

Fabrizio Veiga Costa
[Org.]

Rayssa Rodrigues Meneghetti
Ana Lúcia Ribeiro Mól
[Coord.]

Estudos avançados
de **TEORIAS DO PROCESSO,**
da **JURISDIÇÃO**
e da **AÇÃO**



O livro intitulado “Estudos avançados de Teorias do Processo, da Jurisdição e da Ação” é um convite feito ao leitor interessado em conhecer as proposições teóricas desenvolvidas por autores clássicos que se debruçaram, ao longo da história da humanidade, em compreender a jurisdição, o processo e nos paradigmas dos Estados Liberal, Social e Democrático. Trata-se de coletânea de artigos científicos cujas pesquisas foram realizadas pelos doutorandos da disciplina “Teoria do Processo e Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade aplicada ao Estado Democrático de Direito”, oferecida no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Nessa obra serão apresentadas reflexões científico-comparativas envolvendo o processo judicial autocrático, visto como mero instrumento do exercício da jurisdição, em contraponto com o modelo constitucional de processo democrático, compreendido como espaço de ampla exauriência argumentativa, de debate isonômico e isomênico dos pontos controversos da demanda, realizado pelos interessados na construção dialógica do provimento final de mérito. Elio Fazzalari, José Alfredo de Oliveira Baracho e Rosemiro Pereira Leal são alguns dos autores pesquisados para demonstrar a importância do processo constitucional democrático como *locus* de efetivação e de implementação dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte.



**ESTUDOS AVANÇADOS DE TEORIAS DO
PROCESSO, DA JURISDIÇÃO E DA AÇÃO**

ESTUDOS AVANÇADOS DE TEORIAS DO PROCESSO, DA JURISDIÇÃO E DA AÇÃO

Organizador

Fabício Veiga Costa

Coordenadoras

Rayssa Rodrigues Meneghetti

Ana Lúcia Ribeiro Mól



Diagramação: Marcelo Alves

Capa: Carole Kümmecke (www.carolekummecke.com.br)



A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhual 4.0 Internacional https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E82 Estudos avançados de teorias do processo, da jurisdição e da ação [recurso eletrônico] / Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti, Ana Lúcia Ribeiro Mól... [et al.]. – Porto Alegre : Fi, 2023.

316p.

ISBN 978-65-5917-718-9

DOI 10.22350/9786559177189

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito – Processo – Jurisdição – Ação - Teorias. 2. Política – Direito democrático I. Costa, Fabrício Veiga. II. Meneghetti, Rayssa Rodrigues. III. Mól, Ana Lúcia Ribeiro.

CDU 34:323

Catalogação na publicação: Mônica Ballejo Canto – CRB 10/1023

“Ninguém ignora tudo. Ninguém sabe tudo. Todos nós sabemos alguma coisa. Todos nós ignoramos alguma coisa. Por isso aprendemos sempre”.

Paulo Freire

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
<i>Fabício Veiga Costa</i>	
PREFÁCIO	14
<i>Deilton Ribeiro Brasil</i>	
1	19
JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO EM POTHIER, SAVIGNY E OSKAR VON BÜLOW	
<i>Alex Matoso Silva *</i>	
2	42
AÇÃO, JURISDIÇÃO E PROCESSO EM GIUSEPPE CHIOVENDA	
<i>Ana Lúcia Ribeiro Mól</i>	
3	92
PROCESSO, JURISDIÇÃO E AÇÃO EM JAIME GUASP	
<i>Fádua Maria Drumond Chequer</i>	
4	114
JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO EM JAMES GOLDSCHMIDT	
<i>Flávio Marcos de Oliveira Vaz</i>	
5	141
JURISDIÇÃO, PROCESSO E AÇÃO EM FRANCESCO CARNELUTTI	
<i>Frederico Rodrigues Assumpção Silva</i>	
<i>Fabício Veiga Costa</i>	
6	175
PROCESSO, JURISDIÇÃO E AÇÃO EM ENRICO TULLIO LIEBMAN	
<i>João Paulo Souza Rodrigues</i>	

7

212

JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO EM EDUARDO JUAN COUTURE

Naony Sousa Costa Martins

Fabício Veiga Costa

8

246

PROCESSO CONSTITUCIONAL: JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO EM FIX-ZAMUDIO, BARACHO, ANDOLINA E VIGNERA

Rayssa Rodrigues Meneghetti

Fabício Veiga Costa

9

281

O PROCESSO, JURISDIÇÃO E AÇÃO NA TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO DE ELIO FAZZALARI

Lorrane Queiroz

Sabrina Nunes Borges

APRESENTAÇÃO

Fabício Veiga Costa ¹

O livro intitulado **“Estudos avançados de Teorias do Processo, da Jurisdição e da Ação”** é um convite feito ao leitor interessado em conhecer as proposições teóricas desenvolvidas por autores clássicos que se debruçaram, ao longo da história da humanidade, em compreender a jurisdição, o processo e nos paradigmas dos Estados Liberal, Social e Democrático.

Trata-se de coletânea de artigos científicos cujas pesquisas foram realizadas pelos doutorandos da disciplina **“Teoria do Processo e Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade aplicada ao Estado Democrático de Direito”**, oferecida no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna.

Nessa obra serão apresentadas reflexões científico-comparativas envolvendo o processo judicial autocrático, visto como mero instrumento do exercício da jurisdição, em contraponto com o modelo constitucional de processo democrático, compreendido como espaço de ampla exauriência argumentativa, de debate isonômico e isomênico dos pontos controversos da demanda, realizado pelos interessados na construção dialógica do provimento final de mérito. Elio Fazzalari, José

¹ Professor Permanente do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Doutor e Mestre em Direito Processual. Pós-doutor em Educação e Psicologia.

Alfredo de Oliveira Baracho e Rosemiro Pereira Leal são alguns dos autores pesquisados para demonstrar a importância do processo constitucional democrático como *locus* de efetivação e de implementação dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte.

A jurisdição, inicialmente vista como poder do Estado ou atividade pessoal do magistrado, protagonizou, no decorrer da história, inúmeras situações nas quais a carga metajurídica e axiológica, no ato de decidir, representou simbolicamente o decisionismo judicial, a discricionariedade e o protagonismo do julgador que, a partir de suas concepções pessoais, decidia o mérito da pretensão deduzida sem permitir que o jurisdicionado fosse coautor da decisão final de mérito.

Em contraponto, a jurisdição no Estado Democrático de Direito é compreendida como direito fundamental corolário da cidadania, visto que oportuniza aos sujeitos do processo o direito de participarem diretamente da construção do conteúdo meritório da pretensão inicialmente deduzida em juízo.

Desenvolveu-se, ainda, um estudo crítico-sistemático, fundado em parâmetros epistemológicos, sobre o direito de ação. A partir das proposições expostas foi possível evidenciar que, no Estado Democrático de Direito, a ação é um direito fundamental, reflexo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que assegura indistintamente a todos os interessados o direito de movimentar o poder Judiciário para, assim, obter um provimento de mérito, reflexo da ampla dialogicidade que permeia os debates democráticos realizados no âmbito processual e procedimental.

É nesse contexto propositivo que convido todos os leitores e apaixonados pela teoria do processo a conhecer a presente obra.

PREFÁCIO

*Deilton Ribeiro Brasil*¹

Tenho aqui a importante tarefa de prefaciar este livro escrito em estilo claro e preciso sob o título **“Estudos avançados de Teorias do Processo, da Jurisdição e da Ação”** organizado pelo Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa (UIT), Prof. Dr. Ivan Dias da Motta (UNICESUMAR) e Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas (FUMEC) e coordenado pela Prof^a Mestre e Doutoranda Rayssa Rodrigues Meneghetti (UIT) e Prof^a Mestre e Doutoranda Ana Lúcia Ribeiro Mól (UIT). Essa importância se traduz na magnitude de apresentar a obra, resumir o conteúdo, além de tecer algumas considerações na qualidade de primeiro leitor.

O livro tem conteúdo extremamente rico e importante para o perfeito entendimento da Teoria do Processo, Jurisdição e Ação, como se percebe pelos temas estudados e relacionados no sumário que procuraram perquirir soluções e equacionar as deficiências relendo o Processo Civil à luz dos Direitos e garantias Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e estabelecer meios e fins para a mais alta aspiração de um Estado Democrático de Direito, identificando-se os valores basilares, princípios de uma sociedade que se quer justa e solidária.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT), Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA).

Ainda como ponto central, discute-se de forma criteriosa a estratégia de não apenas de difusão de informações entre os acadêmicos, mestrandos e doutorandos, mas de “uma fonte de investigações e busca de novas soluções para os problemas”² oferecendo elementos que reforçam a importância de uma releitura por força da nova ordem processual do Código de Processo Civil de 2015 que “passa pela superação do entendimento clássico de que a ciência do Direito é mero instrumento de controle social e exercício do poder que deve ser visto como *locus* de inclusão e implementação dos direitos fundamentais”³.

Indiscutivelmente, os leitores se sentirão motivados a prosseguir a leitura desses 09 (nove) capítulos, que estão alicerçados na reflexão teórica e em trabalhos empíricos, que se somam a valiosa produção científica, começando pelo primeiro capítulo intitulado **“Jurisdição, Ação e Processo em Pothier, Savigny e Oskar von Bülow”** de Alex Matoso Silva que apresenta um sequenciamento histórico-doutrinário das teorias desenvolvidas Robert Joseph Pothier (Processo como Contrato), por Friedrich Carl von Savigny (Processo como Quase-contrato) e por Oskar von Bülow (Processo como Relação Jurídica) no limiar da ruptura autonômica do Direito Processual Civil em relação ao Direito Civil.

O segundo capítulo com o verbete **“Ação, Jurisdição e Processo em Giuseppe Chiovenda”** de Ana Lúcia Ribeiro Mól que tece considerações sobre Giuseppe Chiovenda que é considerado como um dos grandes

² BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. Seminários interativos: do pensar ao transmitir a pesquisa jurídica. In: MONEBHURRUN, Nitish [org.] **A reinvenção do ensino jurídico**: métodos para a qualidade das aulas remotas. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 113.

³ COSTA, Fabrício Veiga. **Princípios regentes do Processo Civil no Estado Democrático de Direito**: ensaios de uma Teoria Geral do Processo Civil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 21.

nomes da ciência processual de sua época, sendo a ele atribuído o mérito de conferir cientificidade aos estudos acerca da ação, da jurisdição e do processo. A autora ainda aduz que suas proposições teóricas avançaram para além do período em que viveu, impactando teorias e legislações que se seguiram, a demonstrar a importância do seu papel dentro do direito processual reconhecendo a transcendência das ideias de Chiovenda e a sua contribuição teórica para o que hoje se entende como Ação, Jurisdição e Processo.

O terceiro capítulo **“Processo, Jurisdição e Ação em Jaime Guasp”** de autoria de Fádua Maria Drumond Chequer que articula o estudo dos institutos do processo, da jurisdição e da ação sob a perspectiva de Jaime Guasp, destacando-se, nesse cenário, o conceito de pretensão, a base sociológica e a instituição processual, destinando-se a última à satisfação das pretensões formuladas pelas partes, de modo a garantir a pacificação social pela solução do conflito.

O quarto capítulo com o título **“Jurisdição, Ação e Processo em James Goldschmidt”** de Flávio Marcos de Oliveira Vaz que tem por finalidade fazer um breve histórico sobre vida e obra de James Goldschmidt, apresentando os principais apontamentos sobre sua teoria em relação ao processo civil. É apresentada a sua visão dicotômica em relação ao processo, tendo como centro uma disputa entre as partes, na qual uma sai vencedora e a outra perdedora, além do fato de se ter o Juiz como personalidade acima dos sujeitos, hierarquicamente falando, bem como representante do Estado.

O quinto capítulo **“Jurisdição, Processo e Ação em Francesco Carnelutti”** da lavra de Frederico Rodrigues Assumpção Silva e Fabrício

Veiga Costa que tem por escopo analisar as propostas teóricas apresentadas pelo processualista italiano Francesco Carnelutti sobre Jurisdição, Processo e Ação. A pesquisa dos autores tem como objeto a obra “Sistema de Direito Processual Civil”, escrita por Carnelutti entre as décadas de 1930 e 1940 que busca compreender as teorias e fundamentos adotados por Carnelutti para explicar os conceitos de jurisdição, processo e ação.

O sexto capítulo com o título **“Processo, Jurisdição e Ação em Enrico Tullio Liebman”** de autoria de João Paulo Souza Rodrigues investiga de forma crítica os conceitos de Processo, Jurisdição e Ação a partir dos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman, que viveu entre os anos de 1903 e 1986, e que teve importante influência nos estudos do Direito Processual Civil brasileiro, sendo considerado o fundador da Escola Processualística (ou Processual, ou Instrumentalista) de São Paulo.

O capítulo **“Jurisdição, Ação e Processo em Eduardo Juan Couture”** de Naony Sousa Costa Martins e Fabrício Veiga Costa propõe uma discussão acerca das construções teóricas apresentadas por Eduardo Juan Couture acerca dos institutos da Jurisdição, Ação e Processo. Os autores partem da análise das principais obras de Couture com o intuito de compreender quais são as teorias, fundamentos e conceitos adotados pelo autor ao explicar o que seja cada um destes institutos.

Por sua vez, o oitavo capítulo **“Processo constitucional: Jurisdição, Ação e Processo em Fix-Zamudio, Baracho, Andolina e Vignera”** de Rayssa Rodrigues Meneghetti e Fabrício Veiga Costa tem como objetivo geral abordar a Jurisdição, a Ação e o Processo sob a ótica das premissas constitucionais, tomando como base os estudos de Héctor

Fix-Zamudio, José Alfredo de Oliveira Baracho, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera. Os autores defendem que o Processo sob a ótica constitucional não pode ser visto como um mero instrumento, e sim como uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Para isso, é preciso romper com a teoria do processo como relação jurídica e contemplar o processo como verdadeira garantia constitucional.

Por último, o nono capítulo intitulado **“O Processo, Jurisdição e Ação na Teoria do processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari”** de Lorrane Queiroz e Sabrina Nunes Borges busca analisar a Teoria do processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari que é um dos principais expoentes dos estudos sobre Processo, notadamente no Brasil. Para os autores, a importância é notável na literatura processual e sua teoria não só é mencionada como sustenta o desenvolvimento de várias pesquisas e estudos do processo na contemporaneidade.

Não há como deixar de ler uma obra tão interessante que traz no debate, com riqueza de temáticas e detalhes, desde a perspectiva da efetividade do processo civil agora adaptado ao desvã constitucional que reforçam a importância de uma nova postura ante o Código de Processo Civil de 2015, que se integra, devidamente, no campo dogmático do ordenamento jurídico brasileiro.

Eis a proposta do livro!

Barbacena-MG, 23 de janeiro de 2023

1

JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO EM POTHIER, SAVIGNY E OSKAR VON BÜLOW

Alex Matoso Silva ^{1}*

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é uma compilação do conteúdo apresentado e debatido em seminário no programa de pós-graduação em Direito da Universidade de Itaúna, na matéria “Teorias do processo e da jurisdição, direitos fundamentais e a efetividade de sua aplicação no Estado Democrático”.

A proposta – cumprida no referido seminário – envolveu a apresentação e debate dos estudos efetivados pelos juristas Robert Joseph Pothier, Friedrich Carl von Savigny (com participação de Arnault de Guényvau) e Oskar von Bülow. Assim, este trabalho abrangerá um perpassar por três teorias diferentes sobre o Direito Processual Civil, estas capitaneadas pela mesma sequência de autores apresentada no título.

Todas as teorias aqui abordadas foram desenvolvidas nos primórdios da construção da autonomia do direito processual civil em relação ao direito civil, do qual, àquela época, era um simples apêndice. Ou seja, há que se considerar que, ao tempo delas, ainda que pairasse no pensamento dos juristas uma possível intenção – isso realmente era uma tônica – de dar autonomia ao direito processual civil, não se

1 Doutorando em Direito – Proteção dos Direitos Fundamentais (Universidade de Itaúna) – Mestre em Direito – Proteção dos Direitos Fundamentais (Universidade de Itaúna) – Especialista em Direito Público (PUC-MINAS) – Juiz de Direito (TJMG).

considerava o processo civil além de um mero procedimento inerente ao próprio direito civil; um apêndice dele, conforme dito.

Em razão disso, faz-se uma advertência já no começo deste estudo: para uma boa compreensão das teorias que serão abordadas, será necessário observar inarredavelmente o contexto em que elas foram criadas ou delineadas.

A tal propósito, tome-se como exemplo o fato de que a Teoria do Processo como Contrato – defendida por Pothier e a primeira a ser aqui apresentada – data de mais de 250 anos, de modo que ela não poderia simplesmente ser “trazida” para análise sob os parâmetros dos dias atuais. Contextualizar é o pressuposto à devida compreensão dela e das demais, conforme assinalado.

Este trabalho, então, contará com quatro capítulos ou tópicos, os três primeiros cada qual dedicado ao desenvolvimento da apresentação de *per si* do pensamento dos autores selecionados. Um quarto capítulo será voltado ao exame da possível relação entre o conteúdo da teoria de Bülow com o fundamento sobre o qual está assentado o Movimento do Direito Livre.

Ainda, a título de curiosidade, os três primeiros capítulos, porque atinentes a cada qual dos juristas selecionados, contarão com uma breve biografia deles, importante para a contextualização do desenvolvimento das respectivas teorias.

Uma vez que o tema proposto à discussão no seminário abarcou a análise dos diversos autores em subtemas – jurisdição ação e processo, necessário dizer que os autores cujos estudos são aqui examinados – Pothier, Savigny e Bülow – apesar de terem dado enorme contribuição

ao desenvolvimento do subtema processo, não se ocuparam de tratar sobre jurisdição e ação, mesmo porque ao tempo deles o processo civil em si não era matéria caracterizada pela autonomia.

Assim, o foco deste trabalho cingirá ao subtema processo, este que a eles cabe o reconhecimento histórico de contribuição no impulsionamento de sua autonomia em relação ao direito civil.

Nada obstante isso, ao final de cada tópico se fará uma menção rápida sobre a possível adesão de cada qual teórico a respeito dos vários conceitos de jurisdição e de ação.

2 TEORIA DO PROCESSO COMO CONTRATO

Trata-se de uma teoria cuja origem é atribuída aos estudos de Robert Joseph Pothier.



(Figura 1: Retrato de Pothier, colhido da internet em: Orléans-musée des beaux-arts)

O jurista Robert Joseph Pothier nasceu em Orléans, na França, em 09 de janeiro de 1699, tendo falecido nessa mesma cidade em 02 de março de 1772. Estudou Direito com o propósito de ingresso na magistratura, objetivo que, seguindo os passos de seu pai e de seu avô, alcançou em 1720, quando foi nomeado juiz do Tribunal Presidial de Orléans, cargo que ocupou por cinquenta e dois anos. Em 1749 ele foi nomeado professor de direito na Universidade de Orleans.

Pothier dedicou especial atenção à correção e coordenação do texto dos Pandectos. Sua *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* (Paris e Chartres, 1748-1752) é um clássico no estudo do direito romano. Escreveu muitas monografias eruditas sobre o direito francês, e muito de seu trabalho foi incorporado quase textualmente no Código Civil francês.

Suas teorias sobre o direito contratual foram influentes na Inglaterra, bem como nos Estados Unidos. Dentre suas diversas obras, destaca-se o clássico: Tratado das Obrigações (*Traité des obligations*), de 1761.

Feita essa pequena apresentação biográfica de Pothier e voltando ao objeto principal deste tópico, tem-se, conforme indicação de Rosemiro Pereira Leal (2004, p. 86), que Pothier foi o principal divulgador da Teoria do Processo como Contrato. Cabe evidenciar que o Rosemiro Pereira Leal não afirma ter sido Pothier o idealizador dessa teoria, apenas diz que ele é o seu principal divulgador. Uma vez que o professor Rosemiro é muito cuidadoso no que fala e escreve, possivelmente Pothier trabalhou em conjunto com outro ou outros autores na criação dessa teoria. As demais fontes pesquisadas citam Pothier como criador da teoria em análise.

Nesse contexto, assinala-se primeiramente a importância de se considerar a origem dessa teoria: o direito civil. Pothier era um civilista, sendo que sua principal obra, no bojo da qual delimitou sua teoria ora em exame, foi o Tratado das Obrigações, cuja primeira edição data de 1761.

Naquele tempo, de meados para fins do século XVIII, os doutrinadores não lidavam com um direito processual civil em condição de autonomia. O processo, ou melhor, o procedimento não passava de um apêndice do direito civil. Então, para bem situar a fonte do pensamento do Pothier, necessário fazer uma incursão na matriz civilista.

No direito civil da época, aliás, desde Justiniano em Roma, as fontes das obrigações eram quatro: (i) contratos, (ii) quase-contratos, (iii) delitos e (iv) quase-delitos.

É sabido que mais recentemente, os juristas apontaram determinadas fontes das obrigações que não derivam dessas fontes citadas (certas obrigações, em virtude de lei, decorrem do parentesco ou da relação de vizinhança).

Nada obstante isso, àquele tempo, o critério da distinção das fontes obrigacionais era a exigência ou não da vontade. Desse modo, (a) o consenso caracterizava o contrato, (b) a atividade lícita, sem consenso prévio, importava no quase-contrato; (c) o dano causado voluntariamente a outrem consistia no delito e, por fim, (d) o dano provocado involuntariamente consubstanciava o quase-delito.

Pothier, por conta de sua forma natural de pensar voltada ao direito civil e, dentro dele, às fontes das obrigações, ao considerar o fato de que havia um ajuste prévio entre os litigantes, um consenso, na escolha do árbitro, que deveria decidir o conflito, assim também o fato de que eles

combinavam (consenso) que acatariam a decisão do árbitro, qualquer que fosse ela, enxergava o processo (naquela época simples procedimento) como um contrato. Esse é o fundamento – o que explica – da teoria.

Conforme assinalado por Carreira Alvim (2020, p.141), “a fonte de inspiração desta teoria foi um texto de Ulpiano: ‘Em juízo se contrai obrigações, da mesma forma que nas estipulações.’ Este contrato judiciário se originava da chamada *litiscontestatio*, quando ficava perfeito e acabado”.

Em resumo, segundo o magistério de Rosemiro Pereira Leal (2021, p.134/135):

Portanto, no entender de Pothier, instaurava-se o processo pela *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), e o juiz seria o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição que independeria de prévia provocação unânime das partes para exarar provimentos.

