Justizanspruch* encontrou reconhecimento no art. 6.º, I, da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.¹⁴

Contra a teoria do *Rechtsschutzanspruch* oferecem eles as seguintes objeções:

a) ao contrário do que ocorre com o *Justizanspruch*, a cuja satisfação podem os tribunais ser coagidos através da *Verfassungsbeschwerde*, o *Rechtsschutzanspruch* é insuscetível de realização forçada, pois esta supõe a existência de uma instância (*Instanz*) independente daquela contra quem a pretensão é dirigida, que no caso do *Justizanspruch* é o *Bundesverfassungsgericht*, mas que não existe no caso da pretensão à tutela jurídica, porquanto esta se dirige igualmente contra todas as instâncias;¹⁵

b) o *Rechtsschutzanspruch* não pode ser identificado com o objeto do processo, como tem sido feito ultimamente, porquanto a atividade jurisdicional se distingue da administrativa exatamente nisto: que as relações sobre as quais a Administração decide referem-se a ela mesma, enquanto que o Juiz decide sobre relações alheias;¹⁶

c) para que se demonstrasse ter o *Rechtsschutzanspruch* algum sentido prático, seria necessário demonstrar existirem pressupostos da pretensão à tutela jurídica diferentes dos demais pressupostos processuais, de tal modo que estes somente se referissem ao processo e à sentença de mérito e aqueles à pretensão. Não obstante, como Pohle afirmou serem pressupostos da pretensão à tutela jurídica a possibilidade da via judicial (*Klagbarkeit*) e a necessidade de tutela jurídica (*Rechtsschutzbedürfnis*), chega-se à conclusão de que a falta desses requisitos implica a improcedência da ação e não a sua inadmissibilidade, de modo que uma pretensão somente poderia ser rejeitada por infundada e não apenas por inadmissível, inexistindo, assim, diferença entre pressupostos da pretensão e do processo;¹⁷

¹⁴ Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht* cit., p. 10 e 11.

¹⁵ Idem, ibidem, p. 12.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 12 e 13.

¹⁷ Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht* cit., p. 13.

d) finalmente, a pretensão à tutela jurídica não estabelece a pretendida ponte entre o direito material e o processo.¹⁸ Na medida em que a coercibilidade – que é elemento essencial do direito subjetivo material – não possa atuar sem a intervenção do Estado, é de entender-se que a atuação do direito deve ser compreendida como atuação com ajuda dos tribunais, ou seja, que o *Justizanspruch* é o complemento do direito à atuação do direito (*Recht auf Durchsetzbarkeit*). O *Justizanspruch*, porém, tem o seu fundamento no direito constitucional e não no direito material e é o direito constitucional que obriga o Estado, e pois os seus órgãos jurisdicionais, a satisfazer a pretensão à justiça. É com isso desmorona a ponte entre o direito material e o direito processual. Além disto, quanto à decisão em si mesma, o tribunal atua como órgão estatal independente e neutro.

A estas objeções, acrescentaríamos ainda mais uma, que se tornou das mais conhecidas, formulada inicialmente por Bülow e retomada depois por A. Rocco,¹⁹ dirigida contra a existência pré-processual do *Rechtsschutzanspruch*. Segundo a opinião de Bülow, uma pretensão à tutela jurídica somente teria existência após o fim do processo, quando fosse declarada existente pela sentença, não podendo, portanto, ser constituída por um direito existente antes e fora do processo.

Examinadas, assim, ainda que sucintamente, as principais objeções contra a teoria do direito concreto de ação e em especial contra a teoria do *Rechtsschutzanspruch*, passaremos agora à exposição destas teorias e das objeções que os seus defensores formulam contra a teoria dominante para depois, submetermos à análise todo esse material.

17. Conclusões preliminares sobre a teoria dominante

Há algumas observações, contudo, que desde já podem ser formuladas, porque em nada prejudicarão o estudo a que mais adiante tere-mos que proceder, sobre as objeções acima relacionadas.

Com efeito, muito embora isso não baste para resolver os graves problemas suscitados pelas referidas objeções, é de salientar-se que uma

¹⁸ Idem, ibidem, p. 13-14.

¹⁹ Rocco, A., *Sentenza Civile*, reimpressão da 1.ª ed., Milão, 1962, p. 81; e Bülow, apud Rosenberg-Schwab, cit., p. 11.

boa parte delas também não se acha resolvida pela teoria dominante e pode, com o mesmo rigor, ser contra ela endereçada.

Assim, por exemplo, quando a teoria dominante afirma que não há um direito à sentença favorável, mas tão-somente um direito à sentença *tout court*, não faz mais do que substituir o direito à sentença favorável quanto ao mérito, pelo direito à sentença favorável quanto aos pressupostos processuais e às chamadas condições de admissibilidade da ação, porquanto, assim como o direito à sentença favorável só existe quando exista o direito material afirmado pelo autor, também o direito à sentença de mérito só existe quando ocorram as condições da ação e sejam preenchidos os pressupostos processuais.

Em tais condições, se o argumento para repelir o direito à sentença de mérito favorável ao autor é o fato de este direito depender da livre apreciação do juiz, como órgão estatal neutro e independente, também servirá o mesmo argumento para repelir um direito à sentença de mérito, porquanto a existência dos pressupostos processuais e das condições da ação depende do mesmo modo da livre apreciação do juiz, na qualidade de órgão estatal neutro e independente.

Outrotanto pode igualmente dizer-se quanto ao argumento de que a identificação do *Rechtsschutzanspruch* com o objeto do processo conduziria à eliminação da diferença entre administração e jurisdição porquanto, sendo objeto do processo, segundo a teoria dominante, não só a relação de direito material, mas também a própria relação jurídica processual, bem como as condições de admissibilidade da ação, não teria natureza jurisdicional, mas puramente administrativa, a sentença que julgasse o autor carecedor da ação.

De outro lado, se o fato de o autor poder movimentar a máquina judicial, mesmo sem ter o direito material afirmado na inicial, é suficiente para demonstrar que a ação não depende da existência desse direito, o fato de o autor poder movimentar a mesmíssima máquina, sem ser parte legítima, seria suficiente para demonstrar que a ação independente também das chamadas condições da ação. E assim por diante.

Em suma: o que queremos significar com isto é, apenas, que as questões acima focalizadas foram tão-somente suscitadas pela teoria dominante, mas não foram por ela resolvidas, continuando, pois, em aberto.

Passemos agora, pois, à teoria do direito concreto de ação.

§ 9.º A teoria do direito concreto de ação

18. O renascimento de uma teoria

A teoria do direito concreto de ação, que, como já tivemos ocasião de salientar, torna agora a florescer na Alemanha, mergulha suas raízes no pensamento de Savigny,²⁰ mas é somente com Wach que alcança sua formulação inicial, sob o conceito de *Rechtsschutzanspruch*, entendido como um direito autônomo à tutela jurídica (ou à proteção do direito) dirigido contra o Estado, a quem incumbe a obrigação de prestá-la, e também contra o réu, em face de quem deve ela ser outorgada.²¹ Atribui-se a Wach o mérito de haver comprovado a autonomia do direito de ação, cuja importância para a ciência do direito processual, no dizer de Couture, é análoga à que teve para a física a divisão do átomo.²²

Esta teoria alcançou larga repercussão na Alemanha,²³ distinguindo-se entre os seus mais notáveis representantes os nomes de Hellwig e Goldschmidt, que, contudo, divergiram de Wach em alguns pontos fundamentais. Nenhum dos dois, com efeito, aceitou a afirmação de que a ação se dirige contra o Estado e também contra o réu, pois entenderam que o sujeito passivo do *Rechtsschutzanspruch* era apenas o Estado.²⁴ Além disto, segundo Goldschmidt, “el concepto de exigencia de

²⁰ Blomeyer, A., ob. cit., p. 5.

²¹ Blomeyer, A., ob. cit., p. 5, e Wach, *La pretensión* cit., p. 39.

²² Couture, E., *Fundamentos* cit., p. 63.

²³ Em 1912, pôde Hellwig apontá-la como dominante: “Diese Auffassung, die von Laband begründet und von Wach näher ausgeführt worden ist, kann als die in der heutigen Prozessrechtswissenschaft herrschende bezeichnet werden”. *System des deutschen Zivilprozessrecht*, 1968 (reimpressão da ed., 1912, Leipzig), vol. I, p. 294.

²⁴ “Unter Klagerecht verstehen wir das Recht zur Klage, die Berechtigung, im wege der Klage von den Gerichten den Erlass eines Urteils bestimmten Inhalts zu verlangen” (Hellwig, K., *Anspruch und Klagerecht*, reimpressão da ed. de 1924, Leipzig, 1967, p. 145), “La acción o derecho de obrar procesal (con su contenido de pretensión de sentencia) es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo, mediante sentencia favorable” (Goldschmidt, J., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1936, p. 97).

protección jurídica,²⁵ no es de índole procesal, aún siendo pública. Pertenecce, más bien, al ámbito del derecho justicial material. Este no es otra cosa sino el derecho privado considerado y completado desde un punto de vista jurídico público. Detrás de cada precepto del derecho privado se encuentra su proyección en el derecho justicial material".²⁶

Na Itália, a teoria do direito concreto de ação encontrou em Chiovenda o mais insigne de seus representantes. Seu conceito de ação deflui do ensinamento de Wach, mas Chiovenda a concebe como um direito potestativo "que nos assiste em face do adversário, em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação de lei",²⁷ mas a quem não incumbe nenhuma obrigação diante deste poder, estando simplesmente sujeito a ele.²⁸

No Brasil, na atualidade, a posição de Chiovenda é sustentada por Barbi, a quem, "apesar das objeções que lhe têm sido feitas", parece ser esta teoria a "mais aceitável".²⁹

Pode dizer-se contudo que o conceito de ação, enquanto direito contra o réu, potestativo ou não, encontra-se hoje abandonado pela doutrina, pois não sobreviveu às críticas que lhe foram endereçadas,³⁰ o mesmo sucedendo com a teoria do direito justicial material, sustentada por Goldschmidt.

A partir da década de 30, esta teoria foi suplantada na Europa pela doutrina do direito abstrato de ação e, como foi por esta época que pas-

²⁵ Esta é outra forma de traduzir *Anspruch*.

²⁶ Goldschmidt, J., *Principios generales del proceso*, Buenos Aires, 1961, vol. I, p. 29.

²⁷ Chiovenda, *Instituições cit.*, vol. I, p. 53.

²⁸ Idem, *ibidem*.

²⁹ Barbi, C. A., *Ação declaratória cit.*, p. 60 e 61.

³⁰ "... l'azione - ensina Liebman - in quanto diritto, ha per oggetto immediato quel provvedimento e si rivolge verso colui che può e deve emanarlo, cioè, il giudice, nella sua qualità di organo dello Stato" (*L'azione cit.*, loc. cit., p. 31). Negando a existência dos direitos potestativos. Ugo Rocco, *Teoria general del proceso civil*, México, 1959, p. 204 e segs. A favor do conceito de ação como direito potestativo, na Alemanha, Weismann (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Stuttgart, 1903), que assumiu essa posição alguns meses após a famosa introdução bolonhesa de Chiovenda (*Instituições cit.*, vol. I, p. 13).

sou a ser aceito no Brasil o conceito da autonomia do direito de ação, não dispusemos de tempo para que a teoria do *Rechtsschutzanspruch* lançasse raízes em solo brasileiro. Transitamos quase que instantaneamente da teoria de Savigny para a de Liebman, transpondo em aproximadamente 10 anos um período que, na Europa, se estendeu por quase um século. Diversos fatores contribuíram para isto, mas o que, ao que parece, influiu de modo mais decisivo, foram as idéias políticas ligadas à teoria do direito abstrato de ação, cujo poder de expansão era naturalmente muito maior do que o poder de penetração de conceitos puramente científicos, principalmente quando esses conceitos eram condenados por estarem pretensamente vinculados a uma "concepção liberal do mundo", do direito e, portanto, do processo.

Atualmente, conforme já tivemos oportunidade de salientar, ressurge na Europa, especialmente na Alemanha, a teoria do *Rechtsschutzanspruch*. R. Pohle, que é quem mais se esforçou em submeter à nova crítica a doutrina até agora dominante, parte da afirmação de que, em processo civil, tem a parte contra o Estado um direito subjetivo público a que este proceda e sentencie de acordo com a lei e o direito, decorrendo daí a pretensão (*Anspruch*), que a parte tem contra o Estado, de que este, observadas as normas de direito processual e de acordo com o direito material, profira uma sentença favorável.³¹

19. Crítica à teoria dominante

A crítica fundamental que é dirigida pelos partidários dessa teoria contra a teoria dominante, consiste na incapacidade desta última de estabelecer uma relação entre o direito da parte e a sentença do juiz. Esta crítica, evidentemente, não se processa hoje nos termos em que era colocada ao tempo do nascimento da teoria do direito concreto de ação, pois

³¹ No original: "Im Zivilprozess hat die Partei ein subjektives öffentliches Recht gegenüber den Staat darauf, dass dessen Rechtspflegeorgane nach Recht und Gesetz verfahren und entscheiden. Daraus folgt ein Anspruch derjenigen Partei, zu deren Gunsten demgemäss nach materiellem Recht unter Berücksichtigung des Prozessrechts entschieden werden muss, auf ein ihr günstiges Urteil, der ebenfalls gegen den Staat gerichtet ist (*Rechtsschutzanspruch*)", Pohle, *Zum Rechtsschutzanspruch cit.*, loc. cit., p. 118.

naquela época os adversários desta teoria cerravam fileiras ao lado da doutrina de Degenkolb, que não representa mais a posição da teoria hoje dominante. A partir do momento em que mesmo os partidários do direito abstrato de ação passaram a admitir um vínculo de natureza instrumental entre a ação e o direito subjetivo, como Liebman, e até mesmo a existência de uma obrigação do Estado à pronúncia da sentença, como ocorre com os partidários da teoria do *Justizanspruch*, ocorreu uma notável inclinação da teoria "abstrata" em direção à teoria "concreta".

Assim sendo, além dos pontos de divergência já focalizados quando examinamos a teoria do direito abstrato de ação, restaria apenas assinalar a crítica que Blomeyer dirige contra a teoria consagrada na ZPO, quanto à determinação do objeto do processo (*Streitgegenstand*), matéria, aliás, sobre a qual reina grande desentendimento na doutrina alemã, conforme é bem salientado por P. Schlosser na sua obra já citada.

O interesse desta crítica de Blomeyer reside no fato de que pode valer igualmente para a posição de Liebman, segundo a qual "l'azione è veramente distinta dal diritto o dal rapporto giuridico sostanziale, ed è il diritto strumentale per mezzo del quale si deduce in giudizio l'affermazione di un diritto o in genere di una situazione giuridica che si vuol vedere riconosciuta, tutelata od accertata".³²

Crítica Blomeyer³³ a antiga concepção de objeto do processo, vinculada ao conceito de objeto da ação condenatória, segundo a qual seria objeto do processo a pretensão de direito material deduzida em juízo pelo autor contra o réu e por ele contestada. Afirmo Blomeyer que esta concepção se demonstra insuficiente em dois aspectos. Em primeiro lugar, ela não seria adequada nem à ação declaratória nem à ação constitutiva, posto que podem ambas prescindir da existência de uma pretensão de direito material contra o réu. Em segundo lugar, não atinge também o caso da ação condenatória, porquanto o objeto desta não é uma

³² Liebman, *L'azione* cit., loc. cit., p. 32; à p. 23 da mesma obra, Liebman já afirmara que o objeto do processo é uma relação jurídica de direito material, cujos sujeitos são as partes, ressaltando, porém, que isto ocorre "se non proprio sempre, certo almeno nella grandissima maggioranza dei casi". Não esclarece, contudo, quais os casos que fariam exceção a essa "grandissima maggioranza".

³³ Blomeyer, cit., p. 197 e segs.

pretensão de direito material contra o réu efetivamente existente, mas sim que se pretende existente (*angeblicher Anspruch*).³⁴

Para finalizar, salientaríamos a conhecida objeção feita à doutrina de Degenkolb por Chiovenda, que ainda mantém sua atualidade, segundo a qual a ação, em sentido abstrato, seria o "... diritto di aver torto", já que tanto caberia a quem tivesse como a quem não tivesse razão. Essa objeção passou para a história da literatura processual sobre o direito de ação e continua a molestar os partidários da teoria abstrata, não obstante a resposta dada por Furno, citado por Liebman,³⁵ de que seria igualmente absurdo um "diritto di aver ragione".

Encerrando esta exposição sobre as duas teorias até aqui examinadas e sobre as objeções que os seus partidários se fazem reciprocamente, cumpre ressaltar, uma vez mais, que essas objeções não são as únicas, mas são as que, segundo nossa opinião, parecem ser as mais importantes dentre as que ainda prevalecem.

§ 10. As questões suscitadas pelo confronto entre ambas as teorias e tentativas de sua solução

20. Inexistência de obrigação estatal correspondente ao direito de ação

Cabe-nos agora examinar mais de perto as referidas objeções, começando pelas endereçadas contra a teoria do direito concreto de ação e, em especial, contra a teoria do *Rechtsschutzanspruch*.

Dentre estas, é de ser focalizada inicialmente, por seu caráter prejudicial, a afirmação sustentada por Liebman de que ao direito de ação não corresponde nenhuma obrigação do Estado, por não haver conflito de interesses entre o Estado e o autor quanto à atuação do direito objetivo, na qual seriam ambos interessados.

³⁴ Quanto a esse ponto, a crítica de Blomeyer não atinge a posição de Liebman, conforme se verifica pela citação que dele transcrevemos. Ressaltamos também a tradução *angeblicher Anspruch* que, literalmente, significaria: *pretensa pretensão*.

³⁵ Liebman, *L'azione* cit., loc. cit., p. 51.

Esta afirmação, que veio a ser largamente aceita, principalmente pela autoridade que lhe emprestou o nome de Chiovenda, é igualmente utilizada por Calamandrei, que chamou de absurda a construção de um direito cujo titular, “exigindo a prestação, presta um serviço ao obrigado”, e na qual o devedor, ao cumprir sua obrigação, “satisfaz em primeiro lugar um interesse próprio”.³⁶

Embora pareça a Liebman que é perfeitamente admissível um direito a que não corresponda obrigação alguma, como também o pareceu a Chiovenda, com distinta fundamentação, a verdade é que mesmo os partidários da teoria abstrata do direito de ação vêm de há muito tempo admitindo a existência de uma obrigação estatal de prestar a atividade jurisdicional.

Muito mais coerente, a esse propósito, seria negar não só a obrigação como também o direito, admitindo, como Kohler, a existência de uma simples faculdade, pertencente a qualquer um, de dar vida aos atos jurídicos processuais, com a conseqüente vinculação do réu ao resultado do processo.³⁷

Desde A. Rocco, porém, já era admitida a obrigação do Estado como correspondente ao direito de ação, sendo de notar-se que mesmo um ferrenho adversário do *Rechtsschutzanspruch*, como L. Rosenberg, fez questão de salientar que “a teoria moderna do direito público não põe reparos em reconhecer direitos dos particulares contra o Estado, ainda quando este cumpra com isto uma tarefa estatal (de caráter) geral”.³⁸ E é esta a posição pela qual se encaminha de modo geral a doutrina alemã.

Não obstante, a observação de que não existem conflitos de interesse entre o Estado e o indivíduo quando se trata da atuação da lei, continua a constituir obstáculo à admissibilidade de uma obrigação estatal

³⁶ Calamandrei, *La relatividad* cit., loc. cit., p. 147.

³⁷ Kohler, *Prozess als Rechtsverhältnis*, p. 6 e segs., 13 e segs., 16 e segs., 34 a 55; e ainda *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, p. 226 e segs., apud A. Rocco, *La Sentenza Civile* cit., p. 82 e segs.

³⁸ Rosenberg, L., *Tratado*, cit., p. 59. Nesse mesmo sentido, ver ainda: Fairén Guillén, *La acción* cit., loc. cit., p. 91 e 92. Contra a teoria dos direitos potestativos, Ugo Rocco, *Teoria general* cit., p. 204 e segs.

correspondente ao direito de ação, sendo muito conhecida a posição de Carnelutti que, para contornar o problema, afirmou — o que geralmente é contestado — que a ação é um direito público subjetivo contra o ofício judicial,³⁹ tal como se o ofício judicial ou o juiz tivessem personalidade jurídica.

O defeito desta construção reside, a nosso ver, no fato de sujeitar a existência de uma obrigação à existência de um conflito de interesses entre os sujeitos da relação jurídica ou, quando menos, de pressupor que o obrigado deva necessariamente ter um interesse contrário ao do titular do direito. Na realidade, contudo, não é isto o que ocorre, porquanto, do contrário, teríamos que admitir que, quando o obrigado tenha interesse no cumprimento da obrigação, esta deixaria de existir por falta de um de seus pressupostos necessários.

Quando se diz, como faz Carnelutti, que a obrigação é um vínculo imposto à vontade do titular de um interesse para prevalecimento do interesse do seu adversário, deve entender-se que este vínculo implicará a subordinação do interesse contrário, *se tal interesse houver* e vier a exteriorizar-se em um comportamento do obrigado, contrário à satisfação do interesse tutelado.

Ou seja, para que exista a obrigação de pagar uma dívida, não é necessário que tenha o devedor interesse em não pagá-la, como também, se o devedor não paga, pouco importa saber se teria ele, ou não, interesse em pagar, porquanto a obrigação subsistirá da mesma forma. Assim, no caso do Estado em face do indivíduo que reclama o exercício da função jurisdicional, não é de se perguntar se o Estado tem efetivamente um interesse contrário ao do indivíduo mas sim se, vindo o Estado a demonstrar um interesse contrário exteriorizado em atos de denegação de justiça, haveria meios legais de subordinar tal interesse ao do indivíduo que pretenda o exercício da atividade jurisdicional.

Trata-se, como se vê, de uma questão de colocação do problema e não propriamente de uma questão sobre se o Estado tem, ou não tem, um interesse igual ao do indivíduo à atuação da lei, pois ao conceito de

³⁹ Carnelutti, F., *Sistema del derecho procesal italiano*, Buenos Aires, 1944, II, p. 286: “... a la acción de la parte como *poder-derecho* se contrapone la función del oficio como *poder-deber*”.

obrigação, o que importa é antes a possibilidade de o obrigado agir de modo contrário ao interesse do titular do direito, do que a possibilidade de ter interesse contrário.

No caso que estamos examinando, o que ficará subordinado ao interesse do indivíduo será o interesse contrário do Estado, *se houver tal interesse*. Se não houver, tanto melhor, cumprirá o Estado espontaneamente a sua obrigação.

Carnelutti, aliás, viu muito bem que o poder de comandar pode ser um poder livre ou um poder vinculado, entendendo-se que é vinculado o poder, quando o seu titular possa ser comandado de comandar, ou seja, como diz ele, quando a superordenação estiver vinculada a uma subordinação.⁴⁰

É de notar-se ainda, que o interesse do Estado à observância das suas leis é um interesse que pertence a toda a coletividade, da qual o autor num processo é também uma parte, mas o seu interesse, quando postula em juízo, não se identifica totalmente com o interesse da coletividade. Com efeito, se tal identidade houvesse, qualquer um do povo poderia igualmente propor a mesma ação, não havendo motivo algum para restringir tal possibilidade ao autor tão-somente.

Não conduz, a nosso ver, a melhor resultado a teoria de Liebman, quando afirma que a ação consiste no direito de realizar as condições das quais depende o exercício da atividade jurisdicional, entendida como interesse do Estado à atuação do direito.

Com efeito, a condição a que o titular de um interesse subordina a satisfação desse mesmo interesse, sem importar (como quer Liebman) em nenhuma obrigação para com quem tem o poder de realizar tal condição, parece implicar, antes, uma autolimitação do titular do interesse, do que a criação de um direito para o titular da vontade de cuja declaração depende o implemento da condição.

Ou seja, a ação, assim entendida, só poderia ser direito em um único sentido: seria o direito a que o Estado não exercesse a atividade jurisdicional sem provocação da parte. Teria a parte a liberdade de autorizar

⁴⁰ Carnelutti, E., *Diritto e Processo*, Nápoles, 1958, p. 13.

ou não a ingerência do Estado na sua esfera jurídica individual, mais ou menos como os pais têm a liberdade de autorizar, ou não, a vacinação de seus filhos por um órgão do Estado incumbido da prevenção da paralisia infantil, na qual toda a coletividade está igualmente interessada.

Ora, salta aos olhos que isto revela apenas um dos aspectos da realidade, porque o que interessa saber é se, autorizado o Estado a intervir, terá a liberdade de intervir ou não, deixando, neste último caso, que o direito seja acometido de paralisia.

É exatamente por não dar solução a estas questões, que a posição de Liebman se revela insatisfatória, sendo de preferir-se a doutrina que admite a existência de uma obrigação estatal à qual corresponde o direito de ação.

21. A obrigação de proferir apenas decisão de mérito de conteúdo variável

Outra questão, a que nos dedicaremos agora, é saber se esta é uma obrigação de proferir uma sentença de mérito *tout court*, ou se é uma obrigação de dar sentença favorável.

Essa questão, a nosso ver, comporta uma solução extraordinariamente simples: admitida pela doutrina dominante uma obrigação estatal de, presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, dar o juiz uma sentença de mérito, vale dizer, uma sentença favorável quanto aos referidos requisitos, nenhum obstáculo mais se interpõe à admissibilidade de uma obrigação estatal de, presentes todos esses pressupostos e condições e mais as condições de procedência da ação proferir uma sentença favorável ao autor.⁴¹

⁴¹ Estudando em profundidade o julgamento de inadmissibilidade da ação, Calmon de Passos percebeu a incongruência da doutrina dominante. Não obstante, inclinou-se pela teoria do direito abstrato de ação, enquanto direito a uma decisão qualquer, inclusive aquela que rejeita a ação. Embora ressaltando o real valor e principalmente a coerência de sua posição, somos levados a dela discordar não só pelos argumentos com que a teoria abstrata, em sua expressão mais pura, já tem sido afastada pela doutrina dominante, como também porque tal direito pode entender-se como incluído no direito de ação, mas não chega a explicá-lo em sua totalidade (Calmon de Passos, *A ação cit.*).

Ocorre, porém, que o debate deste tema suscitou algumas questões de certa relevância para o conhecimento do direito de ação, a cuja solução não nos podemos furtar, sob pena de deixarmos incompleta a imagem que fazemos desse direito. Essa a razão pela qual passamos a examinar ditas questões.

A primeira delas é a da impossibilidade de coagir o Estado a proferir uma sentença favorável, por inexistir uma instância independente que force órgão jurisdicional a proferir uma decisão de conteúdo determinado.

É necessário observar, inicialmente, que esta objeção parte do pressuposto de que em todo e qualquer processo é deduzida em juízo uma pretensão de uma parte contra outra, cabendo ao Poder Judiciário, como *tertius*, promover a satisfação coativa do interesse juridicamente protegido. Esta visão do processo e, portanto, da posição que o Estado ocupa em relação às partes, poderia corresponder, quando muito, à visão do processo em que é proposta uma ação condenatória; mas é manifestamente inadequada à hipótese de ações declaratórias ou constitutivas (necessárias), nas quais não é deduzido direito algum que pudesse ser satisfeito, voluntariamente ou não, pelo réu e nas quais, portanto, o Estado figura como instância única possível para a satisfação do direito, sem que este fato tenha sido alegado, alguma vez, como prova de não existir direito à declaração ou constituição de um direito ou estado jurídico.

Em segundo lugar, o fato de caber ao próprio Estado julgar sobre a existência ou inexistência de suas obrigações para com os particulares, sendo ele, portanto, a única instância a que recorrer para a satisfação destas obrigações, também não tem sido motivo para negar as obrigações do Estado para com os indivíduos que o compõem.

O que ocorre é que o Poder Judiciário, pela forma como é constituído e pelas garantias de que se reveste (nos Estados de Direito), é considerado como instância imparcial, não apenas quando o direito feito valer nasce de uma relação jurídica entre particulares, como também quando promana de uma relação jurídica entre um particular e o Estado ou, até mesmo, entre pessoas jurídicas igualmente de direito público interno. Essa imparcialidade do Poder Judiciário, mesmo em face das pretensões dirigidas contra o Estado, do qual os juízes são órgãos, faz

com que não só seja inteiramente prescindível qualquer outra instância acima dele, como também, e o que é mais importante, exclui a possibilidade de qualquer outra instância superior a ele.

Assim, a pretensão à sentença favorável não satisfeita por um juiz singular comporta recurso às instâncias superiores e, se for o caso, até mesmo a ação rescisória. Transitada em julgado a sentença de improcedência e tornada inadmissível a ação rescisória, ter-se-á como inexistente o direito à sentença favorável por decisão de uma instância imparcial. Isto, porém, não significa que a coisa julgada ponha fim ao direito à sentença, favorável, porque a coisa julgada põe fim a qualquer pretensão que tenha sido declarada infundada em juízo, sem que isto possa ser invocado como motivo para negar existência a quaisquer direitos.

Por estes motivos, parece-nos improcedente a afirmação de Rosenberg-Schwab de que o *Justizanspruch* teria a seu favor, ao contrário do *Rechtsschutzanspruch*, a proteção de uma instância independente, o *Bundesverfassungsgericht*, e um instrumento de coerção, a *Verfassungsbeschwerde*. É de salientar-se, ainda, que essa crítica de Rosenberg-Schwab peca também por incoerência, porquanto, inexistindo uma instância superior ao Tribunal Constitucional Federal, poder-se-ia dirigir ao *Justizanspruch* a mesma restrição feita ao *Rechtsschutzanspruch*. E, entre nós, então, é que esse argumento não poderia ser mesmo empregado de modo algum, porquanto temos a ação rescisória como meio específico de fazer valer o direito a uma sentença de acordo com a lei.

22. A livre apreciação judicial sobre as alegações e provas

A segunda das questões que a doutrina dominante propõe contra a admissibilidade de um direito à sentença favorável, consiste na afirmação de que a lei não garante o êxito da ação, já que o faz depender de condições inteiramente alheias à vontade do autor, entre as quais a livre apreciação do juiz sobre as alegações e provas trazidas para os autos.

Um pouco de observação mostrará que há notável exagero nesta afirmação, muito embora tome como ponto de partida uma realidade de fato, que é a incerteza da parte quanto à satisfação de seu direito, incerteza, aliás, não diferente da que informa todo e qualquer direito subjetivo até o momento em que o devedor cumpre a obrigação.

Lembrariamos, em primeiro lugar, o ensinamento da teoria dominante, segundo o qual a jurisdição não é uma atividade criadora do direito, mas meramente declaratória de direitos preexistentes. Um direito declarado existente ou inexistente pela sentença é um direito que já existia ou inexistia antes e fora do processo e não um direito que tenha passado a existir ou a não existir porque a sentença o reconheceu ou deixou de reconhecer.

Se a liberdade do juiz fosse levada tão longe que pudesse ele declarar inexistente um direito existente e vice-versa, seríamos forçados a admitir que o direito subjetivo material teria a sua existência subordinada à da sentença que o reconheça como existente, transformando assim a decisão judicial em um *elemento constitutivo* do direito material. E que isto é absurdo manifesto, não é preciso demonstrar.

Além disto, é de notar-se que a existência de um direito subjetivo material não teria valor absolutamente nenhum, se não fossem reconhecidos ao seu titular os meios de obter sua proteção em juízo. A garantia do direito subjetivo não é apenas a possibilidade de deduzi-lo em juízo, porque de muito pouco valeria deduzi-lo em juízo, ainda que com a observância das melhores regras processuais, se o Estado não estivesse obrigado a protegê-lo concretamente mediante sentença favorável. Se a lei não garante isto ao titular do direito subjetivo, não garante a ele coisa alguma, não passando o processo de uma mera representação teatral em que são criteriosamente observadas as marcações, mas em que o resultado final não guarda vínculo algum com a realidade existente antes e fora do palco, devendo atribuir-se qualquer semelhança entre os personagens e as pessoas reais, vivas ou mortas, a mera coincidência.

L. P. Comoglio viu muito bem este aspecto da questão,⁴² tendo trazido inclusive a contribuição do direito anglo-saxão, observando que: "Infatti, nella tradizione anglosassone, il rapporto fra diritto e processo, raccogliendosi a concezioni romanistiche, si è espresso da tempo nel principio "where there is no *remedy* there is no *right*", nel senso che il diritto soggettivo in tanto esiste in quanto lo si possa *judicio persequi*",⁴³ e

⁴² Comoglio, L. P., ob., cit., p. 95.

⁴³ Comoglio, L. P., ob., cit., p. 95 e 120.

bem assim mostrando como a "due process clause" condiciona o êxito do processo.⁴⁴

É certo, sem dúvida, que a lei faz depender o êxito da ação de condições que estão fora do alcance da vontade do autor. Essas condições, contudo, não estão ao alcance da *vontade* do juiz. Estão na lei tanto processual como material, posta ao alcance tanto de um como de outro. Somente nos Estados totalitários, como é o caso do Estado Soviético, poder-se-á admitir tenham os juízes a possibilidade de não atuar a lei, quando isto se mostre inconveniente às diretrizes do Partido. Note-se porém que isto não implica maior liberdade para o órgão jurisdicional, nem muito menos para os indivíduos que a ele recorrem, porque quando se afirma que os juízes "deben ser los ejecutores sensibles y capaces de la política del Partido, expresada en las normas del Derecho Soviético así como en las directrices del Partido Comunista de la Unión Soviética y del Gobierno Soviético",⁴⁵ afirmam-se concomitantemente os riscos a que se sujeitam os juízes não tão sensíveis nem tão capazes de seguir as diretrizes do Partido e do Governo.

O juiz, na realidade, só é realmente livre, quando cumpre a lei e quando não apenas está a ela sujeito, mas quando só a ela está sujeito. Esta estranha idéia de que a parte não tem direito a uma sentença favorável, porque os juízes são livres de decidir a favor ou contra o autor, implica, portanto, uma visão deformada da liberdade do juiz, que o põe inteiramente à mercê de motivos de decidir que não se acham nas leis, reduzindo-o à condição de instrumento "sensível" da política governamental, ou seja, atribuindo-lhe a liberdade de não ser livre.