Há juristas (a exemplo de Fabrício Veiga Costa) que defendem que a vontade das partes na ótica da Teoria do Processo como Contrato seria soberana, sendo elas, as partes, que resolveriam os próprios conflitos, tendo o árbitro apenas a função de homologar o acordo entabulado pelas próprias partes, uma visão de processo autocompositivo, não heterocompositivo.

Neste trabalho, todavia, adota-se outro ponto de vista acerca dessa teoria, segundo a qual apenas a delimitação do conflito, da lide – a *litiscontestatio* – e o acordo de submissão dela à decisão de um árbitro estariam sim no âmbito da autonomia da vontade das partes, mas a decisão do conflito não. A hipótese, sob esta ótica, seria a de processo

heterocompositivo. Isso porque o árbitro não era uma figura simplesmente homologatória do acordo entre as partes, era dele (do árbitro) e não das partes o poder de decidir, conforme o seu próprio convencimento.

A ideia de contrato – nos termos assinalados por Pothier – estancava-se no contexto do pacto estabelecido pelos litigantes quanto aos limites da lide e quanto à obrigação de, submetendo o exame do conflito a um terceiro, acolherem a decisão que dele viesse, qualquer que fosse ela. Quanto a isso, as partes abriam mão da autonomia de suas vontades.

Exatamente por isso, porque o árbitro tinha autonomia para decidir o conflito a seu modo, a teoria de Pothier era criticada – conforme se verá a partir da apresentação da Teoria do Processo como quase-contrato, segundo a qual não se poderia considerar o processo um contrato quando nele não se envolvia o árbitro, que tinha autonomia em relação aos litigantes.

Outra crítica, anotada por Rosemiro Pereira Leal (2020, p.87), era a inadequação da teoria “para explicar a natureza jurídica do Processo, tendo em vista que, já no século XVIII, o juiz não precisava de prévio consenso das partes para tornar coativa a sentença”. Ou seja, em que pese o acerto entre as partes para escolha do árbitro e aceitação de sua sentença, naquela época a jurisdição já ostentava a condição de monopólio estatal.

Em dada situação – dando-se valor às críticas à teoria – é de se reconhecer que, mesmo sob a teoria do processo como contrato, a jurisdição era função estatal, porquanto o acordo de vontades das partes para não tinha o poder de impedir, conforme assinalado por Rosemiro

Pereira Leal, a força coativa da sentença. A natureza jurisdicional do acordo de vontade dos litigantes somente poderia ser afastada se considerado o árbitro sem vínculo com o Estado.

3 TEORIA DO PROCESSO COMO QUASE-CONTRATO

Sequencialmente e por decorrência de críticas à Teoria do Processo como Contrato – difundida por Pothier – uma vez que o processo não se enquadraria no conceito civilista de contrato, surge a Teoria do Processo como Quase-contrato.

Conquanto desenvolvida a quatro mãos por Savigny e Guényvau (Arnault de Guényvau), por volta de 1850, o destaque pela divulgação da teoria recaiu bem mais intensamente sobre Savigny. Eis porque, neste trabalho, a referência para a teoria será baseada apenas em Savigny.



Figura 2. Imagem de Friedrich Carl von Savigny, colhida da internet

Friedrich Carl von Savigny, nascido em Frankfurt, em 21 de fevereiro de 1779 e falecido em Berlim, em 25 de outubro de 1861, foi um dos mais respeitados e influentes juristas alemães do século XIX. Maior nome da Escola Histórica do Direito, seu pensamento teve grande influência no direito alemão, bem como no direito dos países de tradição romano-germânica, especialmente no direito civil. Savigny é responsável pela criação e pelo desenvolvimento do conceito de relação jurídica e de diversos conceitos relacionados, como o de fato jurídico, tendo seu método histórico influenciado, entre outros movimentos, a jurisprudência dos conceitos. Na política alemã, Savigny foi Ministro da Justiça entre 28 de fevereiro de 1842 e 30 de março de 1848, tendo renunciado devido à revolução.

Quanto à Teoria do Processo como quase-contrato, tal qual Pothier, o jurista alemão Savigny e o francês Guényvau eram essencialmente civilistas. Além disso, no tempo deles – no contexto histórico de elaboração dessa teoria – não se entendia o processo autonomamente, conforme já dito, mas um simples apêndice instrumental do próprio direito civil.

Desse modo, também na Teoria do Processo como quase-contrato, a matriz de pensamento não se afastou da doutrina civilista. Aliás, esta teoria não alterou a essência da teoria de Pothier, porque seus autores insistiram em enquadrar o processo nos limites das fontes de obrigações ditadas pelo direito civil.

A base dessa teoria restou assentada em examinar a *litiscontestatio* sob uma outra ótica, conquanto ainda atrelada a uma mirada de relacionamento obrigacional interpartes e, pois, nitidamente civilista.

A *litiscontestatio*, com origem no direito romano, consistia na convenção ou ajuste entre as partes perante o pretor no sentido de acatar a decisão do juiz (árbitro), escolhido por elas, que decidiria por seu próprio convencimento a partir do exame dos fatos e das provas o litígio.

Todavia, Savigny e Guényvau, conforme assinala Arruda Alvim (2020, p.142), observaram que, embora a *litiscontestatio* fosse “um ato bilateral em si mesmo, pelo qual se atribuíam direitos a uns e obrigações a outros”, ela não vinculava um consentimento inteiramente livre, “pois, se o réu se recusasse a comparecer perante o pretor, o autor poderia conduzi-lo à força”

Em dada condição, prossegue em seu ministério o professor Arruda Alvim (2020, p. 142), a “*litiscontestatio* não apresentava, por isto, o caráter de um contrato, porque este supõe a liberdade de alguém de verificar a conveniência ou não de se sujeitar ao cumprimento de determinada obrigação”.

Então, Savigny e Guényvau concluíram, conforme assinalado por Eduardo Couture (2001, p.40), que “não sendo o processo, como fonte de obrigações, nem um contrato, nem um delito, nem um quase-delito – deveria ser, por eliminação, um quase-contrato”.

Savigny, entretanto, ao lado desse modelo de justificação por exclusão, assinala que só seriam consideradas contrato ou delito as situações previstas no Código Civil, de modo que, se o próprio processo não está relacionado no Código Civil, também não poderia ser um contrato, qualificando-se, então como um quase-contrato.

Soa singela uma tal conclusão, especialmente se considerados os seus autores – Savigny e Guényvau. Em bases científicas, não se pode acolher uma tal assertiva dessa como fundamento, senão como mero argumento de exclusão, que, a todo custo, busca sustentar a natureza obrigacional civil do processo.

Possível afirmar, todavia, que a teoria do processo como quase-contrato, considerado o ponto fulcral em que Savigny a sustentou – ausência de completa liberdade das partes na *litiscontestatio* – serviu ao propósito de materializar uma transição do processo, considerado até então sob a ótica privatista para, ainda que rudimentarmente, uma visão do processo publicista do direito processual, mas, frise-se, sem estabelecer de modo algum a autonomia do processo em relação ao direito material civil, pois o processo ainda continua entendido como um braço do direito privado, conquanto se inicie também nela a consideração da jurisdição como função do Estado.

Desse modo, a diferença fundamental entre aquela primeira teoria de Pothier – Teoria do Processo como contrato – e esta, protagonizada por Savigny – Teoria do processo como quase-contrato – está em que nesta última a vontade das partes não se manifesta de modo efetivamente soberano.

Ademais disso, naquela Teoria do processo como contrato (Pothier) todos os conflitos privados teriam que ser resolvidos pelas partes, mediante a escolha de um árbitro (não havia a possibilidade de levá-los a uma jurisdição estatal); enquanto na Teoria do processo como quase-contrato (Savigny e Guényvau) aparece timidamente um conceito de jurisdição estatal, conquanto ainda vinculada ao direito privado.

Há que se considerar ainda como diferenças entre essas duas citadas teorias o fato de que na primeira delas – Teoria do processo como contrato – o eixo central da noção de processo está na autocomposição, enquanto na segunda – defendida por Savigny e Guényvau – já se mostram primitivos desenhos de métodos heterocompositivo de conflitos.

Por fim, importante assinalar que, embora se perceba na Teoria do processo como quase-contrato uma tímida aparição de jurisdição estatal, no contexto histórico dela e, também, nos limites dela não se há falar em jurisdição, tampouco de direito processual como ramos autônomos do direito civil.

4 TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Eis que, sob a batuta de Bülow, surge a Teoria do Processo como Relação Jurídica.



Figura 3. Imagem de Oskar von Bülow, colhida da internet.

Oskar von Bülow era alemão, conquanto nascido em 11 de setembro de 1837 na cidade polonesa de Wroclaw, que àquela época pertencia à Prússia (atual Alemanha), tendo morrido em 19 de novembro de 1900, em Heidelberg (Alemanha).

Bülow estudou direito em Berlin, Heidelberg e Breslau, tendo obtido seu doutorado em 1859, com o trabalho *praejudicialibus formulis*. Tornou-se professor da Universidade de Giessen em 1865, vindo a lecionar Direito Romano e Direito Civil. Em 1872 foi para Tübingen e em 1885 tornou-se professor da Universidade de Leipzig. Aposentou-se prematuramente em 1892 aos 55 anos, devido a problemas cardíacos, mas continuou dedicando-se aos estudos, publicando várias obras de relevo.

A Teoria do Processo como Relação Jurídica foi assinalada pelo referido autor alemão a partir da obra “Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais” (*Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen*), datada de 1868.

Todo o arcabouço dessa teoria de Bülow foi delimitado logo ao início do desenvolvimento do texto de sua citada obra (1964, p. 1):

Nunca se duvidou que o direito processual civil determinasse as faculdades e os poderes que unem as partes e o tribunal. Portanto, desta forma, também se tem afirmado que o processo é uma relação recíproca de direitos e obrigações, ou seja, uma relação jurídica.

Esta simples, mas importante realidade, sob qualquer ponto de vista, para o direito científico, ainda não foi devidamente considerada nem mesmo claramente compreendida.

Ao lado de afirmar que o processo configura uma relação jurídica, Bülow também asseverou que essa relação seria de direito público, porque dela participavam servidores públicos ou agentes do estado. Veja-se, nas palavras de Bülow (1964, p. 2):

Uma vez que os direitos e obrigações processuais se verificam entre os funcionários do Estado e os cidadãos, desde que no processo se desenvolvem atividades de funcionários públicos e uma vez que as partes são levadas em consideração apenas no aspecto de seu vínculo e cooperação com a atividade judicial, a toda evidência, ao direito público e ao processo resulta, portanto, uma relação de direito público.

A ideia da autonomia da relação processual em face da relação jurídica material não pode ser efetivamente atribuída a Bülow, porque alguns outros juristas da época já se debruçavam em estudos a partir de tal consideração, a exemplo de Búlgaro, conforme registro de Carreira Alvim (2020, p.149): “Na verdade, Bülow não foi o criador do conceito de relação jurídica processual, vez que a intuição dessa relação jurídica já se continha em texto de Bulgarus: *‘Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei’*.”

Nesse passo, a efetiva e real contribuição de Bülow foi a de sistematizar e difundir a teoria a partir de seu trabalho relativamente aos pressupostos processuais.

É sabido que no direito material, em decorrência de um fato ou ato jurídico nasce uma relação jurídica que, grosso modo, sustenta o direito (ou melhor, o poder) de alguém exigir de outrem, pelo vínculo instaurado, um determinado comportamento (uma prestação). Esta, todavia, não é a relação que se reproduz em um processo. No processo,

conquanto instrumento de veiculação daquela exigência, a relação jurídica se apresenta com outra roupagem: aqui são três os sujeitos (juiz, autor e réu), não apenas os dois da relação jurídica de direito material (credor e devedor); o objeto da relação jurídica processual é a prestação jurisdicional; por fim, na relação jurídica processual são observados os pressupostos de existência e validade do processo, não aquelas inerentes ao vínculo de direito material.

Exatamente essa diferença é que fora percebida por Bülow e baseou a teoria do processo como relação jurídica.

Conforme lição de Fabrício Veiga Costa (2012, p. 28):

Bülow buscou autonomia científica do direito processual frente ao direito material e, a partir daí, passou a compreender que a relação jurídica-processual é absolutamente distinta das relações jurídicas e de cunho privado discutidas em juízo, ou seja, é sabido que nas proposições teóricas apresentadas por Bülow temos a clara diferenciação entre a relação jurídica constituída no processo (entre juiz, autor e réu) da relação jurídica de cunho material levada e debatida em juízo.

Bülow afastou o processo da condição de simples apêndice do direito civil, retirando dele a supremacia da autonomia da vontade dos litigantes, assim como o qualificou de público e, pois, afeto ao dever-poder estatal de decidir conflitos.

Sob tais condições, Bülow estabeleceu as bases para a autonomia do direito processual e, exatamente por isso, Alcalá-Zamora y Castillo (1974, p.537) considera Oskar von Bülow o precursor do processualismo moderno.

A teoria do processo como relação jurídica, conquanto até os dias atuais encontre adeptos, também no direito processual civil brasileiro, sofreu severas críticas, especialmente por parte de Goldschmidt, quem, em contraponto a ela, elaborou e defendeu a teoria do processo como situação jurídica (cujos delineamentos, contudo, não serão alvo de exame aqui, por fugir ao propósito deste trabalho).

5 UM PONTO COMUM RELATIVAMENTE AOS SUBTEMAS AÇÃO E JURISDIÇÃO NAS TEORIAS APRESENTADAS

No que respeita aos subtemas jurisdição e ação, os autores protagonistas deste trabalho – Pothier, Savigny e Guényvau e, por fim, Bülow – não trouxeram explicitamente em suas obras referências expressas de suas adesões a qualquer teoria inerente a tais tópicos, mesmo porque o foco era definir a qualificação do processo.

No entanto, com base no contexto histórico de elaboração, apresentação de defesa de cada qual das teorias referidas neste trabalho, torna-se possível inferir tais adesões.

É de se notar que as duas primeiras teorias – processo como contrato e processo como quase-contrato – dialogavam com a teoria da ação, que é a teoria imanentista (o direito de ação é imanente ao direito material), ou seja, aquela por meio da qual se considerava a existência do direito de ação apenas e tão-somente se houvesse uma norma de direito material que protegesse o direito pretendido.

Em dadas circunstâncias – da teoria imanentista da ação – a ideia original de ação estava atrelada ao movimento e à reivindicação de direito.

Esse conceito privado de direito de ação trabalhado na teoria imanentista é sucedido em uma segunda teoria, que considera o direito de ação como um direito público, autônomo e concreto (teoria concretista da ação).

Aqui é importante destacar que, na teoria concretista, o direito de ação seria um direito público porque o direito processual já se havia tornado um ramo autônomo e, pois, desvinculado do direito material civil, do qual até então era apêndice. O direito processual como ramo autônomo dotou-se de característica de direito público.

Exatamente por isso e tendo em conta que as teorias do processo como contrato e como quase-contrato se deram sob a égide do direito privado, há que se concluir que seus autores tinham, então, vieses imanentistas.

No que respeita a Bülow, o seu trabalho estava voltado ao estabelecimento das exceções processuais e os pressupostos do processo, que serviriam de defesa previamente à questão de mérito.

Nesse mister, Bülow, conforme assinalado alhures, tornando-se percussor do processualismo moderno, nas palavras de Alcalá-Zamora y Castillo (1974, p.537), afastou o processo da condição de simples apêndice do direito civil, retirando dele a supremacia da autonomia da vontade dos litigantes, assim como o qualificou de público e, pois, afeto ao dever-poder estatal de decidir conflitos.

Em um contexto de tal natureza, não se poderia considerar Bülow adepto de uma tal teoria de ação imanentista, sob pena de desnaturar a linha de raciocínio em seu trabalho a levar o processo civil à categoria de direito público.

No que se refere ao subtema da jurisdição, não há o propósito de discuti-la em limites conceituais neste trabalho senão até a definição de que ela seria a produção intelectual unilateralmente realizada pelo juiz (ou árbitro), ou seja, ela configura a produção do direito ao caso concreto pela atuação de quem deverá julgar o litígio.

Nesse passo, tem-se que as duas primeiras teorias aqui analisadas – teoria do processo como contrato e teoria do processo como quase-contrato – estavam envolvidas contextualmente em suas respectivas elaborações no modelo privado de jurisdição, porquanto não havia uma jurisdição estatal, senão uma jurisdição privada, cujos conflitos eram solucionados em modelo de autocomposição, pelas próprias partes, com o auxílio dos árbitros.

De outro lado, a partir da teoria do processo como relação jurídica, difundida por Bülow, uma vez inaugurada a fase da jurisdição estatal, por força dos estudos desse autor, é de considerar que ela não estava vinculada à jurisdição em seu modelo privado.

Com efeito, ainda que neste tópico, conforme já assinalado, não se parta de uma adesão expressa dos referidos autores a respeito de suas próprias opções de adesão às diversas teorias no que respeita à ação e à jurisdição, cabe observar que são seus próprios modos de pensar, externados em seus trabalhos que permitem a efetiva oportunidade, com margem considerável de certeza, de que eles aderiram aos modelos conceituais aqui indicados.

6 UMA POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO DE BÜLOW AO MOVIMENTO PARA O DIREITO LIVRE

Quando do desenvolvimento do seminário que deu suporte à elaboração deste texto, também fora estabelecido como proposta de estudo o tracejamento de uma linha relacional entre a Teoria do Processo como Relação Jurídica, de Bülow, com o chamado Movimento para o Direito Livre.

Em decorrência das pesquisas para a formatação do seminário, foi sim possível identificar que foi Bülow quem lançou as bases para o Movimento para o Direito Livre, mas não a partir da Teoria do Processo como Relação Jurídica, e sim por outra obra, conforme assinalado por Karl Larenz (2001, p.78):

Na ciência do Direito afirmou-se essa contra-corrente, nos começos do século XX, como chamado ‘Movimento do Direito Livre’, de que pode considerar-se precursor o escrito de OSKAR BÜLOW, aparecido em 1885, intitulado *Gesetz und Richteramt* (Lei e função judicial).

Inicialmente, necessário delinear o que seja o Movimento para o Direito Livre. Nesse passo, diversamente do que muitos consideram, o Movimento para o Direito Livre não é uma “escola”, porque não reúne um grupo específico de pensadores, tampouco configura uma teoria bem precisa a apontar os seus propósitos.

O que se consegue extrair desse movimento é uma tendência, que se caracteriza por uma contrariedade, uma espécie de revolta, ao formalismo jurídico e à tradição metodológica existente no século XIX, assim também contra o pensamento de algumas escolas daquele tempo,

como a Escola da Exegese, que seria altamente formalista e apegada ao texto legal, e a Escola da Jurisprudência dos Conceitos, também altamente formalista (com seu apego aos conceitos), ou seja, uma contrariedade a toda tradição metodológica que tendesse a assinalar a interpretação jurídica como um ato formal-lógico-dedutivo.

O referido movimento, que surgiu em um contexto de transformação no mundo (final do século XIX e início do século XX), teve dois pensadores expoentes: Hermann Kantorowicz e Eugen Ehrlich, conquanto alguns historiadores apontem Kantorowicz como o principal teórico do direito livre. Ele que, sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius, escreveu o manifesto “A Luta pela Ciência do Direito”, publicado em 1906.

A ideia básica desse movimento era a consideração de que a decisão judicial não seria a aplicação de norma já pronta, mas um ato de criação do Direito. Decorre disso a contrariedade ao formalismo jurídico.

Para Kantorowicz, direito livre seria aquele emanado espontaneamente dos grupos sociais, cujas normas resultariam das convicções predominantes que regulam o comportamento desses grupos, sem se confundir, portanto, com o direito estatal.

A respeito do Movimento do Direito Livre, Lênio Streck (2015, *on line*) assinalou:

[...] essa doutrina defende — atenção! — para a época — a plena liberdade do juiz no momento de decidir os litígios, podendo, até mesmo, confrontar o que reza a lei. O juiz não estaria lançando mão apenas do seu poder decisório, mas, mais do que isso, a sua função de legislador, seu poder legiferante para encontrar aquilo que ele, juiz, percebe como ‘o justo’.

Postas essas considerações, tem-se que Oskar von Bülow lançou as bases ou foi o precursor do Movimento do Direito Livre não por conta de sua Teoria do Direito como Relação Jurídica, mas, conforme anotado por Karl Larenz, por conta de outra obra que escrevera em 1885, denominada “Lei e função judicial”.

Também para Dierle Nunes (2008), a defesa de um tal protagonismo judicial em bases assentadas no Movimento do Direito Livre por Bülow somente se mostrou indiscutível a partir de sua obra “Lei e função judicial”, de 1885.

Nessa obra, Bülow defendeu a ideia de que a sentença não se limitava a reproduzir uma norma criada pelo legislador e, pois, não teria a função meramente declaratória. Para ele, o trabalho do juiz retratado na sentença seria também o de criar o direito. A sentença teria um componente criativo. Assim, a interpretação judicial como espécie de interpretação jurídica teria natureza de interpretação criativa, ato criativo, ato constitutivo, diferente da interpretação jurídica defendida na Escola da Exegese como ato declaratório da vontade do legislador.

7 À GUIA DE CONCLUSÃO

Observados os contextos históricos em que foram elaboradas, todas as teorias aqui apresentadas – (i) processo como contrato, divulgada por Pothier; (ii) processo como quase-contrato, elaborada por Savigny e Guényvau; e (iii) processo como relação jurídica, de Bülow – especialmente esta última, foram essenciais na construção do Direito Processual Civil como matéria autônoma.

Ao tempo do desenvolvimento dessas teorias, não era possível falar em processo, mas em mero procedimento como um braço, um apêndice do direito civil, aliás, procedimento calcado extremamente em modelo inquisitivo.

A noção de processo floresce em finais do século XVIII a meados do século XIX para se contrapor exatamente a essa ideia de procedimento inquisitivo.

A diferença histórica entre processo e procedimento não está na técnica, mas na inquisitorialidade que marcou originariamente o conceito de procedimento.

As duas primeiras teorias do processo – processo como contrato e processo como quase-contrato – foram regidas pela autonomia da vontade, que, conforme cediço, não se confunde com autonomia privada. Autonomia da vontade é o conceito de direito inerente à liberdade ligada à noção de Estado liberal, vinculado, assim, ao patrimônio, não à pessoa humana. De outro lado, autonomia privada está conceitualmente atrelado à liberdade em relação à dignidade humana, restringível, pois, em razão da pessoa.

Então, cabe assinalar, essas duas primeiras teorias aqui apresentadas – (i) processo como contrato e (ii) processo como quase-contrato – foram construídas a partir do direito privado e essencialmente baseado na autonomia da vontade.

A partir de Bülow – na Teoria do Processo como Relação Jurídica – diferentemente daquelas duas primeiras teorias, de Pothier e de Savigny, houve um afastamento da base contratualista civil. Bülow não estava preocupado em discutir a natureza contratual ou não do

processo, mas subtrair a relação jurídica processual das entranhas do direito material.

Apresentar essas três teorias em seus respectivos contextos temporais de elaboração foi a proposta deste trabalho, o qual, ao final de todo arcabouço histórico e doutrinário nele desenvolvido, deve ser considerado alcançado em seus propósitos.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general y historia del proceso**. v.1. México: UNAM, 1974.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1964.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual**: a formação participada nas ações coletivas. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá, 2008.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo** - primeiros estudos. 5. ed., São Paulo. Thomson-IOB, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Revista Consultor Jurídico**, 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei?imprimir=1> Acesso em 13 fev.2021.

2

AÇÃO, JURISDIÇÃO E PROCESSO EM GIUSEPPE CHIOVENDA

Ana Lúcia Ribeiro Mól ¹

1 INTRODUÇÃO

Giuseppe Chiovenda foi responsável por estabelecer as bases científicas do direito processual, até então considerado apenas como um conjunto de procedimentos. É apontado como um dos principais teóricos responsáveis por conferir-lhe autonomia e caráter público, o que se deu a partir de suas pesquisas sobre ação, jurisdição e processo.

As proposições chiovendianas a respeito dessa temática refletem sua formação histórico-dogmática e a influência do direito estrangeiro em seus estudos, servindo de fundamento para as diretrizes teóricas por ele construídas e que foram de grande relevância para o desenvolvimento da ciência processual.

Nesse sentido, a evolução do que hoje se entende por ação, jurisdição e processo passa necessariamente pelas propostas estabelecidas por Chiovenda, o que denota a necessidade de se estabelecer os parâmetros dentro dos quais sua teoria foi estruturada, o que se avulta como o objetivo principal deste estudo.

¹ Doutoranda em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Mestre em Direito Processual (PUC/MG). Professora da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Procuradora do Município de Montes Claros-MG. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3486-0215>. E-mail: anaribeiriomol@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1686178234063670>.

Seguindo a construção por ele conduzida, especialmente na obra “Instituições de Direito Processual Civil”, faz-se necessário permear, com precedência, o pensamento do autor a respeito da ação, que é colocada como um dos pilares das ideias de Chiovenda. A sua definição de ação, configurada como um direito potestativo, influencia todas as demais proposições por ele apresentadas, de modo que, sem antes esclarecer o seu pensamento a esse respeito, não se pode compreender as demais instituições do sistema processual.

Em seguida, analisa-se a jurisdição, apontada por Chiovenda como uma das funções do Estado de relevo na configuração da soberania estatal, para, logo após, serem feitas as considerações do autor a respeito do processo. A jurisdição e o processo são conceitos que se entrelaçam profundamente na obra de Chiovenda, não sendo possível falar de um, sem necessariamente mencionar o outro, o que denota a necessidade de serem analisados em sequência.

Uma abordagem que não pode ser esquecida, dentro dessa temática, é o exame da oralidade sob o ponto de vista das ideias chiovendianas. O teórico foi um grande entusiasta do processo oral, tendo influenciado a elaboração de códigos processuais de relevo no mundo, como o da Itália e os do Brasil. Por essa razão, tem-se uma digressão específica sobre o assunto.

Antes de se estabelecerem as bases teóricas dos estudos conduzidos por Chiovenda, é preciso apontar importantes fatos de sua vida, da sua obra e do seu desenvolvimento como teórico da ciência processual, uma vez que o contexto de suas construções conceituais se avulta importante para a adequada compreensão de suas reflexões.

A partir dessa estrutura, considerando-se o método descritivo, aliado à pesquisa documental, busca-se expor as diretrizes centrais das proposições teóricas deste que foi um dos grandes processualistas do mundo, que deixou um legado de extrema relevância para a sistematização dos pilares da ciência processual.

2 VIDA E OBRA



Giuseppe Chiovenda²

Giuseppe Chiovenda nasceu na região norte da Itália, em Premosello, Piemonte, na data de 02 de fevereiro de 1872. Por influência do seu pai, que exercia seu mister como advogado, iniciou o curso de direito na Universidade de Roma com apenas 17 anos, tendo concluído seus estudos em 1893.

² WIKIPEDIA. Giuseppe Chiovenda. Disponível em: [//it.wikipedia.org/w/index.php?title=Giuseppe_Chiovenda&oldid=114418430](https://it.wikipedia.org/w/index.php?title=Giuseppe_Chiovenda&oldid=114418430). Acesso em: 02 mar. 2021.

Homem de elevada cultura, Chiovenda destacou-se não apenas como um respeitado jurista, mas também por dedicar-se à literatura, sendo um grande apreciador de música. Sua personalidade discreta e sua dedicação às letras eram marcantes, sobressaindo-se a honestidade como uma de suas principais características (CRUZ E TUCCI, 2018).

Em sua formação acadêmica, teve seus estudos e pesquisas direcionados pelo método histórico e dogmático, o que permitiu que as experiências do passado fossem utilizadas para se verificar os reflexos na legislação processual italiana da época. Pretendia romper com a Escola da Exegese, até então prevalecente na Itália, sob a influência das proposições francesas, voltadas para uma análise racional e literal do direito. A escola exegetica tinha importância prática, mas não possuía bases científicas (TÁPIA, 2004).

Justamente por essa influência, Chiovenda foi um profundo estudioso do Direito Romano, tendo realizado suas pesquisas a respeito do processo sob as diretrizes da Escola Pandectista, especialmente diante da inspiração alemã em suas prospecções (BRASILEIRO, 2010).

Sua visão historicista possibilitou-lhe revisitar a fundo as origens do sistema processual e o seu desenvolvimento, dando-lhe as bases para superar ideias arraigadas e trazer novos ares para o direito processual, na tentativa de desvinculá-lo do direito material ou, pelo menos, para que o processo não fosse analisado apenas como uma ritualística necessária para efetivar-se as normas jurídicas (RAGONE; SALGADO, 2017).

Em seus estudos, Chiovenda se viu influenciado pelas ideias de Vittorio Scialoja, seu professor no curso de Direito e primeira referência

acadêmica, e pelas teorias do autor alemão Adolf Wach, com as quais teve um contato profundo nas universidades alemãs logo depois de formado. Ao lado destes que foram os principais influenciadores de sua trajetória científica, Chiovenda, igualmente, foi inspirado por Franz Klein, autor austríaco dedicado ao estudo da oralidade (CRUZ E TUCCI, 2018).

Tais bases teóricas, aliadas ao período em que viveu Chiovenda, influenciaram a sua compreensão a respeito da ação, da jurisdição e do processo. Esse jurista nasceu em um período em que as diretrizes do Estado Social começavam a despontar, mas cuja consolidação se daria apenas após a Segunda Guerra Mundial. No contexto histórico, vê-se, portanto, que a estrutura do Estado e de suas funções se encontrava num momento de transição, partindo-se do Estado Liberal, caracterizado pela não intervenção do ente estatal nas relações jurídicas, e na valorização dos direitos da liberdade e da igualdade, com forte viés patrimonial e privatístico, para um modelo de Estado intervencionista, com a prevalência de direitos que exigissem uma prestação positiva do ente estatal (SARLET, 2007).

As marcas desse momento histórico são perceptíveis na doutrina de Chiovenda, que muito se apoiou nas lições de Adolf Wach, cujas bases teóricas fundamentaram-se numa visão prevalentemente privada da ação, da jurisdição e do processo. Tanto é assim que se percebe uma valorização da norma pelas ideias chiovendianas, remetendo-se ao parâmetro liberal do juiz como boca da lei. Contudo, e ao mesmo tempo, há um enaltecimento da figura do magistrado, que possui amplos

poderes para direcionar o processo e para buscar e definir, ao seu alvedrio, a tão propalada vontade concreta da lei.

Sua atuação como professor começou em 1900, na Universidade de Modena. Três anos depois, em 1903, passou a ministrar aulas em Bolonha, quando então proferiu a célebre palestra *L'azione nel sistema dei diritti*. Nessa conferência, Chiovenda almejou comprovar a desvinculação do direito de ação em relação ao direito material e, ao ensejo, tornou pública sua visão precursora acerca da ação. Esse evento revelou-se tão marcante que, desde então, a natureza jurídica pública e autônoma do processo consolidou-se e deu-se início a um período científico do direito italiano, com a instituição de uma escola que teve suas bases alicerçadas em tais diretrizes (CABRAL, 2013).

Por isso, Chiovenda é considerado como o responsável pela fundação da escola de direito processual em seu país de origem, no final do século XIX e começo do século XX, tendo se tornado seu maior expoente. Ao lado dele, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Redenti também foram considerados como nomes que contribuíram para o desenvolvimento da ciência processual (CRUZ E TUCCI, 2018).

Essa posição de vanguarda assumida por Chiovenda deve-se muito à influência alemã em suas pesquisas, eis que no país germânico, muito antes do que se viu na Itália, já se desenvolvia o viés científico do direito processual, que foi introduzido no sistema italiano por aquele autor, a partir de uma perspectiva própria e inovadora da ação, do processo e da jurisdição.

Nesse sentido, não obstante as inspirações centradas nas ideias de Adolf Wach, Chiovenda foi além, deixando de lado a visão liberal e privatística do processo proposta pelo teórico alemão, para, ainda no século XIX, estabelecer as suas bases publicísticas (CRUZ E TUCCI, 2018).

Por outro lado, e reforçando essa necessidade de reestruturação do sistema processual italiano, Chiovenda, com base nas lições de Franz Klein, tornou-se um grande defensor do processo oral e da amplitude dos poderes do juiz na condução do trâmite processual, de modo a lhe conferir maior simplicidade, celeridade e melhores resultados para as partes.

Nos estudos por ele realizados, embasados especialmente em doutrinas estrangeiras e na legislação de outros países, Chiovenda entende que o sistema processual italiano se encontrava obsoleto, posto que fortemente alicerçado na forma escrita, quando, em outros países, já se desenvolvia de forma mais contundente o processo oral. Com isso, o autor propôs que o processo civil italiano fosse substancialmente alterado, considerando-se como suas principais diretrizes a oralidade e a concentração.

Por romper com ideias arraigadas e permitir-se trazer novas proposições a partir de profundas pesquisas e reflexões teóricas, Chiovenda tem sido considerado como figura de relevo na consolidação da ciência jurídica, defendendo a existência de diretrizes principiológicas e regras próprias do direito processual, capazes de estruturar um sistema jurídico autônomo e orgânico.

Ao seu lado, esteve muito de perto outro teórico importante, Piero Calamandrei, que exerceu um papel de destaque na disseminação das

ideias das proposições de Chiovenda, sendo o seu principal discípulo. Também, nessa época, Francesco Carnelutti trouxe relevantes contribuições para a ciência processual (RAGONE; SALGADO, 2017). As histórias dessas importantes figuras, em certo momento, entrelaçaram-se fortemente e geraram profundos reflexos na visão que se tem hoje a respeito da ação, da jurisdição e do processo.

Um fato interessante é que todos eles atuaram na *Rivista de Diritto Procesuale Civile*. Chiovenda e Carnelutti são considerados seus fundadores, editando a revista em 1924, sendo Calamandrei seu redator-chefe (CRUZ E TUCCI, 2018). Tem-se, aqui, os grandes nomes italianos da ciência processual em um trabalho conjunto, apesar de suas diferentes diretrizes teóricas.

Para ter uma abrangência maior, a revista passou a ter o nome de *Rivista de Diritto Procesuale*. Nela, foram publicadas importantes pesquisas de Chiovenda, cuja direção foi responsável por imprimir o grau de seriedade alcançado pelo periódico. A revista persiste em atividade até os dias de hoje, constituindo-se como importante fonte de consulta e estudos não apenas na Itália, mas em todo o mundo, por certo em razão da efetiva participação de Chiovenda em sua criação e condução inicial.

Dentro de sua bibliografia, uma das principais obras escritas por Chiovenda foi o livro “Instituições de Direito Processual Civil”, publicada em 1935, composta por três volumes, que reuniu as ideias chiovendianas em torno da ciência processual. Tal obra foi redigida a partir de um outro livro escrito pelo autor, denominado de “Princípios

de Direito Processual Civil”, de 1906. Esses dois livros constituem-se as mais importantes referências dentre a bibliografia do autor.

Considerando-se os avanços teóricos de suas obras, Chiovenda teve importante influência na estruturação do *Codice di Procedura Civile* de 1940, da Itália, que entrou em vigor dois anos depois de sua publicação. Não obstante ter sido editado após a morte de Chiovenda, em 1919 a comissão do pós-guerra incumbiu-lhe de delinear uma sugestão de alteração do procedimento civil. A proposta por ele elaborada teve como enfoque principal o procedimento cognitivo, com valorização da oralidade e da simplicidade. Propugnou-se, ainda, uma aproximação maior dos sujeitos do processo e uma ampliação dos poderes do magistrado, para que lhe fosse possível buscar, de ofício, a verdade do conflito levado a sua apreciação (TÁPIA, 2004). Seu projeto também serviu de base para a estruturação do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, que, embasado nas ideias chiovendianas, trouxe tais diretivas para o sistema processual do Brasil, no que foi seguido pelo diploma processual de 1973 (RAGONE; SALGADO, 2017). É de se salientar que as ideias do processualista italiano foram bastante divulgadas no Brasil por Enrico Tullio Liebman, especialmente a partir das anotações por ele feitas na publicação brasileira da obra “Instituições de Direito Processual Civil” (BRASILEIRO, 2010).

Giuseppe Chiovenda faleceu em 07 de novembro de 1937, com a idade de 65 anos, deixando uma bibliografia que, apesar de não ser numerosa, mostrou-se de profundidade suficiente para implementar uma reestruturação do sistema processual, com ganhos que persistem e serviram de base para a evolução da ciência jurídica.

3 AS PROPOSIÇÕES TEÓRICAS DE GIUSEPPE CHIOVENDA

3.1 AÇÃO

3.1.1 A AÇÃO COMO DIREITO POTESTATIVO

Antes de mais nada, é importante salientar que a ação era considerada, à época da difusão das ideias chiovendianas, como o eixo central da ciência processual, sendo a jurisdição e o processo relegados a segundo plano. Essa, portanto, é a justificativa para que a apresentação das proposições de Giuseppe Chiovenda se inicie por seu conceito acerca do direito de ação.

Para fazer-se compreender, Chiovenda precede suas propostas sobre a definição de ação por digressões vinculadas à relação jurídica e ao direito subjetivo. Segundo o autor, a relação jurídica pode ser assim classificada quando o vínculo existente entre duas pessoas é regido pela lei. Tais relações podem ser implementadas entre particulares, mas também poderão envolver o ente estatal.

A relação jurídica e o direito subjetivo possuem, para Chiovenda, um vínculo direto. Sob essa perspectiva, não se pode falar em direito subjetivo sem que se considere, antes, a existência de uma relação jurídica entre sujeitos, regida pela lei e constituída a partir da concretização de um fato.

Aprofundando em suas explicações, Chiovenda aponta que a lei é a via utilizada para estabelecer normas gerais e abstratas a respeito do comportamento das pessoas em geral. Quando se pratica um fato que se subsume à previsão legal, a partir de uma relação entre pessoas, tem-se

então o que se entende por direito subjetivo. Nesse contexto, toda vez que um fato é concretizado conforme o que consta no ordenamento jurídico, há a constituição da vontade concreta da lei.

Assim, e a título de exemplo, pode-se fazer referência, como o fez Chiovenda, ao direito de indenização. Nesse caso, com a prática de um ato ilícito, haverá a constituição de uma vontade concreta da lei, que determina que a vítima deverá ser indenizada pelos prejuízos decorrentes dessa circunstância. Trata-se, portanto, de um direito subjetivo por parte de quem sofreu os danos.

Na maioria dos casos, a vontade concreta da lei irá efetivar-se, inicialmente, por meio do cumprimento da prestação por quem é obrigado a fazê-lo. No exemplo citado, se o causador dos danos promove o correspondente ressarcimento, tem-se a vontade concreta da lei efetivada.

Por outro lado, quando o direito devido não é cumprido por quem é obrigado a tanto, tem-se a sua violação, a partir do que surge o direito de ação, consubstanciado na prerrogativa de se valer a vontade concreta da lei por meio do processo. Na hipótese de ser deduzida uma vontade concreta da lei inexistente, há o que Chiovenda denomina de vontade concreta negativa da lei.

Nas palavras do autor,

Ora, o processo civil, que se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente a outra (réu), serve justamente [...] não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo, mas a certificar qual seja a vontade concreta da lei afirmada pelo autor, a qual, se existente, é efetivada com o recebimento

da demanda, ou em caso contrário a vontade negativa da lei, efetivada como recusa. (CHIOVENDA, 2000a, p. 19).

Há, sob esse aspecto, uma intrínseca relação entre a lesão de um direito e a ação, eis que, diante de uma violação de uma norma, em não sendo cumprida a prestação estabelecida em lei pelo devedor, pode o interessado valer-se do processo, por meio do direito de ação.

Não obstante a proximidade entre uma e outra, Chiovenda deixa claro que são referenciais que não se confundem, apesar de ser esta a ideia que, anteriormente, prevalecia, por meio da teoria imanentista.

Discorrendo sobre esse período, Chiovenda esclarece que vigorava, a essa época, a natureza privada do processo, constituindo-se em mero mecanismo à disposição do direito material. Seguindo essa mesma tendência, a ação era tida como um aspecto do direito subjetivo, revelado quando o próprio direito é violado.

Esse autor explica como tal posição sobre o direito de ação e sobre o processo foi perdendo espaço. Em seu entendimento, a partir das proposições que foram sendo desenvolvidas sobre a ação, tem-se um caminho sendo trilhado para uma nova visão do processo, centrada sob uma feição exclusivamente pública, por se estabelecer como espaço de exercício de uma função do Estado, que tem como objetivo fazer valer a vontade concreta da lei. Nessa mesma evolução, e sob as bases do Direito Romano, Chiovenda destaca as contribuições de Windscheid e Muther a respeito da autonomia do direito de ação, não mais vinculado ao direito material, mas encarado como meio de aplicação da lei, implementada no processo.

Destaca a importante contribuição de Adolf Wach na configuração da ação como direito autônomo. Aponta Chiovenda que, para Wach, tal direito era exercido perante o Estado, a quem era incumbida a tarefa de prestar a proteção do direito invocado. No entanto, o autor italiano enxerga nas proposições do autor alemão a possibilidade de extrair-se a ideia da ação também como um direito em face do adversário, diante do qual não possui ele nenhuma obrigação. Essa ideia consolidaria, mais à frente, o entendimento chiovendiano a respeito da ação como um poder exercido contra o adversário.

É de se esclarecer que Chiovenda expressamente critica e refuta as propostas que vinham surgindo a respeito da abstração do direito de ação. Para ele, quando se diz que o direito de ação pode ser manejado por qualquer pessoa, ainda que não possua, de fato, o direito invocado, o que se tem seria o exercício de uma simples faculdade jurídica. Essa não seria a essência do que se entende por ação, que pressupõe, sob a visão de Chiovenda, a prerrogativa da parte de alcançar uma sentença favorável. Ele deixa claro, portanto, sua adesão à ideia concretista do direito de ação, apesar de, mais à frente, tecer digressões que demonstram uma certa tendência a desvincular a ação como um direito do autor.

Na verdade, Chiovenda tenta fornecer uma ideia do direito de ação calcado nas teorias concretas, mas em um viés que, até então, não havia precedentes entre os estudiosos do tema: sua proposta foi a de posicionar a ação como um direito potestativo, deixando evidente as influências que sofreu dos pensamentos de Wach para se chegar a essa conclusão.

Chiovenda aponta tal definição não como fruto de suas construções teóricas, mas como se fora algo que, *de per si*, já existiria, cabendo ao

processualista italiano apenas descrevê-lo e sistematizá-lo. Trata-se do que Michele Taruffo (2007) menciona como sendo uma espécie de entificação de ideias, que conduziu à elaboração de um conceito de ação puramente abstrato, sem referência à realidade que buscaria explicar.

De qualquer modo, na construção teórica chiovendiana, a ação como direito potestativo decorre do fato de que, por meio da manifestação do interessado, tem-se um poder de intervir, mediante prévia provocação dos órgãos jurisdicionais, na condição jurídica de outra pessoa, independentemente de sua vontade. Tal poder volta-se para a implementação da vontade concreta da lei e depende da necessária e imprescindível manifestação da parte interessada nesse sentido, uma vez que a jurisdição pressupõe a existência de prévia provocação.

É interessante que se traga à lume a ideia do que se entende por direito potestativo, uma vez que este é o cerne do conceito do direito de ação apresentado por Chiovenda. Nesse sentido, o direito potestativo configura-se como uma espécie de direito subjetivo que é concretizado independentemente da observância de qualquer dever ou da realização de qualquer prestação pelo devedor. Centra-se, apenas, no poder de constituir direitos, por meio da manifestação de vontade do seu titular, não se exigindo nenhuma conduta do obrigado, a quem cabe unicamente subjugar-se àquilo que pretende o detentor dessa espécie de direitos (SILVA, 2006).

A partir do eixo do direito potestativo, Chiovenda pretendia afastar a ideia de que a ação seria um direito contra o Estado, não se configurando, destarte, como um direito subjetivo, mas sim como um poder contra o adversário (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006). O

adversário não possui qualquer obrigação em face de tal poder. Apenas encontra-se a ele submetido, não possuindo nenhuma possibilidade de obstar sua implementação (CABRAL, 2013).

Considerando-se tais reflexões, restam delineados os papéis exercidos pelos sujeitos do processo. O juiz, como representante do Estado, e o autor da demanda têm o objetivo comum de efetivar a vontade concreta da lei. A conduta desses sujeitos processuais busca, em última análise, fazer valer o que dispõe o ordenamento jurídico (CABRAL, 2013). O demandado, nesse contexto, exerce apenas o papel de subjugar-se à aplicação da norma invocada pelo demandante, submissão esta que existiria, inclusive, de modo anterior à propositura da demanda (LEAL, 2018).