Não pretendemos, com isto, evidentemente, impor à jurisprudência uma camisa de força e nem tampouco olvidar a experiência do sistema anglo-saxônico, ainda há pouco lembrada nas palavras de Comoglio. Antes, pelo contrário. Embora não sejamos partidários da antiga escola do "direito livre", entendemos que é na interpretação dos tribunais que a lei encontra o modo de servir à causa da Justiça. Damos a isto tanto valor, que no Congresso de Direito Processual Civil, realizado em Campos de Jordão, fomos dos poucos que apoiaram o sistema de uniformiza-

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 127.

⁴⁵ Gurvich, M. A., *Derecho Procesal Soviética*, México, 1971, p. 38.

ção jurisprudencial do direito, proposto pelo Anteprojeto de Código de Processo Civil, que constituiu o objeto dos debates naquele conclave.

O que queremos significar é apenas e tão-somente que a liberdade de interpretação da lei não é liberdade de interpretação contra a lei. E, enquanto isto assim for entendido, não haverá como opor a liberdade do juiz ao direito à sentença de conteúdo determinado.

23. Independência e neutralidade do órgão jurisdicional

Contra a obrigação de dar sentença favorável, objetou-se, ainda, que o Estado, na aplicação da lei, age de modo independente e neutro, não estando, portanto, vinculado à pretensão das partes.

A neutralidade e independência do Estado, assim entendidas, se afinam com a concepção de que o fim do processo se identifica com a pacificação dos interesses em conflito e de que esta pacificação se atinge com a simples imposição às partes do resultado do processo, qualquer que ele seja, sem qualquer compromisso com o direito objetivo, esquecendo-se de que a mera substituição da violência privada pela força estatal, antes de constituir um fator de paz social, constitui fonte de novas e talvez mais refinadas modalidades de violência.

Ver no Estado tão-somente a figura de um pacificador equivale a esquecer os compromissos que ele assumiu, quando chamou a si a função de legislar.

Nem nos parece exato dizer que a substituição da violência privada pela força estatal conduza à solução *pacífica* dos conflitos de interesses, pois a execução de uma sentença nem sempre é pacífica e, quando o é, não o é mais que na aparência.

Com efeito, quando o autor reclama a intervenção do Estado, ele está, na verdade, solicitando a ajuda de uma força muitíssimo superior à que poderia ele próprio desenvolver, se lhe fosse dado fazer justiça pelas próprias mãos. A solução dos conflitos, portanto, nem por realizar-se processualmente, deixa de ser violenta.

O que importa saber, portanto, não é se, ao fim do processo, o Estado impõe a sua *pax*, mas sim se a ordem imposta processualmente corresponde à ordem prevista na lei. Como salientou muito bem Carnelutti, "non si è detto tutto della legge quando all'analisi ci si trovano i due

elementi della fattispecie e della sanzione; resta afferrare il nesso che li unisce. A ciò serve, se non mi inganno, il concetto della *promessa*". E acrescenta: "intanto è bene fissare che il processo, di fronte alla violazione del precetto, costituisce l'*adempimento della promessa* che garantisce la legge".⁴⁶

E, portanto, se o juiz está vinculado a cumprir a promessa que na lei se contém, a sua independência e a sua neutralidade se resumem à independência e neutralidade em face de interesses outros que não os sancionados pela lei, porquanto em relação a estes não goza nem de neutralidade nem de independência.

O fim do processo, com efeito, não é puramente condenar ou absolver, mas condenar os culpados e absolver os inocentes, sendo que essas figuras, de inocentes e culpados, não se formam no curso do processo mas preexistem a ele.

É de salientar-se ainda que a possibilidade de a ação vir a ser julgada improcedente não é consequência da neutralidade ou da independência dos juizes, mas deriva também de sua submissão à lei, porque o Estado tanto está obrigado a acolher as pretensões fundadas como a repelir as infundadas. A não ser assim, toda sentença de procedência converter-se-ia num ato de graça e nenhuma violência estatal feriria qualquer interesse jurídico dos indivíduos.

24. Apagamento da distinção entre atividade jurisdicional e administrativa

Examinemos agora a objeção formulada contra a teoria do *Rechtsschutzanspruch*, no sentido de que a sua aceitação culminaria com o apagamento da distinção entre a atividade jurisdicional e a atividade administrativa.

Esta questão está ligada, em primeiro lugar, à da distinção entre jurisdição e administração e, em segundo lugar, à da determinação do objeto do processo.

Não resta dúvida, de que para a teoria do *Rechtsschutzanspruch*, objeto do processo é a afirmação de um direito contra o Estado e que, consequentemente, desaparecerá toda a distinção entre função jurisdicional

⁴⁶ Carnelutti, *Diritto e Processo* cit., p. 39 e 40.

e administrativa, se tomarmos como traço distintivo entre ambas, o fato de o juiz decidir sempre sobre relações jurídicas de que não é parte.

Ora, Segni, quando reformulou o conceito de *substituição* proposto por Chiovenda e, por sua vez, propôs o conceito de substituição no sentido de um ordenamento (*quello processuale*) que se substitui a outro (*quello sostanziale*),⁴⁷ já advertira que a idéia de substituição não implica que a atividade judicial supra uma atividade que as partes poderiam realizar por si mesmas, porquanto isto excluiria do campo da jurisdição as sentenças constitutivas e a jurisdição voluntária, o que, a seu ver, não é de admitir-se.⁴⁸ Iríamos um pouco mais adiante, para afirmar que a atividade jurisdicional tem por finalidade a produção de efeitos de direito (tanto material como processual), ou de fato (redução da realidade à ordem prevista pela norma), que nunca podem ser objeto de uma atividade desenvolvida pelos sujeitos abrangidos pela hipótese prevista na lei, exatamente porque parte do pressuposto de que estes, em virtude de impedimento legal, estão proibidos de alcançar aquele resultado por seus próprios meios.

Vale dizer, muito embora a atividade jurisdicional pressuponha um juízo sobre relação jurídica à qual o juiz é estranho, não se esgota no simples juízo, mas deve ir além dele para alcançar a produção dos referidos efeitos de fato e de direito, que somente pelo Estado, e através dos seus órgãos jurisdicionais, podem ser produzidos.

O que distingue, portanto, a nosso ver a atividade jurisdicional da atividade administrativa é o fato de que a atividade jurisdicional se destina à produção de efeitos de fato e de direito, cuja realização, pelos sujeitos da relação jurídica de direito material e mediante seus próprios recursos, esteja proibida por lei.

Nestas condições, o ordenamento processual não substitui, antes completa, o ordenamento substancial.

A atividade de produzir efeitos de direito ou efeitos de fato, tanto pode ser exercida pela administração, pela jurisdição, como pelos particulares. O que distingue uma atividade de outra, é a circunstância de

⁴⁷ Segni, A., *Giurisdizione (in generale)* "in" *Scritti giuridici*, Turim, 1965, vol. I, p. 498.

⁴⁸ Segni, A., *Giurisdizione* cit., loc. cit., p. 498.

que a jurisdição somente produzirá estes efeitos, quando a administração ou os particulares estejam impedidos por lei de produzi-los, por seus próprios meios.

Em razão disto, o fato de o *Rechtsschutzanspruch* estabelecer um vínculo jurídico entre o Estado e o autor, relacionando a ação diretamente com os efeitos a serem produzidos pela jurisdição, não implica qualquer apagamento dos limites entre administração e jurisdição, porquanto esses limites não se apóiam sobre o fato de estar sendo exercido um direito contra o Estado, mas sim no caráter complementar desse direito.

A nota característica desse direito, que o torna complementar, consiste precisamente em contar ele, entre os seus elementos constitutivos, o fato de o seu titular estar impedido por lei de alcançar, por seus próprios recursos, o resultado a que a satisfação deste direito se destina.

Estando o particular posto diante do Estado em uma relação jurídica que não apresente esta característica, será de natureza administrativa e não jurisdicional a atividade que o Estado desenvolverá, em razão dessa mesma relação jurídica. Assim, por exemplo, se o Estado dispõe de organismo destinado a coibir atividades monopolísticas desenvolvidas por empresas privadas, constitui-se entre ele e as empresas interessadas uma relação jurídica em razão da qual poderá o Estado, por seus próprios meios, desenvolver o combate ao monopólio privado em benefício das empresas prejudicadas. Se, porém, no âmbito desta relação jurídica, em que o Estado atua as normas jurídicas de repressão ao monopólio, surgir a necessidade de serem produzidos efeitos de fato ou de direito que o Estado, *no âmbito dessa mesma relação jurídica*, esteja por lei impedido de conseguir por seus próprios meios, deverá ser então desenvolvida outra atividade estatal, complementar da primeira, que tenha como pressuposto, não só a existência daquela relação jurídica, como também o impedimento legal do Estado de, na esfera de poderes que a mesma lhe atribui, lograr os efeitos pretendidos. Da mesma forma, as empresas interessadas, no âmbito dos poderes, que dentro da mesma relação jurídica com o Estado lhes sejam atribuídos, não consigam defender eficazmente os seus interesses eventualmente lesados pela atividade estatal, deverão também ter à sua disposição os meios adequados à produção dos efeitos de fato ou de direito previstos na lei, através de uma atividade que pressuponha a impossibilidade de serem estes mesmos efei-

tos alcançados por sua própria atuação junto aos órgãos estatais, incumbidos da repressão ao monopólio privado.

Observe-se que, no exemplo acima figurado, existem tanto relações das empresas com a administração, como relações das empresas entre si, que são objeto da decisão e também dos subseqüentes atos executórios do Estado, podendo perfeitamente dizer-se que o organismo estatal de combate ao monopólio atua normas que regulam um conflito de interesses entre partes às quais ele é estranho, não tendo nesta disputa senão um interesse geral à proteção do desenvolvimento ordenado da economia nacional. Num caso como este, a distinção traçada pela doutrina dominante entre administração e jurisdição desaparece inteiramente e só tornaria a surgir, se inseríssemos, como traço distintivo, o impedimento das partes, no âmbito da relação que as une, de conseguir os efeitos pretendidos, tutelados pela lei.

Não é possível, evidentemente, examinar de modo exaustivo, nos limites de um estudo sobre a ação, as diversas teorias e as diversas soluções propostas para distinguir jurisdição de administração, nem tampouco repassar os casos limites para demonstrar minuciosamente a validade da posição que assumimos, que tampouco tem a pretensão de constituir novidade. Esta concepção resulta apenas da posição que assumimos em face do problema da ação e que será mais adiante exposta em termos mais completos, limitando-nos neste passo a ressaltar, simplesmente, que não nos animou o desejo de fixar uma distinção entre as atividades administrativas e jurisdicionais do Estado, que mereceria por si só uma mais ampla demonstração, mas sim a necessidade de revelar, de um lado, a insuficiência do critério de que partiu a crítica contra o *Rechtsschutzanspruch*, que estamos examinando, e, de outro lado, a possibilidade de serem encontrados critérios outros que não sejam atingidos pela mesma crítica.⁴⁹

⁴⁹ Cumpre-nos esclarecer que a posição a que chegamos, com relação às diferenças entre jurisdição e administração, descende da análise do pensamento de A. Rocco (*La Sentenza Civile* cit.) quando define a jurisdição como a atividade de remoção de obstáculos que se interponham entre a lei e sua realização, obstáculos esses que ele restringe à inobservância ou incerteza do comando (ob. cit., p. 6 e 7; neste sentido também v. João Mendes, ob. cit., p. 59) mas que, segundo pensamos, não estão limitados a esses como também

25. O objeto do processo

Ainda quanto à mesma objeção que estamos examinando, cabe salientar a insuficiência da concepção segundo a qual objeto do processo seria apenas a relação jurídica de direito material existente entre as partes, ou a pretensão dela originada, mas dirigida de uma parte contra a outra.

Sem voltar a insistir no caso das ações destinadas à produção de efeitos jurídicos de direito material e no caso das ações declaratórias, a que já aludimos, lembraríamos aqui o caso de certas ações, como os embargos de terceiro, ou a ação rescisória, através das quais não é feito valer nenhum direito de uma parte contra a outra, mas tão-somente um direito à desconstituição de um ato processual de constrição ou de uma sentença judicial, que são atos praticados pelo Estado e não pela parte a quem tais atos poderiam beneficiar e através dos quais se estabelece uma relação direta entre o Estado e o autor da ação rescisória ou dos referidos embargos de terceiro. Outrotanto ocorre na hipótese de mandado de segurança contra ato judicial que, sem embargo da condenação praticamente unânime da doutrina, vem sendo cada vez mais admitida pela jurisprudência, e em que o impetrante, freqüentemente, deduz processualmente pretensão à prolação de uma ordem dirigida contra o juiz, para que este faça ou deixe de fazer alguma coisa a que por lei estaria obrigado, cabendo ao tribunal julgar exatamente sobre a relação jurídica estabelecida entre a parte e o juiz, em virtude da qual estaria este obrigado a proferir uma decisão favorável ou a praticar algum ato processual em favor da parte. Ora, negar que isto exista e ocorra na realidade processual é negar a própria evidência dos fatos e do direito.

Mesmo porém no quadro das ações condenatórias, que sempre tem parecido ser um reduto inviolável de certas concepções já bem antigas no campo do processo, encontramos a hipótese da ação condenatória a prestação de declaração de vontade, cujo resultado não é uma ordem

não decorrem tanto da vontade das partes como da própria lei. A essa contribuição, acrescente-se, ainda a de Segni, já citada, bem como a afirmação grandemente sugestiva de Couture, de que processo é "uno de los instrumentos que asegura la *lex continuatilis* del orden jurídico". (*El proceso como institución*, "in" *Studi in onore di Enrico Redenti*, 1951, Milão, vol. I, p. 373).

dirigida pelo Estado contra o réu para que este uniformize sua conduta com o comportamento prescrito em lei mas, sim, um ato estatal pelo qual se realiza diretamente, a favor do autor, o efeito jurídico ligado ao ato recusado pelo réu (CPC, art. 641).

Ora, em todos os casos acima mencionados, aos quais poderíamos acrescentar o da ação executória, dirige-se a ação a obter não do réu, mas do Estado, a prestação de uma certa atividade, cabendo ao Estado decidir se ele, e não o réu, está obrigado a prestá-la a favor do autor. Não há, pois, como sustentar-se, nestas hipóteses, que o objeto do processo seria uma pretensão do autor contra o réu, porque nestes processos nada se pretende do réu e tudo se espera do juiz.⁵⁰ Nenhuma obrigação incumbe ao réu em face da ação, pois a sua situação é de simples sujeição ao poder estatal.

Admitido que seja este ponto, já não resta mais nenhum obstáculo à compreensão de que, nas ações condenatórias em geral, o fim visado pelo autor não é uma ordem dirigida contra o réu, porque esta ordem já se contém por inteiro na lei, mas a constituição de um título executório que legitime o autor a pretender do Estado o exercício de sua função sancionatória, cabendo, pois, ao Estado, decidir sobre se está ou não obrigado à constituição desse título a favor do autor.⁵¹

Verifica-se, portanto, que o objeto do processo é na realidade a afirmação de uma relação entre a parte e o Estado que tem como pressuposto a existência ou a inexistência de uma situação jurídica, na qual as partes estão compreendidas, mas que com ela não se confunde e nem nela se esgota.

⁵⁰ O próprio Liebman define *juízo de mérito* como sendo aquele em que o juiz resolve sobre o pedido do autor "para conceder ou negar a providência requerida" (*O despacho saneador cit.*, "in" *Estudos cit.*, p. 137).

⁵¹ Neste sentido, Hellwig: "Die Verurteilung begründet das (prozessuale) Recht, wegen des anerkannten anspruchs die Volsureckung zu betreiben" (*System cit.*, p. 773); Liebman, por sua vez afirma que o fator distintivo entre ação condenatória e executória: "É o resultado da eficácia constitutiva da condenação que, enquanto satisfaz e consuma a ação condenatória, fazendo-lhe atingir sua finalidade, dá vida a esta nova ação que visa a objetivos muito diferentes e de muito maior alcance prático" (*Processo de Execução cit.*, p. 56).

26. Ações sem direito

Outra objeção à teoria do direito concreto de ação é a de que, por jungir a ação à relação jurídica substancial, deixa sem explicação não só o fato de haver exercício da jurisdição quando a ação é julgada improcedente, como também os casos em que a ação, mesmo sendo julgada procedente, não pressupõe a existência de relação jurídica material entre as partes, como é o caso das ações cautelares, possessórias, declaratórias de nulidade, anulatórias ou ainda o caso da substituição processual.

Esta objeção envolve duas questões: a primeira relativa ao conceito de jurisdição e a segunda relativa ao nexo entre ação e relação jurídica de direito material.

A segunda destas duas questões já se acha resolvida pela moderna teoria do *Rechtsschutzanspruch* que, embora vinculando a ação a uma situação substancial, não a identifica com esta nem com o direito subjetivo de uma parte contra outra. Tanto assim que já de há muito tempo considera a teoria do direito concreto que nem nas ações constitutivas,⁵² nem nas ações meramente declaratórias,⁵³ é feito valer um direito de uma parte contra outra.

⁵² Ensina, com efeito, J. Goldschmidt que "la acción constitutiva es el tipo de una acción sin derecho" (*Principios generales cit.*, vol. I, p. 30). No mesmo sentido, Calamandrei, "no pudiendo el interés en la modificación jurídica ser satisfecho de otra manera que por medio de un pronunciamiento del juez, el único derecho que compete al interesado es, desde el primer momento, la acción" (*La relatividad cit.*, "in" *Estudios cit.*, p. 152). Modernamente Bloineyer, A., "Für die Gestaltungsklagen fehlt ein privates Recht, das den Streitgegenstand bilden könnte" (*Zivilprozessrecht cit.*, p. 203, n. 3) e especialmente Schlosser, P., que salienta ainda que, mesmo sem serem partidários da teoria do *Rechtsschutzanspruch*, admitem a existência de um direito público à constituição como objeto da ação constitutiva, Baumbach-Lauterbach e Schönke-Schröder-Niese (*Gestaltungsklagen cit.*, p. 378, nota 32).

⁵³ Nas ações declaratórias, embora seja geralmente admitido que o objeto do processo seja uma relação jurídica de direito material os partidários da teoria do *Rechtsschutzanspruch*, a começar por Wach, nunca identificaram a ação com esta relação, mas, ao contrário, serviram-se da ação declaratória exatamente para demonstrar a autonomia do direito de ação, conforme é unanimemente afirmado pelos cultores da ciência processual.

Esta crítica poderia valer contra a posição de Savigny e dos seus seguidores ou, então, dentro de certos termos, contra a teoria do "direito justicial material", proposta por Goldschmidt, mas não contra o fato de ser estabelecida uma relação entre uma situação substancial prevista na lei e um ato de tutela jurídica de conteúdo determinado, observadas tanto as regras de direito material como as de direito processual.

Quanto ao fato, afirmado por Liebman, de tanto existir atividade jurisdicional, quando a ação é julgada procedente, como quando é julgada improcedente e de que, portanto, há ação mesmo quando o autor não tenha razão, bastando que haja uma sentença de mérito, parece-nos que tudo depende do conceito de jurisdição que se adote.

27. Jurisdição e decisões desfavoráveis ao autor

Há, indiscutivelmente, um interesse público, que tanto é satisfeito quando o juiz acolhe a demanda, como quando a rejeita por infundada ou julga o autor carecedor da ação, ou ainda, quando declara a nulidade do processo desde o início.⁵⁴ Neste sentido pode dizer-se que a atividade jurisdicional, em qualquer daquelas hipóteses, preencheu igualmente a sua finalidade de satisfazer tal interesse público, que portanto também é do autor, enquanto considerado como *qualquer um do povo*.

Relacionada com este interesse público, a atividade jurisdicional se apresenta como uma atividade de responder aos requerimentos formulados pelas partes e que se realiza plenamente com o fato de a resposta ter sido fornecida ao requerente. É uma atividade que se coloca, quanto à sua finalidade, antes de qualquer determinação do conteúdo da decisão e que é indiferente, impermeável, ao resultado concreto derivado da resposta fornecida aos interessados. É uma atividade, em suma, que explica inteiramente a relação de trabalho existente entre o juiz e o Estado, que o remunera e, através do Estado, com o povo de que o Estado é constituído, e do qual autor e réu fazem parte.

⁵⁴ Do mesmo pode dizer-se que há um interesse público quando o funcionário encarregado do protocolo judicial recusa o recebimento da petição inicial, da qual não conste a indicação do distrito em que reside o réu ou em que está situado o imóvel sobre que versa a ação.

Este aspecto da atividade jurisdicional, porém, não diz nada a respeito das relações entre o Estado (aí compreendidos a coletividade representada pelo Estado, o Estado representado pelo seu órgão e este encarnado na pessoa do juiz) e aqueles para quem este serviço público foi instituído.

Com efeito, ninguém afirma que a função jurisdicional seja uma função consultiva que se esgote em dar respostas ao público. A jurisdição, portanto, há de definir-se com vistas a algo que, embora pressupondo essas respostas, esteja na verdade além delas. Vale dizer, há de entender-se como uma atividade estatal que é desenvolvida a partir das respostas dadas, mas que com elas não se confunde.

De outro lado, não é possível conhecer esta atividade através das suas repercussões na vida social (tais como a paz social, o aprimoramento das instituições jurídicas, o desenvolvimento do respeito às leis, a divulgação do direito etc.) porquanto estas são as conseqüências desta atividade, não podendo confundir-se com ela mesma.

Trata-se, portanto, de uma atividade que tem como pressuposto aquela função de dar respostas e que tem como conseqüência diversas repercussões sobre o todo social, mas que não se confunde nem com uma nem com outras, assim como não se confundem as causas com os seus efeitos.

A nosso ver, o que está além das puras decisões, enquanto tais, e está antes daquelas repercussões sociais da atividade jurisdicional, é a atividade de produção de determinados efeitos de direito e de fato, que somente pela atividade jurisdicional podem ser produzidos e cuja produção exaure toda a capacidade de atuação do órgão jurisdicional.

Este 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 esplende, em toda a sua magnitude, a função jurisdicional. É este o ápice, o ponto culminante da atividade jurisdicional, que, contudo, evidentemente, *não torna não jurisdicionais as atividades que se acham à sua base*, mas que em função dela é que se explicam.

Ora, a esse ponto máximo, somente pode chegar-se através de decisões favoráveis e não através de decisões contrárias à pretensão do autor, revelando-se, com isto, que a atividade jurisdicional não alcança uma plena explicação de si mesma enquanto considerada a partir das decisões desfavoráveis ao autor, ainda que com elas se estejam satisfazendo interesses ponderáveis do Estado e da coletividade. Vale dizer, 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 de seu fim supremo.

Não diverge muito esta concepção de jurisdição da que Vidigal atribuiu ao processo, dizendo que um dos seus objetivos precípuos é “a redução do mundo à situação que existiria se não houvesse transgressão ou ameaça de transgressão de preceitos jurídicos”.⁵⁵ Ficou incompleta, a nosso ver, essa enunciação, pois a função processual não se explica somente em relação à proibição da defesa privada, mas também em relação à proibição de produzir determinados efeitos jurídicos.

Mesmo assim, contudo, serve para salientar a atividade transformadora do mundo, a que o processo deve servir e que corresponde, precisamente, à atividade que o Estado tirou dos indivíduos e chamou a si, ensejando a Degenkolb a conhecida afirmação de ser a ação “o preço pelo qual o particular renunciou à defesa privada”.⁵⁶

28. Distinção entre pressupostos processuais e condições da ação

A objeção de que o *Rechtsschutzanspruch*, somente teria algum sentido prático, se ensejasse uma distinção entre os pressupostos do processo e da sentença e os pressupostos da pretensão à tutela jurídica, embora possa ter maior significação na Alemanha, não cria dificuldades mais sérias para a doutrina brasileira, que aceita em geral a posição de Liebman, da qual só se aparta a teoria concreta ao incluir, entre as con-

⁵⁵ Vidigal, L. E. B., Escopo do processo civil, “in” *Revista de Direito Processual*, vol. 1., p. 16.

⁵⁶ Degenkolb, *Einlassungszwang* cit.

dições da ação, a situação substancial a que a lei une o efeito pretendido e, não, como diz Liebman a mera “possibilidade jurídica do pedido” entendida como procedência em tese.⁵⁷

Esta diferença, contudo, não é *causa* que determina os dois diversos conceitos de ação mas, sim, é *consequência* do conceito de ação que seja adotado. Vale dizer, para quem entenda que a ação é um direito à sentença de mérito, condições da ação serão somente as condições necessárias à obtenção de uma sentença qualquer; enquanto que para os partidários da teoria concreta, serão as condições necessárias à obtenção de uma sentença de conteúdo determinado.

Isto não exclui, contudo, que mesmo os partidários do *Rechtsschutzanspruch* destaquem entre as condições da ação, as que seriam condições de admissibilidade e as que seriam condições de procedência da ação, como faz, por exemplo, Blomeyer que distingue entre admissibilidade (*Zulässigkeit*) e procedência (*Begründetheit*) da ação (*Klage*),⁵⁸ bem como distingue no processo um objeto processual e outro substancial (*prozessualer und sachlicher Streitgegenstand*).⁵⁹

É inegável a utilidade prática de cindir as condições da ação em duas classes distintas, pertencendo à primeira os requisitos de admissibilidade e à segunda os requisitos de procedência. Isto, contudo, não cinde o direito de ação em dois direitos distintos, tendo por objeto, o primeiro, a sentença e, o segundo, o efeito pretendido pelo autor. Tanto que na linguagem corrente, não só entre os leigos, mas entre os próprios processualistas, é usual falar em admissibilidade e procedência *da ação*. Que isto não é apenas uma forma de expressão, demonstra-o o fato de não poder o autor pretender do Estado uma declaração, condenação ou constituição, senão mediante sentença, sendo absolutamente indissociável o conceito de direito à condenação, da idéia de condenação mediante sentença.

O que ocorre, a nosso ver, é que há, entre as chamadas condições da ação, requisitos que, embora sendo necessários, não são suficientes

⁵⁷ Liebman, O despacho sancador cit., “in” *Estudos* cit., p. 138 e segs.

⁵⁸ Blomeyer, A., *Zivilprozessrecht* cit., p. 167.

⁵⁹ Blomeyer, A., *ob. cit.*, p. 198.

para determinar um julgamento favorável ao autor, pois podem ser preenchidos e satisfeitos tanto por quem tenha como por quem não tenha direito ao que pretende.

Faltando esses requisitos mínimos, não há motivo algum que torne necessário o julgamento sobre as demais condições da ação, sendo, ao contrário, de toda a conveniência que o processo seja encerrado no momento em que essa falta puder ser apurada. É exatamente esta, como se sabe, a grande vantagem do nosso despacho saneador.

O julgamento sobre a admissibilidade ou a carência é tanto um julgamento sobre a ação, entendida como direito a um determinado conteúdo da sentença, como a decisão sobre a procedência ou improcedência. Decisão sobre direito à sentença enquanto ato processual é apenas a decisão sobre a constituição e o desenvolvimento válido da relação jurídica processual.

Parece-nos, pois, que, ao contrário do afirmado por Rosenberg-Schwab, é a teoria do *Rechtsschutzanspruch* que melhor distingue entre os aspectos substanciais e os aspectos processuais do processo civil. A teoria dominante mistura no chamado *Justizanspruch* elementos que na verdade pertencem à pretensão substancial da parte e não ao processo, como é o caso da *legitimalio ad causam*, que somente pode ser apreciada através do julgamento sobre a relação existente entre as partes e a situação substancial sobre a qual é assentado o pedido.

A jurisprudência de nossos tribunais, aliás, durante a vigência do Código de 1939, mostrou-se extraordinariamente sensível a essa imperfeição da doutrina dominante. Tanto assim que afirmava, reiteradamente, caber apelação contra decisões que julgavam ilegítima a parte, ou seja, exatamente o recurso então previsto para as sentenças de mérito. De outro lado, mostrando-se igualmente sensível a esse problema, o novo Código de Processo Civil acabou superando a distinção, pelo menos para efeito de recuso, e englobou nos casos de apelação todas as decisões que ponham fim ao processo em primeira instância.

29. A ponte entre o direito material e o processo

À objeção final de Rosenberg-Schwab, de que a teoria do *Rechtsschutzanspruch* não conduziria à desejada ponte entre o direito material e o

processo, caberia apenas ressaltar que, partindo da inexistência de obrigação do Estado de dar sentença favorável, como ele faz, não seria mesmo possível que esta ou qualquer outra teoria estabelecesse a desejada ponte.

30. A objeção de Bülow

Quanto à objeção de Bülow, de que esse direito existiria apenas no momento em que fosse reconhecido pela sentença que o satisfizesse, deixando de existir no mesmo instante em que fosse reconhecido, lembraríamos apenas que a incerteza sobre a satisfação de um direito não implica a inexistência dele, bem como que todo e qualquer direito a uma prestação se extingue no momento em que é satisfeito. De outro lado, como bem demonstrou Schlosser,⁶⁰ o fato de um direito somente poder ser satisfeito mediante um procedimento e após decisão de um órgão estatal é coisa absolutamente comum no campo dos direitos subjetivos públicos.

§ 11. Críticas à doutrina dominante

31. Aniquilamento das relações de direito material

Percorridas, enfim, no que têm de mais importante, as objeções formuladas pela teoria dominante, contra a teoria do direito concreto de ação, verificamos que estas objeções não procedem ou, quando menos, comportam soluções diversas das que foram por ela propostas. Esta teoria, contudo, por levar às últimas consequências a tão decantada *autonomia* da ação e do processo, não logra estabelecer o nexo que deve existir entre o processo e o direito material e acaba por aniquilar esse direito.

Com efeito, na medida em que às situações ativas previstas no direito material não corresponda nenhuma situação passiva, nem do Estado (que é livre de decidir conforme lhe parecer melhor), nem da outra

⁶⁰ Schlosser, P., (*Gestaltungsklagen* cit., p. 379) salienta ainda o seguinte: "dass man bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten noch niemals Bedenken gehabt hat, von einem Anspruch auf ihre Vornahme zu sprechen, selbst wenn die staatliche Behörde ihn nicht ohne Durchlaufen einer Reihe von Formalitäten befriedigen darf".

parte na relação jurídica (que somente se acha sujeita ao Estado), não haverá nenhum nexo jurídico ligando essa situação ativa à sua concreta realização mediante o processo, porquanto em lugar de um nexo jurídico, que sempre se exprime em um dever, haverá uma relação de liberdade do “obrigado” e do Estado, em face do sujeito colocado na posição “ativa”.

Neste ponto, é extremamente louvável a coerência de Vidigal quando, dando o passo que “faltaria dar a Pekelis”, conclui que, no processo, a situação ativa corresponde ao Estado, e a passiva às partes. Com a mesma coerência, porém, caberia perguntar: “Existe direito subjetivo?”.

32. A ação enquanto exercício privado de função pública

Além disto, entendida a ação como “exercício privado de uma função pública”, ficaria sem explicação a ação condenatória movida por um particular contra o Estado. Com efeito, se essa função pública consiste em dar ao Estado uma oportunidade a que este promova a atuação do direito objetivo, sendo este um interesse do próprio Estado, nenhum motivo haveria para forçá-lo a comparecer a juízo, bastando o recurso às vias administrativas. Outra alternativa, igualmente inaceitável, seria considerar como jurisdição voluntária toda e qualquer ação contra o Estado, ou seja, como diz ainda Cernelutti: “processi senza lite”. Essa concepção da ação mostra-se ainda insuficiente em face de um processo em que o Estado seja autor, pois aí, obviamente, não haveria exercício privado de uma função pública, nem faria sentido definir esta ação como “exercício público de função pública”. E mais absurda ainda tornar-se-ia esta mesma definição, se imaginássemos um processo em que dois Estados-membros litigassem entre si. Não podendo ambos sagrar-se vencedores, ocorreria, fatalmente, a vitória de uma função pública sobre outra função pública, tendo ambas um mesmo objeto: proporcionar o exercício da mesma função pública.

Evidentemente, nenhuma destas situações é absurda, comportando cada qual a sua explicação. Essa explicação, contudo, somente se torna viável na medida em que sejam restabelecidos os vínculos entre o processo e as situações ativas e passivas existentes anteriormente a ele.

33. Redução indevida da jurisdição ao juízo e das ações à ação declaratória

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

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

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

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

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

Vale dizer, à posição extremada de uma teoria que fazia da ação condenatória a ação típica, sobreveio outra posição, não menos extremada, a fazer da ação declaratória o padrão pelo qual toda a ação deveria ser explicada.

34. O juízo enquanto objeto de um interesse do Estado e não das partes

Observe-se, porém, que o engano não reside apenas no extremismo. Se notarmos que cada uma das partes se apresenta em juízo certa da existência de seu direito, vemos que quem se acha em situação de incerteza é o Estado, cabendo a ele o direito de eliminar a própria incerteza sobre a sua obrigação de produzir os efeitos pretendidos pelo autor. O Estado se obriga a produzir esses efeitos, mas se reserva o direito de decidir sobre se esta obrigação existe ou não. Vale dizer, o juízo é objeto de um direito⁶¹ do Estado, e não das partes, posto a serviço de um interesse que também não é das partes mas do próprio Estado. Em relação ao puro juízo estatal, pode dizer-se que ele representa para as partes um risco, cabendo-lhes o ônus de suportá-lo, ficando sujeitas a esse risco como a um imperativo de seu próprio interesse, não tendo porém, quanto ao puro juízo, enquanto desvinculado dos efeitos pretendidos do Estado, qualquer direito e nem mesmo o direito a eliminação da incerteza jurídica.

Limitada a função jurisdicional ao juízo que o Estado pronuncia sobre a pretensão das partes, desaparece pura e simplesmente o direito de ação. Como veremos mais adiante, tem enorme importância para o processo a exata perspectiva sobre o juízo estatal, mostrando-se, quanto a isto, valiosíssima a contribuição trazida por Vidigal para o exame desta questão. Parece-nos, contudo, que está suficientemente demonstrada a inaptidão da teoria dominante para explicar de modo satisfatório, em toda a sua integridade, quer a ação, quer a jurisdição. Pior que isto, destrói a ação, enquanto direito, e não restabelece o sistema dos direitos subjetivos.