Quanto à natureza jurídica do direito de ação, Chiovenda destaca ser possível atribuir-lhe caráter público ou privado, a depender do interesse levado à apreciação do órgão jurisdicional. Com esse pensamento, o autor italiano acaba por vincular o direito de ação ao direito material discutido na demanda, não obstante, como será tratado em seguida, reconhecer a autonomia da ação.

3.1.2 A AUTONOMIA DO DIREITO DE AÇÃO

A autonomia do direito de ação é bastante destacada na obra de Chiovenda. A adoção dessa teoria por parte do autor italiano deu-se a partir da palestra que proferira em Bolonha, no ano de 1903, considerada um marco nos estudos a respeito do tema. Antes disso, já

engrossara o coro dos defensores da ideia da vinculação do direito de ação ao direito privado (teoria imanentista) (CABRAL, 2013).

No intuito de esclarecer suas proposições a respeito da autonomia do direito de ação, Chiovenda embasa-se em duas principais diretrizes. A primeira delas é a distinção havida entre a ação e o direito subjetivo subjacente à demanda. Nesse sentido, esclarece o autor italiano que tais direitos são distintos, seja pela forma de se concretizarem, seja por seu próprio conteúdo. O direito de ação, sob essa perspectiva, possui uma amplitude maior do que o direito material. O direito material pressupõe o cumprimento da obrigação de uma forma específica, por meio da entrega da prestação pelo devedor ao credor, de modo espontâneo e por sua própria vontade. De outra banda, o direito de ação independe da vontade do devedor e realiza-se por todos os meios possíveis. Ressalta Chiovenda, a partir daí, que a ação é um direito que possui autonomia, não se tratando de um aspecto do direito material, como defende a teoria imanentista, mas de um direito que busca implementar um efeito jurídico em face do devedor, consubstanciado na vontade concreta da lei.

A segunda diretriz apontada por Chiovenda para demonstrar a autonomia do direito de ação encontra-se nas situações em que tal direito existe de *per si*, não havendo qualquer direito subjetivo que necessite ser implementado, como se dá nos casos das ações declaratórias. Nessas situações, não há uma obrigação a ser cumprida pelo devedor, de modo que a pretensão somente pode ser alcançada por meio do processo.

Tomando o exemplo da ação declaratória, Chiovenda esclarece que, nessas demandas, o que se pretende é afastar a incerteza quanto à

existência de um direito, não havendo, muitas vezes, nenhum fato praticado pelo devedor ou a violação de qualquer norma por ele. Desse modo, não se busca exigir qualquer prestação do adversário, de sorte que o direito de ação não se correlaciona a uma obrigação que deveria ser por ele cumprida. Veja-se que sequer a certeza almejada pelo credor poderia ser fornecida pelo devedor, mas somente por meio do processo.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Chiovenda menciona que nas demandas em que o réu busca o reconhecimento da improcedência dos pedidos do autor, de igual modo, não há a transgressão de uma norma ou o descumprimento de uma obrigação e, mesmo nesses casos, tem-se o direito de ação. Trata-se aqui daquelas situações em que o autor propõe uma demanda contra o réu e, posteriormente, pretende dela desistir, caso em que pode o réu opor-se a esse pedido e requerer a continuidade do feito, para que fique demonstrada a improcedência da pretensão do demandante. Em última análise, o que se tem, nesse caso, também é uma sentença declaratória, inexistindo qualquer imposição em relação às partes.

É de se esclarecer que Chiovenda é classificado como um dos teóricos que aderiram à teoria concretista. Contudo, suas reflexões acerca da autonomia do direito de ação, especialmente a segunda diretriz por ele apontada nesse sentido, revelam argumentos importantes para a teoria abstrata, ainda que esta tenha sido expressamente rechaçada pelo autor italiano.

Malgrado a importância de se considerar o direito de ação como um direito autônomo, é de se ressaltar que as proposições de Chiovenda a esse respeito não possuíam nenhum ineditismo, posto que embasadas

em ideias anteriormente já defendidas por Adolf Wach (CABRAL, 2013). Contudo, não se pode olvidar a importância de suas digressões para a consolidação dessa vertente teórica, não apenas na Itália, mas no mundo, o que pode ser creditado à grande difusão do seu pensamento para além do seu país de origem.

3.1.3 CONDIÇÕES DA AÇÃO

Giuseppe Chiovenda, de forma pioneira na ciência processual, propôs que o exercício do direito de ação dependia da existência de certas condições, que, uma vez preenchidas, permitiriam ao julgador reconhecer e fazer valer a vontade concreta da lei levada a juízo pelo demandante. Trata-se, portanto, de requisitos que deveriam estar presentes para que se pudesse alcançar uma sentença favorável (CRUZ E TUCCI, 2018).

A descrição teórica de cada uma das condições da ação corrobora o viés concretista dado ao direito de ação por Chiovenda, propugnado a premissa de que a existência do direito de ação somente se perfilha quando se tem uma decisão acolhendo os pedidos do autor. Se tais condições não estiverem presentes, a ação será negada na decisão proferida pelo juiz.

Chiovenda destaca que as condições da ação são variáveis, conforme o tipo de ação e, portanto, o tipo de decisão pretendida. Em casos de ações condenatórias, devem coexistir as três condições da ação. Em primeiro lugar, deve haver uma norma que garanta o direito pretendido na demanda, com imposição de uma obrigação a ser

cumprida pelo réu. Além disso, é preciso que o autor se apresente como o titular do direito que recebe a proteção legal e o réu como aquele a quem a lei impõe uma obrigação. Por fim, faz-se necessário que se configure o interesse em buscar a vontade concreta da lei por meio da intervenção do Estado. Por outro lado, em ações constitutivas, basta que se demonstre a existência do direito e a legitimidade de partes, já que o interesse de agir é decorrência lógica desse tipo de demanda, eis que, para constituir ou desconstituir uma relação jurídica, faz-se imperiosa a participação do ente estatal, por meio de uma sentença.

Ainda sobre as condições da ação, Chiovenda esclarece que, quando não se reconhece qualquer uma delas em certa demanda, tem-se uma sentença a favor do demandado, que faz coisa julgada, contudo de maneira diversa, dependendo da condição faltante na espécie. Na esteira desse pensamento, em não sendo reconhecido o interesse, nada impede que posteriormente uma nova situação venha a fazer emergi-lo mais uma vez, como na hipótese de reincidência na conduta violadora do direito do demandante, caso em que será possível propor novamente a demanda. Se configurada a situação de ilegitimidade, nada obsta que seja reproposta a ação com base num fato que atribua ao demandante, desta vez, a qualidade necessária para ocupar o polo ativo da demanda. Contudo, se a lei não traz a proteção legal pretendida pelo autor, e a ação lhe é negada em função da ausência dessa condição, nesse caso, a decisão não pode ser modificada e a ação não pode ser reproposta, a menos que se demonstre que a vontade da lei passou a configurar-se a partir de um fato novo.

Com base nessas ideias, Chiovenda aponta que a falta de interesse e de legitimidade, como condições da ação, conduzem a uma sentença que produz coisa julgada formal. Já a ausência da tutela pela norma leva a uma sentença que faz coisa julgada formal e material.

Estabelecidas essas bases, é preciso que se analise, nesse momento, o teor de cada uma das condições da ação propostas por Chiovenda. Malgrado a utilização de denominações próprias, é possível aferir que se referem às condições que são conhecidas, no direito brasileiro, como possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e interesse de agir.

Assim é que, quanto à existência do direito, Chiovenda esclarece que deve haver a vontade concreta da lei pretendida pelo autor, apurada por meio da cognição efetivada pelo magistrado. Sob esse aspecto, devem ser apuradas duas questões: a) a existência de uma lei que ampare a pretensão do autor; b) a demonstração dos fatos alegados que se subsumam à previsão legal e que, em decorrência dessa circunstância, torne concreta a vontade da lei. Trata-se, desse modo, da configuração das questões de direito e das questões de fato, que permitem ao juiz julgar o caso concreto. Sob essa perspectiva, é possível constatar que tal condição da ação, em última análise, imiscui-se de modo indissociável ao próprio mérito da demanda, tanto é assim que, como dito linhas atrás, a decisão que rejeita a sua existência produz coisa julgada formal e material.

Quanto à qualidade ou legitimação de agir, explica Chiovenda tratar-se da demonstração de que o autor é o titular do direito que recebe a proteção da lei e o réu em face de quem esse direito pode ser

exercido. A ausência dessa condição da ação é a única hipótese que Chiovenda denomina configurar-se situação de carência da ação, destacando o autor que ela não se confunde com a denominada *legitimatio ad processum*, que se afigura como pressuposto processual, relacionado à atribuição de estar em juízo.

Quanto ao interesse de agir, este se consubstancia no interesse em fazer valer a vontade concreta da lei, alcançando-se a pretensão garantida pela norma, e, ainda, que tal situação exija a necessidade de intervenção do Estado para que se garanta a proteção pretendida pelo autor. A imprescindibilidade da atuação estatal é o ponto central do interesse de agir. O interesse sofre variações, conforme o que se pretende com a ação, podendo consistir em sentenças condenatórias, declaratórias, medidas preventivas, dentre outras. Tem-se no interesse de agir a condição da ação que, de forma mais clara, atesta a autonomia desse direito, já que pode haver a necessidade de intervenção estatal para reconhecimento de um direito, sem que tenha existido uma violação específica da norma.

3.2 JURISDIÇÃO

3.2.1 A JURISDIÇÃO COMO FUNÇÃO DO ESTADO

Ao buscar explicar a jurisdição, Chiovenda pondera, de forma prefacial, e conferindo profundo destaque a essa temática, que a existência de jurisdição se afigura como o primeiro pressuposto processual que deve estar presente no processo, para que o mérito da

demanda seja analisado. De certa maneira, pode-se inferir que o autor entende que só há processo se houver jurisdição.

Seguindo essa trilha, Chiovenda estabelece ser a jurisdição uma função do Estado, inerente a sua própria soberania, sendo exercida ao lado das funções estatais administrativa e legislativa. A divisão de funções do Estado é marcante em sua obra, inclusive como decorrência do desenvolvimento das ideias de Montesquieu a esse respeito no período (PIMENTA, *et al*, 2004). Para o autor, a finalidade da jurisdição é aplicar a vontade concreta da lei, seja para declará-la (processo de cognição), seja para concretizá-la (processo de execução).

O conceito de jurisdição apresentado pelo autor foi assim sistematizado:

Pode-se definir jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva (CHIOVENDA, 2000b, p. 08).

Vê-se, portanto, que Chiovenda busca incluir como atividade jurisdicional a atuação do Estado levada a cabo não apenas no processo de conhecimento, mas também no processo de execução, este referenciado pelo processualista quando faz menção à jurisdição como forma de se concretizar o conteúdo da norma jurídica.

Mais uma vez, Chiovenda dá especial destaque à aplicação da vontade concreta da lei, desta vez colocando-a como finalidade da função jurisdicional. É interessante notar que, a partir dessa perspectiva, o autor pode ser classificado como um dos teóricos de

relevância das teorias finalístico-objetivas da jurisdição. A perspectiva finalística de suas proposições centra-se no fato de que Chiovenda conceitua a jurisdição a partir de sua finalidade, consistente na aplicação da vontade concreta da lei, sem considerar outras questões para tanto, como fatores orgânicos ou estruturais. Além disso, coloca a jurisdição como função de aplicação da lei, não levando em conta a proteção dos direitos que estão em jogo, o que confere feição objetiva às diretrizes teóricas por ele propostas (GONÇALVES, 2021).

Em suas digressões, Chiovenda destaca que a função jurisdicional deve ser exercida por órgãos dotados de autonomia e imparcialidade, permitindo-se ao juiz que julgue a demanda conforme o que entende pela vontade concreta da lei, a partir do que extrai da sua própria consciência.

Nesse ponto, é possível perceber que, mesmo buscando centralizar a ideia de jurisdição na figura do Estado, Chiovenda não se desvencilha da premissa de se conferir ao juiz especial protagonismo, como o sujeito processual capaz de reconhecer e revelar o que a lei estabelece para aquela situação específica.

De qualquer maneira, o autor italiano destaca que essa ideia a respeito da jurisdição decorre de uma evolução dessa função, hoje posicionada como monopólio do Estado, que concentra em seus órgãos a atribuição de resolver os conflitos de interesses. Antes, nos primórdios da sociedade, prevalecia a ideia de justiça privada, sobressaltando-se a lei do mais forte. À medida que a organização do Estado foi se aprimorando, naturalmente foi sendo incluída, como uma de suas funções, a de solucionar os litígios entre as pessoas.

Nessa evolução, tem-se que a configuração atual do Estado possui, como uma de suas atribuições primordiais a administração da justiça, sendo de sua exclusiva alçada o exercício da jurisdição, que é concretizado por meio dos órgãos jurisdicionais. Hoje tem-se, portanto, a ideia de justiça pública como diretriz básica na solução dos conflitos de interesse.

Um dos pontos de especial destaque dado à jurisdição na doutrina de Chiovenda refere-se ao caráter substitutivo da função jurisdicional. Essa premissa por ele pontuada é bastante destacada como um ganho sistêmico de relevo para a teoria da jurisdição. Segundo o autor, nessa característica reside a grande diferença existente entre tal função e as funções legislativa e administrativa. Como a aplicação da vontade concreta da lei pode ser utilizada em outras formas de solução dos conflitos de interesses, inclusive, no exercício da função administrativa, o caráter substitutivo que há na jurisdição a individualiza e a destaca das outras atribuições estatais.

Pela substitutividade, tem-se que a atuação do Estado ocorre no lugar da atuação de outrem, o que pode se dar de maneira diversa, conforme se tenha como parâmetro o processo de conhecimento ou o processo de execução. Naquele, a atividade estatal substitui a atividade não apenas do autor e do réu, mas de todas as pessoas, sendo direcionada para definir a existência ou não da vontade concreta da lei em relação às questões debatidas no processo. Desse modo, na demanda cognitiva, ao se estabelecer uma obrigação ou um direito, seja de que tipo for, o juiz atua em substituição definitiva de todas as pessoas,

representando a vontade da lei que, por isso, deve ser observada por todos de forma indistinta.

No processo de execução, por seu turno, também deve existir a substituição da vontade das partes pela atuação do Estado. Se essa situação não se verifica, como nas hipóteses em que a concretização da vontade da lei depende exclusivamente da atuação de órgãos públicos, não se tem jurisdição. Seguindo esse raciocínio, quando se executa uma sentença de natureza penal, não se pode falar em exercício da função jurisdicional, justamente pelo fato de inexistir a substituição da vontade das partes. Contudo, quando na execução se pressupõe o cumprimento da vontade concreta da lei pela parte, se esta não a cumpre de forma espontânea, o Estado pode substituir a atuação da parte omissa, de modo a obter a satisfação da obrigação cabível. Nessa situação, tem-se verdadeiramente o exercício da função jurisdicional, em razão da nítida configuração do seu caráter substitutivo.

De qualquer maneira, é preciso esclarecer, como o faz Chiovenda, que, tanto no processo de conhecimento, quanto no processo de execução, o que se tem é a vontade do Estado substituindo a vontade alheia, não se podendo falar em representação. Em outras palavras, o Estado não age como representante de quem quer que seja, mas em substituição à atuação de outrem.

Por entender não existirem as características próprias da jurisdição na chamada jurisdição voluntária, Chiovenda entende que, nessa última hipótese, não se pode falar tecnicamente em jurisdição, mas sim em atividade administrativa realizada pelos órgãos jurisdicionais. Seria uma espécie de atividade judicial e não

jurisdicional, já que esta última somente se configuraria em decisões de mérito, nas quais a vontade das partes é substituída pela decisão do juiz.

Segundo as proposições chiovendianas, a jurisdição voluntária só impropriamente é chamada de jurisdição, porque, na verdade, faz parte da função administrativa. E assim o é tendo em vista que na jurisdição voluntária não existe uma vontade concreta da lei que pretenda efetivar-se em desfavor do adversário. Não existe conflito ou uma prestação que se necessite fazer cumprir. O que se tem é um estado jurídico que precisa da participação estatal para surgir ou desenvolver-se.

Retomando a análise para a jurisdição propriamente dita, quando é ela exercida, inclusive para fazer valer o seu viés substitutivo, Chiovenda esclarece ser atribuído ao Estado uma série de poderes, que possibilitam a concretização dessa função estatal, com as particularidades que lhes são próprias. São eles: o poder de decisão, o poder de coerção e o poder de documentação.

No poder de decisão, atribui-se ao Estado a possibilidade de estabelecer como existente ou não a vontade concreta da lei no caso posto a sua apreciação, o que pode ocorrer de duas maneiras. Em uma delas, o juiz determina a vontade concreta da lei no que se refere às partes. Trata-se das decisões de mérito, que, após o trânsito em julgado, fazem coisa julgada formal e material. Um outro modo de exercer o poder de decisão se dá quando a vontade concreta da lei atrela-se à atribuição do julgador de decidir a causa e solucionar o conflito de interesses. Cuida-se das sentenças terminativas, em que não se analisa o mérito, mas sim a atuação do próprio julgador. Nesses casos, a

sentença faz coisa julgada apenas formal, não impedindo a rediscussão do mérito em outra demanda.

Nesse ponto, Chiovenda aponta que, nas sentenças terminativas, por ele denominadas de sentenças absolutórias da observância do processo, há uma atividade preliminar e preparatória do julgador, que somente recebe a qualificação de jurisdicional porque direcionada a possibilitar o exercício dessa função do Estado. Não há, nesse caso, a substitutividade típica da jurisdição, de modo que seria, a bem da verdade, uma mera atividade judicial.

Quanto ao poder de coerção, o Estado age de forma a fazer cumprir determinados deveres ou atribuições de outrem, especialmente das partes. Sua forma de concretização mais nítida é materializada por meio dos atos executivos nas ações de execução. Contudo, não se restringe a essa hipótese, podendo existir em outros atos processuais, inclusive nas ações de conhecimento, como ocorre na citação por oficial de justiça, em que o réu considera-se citado, mesmo que haja recusa no recebimento da notificação.

O poder de documentação, de outra banda, também apontado por Chiovenda como uma atribuição presente na jurisdição, determina que os atos processuais praticados ao longo do *iter* processual devem ser documentados, para que possam materializar o que ocorreu na demanda. Nesse sentido, os atos documentados possibilitam que a ação seja julgada a partir dos acontecimentos efetivamente verificados no processo.

É de se ressaltar, a partir da perspectiva chiovendiana, que todos esses poderes, atribuídos e concretizados pelo julgador no exercício da função jurisdicional, dão a tônica dessa função estatal e contribuem

para delinear os contornos que a definem, permitindo que a jurisdição cumpra o seu papel de atuação da vontade concreta da lei.

3.2.2 A SENTENÇA E O PAPEL DO JUIZ

Nas proposições acerca da jurisdição, Chiovenda destina um importante espaço para tecer digressões acerca do juiz e seu papel no processo. De acordo com o processualista, cabe ao julgador apenas aplicar a lei ao caso concreto. A sentença deve exprimir a vontade da norma, cabendo ao juiz apenas explicitá-la.

Na esteira desse pensamento, quando do julgamento da ação, o juiz poderá declarar a vontade positiva ou negativa da lei, conforme os pedidos do autor forem acolhidos ou não. Desse modo, tem-se que o processo não se destina a atender ao autor ou ao réu de forma específica, mas apenas aquela parte que, de acordo com o julgador, tem razão.

A busca pela identificação da vontade concreta da lei é tratada por Chiovenda como uma atividade hercúlea exercida pelo juiz, que se concretiza por meio da interpretação. Há, assim, uma ampla liberdade do julgador na definição do teor da norma a ser aplicada ao caso concreto. Contudo, tal liberdade não pode ser exercida de modo desarrazoado, encontrando limites na impossibilidade de serem instituídas ou modificadas as regras previamente estatuídas, como forma de implementar-se a própria segurança do jurisdicionado (SILVA, *et al*, 2007).

É com base nesse ponto de vista que Chiovenda aponta que “[...] ao decidir, não pode o juiz criar nem modificar a lei, antes deve tão-só

aplicá-la (mesmo se a considere injusta).” (2000b, p. 35). A explicitação do teor da norma e sua aplicação feitas pelo juiz, como representante do Estado, conferem, a partir das proposições chiovendianas, a autoridade da coisa julgada às decisões transitadas em julgado, refletindo a característica da imperatividade da jurisdição (LEAL, 2018).

Não obstante a vinculação do julgador à lei, o autor italiano pondera que a interpretação da norma fica ao alvedrio do juiz, uma vez que a definição do que é a vontade concreta da lei é própria do magistrado, a quem cabe revelá-la.

Uma outra ponderação que deve ser feita no exercício da atividade jurisdicional é que, de acordo com Chiovenda, ao julgar, o juiz deve limitar-se àquilo que foi pedido pelas partes. A vinculação do juiz deve se restringir aos fatos e aos pedidos por elas apresentados, mas não ao direito. É dizer, o juiz poderá invocar, quando do julgamento da demanda, normas outras que não aquelas apontadas pelas partes em suas manifestações.

Nessa esteira, ao mesmo tempo que o processualista italiano tenta vincular a atuação do juiz às manifestações expressas do autor e do réu, confere-lhe, por outro lado, amplos poderes para definir qual a lei a ser aplicada no caso concreto, de modo a direcionar a demanda para aquilo que, na perspectiva do julgador, é o melhor deslinde para o feito.

Deve-se esclarecer, de qualquer modo, que Chiovenda coloca como um dos elementos da sentença a motivação, em que o juiz apresenta os fundamentos de fato e de direito que o conduziram a proferir tal ato decisório. Em que pese a importância dessa garantia processual, seu conteúdo é esvaziado pela impossibilidade de ser exercida uma

verdadeira fiscalização pelas partes da conduta do julgador na construção da decisão, pois que embasada nas ideias do livre convencimento motivado. Se o juiz detinha amplos poderes para julgar e definir a vontade concreta da lei, qualquer argumento apresentado pelo autor ou pelo réu que fosse de encontro à sabedoria do juiz materializada no ato decisório não teria força suficiente para desconstituí-lo.