Ao fim deste exame e antes de iniciarmos a exposição da concepção que temos do direito de ação, fazemos nossas as palavras de Couture:

“Cada estudioso tiene el deber de aportar, al empeño común, su particular observación. De la suma de ellas se hace la grandeza de la ciencia. En esta, tanto como la verdad, importan los esfuerzos hechos para alcanzarla.

⁶¹ Trata-se, mais precisamente de um poder e não de um direito subjetivo (v. n. 38, *infra*).

“Procuramos, pues, en el riesgo del acerto y del error, determinar como concebimos, por nuestra parte, este extraño y desconcertante fenómeno que de tal manera há preocupado, a lo largo del tiempo, a los más ilustres pensadores de la ciencia del derecho.”⁶²

⁶² Couture, E., *Fundamentos*, cit., p. 67.

TERCEIRA PARTE

Direito de Ação e Direito à Administração da Justiça

SUMÁRIO: § 12. *Jurisdição e ação*: 35. Ordem jurídica e meios de realizá-la – 36. Atividade jurisdicional – 37. Jurisdição e direito de ação – 38. Jurisdição e juízo – 39. Juízo e direito à administração da justiça – 40. Direito material e direito processual – § 13. *Julgamento preliminar e questões prévias*: 41. Pressupostos processuais e condições de admissibilidade da ação – § 14. *Classificação das ações*: 42. As ações segundo a atividade jurisdicional a que visam – § 15. *Ação condenatória*: 43. Do direito à constituição do título executório – § 16. *Ação declaratória*: 44. A declaração de conteúdo indeterminado – 45. Incerteza do direito diante de sua negação pelo adversário – 46. Proibição da defesa privada e insegurança do direito – 47. Direito à segurança jurídica – 48. Interesse de agir na ação declaratória – 49. Ação declaratória e coisa julgada – § 17. *Ação constitutiva*: 50. Ações constitutivas de direito material e de direito processual – § 18. *Ação cautelar*: 51. Processo e tempo – 52. Condições de admissibilidade da ação cautelar – 53. Da jurisdição e da ação cautelar – § 19. *Das direitas do réu*: 54. Obrigação de não prestar a atividade jurisdicional – 55. Direito à defesa da ordem existente – 56. Direito à administração da justiça – 57. Direito de ação – § 20. *Conclusão*: 58. Da unidade do direito – Bibliografia.

§ 12. Jurisdição e ação

35. Ordem jurídica e meios de realizá-la

A ordem nas relações existentes entre os sujeitos de direito, prescrita nas normas jurídicas, é uma ordem que somente pode considerar-se existente na medida em que existam meios de torná-la uma realidade concreta. A existência desses meios constitui, sem dúvida, um pressuposto da própria ordem, pois a possibilidade de ordenar supõe a possibilidade de fazer com que a realidade ordenada seja igual à realidade em ordem, ou, em outras palavras, *ordenar e pôr em ordem* são termos que se implicam reciprocamente.

No caso da ordem jurídica e tendo presente que as normas de direito regulam o estado das pessoas, ou as suas relações jurídicas, ou, ainda, o seu comportamento em face de outras pessoas, supõe-se que coexistam com essas normas os meios pelos quais seja possível lidar de tal modo com a realidade, que esta, submetida à ação desses meios, reaja de modo favorável e ofereça um resultado igual (ou o quanto possível igual) ao previsto na ordem consubstanciada na norma.

Estes meios não de estar postos à disposição de quem tenha interesse na ordem prevista pela norma, destacando-se, em primeiro lugar, o próprio autor da norma, o Estado, e em seguida os destinatários da norma, aqueles cujo estado, relações jurídicas ou comportamento sejam por ela regulados; e finalmente aqueles a quem esta ordem possa interessar, por poderem vir a ser por ela afetados, em razão de algum vínculo existente entre eles e os destinatários da norma.¹

Em que consistiriam esses meios? A nosso ver devem consistir em duas diferentes ordens de atividades. A primeira delas seria a atividade de produzir a realidade de modo já conforme à ordem preestabelecida. A segunda consistiria na atividade de transformar a realidade eventualmente contrária àquela ordem, para torná-la de desordem em ordem.

Ambas estas atividades podem, em princípio, ser exercidas tanto pelo autor da norma como pelos destinatários dela. Produzir os fatos ou criar situações jurídicas de acordo com a ordem legal, seja através de comportamentos obedientes às normas jurídicas, seja por meio da produção de efeitos jurídicos criadores, modificadores ou extintivos de estados ou relações jurídicas, constitui uma atividade, um meio, de realizar a ordem jurídica que pode igualmente ser utilizado pelo Estado e pelos demais sujeitos de direito. De outro lado, transformar a desordem em ordem, sujeitando a realidade a pressões de várias naturezas, ante cujo

¹ Observe-se, contudo, que o Estado, sem embargo de ser o autor da norma, pode também estar situado na posição do destinatário dela, já que compete ao Estado não apenas a atividade de regular as relações dos demais sujeitos de direito como também a de disciplinar as suas próprias relações. Assim, entendemos incluído também o Estado entre os destinatários da norma, enquanto pessoa jurídica cujo comportamento ou relação jurídica venham por ela regulados. Se não o referimos expressamente é apenas para evitar complicações inúteis.

impacto a realidade torne a ordenar-se, é também uma atividade que não só o Estado normalmente desenvolve por via administrativa, como também é deferida aos demais sujeitos de direito, embora dentro de limites muito mais estreitos e praticamente excepcionais, nos casos em que se lhes permite exercer a defesa privada.

Na medida, porém, em que qualquer destas duas atividades seja proibida pelo Estado aos destinatários da norma, a ordem por ela prevista não poderá realizar-se senão através do exercício destas mesmas atividades, por aquele que passou a ser o único detentor dos meios através dos quais a ordem possa conceber-se como tal. Vale dizer: o Estado.

36. Atividade jurisdicional

Surge, assim, uma terceira atividade, que tem por conteúdo os mesmos atos de produção e de transformação da realidade que caracterizam as duas primeiras, mas que delas se distingue pelo fato de o Estado a exercer apenas e tão-somente na medida em que os destinatários da norma estejam impedidos de exercê-las. E como esse impedimento surgiu por ato do próprio Estado, seja em virtude da relevância social de determinados atos constitutivos, seja em razão da necessidade da proibição da defesa privada, assume o Estado, perante os destinatários da norma, o dever de prestar essa atividade.

É importante notar que, na medida em que tais atividades possam ser exercidas tanto pelo Estado como pelos destinatários da norma, cada um deles as exercerá no desenvolvimento de um interesse seu, sem que exista qualquer dever, de um para com outro, de exercer essas atividades. Pode dizer-se que, em tal caso, é livre cada qual de agir ou deixar de agir, na conformidade de seu próprio e exclusivo interesse.

Apartir, porém, do impedimento dos destinatários da norma, acrescenta-se ao interesse do Estado, na realização daquelas atividades, o dever de realizá-las, já que a manutenção do seu estado de liberdade tornaria incompatível com as exigências postas pela ordem que, como dissemos, implica necessariamente a existência dos meios destinados a torná-la uma realidade concreta. Com efeito, seria absurdo que a ordem prevista na norma a favor de um determinado sujeito de direito, estando este impedido de realizá-la por seus próprios meios, não implicasse a

obrigatoriedade da utilização dos meios existentes, por parte daquele que passou a ser o único a deles dispor.

37. Jurisdição e direito de ação

Chamamos de jurisdição esta atividade produtora de efeitos de fato e de direito, que o Estado exerce a favor dos destinatários da norma, em cumprimento a um dever para com eles, nascido do impedimento legal, em que se encontram, de produzir os mesmos efeitos por seus próprios meios.

A existência deste dever cria, para os destinatários da norma, o correspondente poder de exigir o seu cumprimento. A esse poder damos o nome de direito da ação.

38. Jurisdição e juízo

O Estado, porém, não está obrigado a prestar sua atividade jurisdicional apenas por lhe ter alguém solicitado que a prestasse, afirmando-se titular do direito de ação.

O Estado, conforme já tivemos oportunidade de frisar, não é indiferente à realização da ordem jurídica. É antes o primeiro interessado nela, enquanto seu criador. Incumbe-lhe, por isto, não apenas o dever de prestá-la nos casos em que a tanto esteja obrigado perante o destinatário da norma, como também o dever, de recusá-la nos casos em que não exista o direito de ação. A prestação da atividade jurisdicional, com efeito, não pode representar nunca um ato de graça praticado pelo Estado. Entende-se que, a não ser assim, não haveria como compreender a atividade jurisdicional como um meio de realização da ordem jurídica.

Assim, entre o exercício do direito de ação e a prestação da atividade jurisdicional, interpõe-se o julgamento do Estado, cuja finalidade é proporcionar ao mesmo a certeza sobre a existência do seu dever de prestar a atividade reclamada pelo autor. O julgamento tem, portanto, o escopo de satisfazer o interesse estatal à eliminação da incerteza jurídica. É, pois, objeto de um poder e não de um dever estatal. E não é também um direito subjetivo, pois o Estado não o exerce senão no interesse da coletividade que ele representa, inexistindo pois, correspondentemen-

te, qualquer obrigação do autor, mas apenas sua sujeição ao exercício deste poder.²

39. Juízo e direito à administração da justiça

Observe-se, contudo, que este poder estatal não é um poder livre mas, sim, poder vinculado. Como o exercício deste poder condiciona o cumprimento de um dever, a liberdade estatal no exercício do poder de julgar implicaria, afinal, a negação do próprio dever por ele condicionado.

Surge, assim, um direito ao julgamento estatal, como direito ao simples ato de julgar, independente do resultado favorável ou desfavorável, que a decisão proporcione a quem a provocou.

Tal direito, embora constituindo um pressuposto do direito de ação, com este não se confunde. Constitui um pressuposto do direito de ação, porque sem ele esse direito converter-se-ia em pura farsa. Com ele, porém, não se confunde, porque tem um diferente objeto.

Como direito ao julgamento puro e simples, é um direito que cabe tanto ao titular do direito de ação como a quem quer que se afirme titular do direito de ação. A indeterminação do resultado da decisão, corresponde igual indeterminação quanto ao titular do direito a ela.

Para distingui-lo do direito de ação, apenas para esse fim, daremos a esse direito o nome de direito à administração da justiça, consagrado pelo art. 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O exercício do poder e do conseqüente dever de julgar está, porém, submetido a determinadas condições, às quais se subordina a eficácia do julgamento. Do mesmo modo que o Estado não é livre de julgar ou não, também não é livre de julgar de qualquer modo nem de julgar sobre o que queira. Esta atividade de julgar, como já dissemos, serve a ponderáveis interesses públicos e condiciona a realização de toda a ordem jurídica. Um julgamento mal conduzido ou dirigido a questões despiciendas em desfavor das questões fundamentais, jamais poderia conduzir à satisfação dos referidos interesses públicos. Além

² Neste sentido parece-nos perfeita a tese de Vidigal (*Existe o direito de ação?* cit.).

disto, jamais o Estado poderia alcançar a eliminação da sua incerteza sobre o direito afirmado pelo autor, se não procedesse de modo a conhecer, o quanto amplamente possível, toda a matéria submetida ao seu julgamento.

O direito à administração da justiça, portanto, inclui no seu objeto não apenas o dever estatal de decidir, mas o de decidir de um modo que assegure a realização do fim a que o julgamento se destina, ou seja, a eliminação da incerteza sobre o seu dever de prestar a atividade jurisdicional.

40. Direito material e direito processual

Pelo que dissemos até agora, verifica-se que o exercício dos mencionados direitos e dos correspondentes poderes e deveres estatais, supõe a prática de uma série de atos ordenados e encadeados entre si, que conduzam à eliminação da incerteza e, se for o caso, à prestação da atividade jurisdicional.

A esta série ordenada de atos é dado o nome de processo, ou, mais especificamente, processo civil.

O exercício do direito de ação e do direito à administração da justiça, bem como o exercício do poder de julgar e as formas de prestação da atividade jurisdicional, são objeto de normas jurídicas que compõem o direito processual civil.

As normas de direito material, por sua vez, definem as hipóteses em que o Estado está obrigado a produzir os efeitos pretendidos pelo autor, condicionando, portanto, à ocorrência destas hipóteses, o direito de ação. Essas normas, na feliz expressão de J. Goldschmidt, constituem o "instrumento mediante el cual el juez juzga, del mismo modo que — valga la metáfora — el albañil se sirve de la plomada para enderezar el muro".³ São normas, portanto, de cuja observância depende a prestação jurisdicional do Estado, a qual, por sua vez, se devida, assumirá as formas prescritas pelo direito processual.

Há, portanto, na prestação da atividade jurisdicional, o mais completo entrosamento entre normas de direito processual e de direito material.

³ Goldschmidt, J., *Principios generales* cit, vol. I, p. 54.

§ 13. Julgamento preliminar e questões prévias

41. Pressupostos processuais e condições de admissibilidade da ação

Compete ao juiz no processo decidir tanto sobre a existência como sobre a regularidade do exercício do direito à administração de justiça e do direito de ação. É possível, neste sentido, como faz Blomeyer,¹ falar em um objeto processual e em um objeto material do processo.²

Na medida em que a lei processual possibilite ao juiz, como ocorre entre nós, a distribuição do julgamento sobre o objeto processual e sobre o objeto material do processo em duas ou mais decisões, visando com isto a facilitar o julgamento mediante um progressivo estreitamento da área sobre a qual incidirá o julgamento final, será possível destacar, dentre os requisitos de que depende o julgamento final favorável, aqueles que, por seu caráter genérico e pela maior simplicidade das questões que suscitem, possam ser objeto de um julgamento preliminar, em que o juiz decidirá desde logo sobre a viabilidade da pretensão deduzida pelo autor, tanto no que se dirige ao puro julgamento, como no que se refere à efetiva prestação da atividade jurisdicional.

A esses requisitos mínimos, tem a nossa doutrina dado o nome de pressupostos processuais e condições de admissibilidade da ação. Referem-se os primeiros à admissibilidade da pretensão à administração da justiça e os últimos à admissibilidade da pretensão à atividade jurisdicional.

Esses requisitos guardam relativa independência entre si, pois, como já dissemos, pode existir o direito à administração da justiça mesmo sem que exista o direito de ação. Como, porém, cada um desses direitos somente se explica em função do outro, essa independência não é absoluta, refletindo-se sobre um a decisão que sobre o outro venha a ser pronunciada.

¹ Blomeyer, A., *Zivilprozessrecht* cit., p. 198.

² Note-se, contudo, que esta nomenclatura pode ser admitida apenas para fins de exposição, pois o chamado "objeto material" do processo encontra-se disciplinado tanto pelo direito material como pelo direito processual.

No caso de o processo admitir decisões preliminares, o julgamento sobre a inexistência das condições de admissibilidade da ação não tolherá ao demandante a possibilidade de ingressar novamente em juízo, deduzindo o mesmo direito de ação e pretendendo exercer novamente o direito à administração da justiça. No segundo processo, contudo, o direito à administração da justiça ficará reduzido apenas ao direito à decisão preliminar prevista na lei processual e não mais às decisões das quais seja pressuposto uma decisão preliminar favorável quanto às condições da ação.

No caso de um julgamento preliminar sobre a inexistência dos pressupostos processuais, ficará o demandante impedido de pretender uma decisão, no mesmo processo, sobre as condições de admissibilidade da ação, mas não ficará impedido de, em novo processo, deduzir novamente ambos os direitos. No segundo processo, sanada a falha verificada no primeiro, restarão imprejudicados tanto o direito de ação como o direito à administração da justiça.

Se imaginarmos um processo no qual esteja prevista apenas uma única decisão sobre ambos esses direitos, teremos maior facilidade de compreender o alcance de cada uma destas decisões.

Pronunciando-se o juiz apenas sobre a inexistência do direito à administração da justiça, esta decisão nada dirá sobre o direito de ação, que restará imprejudicado. Ao contrário, pronunciando-se o juiz apenas sobre o direito de ação, continuará o demandante com o direito à administração de justiça sem qualquer restrição, pois, em um novo processo, em que *inexistam julgamentos preliminares*, poderá exigir do Estado o julgamento único, bastando para tanto que satisfaça os requisitos de exercício do direito à administração da justiça.

Dada essa relativa independência entre os chamados pressupostos processuais e as condições de admissibilidade da ação, entendemos que os primeiros se referem apenas à matéria puramente processual e os segundos, tanto aos aspectos processuais, como aos materiais do direito de ação.

Pressupostos processuais seriam então, apenas, um juiz competente e não suspeito ou impedido, uma petição apta (vale dizer, conclusiva) e um autor processualmente capaz e regularmente representado. Esses requisitos constituem o mínimo necessário à existência de um direito à administração da justiça, embora não sejam suficientes ao reconheci-

mento deste direito em sua plenitude, entendido como direito às decisões e demais atos judiciais, aos quais a lei subordina o julgamento final sobre o direito de ação. Requisitos para a existência de tal direito seriam ainda: a obediência às regras que condicionam a validade dos atos processuais (inexistência de nulidades) e a utilidade da sentença, entendendo-se como inútil a sentença final, quando antes dela já tenha sido apurada a inexistência das condições de admissibilidade da ação.

Condições de admissibilidade da ação, por sua vez, seriam a legitimidade das partes,⁶ o interesse para agir⁷ e a existência, na lei processual, da espécie de atividade jurisdicional pretendida pelo autor.⁸ A ocorrência da hipótese à qual o direito material liga os efeitos pretendidos pelo autor contra o Estado, não se insere entre as condições de admissibilidade embora seja uma condição da ação. Como dissemos, as condições de admissibilidade se explicam tão-somente em razão de um julgamento preliminar. Entre as condições de admissibilidade da ação, acrescentaríamos ainda a inexistência de litispendência, coisa julgada, prescrição ou decadência, compromisso arbitral e perempção da ação, que constituem situações excludentes da obrigação estatal de exercer a atividade jurisdicional a favor do autor.⁹

⁶ Aceitamos o conceito de *legitimação* proposto por Liebman: "o reconhecimento do autor e do réu, pela ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas, respectivamente, a pedir e a contestar a providência que é objeto da demanda", aí incluídos os terceiros "aos quais a lei outorga legitimação concorrente ou subordinada" (*O despacho sanador cit.*, "in" *Estudos cit.*, p. 142 e 143).

⁷ Damos a esse requisito a maior relevância, pois depende dele a definição da situação de impedimento em que se encontram os destinatários da norma jurídica, em virtude da qual o interesse do Estado é transformado em obrigação de prestar a atividade jurisdicional. É sobre ele também que repousa a distinção entre jurisdição e administração, configurando a atividade jurisdicional como uma atividade de natureza complementar.

⁸ Assim, não preencheria esta condição de admissibilidade da ação o autor que, na ação executória, na vigência do anterior Código de Processo Civil, pretendesse a constituição de usufruto de empresa ou a declaração da insolvência do devedor, como vêm disciplinadas no Código vigente.

⁹ Quanto a essas últimas condições de admissibilidade da ação, convém frisar que a teoria dominante não as pode explicar satisfatoriamente, pois a decisão

Este elenco de pressupostos processuais e condições de admissibilidade da ação não pretende ser exaustivo. Há, ainda, outros requisitos que podem ser objeto de uma decisão preliminar e que deverão ser classificados como pressupostos processuais ou como condições de admissibilidade da ação, segundo o mesmo critério que adotamos até aqui. Assim, o oferecimento de cópias da petição, juntamente com o original, em processos como o de mandado de segurança; a prestação de caução às custas, no caso do art. 835 do Código de Processo Civil, constituem requisitos que condicionam a admissibilidade da pretensão à administração da justiça e que, portanto, incluiríamos entre aqueles que, sendo objeto de um julgamento preliminar, poderiam denominar-se pressupostos processuais. De outro lado, entenderíamos como condições de admissibilidade da ação, os requisitos que, podendo ser objeto de um julgamento preliminar, condicionassem o êxito de determinadas ações como, por exemplo, a notificação para constituição do promitente comprador em mora, na ação de rescisão de compromisso de venda e compra; ou então, a existência de contrato de locação comercial com prazo não inferior a cinco anos, na ação renovatória; a existência de título vencido e não pago nas ações de execução fundadas em título extrajudicial ou, ainda, a existência de sentença condenatória executável, nas execuções fundadas em título judicial, e assim por diante.

§ 14. Classificação das ações

42. As ações segundo a atividade jurisdicional a que visam

Entendido o direito de ação como o direito à atividade jurisdicional do Estado, poderemos chamar de ação, simplesmente, ao concreto exercício deste direito em relação a uma determinada atividade jurisdicional. As ações, assim consideradas, podem classificar-se segundo a espécie de atividade jurisdicional pretendida pelo autor.

que o juiz pronuncia sobre elas não se refere à sua obrigação de julgar mas sobre o dever do Estado de produzir os efeitos pretendidos pelo autor, ou seja, é já julgamento sobre o mérito. Daí derivava a controvérsia sobre se a prescrição ou a decadência constituíam, ou não, mérito da causa, a que o novo Código de Processo Civil cuidou de por fim, optando por essa última alternativa (art. 269, IV).

De acordo com o que já expusemos, esta atividade consiste na produção de efeitos de fato e de direito. Há produção de efeitos de direito quando a atividade estatal gera a constituição, modificação ou extinção de estados ou relações jurídicas de direito material ou de direito processual. Há produção de efeitos de fato quando esta atividade se dirige à transformação de fatos contrários à ordem jurídica em fatos conformes à essa ordem.

A atividade de produção de efeitos de direito é realizada pelo Estado mediante sentença, na qual se acham formalmente unidos tanto o julgamento sobre a existência do direito à atividade pretendida, como o pronunciamento do Estado, do qual o direito faz depender a existência do efeito pretendido. Já a atividade de produção de efeitos de fato, embora podendo depender em maior ou menor proporção de decisões favoráveis ao autor, desenvolve-se primordialmente através de atos estatais que incidem sobre bens ou pessoas¹⁰ podendo ocorrer a necessidade da conjugação destes atos, puramente materiais, com a atividade de produção de efeitos de direito. Quando isto ocorre, porém, tal fato se verifica apenas como *meio* de ser alcançado outro *fim*, que é a transformação dos puros fatos.¹¹

Segundo o fim a que se destina, pode, portanto, a atividade jurisdicional ser classificada em *constitutiva* ou *executória*.

À atividade executória corresponde a ação de execução, por meio da qual o autor — exequente — faz valer o seu direito à atividade sancionadora do Estado. A unificação dos processos de execução, proporcionada pelo novo Código, veio emprestar maior relevo à unidade do direito que, anteriormente, se fazia valer por meio de duas ações distintas: a executiva e a executória.

No que se refere à atividade constitutiva, por desenvolver-se através de sentenças, poderemos classificá-la segundo a natureza (processual ou material) do efeito de direito produzido pela sentença.

¹⁰ Atos judiciais sobre pessoas revestem-se de caráter excepcional e incidem raramente. Assim a busca e apreensão de menor, o internamento de psicopatas, a prisão do depositário infiel ou do devedor de alimentos.

¹¹ Assim, transfere-se ao arrematante a propriedade sobre bens do devedor, para satisfazer o credor com o produto da arrematação.

Já de há muito tempo, porém, vem a doutrina distinguindo três espécies de sentenças: declaratórias, condenatórias e constitutivas. Acompanhamos essa nomenclatura não tanto pelo fato de traduzir efetivamente o conteúdo de cada uma destas espécies de sentença, como pelo fato de que a simples mudança de denominações, além de ter contra si a força de uma poderosa tradição na ciência processual, não implicaria alteração quanto ao objeto do nosso estudo.

Em todos esses três tipos de sentença, a atividade jurisdicional tem por objeto a produção de efeitos jurídicos de direito processual. Apenas na chamada sentença constitutiva é que a atividade jurisdicional produz efeitos de direito processual ou de direito material. Por este motivo, a fim de proporcionar maior clareza, destacamos nas chamadas sentenças constitutivas duas espécies: as sentenças constitutivas de direito material (por exemplo, sentença de despejo ou de anulação de casamento) e as sentenças constitutivas de direito processual (por exemplo, as sentenças que julgam procedentes as ações rescisórias).

Segundo decorre da posição que adotamos, a função jurisdicional se explica fundamentalmente na atividade de transformação do mundo do direito e dos fatos, que se realiza através das sentenças constitutivas de direito material e dos atos executórios. Vista a realidade processual através deste prisma, a produção de efeitos puramente processuais há de ser explicada em função de exigências criadas pela própria existência da atividade jurisdicional ou como pressuposto do seu exercício. Incluem-se, no primeiro caso, as sentenças declaratórias e as sentenças constitutivas de direito processual; e, no segundo, as sentenças condenatórias.

§ 15. Ação condenatória

43. Do direito à constituição do título executório

A consideração da sentença condenatória, enquanto produtora de efeitos jurídicos processuais, explica-se pelo fato de a lei processual subordinar à existência de um título (executivo) o exercício da atividade executória. À falta de um título desta natureza obtido extrajudicialmente, deve este título ser criado jurisdicionalmente. Visa, portanto, a sentença condenatória, como ensina Liebman, a dar vida “a una nuova

situazione giuridica (strumentale) consistente nella potestà dell'organo giudiziario di procedere all'esecuzione forzata, nel diritto del creditore di promuoverla (azione esecutiva), nella soggezione del debitore al suo svolgimento e ai suoi effetti (responsabilità esecutiva)".¹²

Esta sentença não visa diretamente à produção de nenhum efeito de direito material. A expressão sacramental, "condeno o réu" a cumprir tal ou qual obrigação, não produz qualquer alteração na obrigação em si mesma, que continua a ser o que antes da sentença já era. Traduz apenas um comando que já estava contido na lei. Nem tampouco possui esta sentença a virtude de produzir qualquer transformação no mundo dos fatos, porquanto não logra alterá-los por si mesma. Seus efeitos, portanto, são processuais.

Assim, através da ação condenatória, exerce o autor um direito contra o Estado à criação de "uma nova situação jurídica instrumental".

§ 16. Ação declaratória

44. A declaração de conteúdo indeterminado

Vejamos agora o caso das sentenças declaratórias. Já tivemos ocasião de demonstrar que o interesse à eliminação da incerteza jurídica é um interesse do Estado e não dos destinatários da norma, ao qual corresponde um poder estatal e uma sujeição das partes. Assim sendo, excluimos a possibilidade de que o autor, na ação declaratória, exerça um direito à eliminação da incerteza jurídica.

Também não exerce o autor, nestes casos, um puro direito à administração da justiça, porque este direito não se dirige a um determinado conteúdo da sentença, mas a uma decisão qualquer, segundo as leis do processo.

Igualmente, na ação declaratória, não pretende o autor uma simples declaração sobre a existência ou inexistência de um direito, estado ou relação jurídica, de modo que lhe fosse igualmente satisfatória a decisão judicial que declarasse inexistente o direito que ele afirmara existente, ou vice-versa. Essa indiferença quanto ao resultado da demanda

denotaria a *inexistência de interesse para agir*, a menos que, contrariando toda a doutrina, considerássemos a função jurisdicional como atividade meramente consultiva. Além disto, fosse a sentença sempre satisfatória para o autor, estaríamos em presença de um fenômeno até agora desconhecido no direito processual, consistente em um processo que somente poderia terminar com uma sentença de procedência da ação.

45. Incerteza do direito diante de sua negação pelo adversário

Convém observar ainda, que a incerteza do direito decorrente da sua contestação por um dos sujeitos da relação jurídica, estabelece uma relação de incerteza apenas entre as partes, que somente poderia ser objeto de uma ação, na medida em que se atribuisse ao titular do direito uma pretensão ao reconhecimento de sua situação, dirigida contra adversário, e que, se insatisfeita, poderia ser realizada mediante a atividade jurisdicional.

Foi, indiscutivelmente, o grande mérito de Wach haver demonstrado a insuficiência de tal forma de explicar a ação declaratória e, a partir desta crítica, ter construído a teoria da pretensão à proteção do direito (*Rechtsschutzanspruch*).

46. Proibição da defesa privada e insegurança do direito

A ação declaratória, segundo entendemos, tem a sua origem vinculada à proibição da defesa privada e é a partir dela que pode ser explicada.

Num Estado em que se proibam as vias de fato em favor das vias judiciais, é imposto um sacrifício temporário à satisfação dos direitos subjetivos em benefício de uma satisfação permanente do interesse coletivo à paz social. Muito embora isto sirva à causa da segurança coletiva, é inegável que desserve à da segurança dos direitos subjetivos, posto que, até o momento da decisão judicial, o titular do direito subjetivo não saberá ao certo se o Estado prestará ou não, a seu favor, a atividade jurisdicional.

Este estado de insegurança nasce juntamente com cada relação jurídica e é condição própria de todo e qualquer direito subjetivo, que não só preexiste à sua violação como também sobrevive a ela e que não

¹² Liebman, *Manuale* cit., vol. I, p. 65.

se confunde com o eventual estado de insatisfação dos direitos. É uma insegurança que envolve até mesmo direitos plenamente satisfeitos e que, portanto, pode ser objeto de consideração autônoma, independentemente de quaisquer outras vicissitudes por que possam passar os direitos subjetivos ou, genericamente falando, as situações jurídicas favoráveis ao sujeito de direito.

Se o Estado impõe legislativamente essa insegurança em favor da coletividade, pelo simples fato de erigir-se em Estado-de-Vias-Judiciais, deve, concomitantemente, pôr à disposição dos sujeitos de direitos os meios adequados a fazer cessar essa insegurança. Com efeito, o direito à segurança coletiva não pode deixar de pressupor o direito à segurança individual e este, por sua vez, não existiria onde não houvesse meios de torná-lo efetivo.

47. Direito à segurança jurídica

A segurança é um bem que se atinge através da eliminação das causas que geram a insegurança. No caso, o que gera a insegurança é a liberdade do juiz e, portanto, a liberdade do próprio Estado, seja quanto à apreciação das provas, seja quanto à interpretação do direito objetivo. Sendo ineliminável a proibição da defesa privada, é de considerar-se eliminável esta causa que àquela se soma para gerar a insegurança. Na medida em que o Estado ponha à disposição do indivíduo um meio destinado à eliminação dessa insegurança, estar-lhe-á conferindo um direito à pura segurança jurídica, muito embora o direito assegurado possa permanecer ou vir a tornar-se insatisfeito.

Trata-se, portanto, da produção de um efeito jurídico (eliminação da liberdade estatal quanto à apreciação do direito) que somente pelo Estado pode ser produzido, porquanto não se reconhece aos destinatários da norma jurídica a possibilidade de, por seus próprios meios, sem a intervenção estatal, gerar o mesmo efeito.

Note-se, contudo, que estamos em face de uma atividade destinada a conferir segurança a uma situação jurídica favorável ao autor,¹³

¹³ A situação favorável há de estar consubstanciada na existência ou inexistência de um direito, estado ou relação jurídica, bem como na autenticidade ou

porquanto as situações jurídicas que lhe sejam desfavoráveis não se tornam inseguras em razão da proibição da defesa privada.

48. Interesse de agir na ação declaratória

Note-se, ainda mais, que o Estado não se acha obrigado à prestação desta ou de qualquer outra espécie de atividade jurisdicional sem que ocorra a *necessidade* de prestá-la, enquanto meio indispensável à manutenção da ordem jurídica. Assim sendo, não basta para que surja a obrigação estatal a simples existência da genérica insegurança que envolve todo e qualquer direito. É preciso que a esta insegurança se acrescente um fato específico que a agrave e ponha em risco a ordem jurídica no âmbito das relações dominadas pelo direito ameaçado. Com efeito, aquela genérica insegurança não representa em si mesma um fator impeditivo da realização da ordem jurídica através dos recursos de que dispõem os destinatários da norma. É somente na medida em que falhem esses recursos que tal insegurança se converte em problema, tornando necessária a atividade estatal. Reaparece assim a idéia de *impedimento*, como fator decisivo para gerar o dever de prestar a atividade jurisdicional. No caso que estamos examinando, surge tal impedimento, quando se torna insolúvel o desentendimento das partes sobre a situação que as envolve, ao ponto de impossibilitar a realização da ordem prevista na lei.

Verifica-se, deste modo, que a contestação do adversário não gera a insegurança: apenas agrava a insegurança preexistente, tornando-a de genérica em específica, de abstrata em concreta. Constitui o traço específico do interesse de agir na ação declaratória.

Podemos, portanto, dizer que através da ação declaratória é feito valer um direito à segurança de uma concreta situação jurídica favorável ao autor, ao qual corresponde o dever estatal de produzir um efeito jurídico de natureza puramente processual, consistente na vinculação do Estado, através de seus órgãos judiciários, em qualquer processo futuro, à declaração favorável contida na sentença.

falsidade de um documento (parágrafo único do art. 4.º do Código de Processo Civil).

49. Ação declaratória e coisa julgada

Não é porém um direito puro e simples à formação da coisa julgada. A imutabilidade do julgamento é evidentemente um dos elementos de que se compõe o efeito pretendido pelo autor, pois é em razão desta imutabilidade que se explica o efeito vinculatório (processual) da declaração. Mas não é o único. O efeito pretendido pelo autor é a imutabilidade de uma declaração de conteúdo determinado e não de uma declaração qualquer. Assim também não é apenas um direito à declaração favorável, porquanto apenas esta declaração, isolada de qualquer efeito vinculatório, nenhuma utilidade teria para o fim de assegurar a situação jurídica favorável ao autor.

Tal característica da ação declaratória pode ser melhor entendida se a compararmos com a ação condenatória. Nesta, a criação do efeito processual (constituição do direito à atividade executória) não depende da imutabilidade. Ante um título executório, está obrigado o Estado, por lei, a prestar a atividade sancionatória, que a lei processual faz depender da existência de título, mas nem sempre de título executório imutável e muitas vezes nem mesmo de título judicial. Ou seja, na ação condenatória, o efeito processual visado independe da sua imutabilidade, sendo esta algo que a lei lhe acrescenta para sua garantia; na ação declaratória o efeito processual visado inclui a imutabilidade, sendo esta algo que o compõe.