É de se ressaltar, em arremate às colocações feitas por Chiovenda a respeito da jurisdição, que suas digressões sobre essa função estatal foram as que menos impactaram a estruturação do sistema processual civil brasileiro, especialmente pelo fato de que a jurisdição na Itália delineava-se de um modo diverso, e com particularidades próprias, se comparado ao Brasil (MAGALHÃES, 2010).

Por outro lado, as questões relacionadas à competência, especialmente no que se refere aos critérios de distinção e à configuração de continência e conexão, por certo, geraram reflexos importantes na instituição dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 (MAGALHÃES, 2010).

3.3 PROCESSO

3.3.1 O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA VOLTADA PARA A ATUAÇÃO DA VONTADE CONCRETA DA LEI

Ainda sobre os grandes pilares da ciência processual, Chiovenda debruça-se sobre a definição de processo, partindo da apresentação de

suas características e particularidades, sem se descuidar de trazer uma análise pormenorizada a respeito dos pressupostos processuais.

Em sua obra, Chiovenda define o processo como sendo um conjunto de atos, coordenados entre si e praticados por órgãos jurisdicionais, cuja finalidade é obter a vontade concreta da lei, que não teria sido efetivada por quem estaria obrigado a tanto. Tais atos observam uma sequência prevista em lei, sendo direcionados a explicitar o que a norma prevê para o caso concreto submetido ao órgão judiciário. Sua prática, de forma consecutiva e organizada, é o que justifica a utilização do termo processo.

Tem-se, portanto, que, mais uma vez, Chiovenda destaca a aplicação da vontade concreta da lei como eixo central do processo, sendo este o seu objetivo principal. Por essa razão, o autor italiano afasta qualquer definição que desconsidere essa diretriz, como aquelas que pontuam o processo como solução de controvérsias ou como forma de imposição do cumprimento de obrigações, pois estes são efeitos possíveis e mesmo desejáveis do processo, mas insuficientes para defini-lo.

Igualmente por esses mesmos motivos, Chiovenda não adere, e o faz de forma expressa, à posição de Carnelutti, que coloca o processo como a justa composição da lide. Tal se justifica pelo fato de que, pelas ideias chiovendianas, o propósito do processo é explicitar a vontade concreta da lei, e não necessariamente chegar a uma composição entre as partes. Esta pode ser um reflexo da aplicação da norma, mas nunca o objetivo principal do processo. Se fosse assim, a resolução do conflito de interesses deveria ser alcançada de qualquer maneira, mesmo a

despeito da lei, situação só imaginável nas eras primitivas do processo (MAGALHÃES, 2010).

Em seu intuito de apresentar os delineamentos do que seria o processo, Chiovenda entrelaça-o substancialmente ao conceito de jurisdição, especialmente no que se refere a três pontos. No primeiro deles, o autor italiano estabelece que, no processo, há a concretização, por meio de órgãos públicos, de uma função do Estado: a jurisdição. Não cabe mais falar-se em autotutela, de modo que, existindo algum conflito de interesses entre as partes, deve ser ele submetido à jurisdição, por meio do processo.

Num segundo ponto, destaca que a atividade estatal exercida no processo volta-se para a atuação da vontade concreta da lei, o que se verifica mediante a constatação dos fatos relativos à demanda, com a aplicação da norma cabível à espécie, o que é levado a efeito por meio de uma série de atos conduzidos pelo juiz, naquela ideia inicial de que o processo é uma sequência de atos coordenados entre si (PIMENTA *et al*, 2004).

Nesse sentido, põem-se sob apreciação do julgador as questões jurídicas, atinentes à definição das regras que retratam a vontade concreta da lei, e as questões fáticas, relacionadas aos acontecimentos que concretizam a vontade da norma. Desse modo, é possível obter-se uma sentença de acolhimento dos pedidos do autor, fazendo valer a vontade concreta da lei, ou de rejeição, caso em que há a atuação da vontade negativa da lei. Independentemente do desfecho da demanda, a vontade alheia é substituída pela decisão judicial, seja na definição da existência ou não da vontade concreta da lei (processo de

conhecimento), seja na satisfação do direito garantido ao credor, por meio de atos materiais que assegurem o cumprimento efetivo da obrigação (processo de execução).

No terceiro ponto, aponta-se que o processo tem como objetivo explicitar a vontade concreta da lei, de modo que não cabe falar na jurisdição como uma atividade que cria a norma aplicada ao caso concreto. Para Chiovenda, as normas existentes são suficientes para a solução das situações que possam vir a surgir e, em caso de lacuna, é possível a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito para supri-las. Se, ainda assim, não for possível suprir-se a lacuna, significa que aquela situação não encontra amparo no ordenamento jurídico e, como tal, ensejará uma sentença que deixará de acolher os pedidos do requerente.

É preciso deixar claro, desde já, que Chiovenda não faz uma distinção clara do que seria procedimento, em comparação com o conceito de processo. Na verdade, o autor confunde tais definições, ao dizer que o processo, e não o procedimento, pode ser de três tipos: de conhecimento, de execução e de conservação, sendo esta a principal divisão entre os tipos de processos existentes no processo civil.

O processo de conhecimento, em sua teoria, pressupõe a definição da vontade concreta da lei, seja de forma positiva, decorrente do acolhimento dos pedidos do autor, seja de forma negativa, quando tais pedidos são julgados improcedentes. Já o processo de execução tem como finalidade efetivar e satisfazer a vontade concreta da lei, ao passo que o processo de conservação visa garantir a possibilidade futura de concretização de um direito.

É importante salientar que Chiovenda não abandona a visão do processo outrora teorizada por Oskar von Bülow como uma relação jurídica entre o juiz, o autor e o réu, na qual há direitos e deveres estabelecidos entre todos os sujeitos processuais. Segundo o autor italiano, a visão do processo como uma unidade decorre do fato de ser um complexo de atos voltado para um objetivo específico, mas também por constituir-se numa relação jurídica.

A relação que configura o processo caracteriza-se por ser autônoma, complexa, de natureza pública e em constante movimento. A autonomia é uma característica extraída a partir da ideia de que a relação processual é formada e existe independentemente da existência ou não da vontade concreta da lei invocada pelo autor e pelo réu, embasando-se no dever do julgador de se pronunciar a respeito dos requerimentos das partes, sejam eles quais forem. Sob essa perspectiva, Chiovenda deixa claro que a ação é um direito atribuído àquele que tem razão, ao passo que a relação jurídica processual constitui-se numa prerrogativa a todos conferida. É dizer, o direito de ação é atribuído a uma das partes somente, sendo ela definida ao final da demanda, por meio da sentença. No processo, por outro lado, há o direito das partes, tanto do autor quanto do réu, ao julgamento do conflito de interesses. Daí porque não há como confundir a relação processual com o vínculo de direito material, sendo este o pano de fundo que embasa aquela, e que se configura como a questão de debate da demanda.

Quanto à característica da complexidade, ela está na circunstância de que a relação processual envolve uma série de direitos, que se organizam na consecução de uma finalidade específica, que é a

concretização da vontade da lei. Para tanto, os atos processuais são direcionados a formar uma unidade, inseridos que estão numa mesma relação jurídica, o que explica o sistema de nulidades e os reflexos que o seu reconhecimento quanto a um ato processual gera nos demais, que lhe sejam subsequentes.

Já o caráter público da relação processual decorre do fato de fundar-se em normas que disciplinam uma função pública e, como tal, comungam da mesma natureza jurídica.

Ademais, deve-se esclarecer que a relação processual encontra-se em constante movimento, sendo desenvolvida pelas partes à medida que atuam no processo na busca por comprovarem as circunstâncias ligadas à relação de direito material. A constituição válida da relação processual é considerada por Chiovenda como requisito que precede a análise do mérito. Desse modo, no processo tem-se um procedimento preliminar, no qual é apurada a higidez da relação processual, especialmente no que se refere à presença das condições da ação, seguido, num segundo momento, da análise quanto à procedência ou improcedência dos pedidos elencados pelo autor na petição inicial. Vale ressaltar que o caráter dinâmico da relação processual não se restringe ao seu desenvolvimento, mas se estende também a sua própria configuração, que pode ser modificada ao logo da tramitação da demanda, como acontece nas hipóteses de substituição processual.

Chiovenda destaca que a relação processual se desenvolve, unindo e sequenciando os atos processuais, sob o eixo do dever do julgador de se manifestar acerca dos requerimentos formulados pelas partes. É essa a tônica que direciona e impulsiona o processo para a sentença, na qual

o juiz deverá pronunciar-se sobre o mérito da demanda, declarando a vontade concreta da lei, na consubstanciação do que hoje se entende pela vedação do *non liquet*. No exercício desse mister, caberá ao juiz analisar as manifestações das partes e as provas produzidas, tudo isso sendo orquestrado sob a sua regência.

De toda sorte, essa sistemática depende da atuação conjunta dos sujeitos do processo, que, na execução dos direitos e deveres recíprocos que decorrem da própria relação processual, voltam-se para a conclusão da demanda por meio do provimento final exarado pelo juiz. Essa reciprocidade de direitos e obrigações, em certas vezes antagônicos, em outros convergentes, é o que confere ao processo o *status* de relação jurídica.

Nas palavras de Chiovenda:

[...] De resto, é praticamente ocioso questionar se o juiz é obrigado também para com as partes, e se o juiz é obrigado em face das partes como pessoa ou como órgão do Estado. Por certo, as partes têm em face do juiz, como pessoa, o poder jurídico de colocá-lo com suas demandas na necessidade jurídica de se pronunciar; e isto nos basta. Às partes correm, ademais, deveres para com o juiz, e direitos e deveres entre si, como a seu tempo se verá. Direito fundamental é o de instar a lide, realizando todos os atos de impulso processual, destinados, em outras palavras, a fazer caminhar o processo, direito correspondente a ambas as partes. (2000a, p. 80).

Por óbvio, que, para que haja o desenvolvimento regular do processo e, portanto, da relação jurídica processual, é preciso que ela tenha sido efetivamente constituída. Para sua constituição, Chiovenda entende ser imprescindível a prévia comunicação da parte contrária, por meio da citação. A atuação das partes que conduz ao

pronunciamento final do juiz deve se dar por meio de interesses opostos, que só podem ser implementados se ambas as partes puderem efetivamente participar do trâmite processual.

A partir da citação, há a formação, por completo, da relação jurídica, que, não obstante ser pautada por atividades diversas dos sujeitos processuais, numa teia de prerrogativas e sujeições estabelecidas entre autor, juiz e réu, possui uma unidade que perdura até o encerramento do processo, quando então deve ser concretizada a vontade da lei, superando o conflito de interesses levado a juízo.

3.3.2 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Ao lado das condições da ação, Chiovenda destaca a necessidade de que também estejam presentes na demanda os pressupostos processuais. Tais pressupostos constituem-se em requisitos necessários para que seja possível obter-se um provimento de mérito, independentemente de qual seja o seu teor. Pode-se nominar, a título de exemplo, a existência de jurisdição, a capacidade de ser parte, a competência do juízo e a capacidade processual.

Sua presença no processo é exigida para que haja o adequado desempenho da jurisdição. Quando não estão presentes, tem-se um vício na relação processual, que, contudo, gera consequências processuais diversas, a depender do pressuposto processual faltante. É dizer, a ausência de certos pressupostos processuais pode produzir consequências mais graves do que a ausência de outros.

De acordo com Chiovenda, os pressupostos processuais podem ser de duas classes. Assim, há aqueles que se mostram imprescindíveis para a regularidade da tramitação do processo e cujo controle é atribuído ao julgador, como acontece em relação aos pressupostos da competência do juízo e da investidura. Existem, ainda, aqueles que são analisados de forma negativa, no sentido de que não devem estar presentes na demanda, para que seja possível o julgamento da questão posta em juízo. Tais pressupostos são chamados de exceções processuais e têm como exemplos a ausência de litispendência e da coisa julgada.

Quando falta qualquer um desses pressupostos, o juiz não poderá analisar o mérito da demanda, devendo, contudo, apresentar os motivos pelos quais julgou daquela forma. Mesmo nessa situação, há a formação da relação jurídica processual, dependente da configuração de um único pressuposto: a existência de órgão jurisdicional, que se avulta como condição imprescindível para o pronunciamento de qualquer decisão judicial, ainda que seja para deixar de analisar o mérito do processo.

Ao tratar dos pressupostos processuais, Chiovenda destaca importante diferenciação entre estes e as condições da ação. A principal delas é que a presença das condições da ação é requisito essencial para que se tenha uma sentença favorável ao autor, ao passo que os pressupostos processuais são necessários para que se tenha uma sentença, independentemente do seu teor.

[...] Em certo sentido, portanto, também os pressupostos processuais são condições da ação, porque, se falecem, impedem uma decisão favorável. A diferença, porém, se torna manifesta se atentamos em que, se as condições da ação equivalem *somente* a condições do pronunciamento favorável, os

pressupostos processuais importam em condições também do pronunciamento favorável (CHIOVENDA, 2000a, p. 93).

Um outro ponto de destaque é que as condições da ação são apreciadas quando do pronunciamento final da demanda, de modo que somente nesse momento é que se exige que estejam presentes. Tais condições são regulamentadas por meio de normas materiais, já que é essa espécie de norma que trata da existência de direitos, da sua não observância e de sua titularidade. De outra banda, a presença dos pressupostos processuais deve ser atestada desde o início da ação, regendo-se por normas de caráter processual.

Justamente por isso é que a análise dos pressupostos processuais precede o exame das condições da ação, cabendo ao juiz aferir a sua presença de ofício. As condições da ação são temas afetos ao próprio mérito da demanda, de modo que sua análise deve ser feita após todo o desenvolvimento do processo. Em último lugar, o juiz verifica a existência ou não da vontade concreta da lei, com o que se finaliza um ciclo lógico e sequencial que deverá ser observado pelo julgador.

3.3.3 A ORALIDADE EM CHIOVENDA

Ao analisar o processo, não se pode deixar de aferir as contribuições das premissas chiovendianas a respeito da oralidade, dada a sua grande relevância para a estruturação de sistemas processuais, como o brasileiro.

Embasado nas legislações e nas diretrizes teóricas de autores da Áustria e da Alemanha, Chiovenda propõe uma reestruturação do sistema processual civil, embasado na oralidade (CRUZ E TUCCI, 2018).

A grande contribuição de Chiovenda não foi trazer para o processo italiano essa espécie de procedimento, uma vez que na Itália já era ele utilizado pelo processo penal. Sua inovação foi propor que tais diretrizes fossem também utilizadas no processo civil italiano, cujos fundamentos arraigavam-se em procedimentos eminentemente escritos.

É interessante destacar que a aplicação do processo oral foi estimulada pelo processualista já no começo de sua carreira acadêmica, desde quando preceituava, em suas pesquisas, a importância da interação dos sujeitos processuais ao longo do *iter* processual, destacando a importância da oralidade para um processo mais simples e célere (CRUZ E TUCCI, 2018).

Nas palavras do autor:

A experiência deduzida da história permite concluir, sem detença, que o processo oral é, com ampla vantagem, melhor e mais conforme à natureza e às exigências da vida moderna, porque exatamente sem comprometer, antes assegurando melhor a excelência intrínseca da decisão, proporciona a com mais economia, simplicidade e presteza. E, pelo que se refere à celeridade do processo, frisamos, desde logo, a esta altura, um dado extraído das estatísticas judiciárias dos países de processo ora em confronto como o nosso, e é que o processo escrito dura em média três ou quatro vezes mais que o processo oral (CHIOVENDA, 2000c, p. 57).

Salienta-se que Chiovenda tem uma explicação para a não adoção da oralidade no processo civil italiano. Segundo suas ponderações, o

processo oral é pautado em diretrizes técnico-jurídicas e, como tal, não compreendidas de forma ampla, mas apenas por uma parcela restrita de especialistas, estes sim conhecedores das vantagens de sua utilização em qualquer tipo de processo, e não somente no processo penal. Essa característica fez com que a oralidade não fosse tomada como prioridade naquele sistema processual.

A disseminação da importância e da possibilidade de adoção da oralidade no processo civil coube aos processualistas da Alemanha, da metade do século XIX, sendo atribuído a Chiovenda o desenvolvimento dessas ideias na Itália e em outras partes do mundo.

A partir dos estudos alemães, em 1877 foi editado o Regulamento Processual Civil nesse país, considerado como um marco legislativo de extrema importância na concretização do processo oral, uma vez que influenciou outras tantas legislações da Europa. Chiovenda destaca que, em momento anterior, foi importante para a evolução dessas premissas os sistemas inglês e norte-americano, e o sistema francês, tendo este último influenciado a consolidação dessa diretriz na Alemanha.

Nas digressões específicas a respeito do processo oral, o autor italiano pontua cinco princípios que lhe são inerentes e que dão os contornos necessários para a sua configuração. O primeiro deles é a preponderância da palavra como forma da prática dos atos processuais, sem se descurar do modo escrito para a sua documentação e, ainda, para a preparação do processo. A utilização do processo oral não significa que a forma escrita será abolida, até porque, segundo Chiovenda, não se poderia falar em um processo com todos os atos orais.

Importante salientar que a utilização combinada desses meios de expressão no processo não redundará na conclusão de que se tenha um processo misto. O que define o processo como oral ou como escrito é a extensão que essa forma ocupa no processo, de sorte que se há mais atos praticados oralmente, ter-se-á um processo oral.

Chiovenda utiliza o exemplo italiano para classificá-lo como um processo escrito, uma vez que as partes, predominantemente, manifestam suas pretensões por essa via. Justamente por isso, não obstante a possibilidade de produção de prova oral, a sua análise e o correspondente julgamento da demanda são feitos após considerável lapso temporal, quando deveriam ocorrer logo após as discussões oralmente apresentadas.

De qualquer modo, mesmo no processo oral, a utilização da forma escrita, como anteriormente salientado, não poderá ser dispensada. Tem ela grande relevância como modo de se documentar a prática de atos processuais, especialmente aqueles produzidos nas audiências, de sorte a conservar o seu teor, para serem utilizados não apenas pelo juiz do processo, mas pelos julgadores de outras instâncias.

Uma outra atribuição cabível ao meio escrito no processo oral é preestabelecer e organizar as discussões que serão levadas a cabo pelas partes. Nesse caso, a demanda inicial deve ser apresentada por escrito pelo autor, nela constando a sua pretensão e os meios de prova que pretende produzir. Assim também deverá ser a manifestação do réu, que incluirá a matéria de fato e de direito (exceções) na tentativa de afastar o acolhimento do direito invocado pelo autor, igualmente com os meios de prova necessários à comprovação de suas alegações.

Contudo, ao contrário do que ocorre no processo escrito, em que todos os atos processuais só serão considerados legítimos se observarem essa forma, no processo oral, ressaltando-se tais manifestações iniciais, a forma escrita não se consubstancia na essência dos atos, mas apenas em mecanismos de apresentação das declarações, que deverão ser enunciadas em audiência. Nesse sentido, as declarações que tenham importância jurídica e que deverão ser consideradas pelo juiz devem ser expostas de forma oral, momento em que poderão ser ratificados, alterados ou mesmo substituídos os apontamentos previamente declinados pelas partes em suas manifestações escritas. Em outras palavras, somente serão considerados em sentença os pontos que forem expostos oralmente, ainda que não tenham sido objeto de petição anterior. Mesmo aqueles que o foram, devem ser novamente apresentados na audiência, sob pena de serem desconsiderados.

Não obstante a dupla função exercida pelos meios escritos – documentação e preparação do processo – seu lugar restringe-se a cumprir tais finalidades, não podendo prejudicar a prática oral dos atos processuais.

Prosseguindo na análise dos princípios do processo oral, a segunda diretriz apresentada por Chiovenda é a imediação que deve existir entre o julgador e os sujeitos que prestam suas declarações em audiência. Tal princípio decorre da necessidade de que o magistrado que irá sentenciar seja aquele que presidiu a colheita da prova oral, porque foi quem teve contato pessoal com todos aqueles que participaram da sessão e pode, em razão disso, obter suas impressões a respeito das questões objeto da demanda. Trata-se, para Chiovenda, do eixo central da oralidade.

O terceiro princípio consiste na identidade física do juiz, de modo que o julgador que conduziu a instrução deve ser o mesmo que irá julgar o processo. Esse princípio é decorrente dos outros dois, ou seja, da oralidade e da mediação. Sob essa perspectiva, a construção da decisão deve partir da atuação do mesmo juiz ao longo do processo, sempre que for possível. Mesmo em julgamentos colegiados tal premissa deve ser observada, impondo-se a todos os juízes que irão julgar o dever de participarem da produção dos meios de prova.

O quarto princípio estatui que os atos processuais devem concentrar-se em uma ou poucas audiências, sem que exista grande lapso temporal entre elas, de modo que sejam seguidas, tão logo, da sentença. Essa diretriz concretiza as anteriores, já que, a partir desse princípio, mantêm-se mais vívidas as impressões tidas pelo julgador na apresentação das alegações das partes e na colheita das provas, evitando-se que outro juiz julgue a demanda. A continguidade entre a audiência e a sentença impede que qualquer afastamento do magistrado, seja por que causa for, como aposentadoria, licença, etc., traga empecilhos a que o juiz que presidiu a audiência seja o mesmo que julgue o processo. E esse mesmo juiz deve julgar, também, os incidentes em audiência, de sorte a evitar que existam decisões conflitantes em uma mesma demanda.

O quinto e último princípio propugna a irrecorribilidade das decisões interlocutórias em recurso próprio e autônomo, devendo relegar sua impugnação à mesma via recursal utilizada para as questões principais. Recurso autônomo para as questões incidentais só são

admissíveis em situações excepcionais e bastante específicas, de modo a se permitir a fluidez do trâmite processual.

Todos esses cinco princípios dão a tônica do processo oral e devem ser observados para que esse modelo seja estabelecido, como regra, nos sistemas processuais. Não obstante, como em todas as questões afetas ao Direito, Chiovenda não coloca tais parâmetros como de aplicação compulsória e a qualquer custo em toda e qualquer demanda. Em situações excepcionais, tais princípios podem ser afastados para dar azo à possibilidade de tramitação e efetividade do processo, como nos casos em que há necessidade de que uma testemunha seja ouvida por outro juiz, quando residir em comarca diversa.

Certo é que a obstinação de Chiovenda em estabelecer o processo oral na Itália gerou frutos, uma vez que o Código de Processo Civil italiano de 1940 trouxe importante regramento a respeito do tema, não obstante tal conquista tenha sido alcançada após sua morte.

No direito brasileiro, o Código de Processo Civil de 1939, igualmente, embasou-se nas ideias chiovendianas e implementou vários dos princípios da oralidade em suas normas, na busca por um enfrentamento do número cada vez maior de processos em tramitação no país, que necessitavam de uma rápida solução, numa perspectiva, hoje tida como imprópria, de que a efetividade relaciona-se à celeridade (MAGALHÃES, 2010). A utilização das proposições do autor italiano na mencionada legislação, acabaram, ainda, por reforçar o papel atuante do julgador no processo, inclusive como forma de se garantir a autoridade do modelo de Estado vigente à época (PICARDI; NUNES, 2011), o que também foi sentido no Código de Processo Civil de 1973.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode falar em ciência processual sem passar pelas digressões teóricas apontadas por Giuseppe Chiovenda, sendo esse autor responsável por estruturar as ideias sobre ação, jurisdição e processo em bases científicas, com uma principiologia e sistematização próprias.

Seu pensamento é construído a partir de um fundamento extremo na lei, em uma valorização das proposições positivistas clássicas, de modo que apenas as normas jurídicas é que deveriam direcionar a condução dos sujeitos processuais. Tem-se, aqui, uma nítida ligação entre sua teoria e as feições liberais que ainda ditavam os rumos do Estado, na época em que viveu.

A todo momento, Chiovenda faz menção à vontade concreta da lei, que, em última análise, é o eixo condutor de todas as suas proposições a respeito da ação, da jurisdição e do processo, sendo o ponto de interseção entre tais instituições da ciência processual, cuja finalidade seria, sempre, expor e aplicar o que a lei estabelecia.

Não obstante afastar expressamente a ideia de utilização de diretrizes supralegais ou de criação do direito pelo processo, o poder do juiz é deveras ressaltado pelo processualista italiano, que entende ser o magistrado aquele que pode, de fato, revelar o que se entende pela vontade concreta da lei. Em outras palavras, a vontade da norma seria aquilo que o juiz entendesse como tal, o que denota a transição que se operava, no contexto histórico de sua teoria, do Estado Liberal para as diretrizes do paradigma do Estado Social.

Embora não tenha sido endossado pelos principais processualistas que lhe seguiram quanto à definição de ação como direito potestativo, revelou-se de extrema importância o caráter público e autônomo do direito de ação propugnado por Chiovenda, restando sedimentada, a partir de suas prospecções, a separação existente entre tal direito e o direito material que serviria de base para a resolução do conflito ocorrida no processo. Foi o autor italiano, ainda, que, em primeiro lugar, teorizou as condições da ação, como requisitos que deveriam estar presentes para a análise do mérito.

Quanto à jurisdição, além de ter sido apontado o seu papel de relevo na configuração da soberania do Estado, Chiovenda foi responsável por destacar a ideia da substitutividade dessa função estatal. A diretriz de que o Estado-juiz substitui a vontade das partes no exercício de sua atribuição monopolizada de dizer o direito no caso concreto tornou-se arraigada à ciência processual, como uma característica ínsita aos meios heterompositivos de solução dos conflitos de interesses, não obstante ter sido ressignificada com a evolução das teorias a esse respeito.

Em suas digressões sobre o processo, Chiovenda endossou a teoria büllowiana da relação jurídica, destacando os direitos, deveres e sujeições que deveriam existir entre autor, juiz e réu. As proposições daquele autor foram importantes no que se refere à diferenciação entre as condições da ação e dos pressupostos processuais e, principalmente, por estabelecer os fundamentos para o processo oral, que, além de inspirarem as legislações processuais da Itália (1940) e do Brasil (1939), persistem adotadas em certos sistemas processuais até os dias de hoje,

como acontece com os procedimentos trabalhistas, previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no Brasil.

Certo é que todas as digressões teóricas apresentadas por Chiovenda serviram como um importante capítulo da evolução da ciência processual e devem ser analisadas no contexto histórico em que foram pensadas e divulgadas. Sabe-se que hoje grande parte do seu pensamento não poderia ser reafirmado nas bases democráticas em que está inserido o direito processual, mas nem por isso devem ser ignoradas as exponenciais contribuições deste que foi um dos grandes processualistas de todos os tempos.

REFERÊNCIAS

- BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. **História do direito como discurso legitimador:** Chiovenda e o direito romano, com especial referimento à doutrina da ação. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza. *Anais eletrônicos* [...]. p. 6055-6066. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3290.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2021.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Alguns mitos do processo (I):** a contribuição da prolusione de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação. *Revista de Processo*. v. 38, n. 216, fev. 2013, p. 57-70.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000a. v.1.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000b. v.2.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000c. v.3.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Giuseppe Chiovenda. Vida e obra.** Contribuição para o estudo do processo civil. São Paulo: Migalhas, 2018.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição.** Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5081776/mod_resource/content/1/Barbi%20-%20p.%2011-110.pdf. Acesso em: 01 mar. 2021.

MAGALHÃES, Joseli Lima. Jurisdição e processo em Giuseppe Chiovenda. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos**[...]. p. 7578-7597. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3501.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2021.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo.** 14. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Forense, 2018.

PICARDI, Nicola e NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro – Origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa do Senado,** Brasília,

a. 48, n. 190, abr./jun. 2011, p. 93-120.

PIMENTA, André Patrus Ayres, *et al.* Processo, Ação e Jurisdição em Chiovenda. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo.** São Paulo: IOB Thonsom, 2004. v.5. p. 17-104.

RAGONE, Álvaro Pérez; SALGADO, José María. Giuseppe Chiovenda. **Revista de Derecho Procesal.** v.2, 2017, p. 659-687.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil.** Processo de Conhecimento. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Adailson Lima e, *et al.* A coisa julgada em Chiovenda. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Coisa Julgada:** de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 05-66.

TAPIA, Isabel. Giuseppe Chiovenda. In: DOMINGO, Rafael (org.). **Juristas Universales:** juristas del XIX. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 565-566. v.3.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción. **Revista de Derecho Privado**, n. 12-13, jan/dez. 2007, p. 127-139.

WIKIPEDIA. **Giuseppe Chiovenda**. Disponível em: [//it.wikipedia.org/w/index.php?title=Giuseppe_Chiovenda&oldid=114418430](https://it.wikipedia.org/w/index.php?title=Giuseppe_Chiovenda&oldid=114418430). Acesso em: 02 mar. 2021.

3

PROCESSO, JURISDIÇÃO E AÇÃO EM JAIME GUASP

Fádua Maria Drumond Chequer

1 INTRODUÇÃO

Entre os renomados pesquisadores do Direito Processual Civil do século XX, despontou, no panorama jurídico espanhol e posteriormente mundial, um dos contundentes e inovadores teóricos processualistas da época, qual seja, Jaime Guasp Delgado, cujos incisivos preceitos resplandecem até os dias atuais.

A partir disso e dos trabalhos decorrentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itáúna¹, especificamente da disciplina *Teorias do processo e da jurisdição, direitos fundamentais e a efetividade de sua aplicação no Estado Democrático*, decidiu-se pelo estudo dos institutos do *processo*, da *jurisdição* e da *ação* sob a ótica do referido e destacado processualista, pesquisador, professor e advogado espanhol, que se notabilizou pelas teorias e posições defendidas, entre elas, a teoria do *processo* como *instituição* jurídica, a *base sociológica* da *jurisdição* e a *pretensão processual*, as quais refletem as diretrizes da análise crítica e epistemologicamente dedutiva que será aqui feita, tendo-se como referencial a sua obra *Derecho Procesal Civil* (1968).

¹ Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais, linha de pesquisa "Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais".

Este artigo trará, inicialmente, uma brevíssima biografia de Jaime Guasp, trabalhando-se, em sequência, os institutos basilares da ciência processual consistentes no *processo*, na *jurisdição* e na *ação*, conceituando-os e caracterizando-os sob a ótica do autor ora estudado, tecendo-se, ao final, as considerações conclusivas.

2 SUCINTA BIOGRAFIA

Jaime Guasp Delgado viveu entre os anos de 1913 e 1986, tendo se formado em Direito no ano de 1935 e obtido o doutoramento no final da Guerra Civil havida em seu país (1940) com a tese *Juiz e Fatos no Processo Civil*.

Premiado estudante, ingressou, aos vinte e três anos, no Corpo de Juristas do Conselho de Estado, órgão máximo de assessoramento do governo, contudo, o ensino e a pesquisa constituíram a sua verdadeira vocação, tendo obtido a cátedra de Direito Processual em Barcelona e, posteriormente, em Madrid, onde chegou a ser Reitor.

Entre as suas muitas e qualitativas produções científicas, destacam-se:

- *Juiz e fatos no processo civil*;
- *Comentários ao Direito Processual Civil*;
- *Direito Processual Civil*;
- *Direito*;
- *A execução processual no Direito hipotecário*;
- *A Arbitragem no Direito espanhol*.

Para finalizar este tópico, traz-se um trecho da biografia do insigne jurista redigida por Pedro Aragoneses Alonso [s.d.], o qual tem atualizado as relevantes obras daquele:

La originalidad de los *Comentarios* radica en la combinación de la aplicación de la exégesis y el sistema, por lo que el análisis del texto legal es siempre precedido por una introducción conceptual. En *Derecho Procesal Civil* encuadra la teoría procesal civil en una estructura perfecta que, además, es aplicable a cualquier otra rama del Derecho.

Por lo tanto, si algo caracteriza su obra es la exposición metódica de su pensamiento. Y es que nunca renunció a la construcción científica del Derecho (*rectius*: a la concepción del Derecho como una ciencia “exacta”). Guasp denunció el error secular de considerar la inexactitud, la imprecisión o la incertidumbre, como características propias del Derecho, y puso de manifiesto las dos causas del error: prestar mayor atención a las leyes que a los hechos (es decir, a las fórmulas propuestas, más que a las realidades que a esas fórmulas se refieren); e incluir el Derecho en el ámbito del deber ser o de la cultura, en vez de hacerlo en el del ser o de la naturaleza.

Demostró que —como quiera que la diferencia entre las ciencias y las letras no radica tanto en su objeto como en la manera de afrontar el conocimiento de la realidad que contemplan cada una— el jurista está más cerca del científico que del literato o del historiador. La exactitud del Derecho como ciencia pasa, para Guasp, por la aplicación de un método, consistente en la abstracción o generalización, en la recogida de datos y en la formación de conceptos. El Derecho, en suma, no puede estar dominado por consideraciones literarias o retóricas.

Todos estos trabajos y los demás que se recogen en el libro *Estudios jurídicos* son los antecedentes de su magna obra, *Derecho*.²

² Disponível em: <http://dbe.rah.es/biografias/11371/jaime-guasp-delgado>. Acessado em: 04.03.2021.

3 PROCESSO

Jaime Guasp (1968, t. I, p. 11) desenvolve a sua obra *Derecho Processual Civil*, ora analisada, a partir do instituto do *processo* e do respectivo conceito, assim preceituando: “El concepto del proceso es el punto de arranque de toda la construcción ulterior de la disciplina, lo que basta para encarecer la especial importancia de su exacta delimitación.”

Para tanto, aponta dois grupos conceituais, quais sejam: “orientación predominantemente material” e “orientación predominantemente formal” (1968, t. I, p. 11).

O primeiro grupo considera o *processo* como “la resolución de un conflicto social” (GUASP, 1968, t. I, p. 11), partindo da premissa do homem como ser que vive em sociedade, havendo, nessa convivência, atritos entre os membros da comunidade. Tais colisões devem ser reguladas pelo Direito, pois, caso contrário, colocariam em perigo *a paz e a justiça sociais*: “la paz, si no se diera regulación ninguna al conficto; la justicia, si se le diera una regulación arbitraria” (GUASP, 1968, t. I, p. 11).

Conforme essa orientação, os conflitos sociais podem resolver-se mediante uma regulação voluntária, chamada *autocomposição*, ou de um terceiro, pela denominada *heterocomposição*: TERCEIRO ESPONTÂNEO – mediação ou *buenos ofícios*; TERCEIRO PROVOCADO – conciliação ou arbitragem (GUASP, 1968, t. I, p. 12).

Ressalva, contudo, Guasp (1968, t. I, p. 12):

Mas para el supuesto de que falle la regulación voluntaria del conflicto se impone la necesidad de una regulación coactiva del mismo; y esta

regulación es la que da lugar precisamente al proceso, el cual impide la derivación bélica de la contienda y su transformación en un duelo o guerra pública o privada.

Significa dizer que, falhando o ajustamento voluntário do conflito, impõe-se a sua regulação coativa por meio do *proceso*, na medida do duelo existente.

Verifica-se, assim, que a colisão se dá entre uma *pretensão* e uma *resistência*, sociologicamente entendidas, as quais dão lugar a uma *lide*, que é, para tal grupo, o verdadeiro objeto do processo, cuja missão seria compor tais conflitos (GUASP, 1968, t. I, p. 13).

A crítica a essa orientação consiste em que: “la existencia de un conflicto no basta para dar nacimiento a un proceso. La disputa de las partes, cuando existe, tiene que ser llevada ante el Juez de alguna forma si se quiere que el proceso adquiera existencia” (GUASP, 1968, t. I, p. 13).

O segundo grupo, por sua vez, se orienta por “la actuación del derecho” (GUASP, 1968, t. I, p. 13), enxergando, no processo, um instrumento destinado à realização, proteção e tutela, ou posto em prática do próprio direito, partindo da ideia do ordenamento jurídico como conjunto de normas destinadas, em princípio, a serem cumpridas voluntariamente pelos particulares, as quais podem ser violadas, devendo tais descumprimentos serem remediados, pois, se não, colocam em perigo a *justiça* e a *paz* da comunidade, fazendo nascer a autodefesa (GUASP, 1968, t. I, p. 13-4).

Crítica-se tal orientação pelo *proceso* se prestar a uma “*realización coactiva*” (GUASP, 1968, t. I, p. 14):

El remedio general de las inactuaciones del derecho no puede por menos, en consecuencia, de incumbir al Poder público, el cual tiene que encargarse, en cualquier organización estatal moderna, de la realización coactiva de aquél, protegiéndolo o tutelándolo cuando sea necesario. El processo es precisamente la institución que se destina a tal realización coactiva.

Considerando-se ambas as orientações, “puede pensarse que el derecho a realizar por medio del proceso es el derecho subjetivo o el derecho objetivo” (GUASP, 1968, t. I, p. 14), ou seja, o *processo* como um meio de realização do direito subjetivo ou do direito objetivo.

Diante disso, Guasp (1968, t. I, p. 15) propõe: “La superación de las dos posiciones anteriores sólo puede lograr-se estableciendo una base sociológica y una base normativa del concepto del proceso.”

Vislumbra-se aí um dos diferenciais da sua teoria, qual seja, o *processo* está alicerçado não apenas em uma *base normativa*, mas, igualmente, em uma *base sociológica*.

Consta que a *base sociológica* reside na existência do homem como um ser que vive com outros seres humanos, isto é, que convive, e, sobre essa base (social), se monta a *base normativa* da *instituição processual*, na medida em que o Direito converte os *problemas sociais* em *figuras jurídicas*, transformando a queixa social em uma *pretensão* (GUASP, 1968, t. I, p. 15).

A partir de tais elucubrações, inova o processualista espanhol ao defender a tese do *processo* como *instituição* destinada à *satisfação de pretensões* decorrentes das *queixas sociais*, conforme se observa no trecho a seguir transcrito:

[...] El derecho dedica, en efecto, una de sus instituciones a la atención específica de las quejas sociales, convertidas em pretensiones, tratando de dar satisfacción al reclamante mediante la institución que se conoce com el nombre de proceso.

El proceso no es, pues, en definitiva, más que *un instrumento de satisfacción de pretensiones* (1968, t. I, p. 15-6).

Ademais, aduz que, dessa concepção processual, advêm três postulados fundamentais inerentes a qualquer *proceso*: todo *proceso* requer uma *pretensão*; toda *pretensão* carrega consigo um *proceso*; nenhum *proceso* pode ser maior, menor ou diferente da *pretensão* correspondente (1968, t. I, p. 16).

Tais *pretensões* podem ser de cognição (constitutivas, declaratórias ou condenatórias) e de execução³.

Paralelamente, complementa Guasp (1968, t. I, p. 16): “La explicación del concepto del proceso propuesta supone la determinación de los sujetos, el objeto y los actos que intervienen en esta satisfacción de pretensiones que se ha considerado como verdadera función procesal.” E sintetiza: “La dualidad mínima insuprimible de todo proceso es la que viene dada precisamente por su fórmula definidora: pretensión-satisfacción” (1968, t. I, p. 17).

Neste ponto da obra em análise, o pesquisador espanhol traz a precisa distinção entre *proceso* e *procedimento*, destacando que, em todo *proceso*, há um *procedimento*, mas a recíproca não é verdadeira, haja vista a existência de procedimentos não processuais, segundo transcrição abaixo:

³ Sobre os processos de conhecimento e execução, recomenda-se: GUASP, 1968, t. II.

Ahora bien, es característico el que, en proceso, la pluralidade de actos que se realizan se encadenan de la misma manera que lo están los dos elementos fundamentales ya señalados, es decir, se ligan de modo que sin cada acto anterior ninguno de los siguientes tiene validez, y sin cada acto siguiente ninguno de los anteriores tiene eficacia. Este encadeamento recibe el nombre técnico de procedimiento.

En todo proceso hay, pues, un procedimiento. Pero uno y otro concepto no se identifican. Existen procedimientos no procesales; [...]. Por otra parte, en el proceso, el procedimiento sólo es la forma extrínseca de manifestarse la figura, no su verdadera e íntima substancia (1968, t. I, p. 17-8).

De acordo com a mencionada teoria da *institución*, “en el proceso existen verdaderamente deberes y derechos jurídicos” (GUASP, 1968, t. I, p. 21), o que significa dizer que, sendo o Estado um dos sujeitos processuais, o poder público contra as partes, assim como a submissão das partes ao *proceso*, que é sempre verificada pelo Juiz, tais deveres e direitos constituem um verdadeiro *vínculo processual* (GUASP, 1968, t. I, p. 21), qual seja, relação jurídica.

Lado outro, adverte Guasp (1968, t. I, p. 21-2) acerca da insuficiência da definição de *proceso* como relação jurídica processual, diante da multiplicidade de relações jurídicas havidas no *proceso* (correlação de direitos e deveres), pelo que não se afigura devido reduzi-las a uma relação jurídica complexa, mas a uma *unidade superior* proporcionada pela figura da *instituição*:

Si, a pesar de ellos, se rechaza la doctrina de la relación jurídica procesal, no es por su inexactitud, sino por su insuficiencia; pues habiendo en el proceso más de una correlación de deberes e derechos jurídicos hay más de una relación jurídica y, por lo tanto, no puede hablarse sintéticamente de la relación jurídica procesal. La multiplicidad de relaciones jurídicas debe

reducirse a una unidade superior, que no se obtiene la mera fórmula de la relación jurídica compleja, si se quiere hallar con precisión la naturaleza jurídica del proceso. Tal unidad la proporciona satisfactoriamente la figura de la institución.

Ato contínuo, define *Institución* como:

un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. Hay, pues, dos elementos fundamentales en toda institución: la idea objetiva o común y las voluntades particulares que se adhieren a la misma; [...].

Asi entendido, el proceso es, por su naturaleza, una verdadera institución. La idea común y objetiva que en él se observa es la satisfacción de una pretensión. Las voluntades particulares que en el proceso actúan se adhieren todas a esta idea común; lo mismo el Juez en su fallo que el actor en su pretensión, que el demandado en su oposición, tratan de satisfacer la reclamación, que engendra el proceso, aunque cada uno de los sujetos processales entienda de una manera particularmente distinta el contenido concreto que en cada caso debe integrar la satisfacción que se persigue (1968, t. I, p. 22).

Ao final da sua proposição sobre conceito e natureza jurídica de processo, o autor espanhol assim a sintetiza:

La institución jurídica procesal se halla, pues, integrada por una pluralidad de relaciones jurídicas, no por una sola relación jurídica, como antes se vio. Hay, por lo tanto, dentro del proceso, numerosas y varias correlaciones de poderes y deberes jurídicos (1968, t. I, p. 23).

In opportune tempore, convém destacar, nesse contexto, que “lo decisivo en una institución es la función que se realiza” (GUASP, 1968, t.

I, p. 32), referindo-se Guasp (1968, t. I, p. 32) ao *processo* como *instituição* pertencente ao direito público, na medida em que:

en el proceso interviene el Estado en una posición jerárquicamente superior a las de los restantes sujetos procesales; el Juez no se halla al nivel de las partes o de los terceros, sino, esencialmente, por encima de ellos; impone la fuerza de su decisión a los otros sujetos del proceso y no la inversa.

Sendo assim, não se pode deixar de ressaltar, na última citação, a superior posição do juiz quanto às partes ou a terceiros, na medida da imposição da sua decisão aos demais sujeitos processuais, a qual deve ser exarada por meio do *processo*, enquanto *instituição jurídica* (*unidade superior* composta de múltiplas relações jurídicas processuais) que se destina à *satisfação de uma pretensão*, para que se atinjam fins não apenas jurídicos, mas, precipuamente, de pacificação e justiça sociais pela solução do conflito.

4 JURISDIÇÃO

Partindo da definição de *processo* como *instituição jurídica destinada à satisfação de pretensões* e da *função* como ponto decisivo em uma *instituição*, o contundente Jaime Guasp (1968, t. I, p. 101) assim conceitua *jurisdição*:

Puesto que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones, que han de verificar órganos específicos del Estado, resulta evidente que es básica en todo proceso la intervención de un cierto órgano estatal. Dicha intervención se conoce, como ya fue indicado como el nombre de *Jurisdicción*. [...] Pero, al fijar el concepto de *Jurisdicción*,

conviene [...] referirse a uma idea más amplia, la idea de función, em virtude de la cual la Jurisdicción, o administración de justicia en sentido estricto, se define como la función específica estatal por la cual el Poder público satisface pretensiones

Em seguida, complementa tal conceito considerando a imprescindível correlação entre *processo* e *jurisdição*, bem como o fundamento desta na função do Estado de satisfazer as pretensões formuladas pelas partes, de modo que não haja perigo à paz e à justiça sociais, além de não se basear em pressupostos de natureza estritamente jurisdicional, mas também sociológicos:

Así, aunque al Estado interesa indudablemente eliminar los conflictos sociales y dar efectividad a los derechos subjetivos que la ley reconoce, o, aún en mayor grado, realizar prácticamente las normas que él mismo ha puesto en vigor, ninguna de las funciones que inmediatamente se dirigen a este fin se basa en supuestos de estricto carácter jurisdiccional. Por el contrario, el fundamento de la Jurisdicción se halla en la idea de que por el peligro que supone para la paz y la justicia de la comunidad una abstención en este punto se ha de concebir como función del Estado la de la satisfacción de las pretensiones que las partes pueden formular ante él (1968, t. I, p. 102-3).