Também no caso da atividade jurisdicional constitutiva de efeitos de direito material, a imutabilidade pode ser considerada independentemente desses efeitos, como algo que a eles se acrescenta. Tanto assim, que há uma larga faixa dentro da qual esta espécie de atividade jurisdicional é desenvolvida, que é a da jurisdição voluntária, em que os efeitos de direito material são produzidos independentemente da imutabilidade, consoante o disposto no art. 1.111 do vigente Código de Processo Civil.¹⁴

No caso da ação declaratória, portanto, o efeito visado pelo autor somente é atingido após o trânsito da sentença em julgado. Celso Neves

¹⁴ Celso Neves, *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, São Paulo, 1970, p. 469.

observou muito bem esta peculiaridade quando, accitando a posição de Pontes de Miranda, afirmou: "Até que se demonstre um caso de eficácia da declaração antes do trânsito em julgado da sentença, o reparo (de Pontes de Miranda) subsiste e abona a concepção de Hellwig".¹⁵ Só não podemos acompanhá-lo na extensão desta peculiaridade a todo e qualquer tipo de sentença, pois, na nossa forma de ver, os efeitos "condenatórios" ou constitutivos de direito material, consoante a tese de Liebman, podem existir mesmo antes do trânsito da sentença em julgado.

Muito embora o tema da coisa julgada não caiba dentro dos limites deste trabalho, parece-nos conveniente abordar alguns pontos a ele referentes para o fim de esclarecer melhor o nosso ponto-de-vista. Conforme já salientamos acima, destina-se o juízo contido na sentença a eliminar a incerteza jurídica do Estado. Este é um efeito de qualquer juízo pronunciado sobre o direito de ação e, portanto, não se confunde com a segurança da situação jurídica, produzida pelo trânsito em julgado da sentença que acolhe a ação meramente declaratória, nem tampouco com o efeito "condenatório" ou com o efeito constitutivo de direito material. Com o trânsito da sentença em julgado, fica proibido a qualquer juiz decidir novamente as questões já decididas, relativamente à mesma lide, importando isto na proibição de formular novo juízo sobre a mesma ação. Conseqüência necessária desta proibição é a fixação, a imutabilidade, não só do juízo, mas de tudo o que dele é conseqüência necessária, a saber: a) nas ações julgadas improcedentes, a imutabilidade do único efeito produzido pelo juízo, que é a eliminação da incerteza jurídica do Estado, em face do qual as partes se encontram igualmente em situação de sujeição; e b) nas ações julgadas procedentes, não só a imutabilidade do referido efeito mas também a imutabilidade dos efeitos em que consistiu a prestação jurisdicional.

Dando ao efeito do puro juízo a denominação de "conteúdo declaratório da decisão judicial",¹⁶ Celso Neves restringe a ele tão-somente a imutabilidade, inclinando-se desta forma na direção da tese de Hellwig, contra Liebman. Segundo, porém, o nosso modo de entender acima exposto, que não difere substancialmente das conclusões que chegamos

¹⁵ Celso Neves, *ob. cit.*, p. 449 e 450.

¹⁶ Celso Neves, *ob. cit.*, p. 443.

a sustentar em outra oportunidade,¹⁷ o trânsito em julgado tanto torna imutável o juízo, como tudo o mais que dele seja consequência necessária. Em princípio, portanto, nem Liebman nem Hellwig estariam completamente certos nem completamente errados. Apenas viram, cada qual de seu lado, um diferente ângulo da questão.

§ 17. Ação constitutiva

50. Ações constitutivas de direito material e de direito processual

Examinemos agora as chamadas sentenças constitutivas, que nós dividimos em duas espécies: as constitutivas de efeitos de direito material e as constitutivas de efeitos de direito processual diferentes dos produzidos pelas sentenças declaratórias e condenatórias.

Nestes casos é feito valer contra o Estado um direito que tem à sua base um estado, direito ou relação jurídica do autor, a que não corresponde nenhuma obrigação do réu, mas apenas um dever do Estado. Vai nisto uma grande semelhança com a ação executória, conforme observou Celso Neves, para quem “a sentença constitutiva denota, portanto, um *cúmulo processual objetivo* de pedidos conexos e consequentes (...) decorrentes do exercício simultâneo de pretensão à tutela jurisdicional de *reconhecimento* e de pretensão à tutela *executória*”. “Nesses casos – acrescenta – acolhido o pedido, o elemento de constituição tem por pressuposto o que se declarou, favoravelmente ao autor (...).”¹⁸

¹⁷ Nosso, *A autoridade da coisa julgada e a inmutabilidade da motivação da sentença*, São Paulo, 1963, p. 60, ns. 32 a 34. Passaram-se já quase 10 anos desde que escrevemos aquele estudo. Ao ensejo desta tese, como não poderia deixar de ocorrer em face do tempo e dos estudos que se interpueram entre aquele trabalho e este, reformulamos em boa parte as bases de nosso pensamento.

¹⁸ Neves, C., ob. cit., p. 468. Pelos motivos já expostos, não vemos aí, propriamente, um “cúmulo objetivo”, a menos que o entendamos como cumulação de uma pretensão à constituição com uma pretensão à administração da justiça. Isto, porém, não é peculiaridade apenas da ação constitutiva.

Tendo em vista não só esta característica, mas também o fato de que “só o juiz pode operar a *modificação*”,¹⁹ essas ações constitutivas nos põem diante de uma das provas mais eloquentes do caráter concreto do direito de ação.

Especialmente as ações constitutivas de efeitos processuais emprestam notável relevo à relação entre o Estado e os sujeitos de direito, tendo por objeto a prestação da atividade jurisdicional, dependente da existência de uma situação jurídica favorável ao autor, mas inteiramente desvinculada de qualquer relação jurídica de direito material entre o autor e o réu.

A esse propósito nos permitimos transcrever, de Pontes de Miranda, as importantes observações que por ele são feitas a propósito dos embargos de terceiro: “O ato do Estado é que faz espontar a *ação*. Por isso mesmo, a ação de embargos de terceiro pertence àquela classe de ações que nascem no direito processual: foi ato processual que feriu a pretensão do terceiro. Esse ato é judicial, relativo à constrição estatal”. E mais adiante acrescenta: “Outra consequência da natureza da ação de embargos de terceiro é que, sendo dirigida *contra o ato do Estado*, a competência é do juiz que praticou o ato”.²⁰

Não menos relevante é a sua apreciação sobre a ação rescisória que passamos a transcrever: “Toda a relação jurídica processual, oriunda do exercício da pretensão à tutela jurídica (por parte do autor e por parte do réu) se rege pelo direito processual, pois do exercício nasceu a pretensão à prestação. Estava-se no plano pré-processual e entrou-se no plano processual. O ataque ao ato de prestação é de ordem processual, quer haja nulidade, quer haja apenas rescindibilidade”.²¹ Salienta ainda que: “Os pressupostos processuais e, antes deles, a pretensão à tutela jurídica e a de rescisão, são preliminares na ação rescisória”.²²

¹⁹ Neves, C., ob. cit., p. 468.

²⁰ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1959, vol. IX, p. 6.

²¹ Idem, ob. cit., vol. X, p. 125.

²² Idem, ob. cit., vol. X, p. 144.

Em ambos esses casos, o Estado julga sobre a relação existente entre ele e o autor, concernente à eficácia e à validade de um ato por ele praticado.

§ 18. Ação cautelar

51. Processo e tempo

Concluindo esta parte relativa à classificação das ações, cumpre examinar o caso das ações cautelares.

A propósito da ação declaratória, já tivemos ocasião de focalizar o tema do direito à segurança das situações jurídicas favoráveis ao autor. Ali demonstramos que esse é um direito originado, em última análise, da própria existência do processo que, por sua vez, mergulha suas raízes na proibição da defesa privada. No caso da ação declaratória, a insegurança é gerada pela liberdade judicial na apreciação das provas e na interpretação do direito objetivo. Esta, porém, não é a única causa de insegurança ínsita no fenômeno processual.

Há, além desta, uma outra sobre a qual se deteve, em um momento de genialidade, o pensamento de Carnelutti, o mestre de quem todos nós de alguma forma somos discípulos. Disse ele: "Il fatto, in ultima analisi, è tempo, ossia un *passare*; qualcosa che compare e scompare; in una parola il fatto non sta fermo; perciò è una materia ribelle all'opera, che il giudice deve compiere su di essa e insieme un strumento, il quale, mentre lo adopera, rischia di sfuggirgli dalle mani. Il giudice, come Faust, dovrebbe arrestare l'istante".²³ E acrescenta: "Il valore che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa. Del resto, anche sotto questo aspetto, il processo è vita".²⁴

No processo é realmente o tempo grande inimigo de quem tem razão e, ao mesmo tempo, o formidável aliado de quem não a possui. Não sendo possível eliminar do processo a idéia de tempo, impõe-se a idéia de

²³ Carnelutti, *Diritto e processo* cit., p. 353.

²⁴ Idem, ob. cit., p. 354.

armar as partes contra esse seu inimigo, cuidando assim de assegurá-las contra a ação nociva do tempo.

É, desta forma, pois, que surge uma nova espécie de pretensão à segurança, que é feita valer através da ação cautelar, visando à realização de atos estatais geralmente assemelháveis aos do processo de execução.

52. Condições de admissibilidade da ação cautelar

Constituem condições específicas da ação cautelar, conforme o magistério de Liebman, "a) probabile esistenza di un diritto, di cui si chiede la tutela nel processo principale (*fumus boni iuris*); b) fondato timore che, mentre si attende quella tutela, vengano a mancare le circostanze di fatto favorevoli alla tutela stessa (*periculum in mora*)".²⁵

53. Da jurisdição e da ação cautelar

Nestas ações, como é sabido, não se decide sobre a existência do direito de ação, que é ou será objeto do processo principal, mas apenas sobre o direito à segurança do resultado procurado na ação principal.

À diferença do que ocorre na ação declaratória, em que o juízo estatal tem a balizá-lo uma norma de direito, há na ação cautelar uma grande margem de liberdade atribuída à decisão do juiz. Isto acontece porque deverá ele decidir sobre se é, ou não, fundado o temor da parte de que lhe venham a faltar, durante o processo, aquelas circunstâncias favoráveis à concessão da tutela pretendida, não havendo, para isto, na maior parte das vezes, um corpo de regras fixas que obriguem o juiz a conceder a segurança reclamada. Não há nem mesmo na lei um elenco taxativo das providências que o juiz poderá adotar para acautelar o resultado do processo contra as alterações possíveis no decurso do tempo. Finalmente, não é sequer exigido que a situação jurídica a proteger exista realmente, bastando ao juiz existir a probabilidade daquela situação.

Dadas essas características da ação cautelar, poderia parecer não existir, em relação a elas, um verdadeiro e próprio direito de ação. Pre-

²⁵ Liebman, *Manuale* cit., vol. I, p. 92.

tendemos demonstrar, porém, que esta aparência não corresponde à realidade.

Quanto à amplitude do poder de apreciação atribuído ao juiz “en todos aquellos casos en que la norma jurídica describe los extremos del hecho específico que la misma regula en hipótesis, con palabras vagas y imprecisas, que no tienen un significado especial y absoluto, sino que dejan una cierta amplitud a la investigación del interprete” – ensina Calamandrei – “se habla impropriamente de poder discrecional (se podría, a lo sumo, hablar de discrecionalidad *técnica*); en ellos, en efecto, el juez no es libre de querer o no querer, según criterios de mera oportunidad una determinada modificación jurídica, teniendo solamente una cierta independiencia de razonamiento al objeto de aproximarse todo lo posible al pensamiento y a la voluntad del legislador”.²⁶

Esta liberdade, portanto, não desnatura a natureza jurisdicional da atividade pretendida pelo autor, pois não vai ao ponto de deixar livre o querer do juiz.

De outro lado, o fato de a lei não limitar às espécies por ela prescritas as formas de tutela jurisdicional, deixando ao juiz a liberdade de determinar outras, que melhor se ajustem ao caso concreto, não implica a inexistência da obrigação de prestar a segurança, mas sim a existência de uma obrigação genérica de prestar a segurança que, em espécie, será determinada pelo juiz conforme as exigências do caso concreto.

Finalmente, o fato de não ser exigido, para a concessão destas medidas, que exista o direito de ação que é ou será objeto de processo principal, não implica o caráter “abstrato” da ação cautelar, mas é simples decorrência do fato de que, através desta ação, não é feito valer o direito material que informa o direito de ação exercido ou a exercer no processo principal, mas um direito à segurança do resultado desse processo.

Servindo-nos do ensinamento de Pohle, sobre a atuação do juiz nas sentenças determinativas, poderíamos também dizer, para o caso das medidas cautelares que: “Zu einer in diesem Sinne richtigen Entscheidung

²⁶ Calamandrei, *Limites entre jurisdicción y administración*, “in” *Estudios cit.*, p. 39 e 40.

ist er (der Richter) gehalten, und diese ist keine Gnade, die er den Parteien erweist, sondern entspricht nur seiner Pflicht”.²⁷

Nestes casos, portanto, há também atividade jurisdicional e correspondente a direito de ação.

§ 19. Dos direitos do réu

54. Obrigação de não prestar a atividade jurisdicional

Cuidamos, até aqui, dos direitos exercidos no processo pelo autor. Cabe agora examinar a posição do réu.

Já dissemos que o Estado, verificados os requisitos legais, tem a obrigação de prestar a atividade jurisdicional a favor do autor. Mostramos, igualmente, que tal obrigação nasce de um imperativo da própria ordem jurídica e é condição ou até mesmo pressuposto dessa mesma ordem, que seria incompatível com a liberdade do Estado de prestar ou não a referida atividade. É, porém, igualmente, pressuposto da mesma ordem jurídica, que aquele que disponha dos meios de realizá-la, não os utilize senão para alcançar os fins para os quais ditos meios lhe foram conferidos. Seria, com efeito, contrário à ordem, que o Estado, embora sem ter a obrigação de prestar dita atividade, pudesse, mesmo assim, a seu juízo, prestá-la a favor do autor. Fosse isto admissível, estaria o império da ordem transformado em primado do arbítrio.

Assim, pois, como não tem o Estado a liberdade de, a seu alvedrio, recusar a atividade jurisdicional pretendida pelo autor, não desfruta também da liberdade de prestá-la a seu talante. Está obrigado a prestá-la quando devida e obrigado a não prestá-la quando indevida. A esta obrigação corresponde o direito à defesa da ordem existente ou, abreviadamente, o direito de defesa, do qual será titular aquele em favor de quem tal ordem foi instituída.

Determina-se, deste modo, a figura do réu e também o direito que ele, querendo, exercerá no processo.

²⁷ Pohle, R., *Zum Rechtsschutzanspruch cit.*, loc. cit., p. 100 (o juiz acha-se vinculado a dar uma decisão conforme o direito (neste sentido) não constituindo tal sentença nenhuma graça que ele dispensa às partes: ao contrário, corresponde à sua obrigação).

55. Direito à defesa da ordem existente

É o direito a que, ante a inexistência do direito de ação, recuse o Estado a prestação da atividade jurisdicional. À diferença do direito de ação, não é este um direito à produção de determinados efeitos de fato ou de direito conseqüentes à decisão favorável, mas sim um direito que se esgota com a decisão, com o puro juízo, contido na sentença. Não se confunde, porém, com o direito à administração da justiça, embora igualmente o pressuponha. E com ele não se confunde, porque não é direito a uma decisão qualquer, mas, sim, um direito a uma decisão de conteúdo determinado.

Não existisse esse direito, não haveria como explicar o direito reconhecido ao réu de opor-se à desistência da ação²⁴ e, menos ainda, o seu direito de valer-se da ação rescisória para anular a sentença contra ele proferida.

Essa, aliás, é uma das falhas da teoria abstrata do direito de ação. Na medida em que se reconheça, no direito de ação, apenas um direito a sujeitar o réu à decisão judicial, não caberia a este outro direito senão o de livrar-se do vínculo processual, que ficaria plenamente satisfeito com a desistência da ação requerida pelo autor e homologada pelo juiz.

56. Direito à administração da justiça

Além do direito de defesa, tem o réu, tanto como o autor, o direito à administração da justiça, subordinado aos mesmos requisitos legais, com exceção apenas do que denominamos de "utilidade da sentença". Em relação ao autor, dissemos, este requisito deixa de existir quando, antes da decisão final, fique apurada a inexistência do direito de ação. No caso do réu o mesmo requisito tem um diverso significado. É de exigir-se somente quando, opondo-se à desistência da ação, pretenda o réu uma decisão favorável, entendendo-se então como inútil tal decisão, se, já antes, verificar-se inexistir o direito a ela, por falta de prejuízo para sua situação jurídica, conseqüente à desistência formulada pelo autor; vale dizer, falta de interesse para provocar a decisão final.