Ao firmar a *jurisdição* como uma função estatal de satisfação de pretensões, a determinação da sua natureza, segundo o processualista espanhol, deve se dar nos âmbitos do *direito político* e do *direito processual*:

II. Para el derecho político, la Jurisdicción ha sido, durante largo tiempo, uno de los poderes básicos del Estado, el llamado *Poder judicial*, teóricamente equiparado a los restantes, pero prácticamente inferior a

ellos, porque, entre otros rasgos, carecía de la potestad de ponerse en marcha espontáneamente y de paralizar el ejercicio de los otros. Al margen de la doctrina de la división de poderes, la Jurisdicción pasa a considerarse como una función pública, atribuida normalmente al Estado (aunque pueda haber también jurisdicciones supra, extra y infraestatales), lo que explica la inclusión de las normas básicas a ella referentes en los textos constitucionales de cada país.

[...] La jurisdicción se perfila así como una función única y exclusiva, dualidade de caracteres que garantiza su esencial imparcialidad.

III. Para el derecho procesal, la Jurisdicción constituye un verdadero *requisito del proceso*, cuya falta impide entrar en el examen de fondo de la pretensión formulada. Dada la importancia de este requisito, su existencia o inexistencia puede, y debe, ser tenida en cuenta de oficio al comenzar el proceso o después de comenzado, con ineficacia, en este caso, de todos los actos anteriores[...]. Entre los requisitos del proceso, la Jurisdicción ocupa el primer puesto y debe examinarse ello en primer lugar: art. 538: faltando la Jurisdicción no puede practicarse válidamente ninguno de las restantes actividades procesales (1968, t. I, p. 104-5).

A partir disso, urge ressaltar: a) a *jurisdição* como uma função pública normalmente atribuída ao Estado, embora possam existir *jurisdições* supra, extra e infraestatais; b) a *jurisdição* como requisito do processo, na medida em que a ausência daquela impede o exame da pretensão formulada neste, eivando de ineficácia o processo, se já iniciado (GUASP, 1968, I, p. 104-5), o que demonstra a dependência do processo, no quesito validade, da função jurisdicional.

Ademais, adverte Guasp (1968, t. I, p. 106) quanto à classificação entre *jurisdição voluntária* e *contenciosa*:

por un criterio demasiado amplio, se agrupan los órdenes jurisdiccionales incluyendo algunas categorías que no tiene verdadera significación

procesal; así, cuando se divide la Jurisdicción *contenciosa* y *voluntaria*, pues la jurisdicción voluntaria no es una figura procesal auténtica, sino una figura administrativa que, por razones de diversa índole, sí confía a órganos judiciales.

Nesse contexto, convém retratar, por último, “las personas en quienes reside la potestad decisoria de cada órgano suelen llamarse Jueces o Magistrados, según la índole personal o colegiada del órgano mismo” (GUASP, 1968, t. I, p. 143), aos quais se atribuem deveres positivos e negativos, contudo, “el deber positivo fundamental es el de prestar la función que les está encomendada, es decir, el de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (GUASP, 1968, t. I, p. 147).

Acrescente-se que, além das atribuições atinentes às *jurisdições contenciosa e voluntária*, há o desempenho de outras atividades, quais sejam:

Juices y Magistrados pueden prestar, además, funciones distintas siempre que les estén expresamente impuestas por una ley, existiendo numerosos casos de intervención de los mismos en la *actividad administrativa* aparte la jurisdicción voluntaria, servicios estadísticos, notariales y registrales, servicios penitenciarios servicios de la vida local y, sobre todo, *servicios de administración de la Jurisdicción*, como nombramientos, informes y correcciones disciplinarias del personal judicial (GUASP, 1968, t. I, p. 148).

5 AÇÃO

Antes de tratar da *ação*, Jaime Guasp (1968, t. I, p. 211) discorre sobre a determinação do *objeto do processo*, qual seja, a satisfação de uma pretensão:

puesto que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de una pretensión, es *esta pretensión misma*, que cada uno de los sujetos procesales, desde su peculiar punto de vista, trata de satisfacer, la que determina el verdadero objeto procesal.

Acerca do tema, prossegue:

la explicación fundamental propuesta de la esencia del proceso obliga a considerar que no hay más que un elemento objetivo básico que sea lógicamente posible: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez. En torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales. La iniciación del proceso, la instrucción y ordenación del mismo y, sobre todo, su decisión tienen una sola y exclusiva referencia a aquélla. Y como esta reclamación no es jurídicamente sino la *pretensión procesal*, que figura en el concepto del proceso mismo, es inevitable extraer de ello la consecuencia de que el inequívoco objeto del proceso lo constituye la pretensión procesal (1968, t. I, p. 211-2).

Assim, não é objeto do processo nem a relação jurídica material deduzida no litígio nem o bem da vida que o processo afeta, sendo ambos apenas instrumentos ou suportes que *nele* atuam, servindo ou amparando o verdadeiro elemento objetivo, que é a *pretensão* (GUASP, 1968, t. I, p. 212).

Nesse contexto, aduz o jurista espanhol acerca da *teoria da ação*:

La *teoría de la acción* si propone, [...], averiguar la esencia jurídica del poder en virtud del cual las partes engendran objetivamente un proceso, el derecho que justifica la actuación de estas partes, el porqué jurídico de que un particular puede poner en marcha, válidamente, a los Tribunales de Justicia. [...], la acción se revela como una premisa esencial de toda la institución, en pilar que, junto con la Jurisdicción, sostiene todo el edificio del sistema (1968, t. I, p. 212).

Extraí-se disso que a *ação* constitui um *poder* das partes pelo qual, validamente, gera-se um *processo* ante os juízos/tribunais, ou seja, pelo qual um particular põe em andamento um *processo*, de modo que a *ação* se revela uma premissa primordial de todo o *processo* (*instituição*) ao lado da *jurisdição*, sustentando o sistema processual. Em outras palavras, “la acción sería el poder jurídico de obtener una actuación jurisdiccional determinada o indeterminada” (GUASP, 1968, t. I, p. 300).

Outrossim, expõe quanto às teorias da *ação como direito concreto*:

las doctrinas de la acción como derecho concreto tropiezan con la grave objeción de que, en realidad, no puede afirmarse que en todo proceso exista un derecho previo al mismo que permita exigir fundadamente una resolución de contenido determinado y favorable, pues puede muy bien ocurrir que el promotor del proceso carezca de este derecho, sin que por ello sea posible sostener que el proceso se há desarrollado en el vacío. Para obviar tal dificultad, observando que el Juez no está obligado, en realidad, a dar a razón a quien la pide, sino a darla a quien la tiene, se formula la teoría de la *acción como derecho a obtener* no una resolución de contenido absolutamente determinado, favorable, sino *una resolución justa sin más* (1968, t. I, p. 214-5).

No tocante às teorias da *ação como direito abstrato*, ou seja, como “el derecho a obtener la actuación de los Tribunales, esto es, el derecho a una sentencia” (GUASP, 1968, t. I, p. 215), Guasp (1968, t. I, p. 215) entende que:

la acción así entendida no es un verdadero derecho, sino una mera facultad, pero la objeción no es atendible porque nada impide, en efecto, que el poder

de actuar ante los Tribunales de Justicia no sea sino una manifestación secundaria de un derecho más amplio.

Em continuidade, distingue os conceitos de *ação*, *pretensão* e *demanda*, ainda que eles se relacionem:

La demanda es un acto de iniciación procesal [...]. La pretensión, fundada o no, en cuanto al trámite, con la demanda, es el auténtico objeto del proceso, el concepto que establece el ámbito dentro del cual el proceso vive, la materia procesal [...].

[...] Concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones: *derecho de acción*, el particular puede reclamar cualquier bien de la vida, frente a otro sujeto distinto, de un órgano jurisdiccional; *pretensión procesal*, iniciando para ello, mediante un acto específico; *demanda*, el correspondiente proceso, el cual tendrá como objeto aquella pretensión (1968, t. I, p. 216).

Sobre *pretensão*, que é objeto do *processo*, acrescenta que “es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración” (1968, t. I, p. 217), ou seja, “es, en realidade, *no un derecho, sino un acto*” (1968, t. I, p. 217).

Os requisitos da *pretensão*, por último, consistem, segundo Guasp (1968, t. I, p. 223), nos distintos *sujeitos* (órgão jurisdiccional, sujeito ativo

e sujeito passivo), *objeto possível*, *idôneo*⁵ e *com causa justificativa*⁶, além das *dimensões de lugar*⁷, *tempo*⁸ e *forma*⁹.

7 REFLEXOS TÉORICOS DE GUASP NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese o pesquisador Jaime Guasp tenha se dedicado ao estudo do Direito Processual Civil, verifica-se, no contexto jurídico brasileiro, a sua maior influência teórica no âmbito penal e processual penal.

O primeiro ponto de tal reflexo que se ora destaca é o art. 59 do Código Penal, o qual detém, no preceito do seu *caput*, uma inequívoca *carga sociológica da jurisdição*, na medida em que, para a fixação da pena, deve o juiz atender a diversos critérios, os quais são expressões da *base sociológica* atrelada à *base normativa* proposta por Guasp. Note-se:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

⁴ "Posible, tanto física como moralmente, porque la imposibilidad de uno u outro orden, v. g., la pretensión que reclame algo ininteligible, o materialmente impracticable, o inmoral, no prodrá producir la eficacia normal de los actos de esta classe" (GUASP, 1968, t. I, p. 223).

⁵ "Idónea, porque la pretensión procesal que se dedujera en un processo concretamente no apto para recibir reclamaciones de la classe de la formulada careceria igualmente de eficacia, v. g., la pretensión de disolución de um vínculo matrimonial intentada deducir en um juicio ejecutivo" (GUASP, 1968, t. I, p. 223).

⁶ "Con causa, porque a falta de justificación objetiva, la pretensión procesal vendría, asimismo, a proponerse inutilmente" (GUASP, 1968, t. I, p. 223).

⁷ "El lugar será el del proceso al que la pretensión se incorpora: concretamente, la circunscripción, sede y local del órgano jurisdiccional que ha de conocer del mismo" (GUASP, 1968, t. I, p. 223).

⁸ "El tiempo será, igualmente, el del proceso a que la pretensión pertenece: concretamente, el del trámite que em dicho proceso esté destinado al planteamiento del objeto básico del litigio; generalmente, este trámite será el de la correspondiente demanda, la cual está exenta de limites temporales directos por constituir el primer acto del proceso" (GUASP, 1968, t. I, p. 223).

⁹ "La forma será, asimismo, la del proceso de que se trate, la cual decidirá, en concreto, si, por el seguimiento del principio de la oralidad o de la escritura, la pretensión deberá deducirse de palabra o por escrito: generalmente lo último, dada la importância de la actividad de que se trata; identicamente, así se resolverá si la pretensión procesal ha de conocer alguna classe de intermediación, v. g., la necesidad de que la precedan, acompañen o sigan algunos otros actos determinados" (GUASP, 1968, t. I, p. 223).

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).¹⁰

Outrossim, um segundo reflexo da teoria de Guasp aqui verificado consiste na soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal de 1988¹¹) fundada no princípio da *íntima convicção dos jurados* (art. 483, III, do Código de Processo Penal¹²).

¹⁰ BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 16 abr. 2021.

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

[...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16 abr. 2021.

¹² “Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

- I – a materialidade do fato; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)
- II – a autoria ou participação; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)
- III – se o acusado deve ser absolvido; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)”

[...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 16 abr. 2021.

Nesse caso, que configura uma exceção no ordenamento jurídico brasileiro, o julgamento do acusado se dá pelos seus pares, os quais se baseiam, para decidir acerca da absolvição dele ou não, nas suas próprias convicções, que independem de qualquer fundamentação ou, inclusive, de amparo legal, de modo a robustecer o poder desses julgadores pela liberdade e desvinculação de suas decisões.

Além dessas hipóteses, constata-se, ainda, o princípio do *livre convencimento motivado* do julgador no tocante à apreciação/valoração das provas produzidas em contraditório judicial (art. 155 do Código de Processo Penal¹³), o qual coaduna com o enaltecimento do poder judicial em Guasp.

Por derradeiro, convém ressaltar a adesão do processualista penal brasileiro Aury Lopes Jr. ao conceito de *pretensão* de Jaime Guasp, na medida em que defende, em detrimento da *pretensão punitiva*, uma *pretensão acusatória*¹⁴:

Partimos do conceito de pretensão jurídica de Guasp para cotejá-lo com a visão de Goldschmidt e sua crítica à teoria de Binding (pretensão punitiva), por ser inadequada e desrespeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal.

¹³ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 16 abr. 2021.

¹⁴ (Re)Discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. In *Revista de Estudos Criminais*, v. 2, n. 6, p. 124-143, 2002. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2006_124.pdf. Acesso em 16 abr. 2021.

Esse resgate temático é crucial para a perfeita captação lógica do desenvolvimento do processo penal.

Sua clara definição impediria - v.g. - que o sistema de justiça negociada fosse levada a extremos (com o acusador negociando um quantum de pena), contrariando o fundamento da existência do processo penal e os próprios limites do objeto.

Ademais, aceitando-se a tese aqui defendida (pretensão acusatória), daríamos um importante passo em direção ao modelo acusatório, pois sendo o Ministério Público titular exclusivo do poder de proceder contra alguém (*ius ut procedatur*), deixando de exercê-lo, não caberia ao juiz caminho diverso que o arquivamento (extinção do feito sem julgamento do mérito) ou a absolvição. Da mesma forma, na ação penal privada, o querelante deixaria de ser visto como um substituto processual (categoria do processo civil) e passaria a ser tratado como titular da pretensão acusatória articulada em juízo.

CONCLUSÃO

A partir da análise da denominada trilogia estrutural do direito processual sob a ótica sociológica-normativa do espanhol Jaime Guasp, demonstraram-se aqui os aspectos distintivos e inovadores dos seus institutos componentes, tendo se iniciado pelo conceito de *processo*, definido como *instituição jurídica* destinada à *satisfação de pretensões* decorrentes das *queixas sociais*.

Constatou-se, também, que o seu conceito de *jurisdição* parte da definição de *processo*, sendo aquela delineada, pelo processualista em tela, como uma *função pública* de satisfação de pretensões e como *requisito de validade do processo*, de modo a solucionar o conflito, promovendo a pacificação e a justiça sociais, o que evidencia as bases sociológicas e normativas do segundo elemento da trilogia.

Na sequência, observou-se que, para tratar de *ação*, Guasp (1968, t. I, p. 300) discorreu antes sobre o objeto do *processo*, que é a *pretensão*, até definir aquela como um *poder* das partes, pelo qual se põe em andamento um *processo*, sendo a *ação* uma premissa de todo o *processo* (*instituição*) ao lado da *jurisdição*, isto é, “el poder jurídico de obtener una actuación jurisdiccional determinada o indeterminada”.

Destacaram-se, por fim, alguns dos seus reflexos teóricos no contexto jurídico pátrio, demonstrando-se a irradiação dos seus precisos e relevantes preceitos processuais/sociológicos para além dos limites espanhol e europeu.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Pedro Aragoneses. **Jaime Guasp Delgado**. Disponível em: <http://dbe.rah.es/biografias/11371/jaime-guasp-delgado>. Acessado em: 04.03.2021.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 16 abr. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 16 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16 abr. 2021.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, Tomo primero.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968, Tomo segundo.

LOPES JUNIOR, Aury. (Re)Discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. In **Revista de Estudos Criminais**, v. 2, n. 6, p. 124-143, 2002. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2006_124.pdf. Acesso em 16 abr. 2021.

4

JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO EM JAMES GOLDSCHMIDT

*Flávio Marcos de Oliveira Vaz*¹



1 INTRODUÇÃO

James Paul Goldschmidt foi um jurista alemão, com estreita relação com Eduardo Couture, outro grande jurista. Goldschmidt

¹ Doutorando e Mestre em proteção e efetivação dos direitos fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Autor da obra: *Transexualidade Infantil para além do binarismo: política pública de inclusão de crianças trans no Brasil*. Um dos autores da obra: *Manual das Relações Familiares e Sucessórias*. Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e Gênero da 48ª Subseção da OAB/MG. Advogado. Especialista em Direito Civil. Especialista em Direito Administrativo. Gestor de Projetos Sociais. Professor universitário. Idealizador do Observatório Lei de Mona. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7315065409155834>.

desenvolveu uma teoria processual para criticar a teoria de Oscar Von Bülow, contudo, o que se verifica no estudo das obras de Goldschmidt é que o jurista acabou incorporando a teoria de Bülow à sua própria. Quando o processo tem uma natureza de relação jurídica processual, estamos implicitamente reconhecendo dentro da teoria da relação jurídica processual a teoria da situação jurídica (por ser mais abrangente), sendo perceptível, dessa forma, que Goldschmidt não se distancia do que foi proposto por Bülow.

Indo além, há também no autor analisado neste texto, uma visão dicotômica da relação processual, como uma disputa em que somente uma parte pode sair vencedora de tal situação. Ainda que seja uma disputa, os elementos processuais, como os pedidos, devem ser sempre pautados pela boa-fé. É como a admissão de que se deve “jogar o jogo”, desde que haja licitude nos mecanismos utilizados para tanto.

Ponto interessante na discussão sobre a obra de James é também sobre a igualdade de condições que se é estabelecida para as partes. Em se tratando de uma competição, todos os que jogam, assim o fazem em equanimidade competitiva, daí a ideia de que quem vencer, vence por usar as melhores estratégias. Há, nesta configuração, um importante papel atribuído ao julgador. O juiz aqui é, evidentemente, o aplicador da lei, mas, além disso, representa a utilização correta do Direito, para que não ocorram injustiças em juízo - surgindo desse ponto a discussão sobre a argumentação como fonte de produção de provas.

Pressupõe-se, para sua plena compreensão, uma esmerada leitura sobre os principais pontos jurídicos discutidos pelo ilustre jurista,

afinal, segundo a sua concepção, somente haverá processo se houver conflito.

2 BREVE CONSIDERAÇÃO SOBRE O AUTOR: VIDA E OBRA

O autor James Paul Goldschmidt foi um renomado jurista alemão, tendo nascido a 17 de dezembro de 1874. O jurista estudou ciências jurídicas em Heidelberg e Berlim, tendo sido professor na Universidade de Berlim de 1919, e se mudado no ano de 1938 para o Reino Unido, em decorrência da política racional na Alemanha nazista. Foi um grande amigo do, também jurista, Eduardo J. Couture.

Entre seus principais trabalhos, podemos destacar as suas contribuições para o processo penal e o direito penal alemão. O autor utilizou uma linguagem simplificada e clara para discutir sobre o processo penal em sua obra. O jurista também teve muito destaque na teoria geral do processo, apresentando dessa vez em seus textos um linguajar mais rebuscado e técnico, passando a dedicar-se quase que integralmente ao processo civil, com alguns elementos e exemplos do processo penal.

James Goldschmidt, como é mundialmente conhecido, faleceu em 28 de junho de 1940 em Montevidéu, no Uruguai.

3 O PROCESSO POR JAMES GOLDSCHMIDT

O estudo do processo como situação jurídica ganhou força nos trabalhos de Goldschmidt em meados do ano de 1925, quando o jurista desenvolveu diversos pontos críticos em relação à teoria do processo até

então discutida na época, numa tentativa, segundo as palavras de Couture, de se tentar romper com “escola privatística e ortodoxa” (COUTURE, p. 11, 2016). Noutras palavras, esse rompimento representar-se-ia como uma forma crítica de desconstrução, ou mesmo atualização da teoria geral do processo que se delineava naqueles tempos. Apresenta o processo como “uma relação jurídica entre juiz, autor e réu, sendo que estes – autor e réu – estariam subordinados à condução do processo pela autoridade jurisdicional” (COUTURE, p. 11, 2016).

Antes de se dedicar profundamente à tríade composta por juiz, autor e réu, o jurista discute em sua obra que o primeiro autor a criar uma ciência construtiva do processo foi Oscar Von Bülow, em sua obra denominada “*A teoria das exceções dilatórias e os pressupostos processuais*”. Goldschmidt, apesar de enaltecer a discussão processual apresentada por Bülow, ao mesmo tempo a contrapõe, apresentando elementos na formação de uma nova teoria, ainda a se ressaltar neste texto. Todavia, apesar de uma proposta refutatória, acaba por incorporar a si próprio a teoria de Bülow, divergindo vez ou outra em pontos específicos, mas em pese o íterim da discussão, sendo bem semelhante de uma maneira ampla.

Goldschmidt, ao discutir a obra de Bülow, indica que o autor “estabeleceu a teoria de que o processo tem o caráter de uma relação jurídica pública existente entre o Estado e as partes” (GODSCHMIDT, p. 11, 2021). Ainda segundo Goldschmidt, a partir dessa relação jurídica entre o Estado e as partes, é que Bülow chegou ao conceito final sobre os pressupostos processuais, sendo a teoria um pilar muito importante,

se não o mais, de sustentabilidade da relação jurídica processual e todos os sistemas do processo.

Dentro da teoria apresentada por Bülow, destacam-se inicialmente as “Exceções Dilatórias”, o que segundo Goldschmidt, constituiria o ponto inicial de discussão da teoria, embora controverso, uma vez que o demandado ganha força quando “aponta a existência de defeitos processuais, e, conseqüentemente, considerava a alegação destes defeitos como exceções que o demandado tinha que propor para que fossem levados em conta.” (GOLDSCHMIDT, p. 11, 2021)

Em contraponto à teoria de Bülow, Couture, discorrendo sobre a teoria de Goldschmidt, explica que o efeito da teoria apresentada tem como respaldo final o fato de não se atribuir às partes as “*obrigações processuais*”, denominação apresentada na obra de Couture. Cabe às partes os encargos ou ônus, em decorrência da relação processual e não as obrigações processuais.