Confluindo no processo, tanto o direito à administração da justiça exercido pelo autor, como o exercido pelo réu, visando ambos a decisões processuais conformes às normas jurídicas processuais, estabelece-se um sistema de permanente fiscalização da regularidade dos atos processuais, praticados tanto pelas partes como pelo juiz, que proporciona ao processo condições de eficácia dificilmente atingíveis de outro modo. Outrotanto pode dizer-se da reunião no processo do direito de ação e do direito de defesa, que contribui de modo decisivo para o aperfeiçoamento da ordem jurídica, muito embora o estabelecimento da ordem independa da atividade do réu.

57. Direito de ação

Pode o réu, também, nos casos em que a lei o permite, exercer mediante reconvenção o direito de ação, aplicando-se-lhe, em tal caso, o quanto já ficou exposto a propósito desse direito. Além desta possibilidade hoje já existente, abre-lhe o Código de Processo Civil (art. 5.º), no caso em que pretenda, não apenas o juízo favorável, mas a segurança de uma relação jurídica, a possibilidade de exercer ação declaratória incidental. É assim reconhecido ao réu um direito à segurança de suas relações jurídicas, quando esta segurança seja posta em causa pela concreta existência de um processo.

§ 20. Conclusão

58. Da unidade do direito

A ação, pois, tem como objeto: a) o desenvolvimento da atividade sancionadora do Estado; ou b) a constituição de título executório; ou c) a segurança de uma situação jurídica; ou d) a produção de outros efeitos de direito processual ou de efeitos de direito material; ou, finalmente, e) a segurança do resultado de um processo futuro ou já em curso. Cada um desses possíveis objetos da ação, constitui um meio de realizar, direta ou indiretamente, com o concurso do Estado, a realização da ordem jurídica.

Podemos, portanto, sucintamente, definir o direito de ação como o direito à realização da ordem jurídica, por meio da atividade do Estado. É um

²⁴ Pohle, R., ob. e loc. cit., p. 114, V-2.

direito subjetivo público, dirigido contra o Estado, a quem incumbe o dever de, pela atividade de seus órgãos jurisdicionais, tornar efetiva a ordem prevista na lei.

Em um trabalho tornado, com justiça, famosíssimo, advertiu Carnelutti para os perigos que a doutrina de Wach trazia para a ciência do direito e em especial o perigo de que “se pierda el hilo de las relaciones entre derecho y acción y, naturalmente, entre derecho público y derecho privado”.²⁹ Nesse estudo, procura Carnelutti demonstrar a natureza privada do direito subjetivo e a diferença entre direito subjetivo e o direito de ação, tendo a separá-los “la línea lógica que distingue el *medio* del *fin*”.³⁰

Afirmou então, Carnelutti, que: “El interés protegido del acreedor se convierte en un derecho porque solo al acreedor compete el poder de poner en movimiento las sanciones de la ley”,³¹ mas confinou o direito de ação ao direito à sentença de mérito, sob a argumentação de que: “Lo que debe verdaderamente entrar en el derecho subjetivo es el derecho a la tutela jurídica, o sea, el derecho a la sentencia favorable; pero este es un fantasma, no la acción de carne y hueso”.³²

Ora bem. Parece-nos que um direito consistente no poder de pôr em movimento as sanções da lei, ao qual porém não corresponde este poder, mas apenas o de “fazer escutar, conhecer e ponderar as próprias razões”, é um fantasma bem mais sofisticado e surrealista que a ação na concepção de Wach.

A obrigação, elemento imprescindível à idéia de direito subjetivo, vem sendo, na verdade, objeto de uma obra de paciente e tenaz esvaziamento de qualquer conteúdo substancial, havendo ultimamente sido reduzida por Carnelutti a um dever de obedecer, acompanhado de um risco que o obrigado corre como consequência da desobediência,³³ e por

²⁹ Carnelutti, F., *Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones*, “in” *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, 1952, vol. I, p. 429.

³⁰ Carnelutti, F., *Derecho y proceso* cit., loc. cit., p. 427.

³¹ Idem, ibidem, p. 427.

³² Idem, ibidem, p. 431.

³³ Carnelutti, F., *Diritto e processo* cit., p. 123.

Liebman a um mero dever desvinculado da idéia de responsabilidade, a qual exprimiria tão-somente um vínculo de direito público processual, sem qualquer conteúdo privatístico.

Ora, esse dever de prestar ou de obedecer a que fica reduzido o conteúdo da obrigação, por ser insuscetível de coerção, já que inteiramente dependente da vontade do sujeito passivo da relação obrigacional, não parece, visto deste modo, ir além de um dever puramente moral de, espontaneamente, honrar a palavra dada, fazer jus ao bom nome e assim por diante, que se converteria em dever jurídico apenas na medida em que nele fosse introduzido um elemento de direito público, que seria a sujeição do patrimônio do devedor ao poder sancionatório do Estado. Vale dizer, o “perigo” de perder-se a distinção entre direito público e direito privado está presente também nestas concepções, que se recusam a ver no direito de ação mais do que um direito à sentença de mérito.

No caso de Liebman, porém, há menos um amor à separação entre direito público e privado do que a tendência de restituir ao direito a sua primitiva unidade, rompida a partir da fenda aberta pelo jusnaturalismo e aprofundada mais tarde pelos pandectistas germânicos, como bem demonstrou Orestano.

Liebman sentiu fortemente a atração desta tendência ao ponto de, antecipando-se à crítica, de que estaria retirando à relação de direito material qualquer meio de “reagir contra a falta de adimplemento”, observar que o erro não estaria nisto, mas em imaginar essa relação isolada e só, sem prestar-se atenção ao fato de que “toda relação nasce e vive mergulhada na ordem jurídica, a qual dispõe dos aparelhos coercitivos necessários”.³⁴

E, de fato, o que se haverá de considerar, para a compreensão do fenômeno jurídico em sua totalidade, há de ser a ordem jurídica como uma unidade incindível, em face da qual não subsistem isoladamente categorias que se pretendiam não só diversas, mas também independentes, como as de direito subjetivo, ação, processo, jurisdição, obrigação, ou de direito público e privado, material instrumental e assim por diante.

³⁴ Liebman, *Processo de Execução* cit., p. 29.

O direito dos destinatários das normas jurídicas há de ser considerado como um direito à realização da ordem prevista pela lei, cujo conteúdo é o poder produzir, por suas próprias mãos, efeitos de fato e de direito, até onde a lei o permita, e daí em diante o poder de realizar essa mesma ordem com o concurso do Estado. Esses poderes não constituem poderes distintos, no sentido de que teriam diferentes direções. Nem são autônomos entre si, no sentido de que cada um tenha vida própria e se realize por sua conta. São como duas seções de um mesmo telescópio, em que a segunda amplia a ação da primeira para atingir a imagem mais distanciada, apontando ambas, porém, para a mesma estrela, não sendo uma senão o prolongamento da outra, formando ambas uma unidade funcional incindível.

O que, evidentemente, não se poderá dizer é que cada um destes poderes esteja endereçado a uma distinta região do firmamento do direito, pois as estrelas que compõem as constelações jurídicas, assim como as que se movem nos espaços celestes, não são feitas em duplicata nem podem ser vistas aos pares, senão onde intercorra um defeito de visão.

Esta ordem, assim como a que preside desde o átomo até as mais imensuráveis galáxias do universo, não é uma ordem estática mas dinâmica, em que cada atividade proporciona o desenvolvimento e o contínuo aperfeiçoamento de outra, em que nem o direito das partes nem o poder do Estado implicam a cristalização da ordem, mas, ao contrário, a permanente expansão dos recursos humanos para o alcance do bem comum, pois, como dizia Carnelutti, "il processo è vita".

BIBLIOGRAFIA – Obras citadas

- ALMEIDA JR., João Mendes. *Programa do curso de direito judiciário lecionado na Faculdade de Direito de S. Paulo*, São Paulo, 1910.
- AMERICANO, J. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, São Paulo, 1940, 1.º vol.
- BARBI, C. A. *Ação declaratória no processo civil brasileiro*, 3.ª ed., São Paulo, 1968.
- BETTI, E. *Ragione e azione*, in "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1932, I, p. 205 e segs.
- _____. *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 1916, vol. I.
- BINDER. *Prozess und Recht*, Leipzig, 1927; reimpressão, Leipzig, 1966.
- BLOMEYER, A. *Zivilprozessrecht*, Berlim, 1963.
- BONUMÁ, J. *Direito Processual Civil*, São Paulo, 1946, vol. 1.ª.
- BRAGA, Pereira. *Exegese do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1942, vol. II.
- BUZARD, A. *A ação declaratória no direito brasileiro*, São Paulo, 1943.
- _____. *Paula Baptista – Atualidades de um velho processualista*, São Paulo, 1950.
- CALAMANDREI. *La relatividad del concepto de acción*, in *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1961, p. 135 e segs., trad. do original italiano publicado primeiramente in "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1939, I, p. 22 e segs. e posteriormente in *Studi sul processo civile*, Pádua, 1947, vol. V.
- _____. *Limites entre jurisdicción y administración*, in *Estudios cit.*, p. 19 e segs.
- CARNELUTTI, F. *Sistema del derecho procesal civil italiano*, Buenos Aires, 1944.
- _____. *Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones*, in *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, 1952, vol. I.
- _____. *Diritto e processo*, Nápoles, 1958.
- CARPENTER, F. *Manual do Código Civil*, Rio de Janeiro, 1919, vol. IV.
- CASTRO, Torquato. *Julgamentos preliminares no processo civil* in "Revista Forense", 1944, vol. 98, p. 275.
- CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1960.
- CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1942, vol. I.
- _____. *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903, posteriormente in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930.
- COMOGLIO, L. P. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Pádua, 1970.
- COSTA CARVALHO, L. A. *Curso teórico-prático de direito judiciário civil*, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1938; 3.ª ed., 1949.
- COUTURE, E. *El proceso como institución* in *Studi in onore di Enrico Redenti*, 1951, Milão, vol. I, p. 373.
- _____. *Fundamentos del derecho procesal*, Buenos Aires, 1972, (reimpressão).
- CUNHA, Abelmar Ribeiro da. *Da ação civil*, Fortaleza, 1958.
- DEGENKOLB. *Einlassungszwang und urteilsnorm*, Leipzig, 1877.
- ESPINOLA, E. *Manual do Código Civil*, vol. III, parte I, Rio de Janeiro, 1923.
- ESTELLITA, G. *Direito de ação – direito de demandar*, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1942.
- FAIREN GUILLEN, V. *La acción, derecho procesal y derecho político* in *Estudios de Derecho Procesal*, Madri, 1955, p. 62 e segs.

- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Carência da ação* in *Estudos de direito processual civil*, Rio de Janeiro, 1969, p. 93 e segs.
- GOLDSCHMIDT, J. *Derecho Procesal Civil*, Madri, 1936.
- . *Principios generales del proceso*, Buenos Aires, 1961, vol. I.
- GURVICH, M. A. *Derecho procesal soviético*, México, 1971.
- GUSMÃO. *Processo Civil e Comercial*, São Paulo, 1921, vol. 1.º.
- HELLWIG, K. *Anspruch und Klagerecht*, reimpressão da edição de 1924, Leipzig, 1967.
- . *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1912, reimpresso em 1968.
- HÖHN. *Das subjektive öffentlich Recht des Neue Staat in Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, p. 49 e segs.
- KELSEN, H. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milão, 1955.
- KLEIN. *Zeit- und Geisterströmungen im Prozesse*, 1901.
- KLEIN-ENGEL. *Der Zivilprozess Österreichs*, 1927.
- KOHLER. *Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1888. *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, Zeitschrift, 33, 211.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*, 1953.
- LIEBMAN, E. T. *O despacho saneador e o julgamento de mérito* in “Revista Forense”, vol. 104, 1945, p. 216 e segs. e publicado posteriormente, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, 1947, p. 107 e segs.
- . *L'azione nella teoria del processo civile* in *Problemi del processo civile*, Nápoles, 1962, p. 22 e segs.
- . *Processo de Execução*, São Paulo, 1963.
- . *Manuale di diritto processuale civile*, Milão, 1957, vol. I.
- LOPES DA COSTA, A. A. — *Direito processual civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1959, vol. I.
- MARQUES, J. F. *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1.ª ed., 1955, vol. I.
- MONTEIRO, J. P. *Teoria e prática do processo civil e comercial*, Rio de Janeiro, 1925.
- MÜLLER. *Zur Lehre von der röm. “Actio” etc.*, Erlangen, 1857.
- NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*, São Paulo, 1970.
- NIKISCH. *Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., Tübingen, 1952.
- ORESTANO, R. *L'azione in generale*, in *Enciclopedia del diritto*, Varese, 1959.
- PASSOS, Calmon de. *Ação no direito processual civil brasileiro*, Bahia, s.p., nova tiragem da edição de 1960.
- PEKELIS, A. “Azione”, in *Nuovo Digesto Italiano*, Turim, 1937, vol. III, p. 91 e segs.

- PILOZ. *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig, 1880.
- POHLF, R. *Zum Rechtsschutzanspruch in Studi in Onore di Antonio Segni*, Milão, 1967, vol. IV, p. 93 e segs.
- PONTES DE MIRANDA. *A ação rescisória*, Rio de Janeiro, 1934.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1959, vols. IX e X.
- REZENDE, G. *Modificações objetivas e subjetivas da ação*, São Paulo, 1933.
- REZENDE FILHO, G. *Curso de Direito Processual Civil*, São Paulo, 1954.
- ROCCO, A. *La Sentenza Civile*, reimpressão da 1.ª ed., Milão, 1962.
- ROSENBERG, LEO. *Tratado de derecho procesal*, Buenos Aires, 1955, trad. da 5.ª ed. do *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (1951).
- ROSENBERG-SCHWAB. *Zivilprozessrecht*, Munique, 1969.
- SANTOS, Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*, 3.ª ed., São Paulo, 1945, vol. I.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 2.ª ed., São Paulo, 1965, vol. 1.º.
- SATTA, S. *Commentario al codice di procedura civile*, Milão, 1959.
- SCHLOSSER, P. *Gestaltungsklage und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, 1966.
- SCHONKE. *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1938, cuja 5.ª edição foi traduzida para o espanhol sob o título *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1950.
- SEgni, A. *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, 1941, in *Scritti giuridici*, 1965, Turim, vol. I, p. 214.
- . *Giurisdizione (in generale)* in *Scritti giuridici*, Turim, 1965, vol. I, p. 488 e segs.
- SEYDEL. *Bedanken zur Neugestaltung des Zivilprozesses*, 1935.
- SIQUEIRA FERREIRA, B. *Da natureza jurídica da ação*, São Paulo, 1940.
- VIDIGAL, L. E. B. *Existe o direito de ação?* in “Revista de Direito Processual Civil”, São Paulo, 1966, 5.º vol.
- . *Da execução direta da obrigação de prestar declaração de vontade* in *Direito Processual Civil*, cit.
- . *Escopo do processo civil*, in “Revista de Direito Processual Civil”, vol. 1.º, p. 16.
- . *Os mestres de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito de São Paulo in Direito Processual Civil*, São Paulo, 1965, p. 197.
- WACH, A. *Handbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, Leipzig, 1885, *Der Feststellungsanspruch*, Leipzig, 1889, traduzida para o espanhol sob o título *La pretensión de declaración*, Buenos Aires, EJEa, s.d.

WEISMANN. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Stuttgart, 1903 – I e 1905 – II.

Windscheid e MÜTHER. *Polémica in torno all'actio*, trad. Pugliese, Florença, 1954.

WINDSCHEID. *Die "Actio" des römischen Rechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856; id. *Die "Actio"*, Abwehr gegen Dr. Th. Muther, Düsseldorf 1957.

2

DA JURISDIÇÃO E DA AÇÃO CIVIL NO PENSAMENTO DE CANUTO MENDES DE ALMEIDA¹

SUMÁRIO: § 1.º *Orientação geral da tese proposta por Canuto Mendes de Almeida*: 1. Introdução – 2. Ação como direito judiciário substantivo e visão unitária do fenômeno jurídico – § 2.º *A posição do réu no processo*: 3. A defesa da liberdade jurídica do réu – 4. A proibição da defesa privada – 5. O direito de defesa da ordem existente – 6. O direito subjetivo à luz da liberdade jurídica e interesse de agir – § 3.º *Jurisdição e juízo*: 7. Atividades jurisdicionais específicas e inespecíficas – 8. O juízo em face do direito do réu e do direito do autor – 9. Mais além do juízo, a jurisdição – § 4.º *Liberdade e processo*: 10. Liberdade jurídica e imparcialidade.

§ 1.º Orientação geral da tese proposta por Canuto Mendes de Almeida

1. Introdução

Tem-se observado que o conhecimento evolui por etapas e não em espiral ascendente e contínua. Entre alcançar um degrau e subir mais outro, o pensamento humano caminha lentamente, até que as forças auridas na crítica e na pertinaz meditação de muitos, o eleva até o limiar de um novo estágio.

O nascimento de uma nova idéia tem algo assim do desencadear das tempestades. Exige que a placidez dos céus se veja toldada pelas nuvens, que estas se acumulem pesadas no horizonte, que se tornem

¹ *Da Jurisdição e da Ação Civil no Pensamento de Canuto Mendes de Almeida*, "in" *Ciência Penal*, n. 3, 1976, p. 8, ed. Convívio, São Paulo.