Vale frisar que, apesar de em Bülow se apresentar ou pelo menos se entender que a relação processual possuiria uma natureza estática, ou seja, entre autor, réu e juiz, como configuração triangular, Goldschmidt propõe que, na verdade, essa relação processual nada mais é do que um conjunto de diferentes espécies de situação jurídicas. Os sujeitos se relacionam entre os sujeitos característicos do processo, quais sejam: posição de poder, dever, faculdades, ônus, sujeições e expectativas.

Discorrendo sobre essa relação jurídica entre partes e Estado, Goldschmidt expõe que, independentemente de qualquer situação, o juiz deve conhecer o processo, justamente pelo fato de exercer o papel

de representante do Estado, que tem como obrigação a aplicabilidade da norma – logo, não se discute o papel do magistrado em conhecer ou não o processo, por ser inerente à posição ocupada pela figura do juiz na relação processual. Nota-se que:

Com respeito aos pressupostos, o conceito da relação jurídica não tem nenhuma importância. Tampouco com relação ao seu conteúdo. Claro está que incumbe ao juiz a obrigação de conhecer o processo: mas, para justificar esta obrigação, não é necessária uma relação processual. Tal obrigação se justifica no Direito público, que impõe ao Estado o dever de administrar a justiça mediante juiz, cujo cargo, por sua vez, impõe-lhe, ao mesmo tempo, obrigações frente ao Estado e ao cidadão. (GOLDSCHMIDT, p. 14, 2021)

Contudo, mesmo sendo inerente ao magistrado o conhecimento sobre processo, por ser o representante do Estado nesta função, isso somente será possível com a atuação ativa das partes, ou seja, “a atividade do juiz logra sua incumbência graças aos atos de ‘postulação das partes’, alegações e apresentações de provas, etc.” (GOLDSCHMIDT, p. 15, 2020). Em uma demonstração mais simples da incumbência de responsabilidades das partes em relação ao processo, Goldschmidt apresenta como esqueleto do Processo Civil, o seguinte quadro²:

ATOS DAS PARTES	ATOS DO JUIZ
Alegações Produção de provas Conclusões e instância	Recebimento e apreciação da prova Sentença.

Quadro 1: Síntese das proposições de Goldschmidt da relação processual

² Elaborado pelo autor, em síntese das informações apresentadas por Goldschmidt em sua obra Direito Processual Civil (GOLDSCHMIDT, p. 15, 2020).

Nota-se a construção processual, sob a perspectiva acima citada, como uma obrigação de cooperação entre as partes e o processo, competindo ao juiz o julgamento com base na cooperação apresentada. O cenário ora apresentado ainda traz resquícios da Idade Média, conforme ressaltado por Goldschmidt:

É verdade que, no Direito Romano e até final da Idade Média, o demandado tinha a obrigação de cooperar com a *litis contestatio*, ou seja, de manifestar sua boa vontade de iniciar a fase do procedimento que torna possível uma decisão de mérito. Semelhante vontade se manifestou nos tempos mais avançados simplesmente pela contestação à demanda. Mas tampouco esta obrigação do demandado nasce de uma relação jurídica processual, senão da relação em geral que une o cidadão ao Estado. (GOLDSCHMIDT, p. 14, 2021)

Com a exclusão do Juiz da relação processual, uma vez que, conforme preconiza a imposição do Estado, compete à sua figura apenas julgar, devendo as partes movimentarem toda a ordem processual, é possível notar que Goldschmidt coloca o magistrado como uma figura superior. Segundo Couture, “o juiz se encontra por cima e, por tanto, fora do direito” (COUTURE, p. 12, 2016).

Apesar de haver uma relação processual que demanda movimentação pelas partes, o que se verifica é justamente a intervenção do Estado nas relações particulares, mas somente em casos provocados e que exijam a necessidade de tal intervenção, até mesmo como uma forma de organização pelo próprio Estado.

4 A PROTEÇÃO JURÍDICA COMO EXIGÊNCIA TEÓRICA

Como restou demonstrado até então, nota-se que os sujeitos exercem em juízo uma relação de poder. Contudo, nessa relação as partes estão sujeitas ao conteúdo, como por exemplo, no caso da sucumbência e a sua sujeição ao trânsito em julgado, e a possibilidade de ainda haver recurso. Indo além, Goldschmidt, analisando a relação de poder entre os sujeitos, traduz os fatos como uma situação jurídica. Couture, em uma breve síntese sobre o que seria a “situação jurídica” na perspectiva de Goldschmidt, esclarece que:

O processo não estabelece um complexo de direitos e obrigações para as partes, visando uma finalidade, qual seja, a solução do litígio pela atividade jurisdicional, mas sim uma situação jurídica inerente ao estado da pessoa com relação a decisão final. (COUTURE, p. 12, 2016)

Lado outro, os sujeitos processuais têm a obrigação de respeitar alguns deveres, atuando sempre de acordo com o princípio da boa-fé. O magistrado também tem que cumprir com a boa-fé e aplicabilidade da norma, segundo os dispositivos estampados nos códigos, não podendo negligenciar os *modus operandi* da legislação, sendo sua única função, ou pelo menos o que se espera de tal.

Mesmo que os sujeitos do processo devam atuar com alguns deveres, há também elementos facultativos no processo, como, por exemplo, o caso de nomeação de um assistente técnico. Nota-se tratar de uma relação de direitos e obrigações. Em caso de descumprimento, teríamos as consequências aplicadas, em se tratando de processo, uma

vez que o Estado, conforme mencionado, não intervém nas relações privadas senão em caso de provocação por parte dos sujeitos.

Goldschmidt explica que “por trás de quase todos os direitos subjetivos privados, encontram-se as ações correspondentes” (GOLDSCHMIDT, p. 18, 2021). Contextualizando, o jurista apresenta um contrato de compra e venda que, em caso de descumprimento, teríamos a intervenção do Estado para o seu deslinde e satisfação das partes. Logo, existe uma proteção jurídica, mesmo que haja o descumprimento pelas partes, mas que somente é possível após acionar o Poder Judiciário. Sobre a discussão no âmbito privado, Goldschmidt ainda explica que, em relação aos direitos dos sujeitos

O conceito de exigência de proteção jurídica não é de índole processual, mesmo sendo pública. Ele pertence, na verdade ao âmbito do direito justicial material. Este não é outra coisa, senão o Direito privado considerado e completado desde o ponto de vista jurídico-público. (GOLDSCHMIDT, p. 18, 2021)

Seguindo a linha de raciocínio do jurista, nota-se o processo como sendo uma “entidade jurídica”, ou seja, uma posição meramente sociológica, sendo que o processo como uma instituição jurídica acabou sendo regulamentado em decorrência da sua relevância, fato este a todo tempo estampa os escritos de Goldschmidt.

Às normas de Direito justicial material, o juiz deve aplicar, via de regra, os mesmos princípios aplicáveis ao Direito Civil. Isso vale também para as normas em que a natureza do Direito justicial material se manifesta de modo puro e simples. Sem embargo, há que averiguar se, para estas últimas normas, não terão validade, em certos casos, especialmente com respeito à

colisão temporal ou territorial dos estatutos, princípios especiais. À doutrina de Direito privado – ou processual – internacional incumbe a tarefa de investigar estes princípios. (GOLDSCHMIDT, p. 19, 2021)

Logo, nota-se que aquela relação triangular inicialmente mencionada pelo jurista é falha, sendo que uma perspectiva real de processo na verdade é dinâmica, com diversas situações jurídicas, em que as partes, o tempo todo na relação processual, se comunicam nas diversas formas possíveis.

5 OS DIREITOS PROCESSUAIS

Cumprе esclarecer que, em toda a relação processual, existe uma conduta facultativa das partes. Grosso modo, a parte faz se quiser, uma vez que ela já é advertida pelo ordenamento jurídico: se não fizer, cabe-lhe consequência previamente estabelecida. O ônus, portanto, é uma decorrência, uma complementação de uma conduta facultativa.

Alguns exemplos podem ilustrar: primeiramente, a revelia, ou seja, o réu que sabe que deve contestar o pedido autoral, podendo sofrer as consequências da revelia, mas que, por outro lado, tem autonomia para decidir de vai se defender ou não, ainda que tenha de encarar as decorrências de sua escolha. Outro exemplo é o ônus de prova, em que devem as partes, no momento certo, apresentar as suas provas para não incorrer no que é denominado processualmente de preclusão.

A partir do momento em que o réu contesta uma ação, ou o autor produz alguma prova, temos estampada uma relação processual, ou melhor dizendo, a prática de um ato processual, que possui uma

finalidade específica: contestar, produzir prova, interrogar, entre outras práticas, todas com uma finalidade processual. Goldschmidt esclarece que

Todos os direitos processuais se encontram em uma relação causal com um ato processual, cuja finalidade é levar um fato a prova, ou, pelo menos, com a existência de um meio de prova. Pois bem, como aos direitos processuais corresponde o valor decisivo, compreende-se a tendência de não se contentar com a instituição de um direito material, mas de criar, ao mesmo tempo, um meio de prova e, por conseguinte, uma situação processual favorável. Disso nasceu a jurisdição voluntária, especialmente a instituição dos documentos e registros. Por exemplo, quando um documento não constitutivo, mas somente probatório, atesta o direito, acaso não existente de verdade, de um dos contratantes, e, em troca não existe prova para o direito de um outro, quiçá existente em realidade, prevalecerá o primeiro. (GOLDSCHMIDT, p. 40, 2021)

Goldschmidt ainda expõe que os atos e suas finalidades possuem ligação com o que se espera, enquanto sujeito, de um processo, ou seja, um provimento jurisdicional. O jurista segue expondo que:

Todos os direitos processuais se encontram em uma relação de espera com uma resolução judicial, regularmente com a sentença. Não é esta uma relação final, porque as situações jurídicas da concepção processual não são meios para um fim, mas objetos substantivos de valoração. Trata-se de uma relação de causalidade judicial esperada. (GOLDSCHMIDT, p. 40, 2021)

Nesse diapasão, nota-se que Goldschmidt trabalha o processo como uma situação jurídica conflituosa, não havendo processo sem conflito de interesse. Para o jurista alemão “o conteúdo do ônus processual é uma atuação. É certo que, no processo, o interesse da parte

pode exigir uma omissão, já que certas declarações desfavoráveis o podem prejudicar” (GOLDSCHMIDT, p. 52, 2021).

O conflito é fortemente estampado na teoria de Goldschmidt, uma vez que enxerga o processo como situação jurídica de conflito, como se o processo fosse um duelo entre as partes. Só existe processo se houver conflito, conforme mencionado, e, em via contrária, se não há conflito, não haverá processo.

A partir do momento em que se emerge o conflito, compete às partes jogarem com todas as armas aplicáveis, havendo somente um vencedor: o perdedor que arque com eventuais consequências. Essa relação de duelo é pautada pelo interesse das partes, em que quanto mais forte for o desejo de ganhar, mais ela se aterá às normas e procurar uma maneira legal, conforme já dito, pelo princípio da boa-fé, de obter uma sentença que seja favorável para si. Goldschmidt, argumentando sobre o conflito de interesse diante da parte contrária, na relação de duelo “ganha e perde”, explica que:

Como o ônus do processo é um imperativo do próprio interesse, não há, diante dele, um direito do adversário ou do Estado. Ao contrário, o adversário não deseja outra coisa, senão que a parte não se desincumba de seu ônus de fundamentar, de provar, de comparecer, etc. Encontra-se aqui o fenômeno paralelo dos direitos processuais, frente aos quais não há obrigação. Em troca existe uma relação estreita entre os ônus processuais e as possibilidades, ou seja, os direitos processuais da mesma parte, porque cada possibilidade impõe à parte o ônus de aproveitar a possibilidade ao objeto de prevenir sua perda. (GOLDSCHMIDT, p. 51, 2021)

Para Goldschmidt, o direito processual vai muito além de saber quais as razões do conflito, afinal, como resolver o problema? Logo, nota-se que para o jurista o processo é este *como* e não o conflito em si.

Uma vez que o ônus de prova é extremamente importante no contexto processual, o jurista classifica o ônus em perfeitos e menos perfeitos. Os primeiros, “quando os prejuízos, que são as consequências da contumácia, realizam-se necessariamente” (GOLDSCHMIDT, p. 60, 2021). Como exemplo de um ônus perfeito, o autor apresenta a situação “quando a parte houver deixado de utilizar o procedimento ou recurso dentro do prazo legal, considerar-se à precluso e perdido” (GOLDSCHMIDT, p. 60, 2021).

Sobre o ônus menos perfeito, o jurista esclarece que ele ocorre “quando os prejuízos que são as consequências da contumácia, são produzidos somente arbítrio iudicis” (GOLDSCHMIDT, p. 61, 2021). Por exemplo, “quando a pessoa intimada a depor não comparece à segunda intimação sem justa causa, ou se nega a depor ou persiste em não responder afirmativa ou negativamente, pode o juiz considerar essa pessoa confessa” (GOLDSCHMIDT, p. 61, 2021). Nas palavras do jurista alemão “não existe um ônus completamente imperfeito, visto que, quando uma omissão não pode trazer consigo prejuízos para a pessoa omissa, não há ônus algum” (GOLDSCHMIDT, p. 61, 2021).

Em termos práticos, para Goldschmidt em toda a relação processual é necessário haver uma parte vencedora e outra vencida, senão não pode existir processo. A sucumbência surge dessa relação processual travada entre vencido e vencedor, ou seja, o reconhecimento de quem ganhou ou perdeu o processo, e as consequências advindas de tal duelo.

O próprio conceito de honorários sucumbenciais surge pelas mãos de Goldschmidt. A visão dicotômica apresentada pelo jurista reflete em toda a relação processual, não somente nos honorários sucumbenciais. Quando se fala em interesse recursal, há uma parte que não está satisfeita, logo, possui o desejo de recorrer, e o terceiro nessa relação perde-e-ganha é o juiz, que vai decidir quem vence e quem perde.

Resta cristalino que Goldschmidt trabalha a sua linha teórica pautado na heterocompositividade. Não se fala em processo autocompositivo. E para obter tal provimento é necessário o que o autor denomina de atos de obtenção, atos que refletem a manifestação de vontade das partes. Vejamos:

Os atos de obtenção são atos, mas não negócios jurídicos. Falta-lhes a característica do negócio jurídico, a saber: que o efeito jurídico que se produz apareça como realização da vontade das partes, manifestadas no ato. Em primeiro lugar, nem se requer nem se encontra em todos os atos de obtenção uma vontade dirigida a um efeito, especialmente, não ocorre assim nas afirmações. Ademais, onde se encontra um efeito de fato, a saber, a uma decisão judicial favorável. Este efeito pode realizar-se, mas pode frustrar-se. O efeito jurídico de um ato de obtenção que sempre se produz, a saber, uma situação processual determinada, não necessita estar em consonância com a intenção da parte. Na verdade, aquele depende da idoneidade do ato para alcançar o fim a que se propor. Por exemplo, uma demanda infundada não impõe ao demandado o ônus de comparecer, porque não produz uma expectativa do autor de obter uma sentença favorável, nem sequer nos julgamentos por revelia, a não ser que se trate de embargos de terceiro. (GOLDSCHMIDT, p. 63, 2021)

Goldschmidt não trabalha a autocompositividade, conforme mencionado, e o conceito de jurisdição trabalhado pelo autor é

autocrático, ou seja, o juiz decide de forma unilateral. A jurisdição ainda é um poder pessoal do julgador que permite o exercício da criatividade do juiz em um ato de decisão, estampando de forma clara a teoria trabalhada pelo jurista alemão. Ainda na discussão da autocompositividade, verifica-se que o autor não está preocupado em enaltecer ou dar importância significativa para pacificação social, mas sim o processo como um instrumento onde a relação estabelecida entre os envolvidos preconiza o juiz em posição hierarquicamente superior a todos. A partir dessa discussão, baseada em natureza conflitiva, torna-se mais fácil o exercício de se perceber a importância dos atos de obtenção apresentados pelo autor, conforme se vê:

Um ato de obtenção é admissível se o juiz tem que admiti-lo como meio para produzir o cumprimento de uma promessa ou para prevenir a realização de uma ameaça jurídica, ou seja, se o juiz deve ingressar na averiguação de seu conteúdo. Um ato de obtenção possui fundamento se, por seu conteúdo, é apropriado para produzir o cumprimento judicial de uma promessa ou prevenir a realização judicial de uma ameaça jurídica; em uma palavra, se, por seu conteúdo, é apropriado para conseguir sua finalidade. As condições da admissibilidade são formais, e são determinadas, exclusivamente, segundo o Direito processual. (GOLDSCHMIDT, p. 64, 2021)

Infer-se, assim, que não haveria jurisdição voluntária nos estudos de Goldschmidt, afinal a ideia de processo, segundo o autor, está intrinsecamente e umbilicalmente atrelada à noção de conflito. A visão dicotômica de processo evidencia quem obterá êxito na demanda, ensejando assim, afirmar que será quem for o mais estrategista, como num tabuleiro de xadrez: xequemate.

O processo, segundo os estudos pautados na obra do jurista alemão, é uma técnica procedimental, que somente é possível sua concretização através de ferramentas que solucionam o duelo entre as partes, trazendo a ideia aqui já mencionada de vencedor *versus* vencido.

6 DOS PEDIDOS, DAS AFIRMAÇÕES E APORTAÇÃO DE PROVAS

Estampado dentro dos atos de obtenção, Goldschmidt apresenta o pedido como fruto de uma situação em que “aqueles com relação aos quais os demais estão em uma relação de finalidade”, podendo, dentro desse âmbito, figurarem “os pedidos (solicitações, demanda em sentido amplo)” (GOLDSCHMIDT, p. 66, 2021). O magistrado somente poderá proferir uma decisão se tiver requerimentos que lhes são dirigidos, trazendo conteúdos determinados pelos solicitantes.

Resta claro que o Juiz está adstrito ao pedido pleiteado pelas partes, inclusive para a própria ideia de satisfação e a expectativa do resultado, em conformidade com aquilo que está sendo discutido no processo. Nessa perspectiva, Goldschmidt explica que:

Entre o pedido da parte e a decisão judicial existe a relação psicológica de causa e efeito ou resultado, ou seja, a motivação. A finalidade do pedido é sempre obtenção de uma decisão de conteúdo determinado. O resultado necessário é que o juiz decida sobre o pedido, e o resultado possível (ao qual se arrisca o postulante) é que o juiz indefira o pedido. Do fato de que a vontade da parte requerente não necessita ser dirigida aos resultados que efetivamente se produz, segue-se que os pedidos não sejam declarações de vontade, ou seja, negócios jurídicos. Mas são atos jurídicos, ou seja, participações de vontade. Entre os pedidos figuram não só a demanda em sentido formal, a reconvenção, os recursos, o reconhecimento de pobreza

e os pedidos e solicitações referentes ao julgamento a revelia, mas também, por exemplo, as exceções de impedimento e suspeição e as recusas de testemunhas. (GOLDSCHMIDT, p. 66, 2021)

Assim, um pedido, para que seja deferido, deve satisfazer os requisitos legais que serão averiguados pelo magistrado, que pode ou não o deferir. Sempre será necessário, portanto, que antes de qualquer deferimento de pedido, o Juiz faça análise da sua viabilidade de acordo com o que lhe é apresentado: afinal, conforme bem ressaltado pelo jurista alemão “no pedido admissível, deve ser examinado o seu conteúdo” (GOLDSCHMIDT, p. 69, 2021).

Constante também nos atos de obtenção, encontramos o que o autor denomina de afirmações. Segundo Goldschmidt, “chamam-se assim as participações do conhecimento de fatos ou direitos, que são feitas ao juiz por uma parte, e que são destinadas, e, por sua própria natureza, adequada para obter a decisão pretendida” (GOLDSCHMIDT, p. 73, 2021).

Segundo o autor, “as afirmações são participações de conhecimento, e não declarações de vontade, nem sequer estão no domínio do princípio dispositivo” (GOLDSCHMIDT, p. 73, 2021). É possível haver afirmação em participação de conhecimento, mas é importante frisar que deve ser fornecida como matéria e não apenas uma declaração de vontade. Goldschmidt explica que “a afirmação constitui matéria ou tema, o objeto e não um meio de prova” (GOLDSCHMIDT, p. 73, 2021). Tidas como pressupostos da pretensão que podem ser utilizadas pelos demandantes, as afirmações estão destinadas a obtenção de provimento jurisdicional positivo, favorável,

ou seja, a decisão que se pretende ver concretizada pelo meio jurisdicional, e que não foi devidamente cumprida anteriormente, sendo possível a sua viabilidade somente através de pedido na relação processual. O jurista alemão ainda expõe que “as afirmações não somente devem ser destinadas, senão também, por sua natureza, adequada para obter a decisão pretendida” (GOLDSCHMIDT, p. 75, 2021).

Ainda dentro dos atos de obtenção, encontramos as aporções de prova, que nada mais são do que a possibilidade de persuadir o magistrado sobre a verdade de qualquer afirmação ou fato. Goldschmidt diz que “a proposição da prova é o oferecimento formulado por uma parte de propor um fato concreto, mediante determinado meio de prova” (GOLDSCHMIDT, p. 80, 2021).

A possibilidade de convencer o magistrado da veracidade dos argumentos é variável, tendo como intuito “provocar a comunicação de percepções sensíveis ao juiz” (GOLDSCHMIDT, p. 81, 2021). Em uma situação hipotética, para ficar claro sobre a importância da persuasão do juiz em casos como tais, teríamos um documento escrito que é corroborado pela prova testemunhal, convencendo (ou não) o julgador do teor informado no documento. Sobre a importância desse ato de obtenção, e a sua efetividade na relação processual, o jurista alemão esclarece que:

A produção de prova consiste em tornar um meio probatório. Com a prova processual, chamada de prova história, tem fatos por objeto, deve ser feita, em contraste com a prova lógica, ou seja, a prova de princípios, não por derivação silogística de outros princípios, mas tornando possível ou comunicando ao juiz percepções sensíveis. Portanto, oferece-se como meio

de prova, tudo o que pode ser percebido sensivelmente ou pode comunicar percepções sensíveis. (GOLDSCHMIDT, p. 81, 2021)

Conforme dito anteriormente, o magistrado pode tanto se convencer, quanto o sentido contrário, não estar de acordo, o que acaba culminando em uma decisão às vezes desfavorável. Em caso de apresentação fora do prazo legal estabelecido, o juiz também pode denegar o pedido, conforme informado por Goldschmidt: “a admissão de uma proposição de prova para a análise de seu conteúdo pode ser denegada porque não foi apresentada dentro do prazo ou de acordo com a formalidade exigida” (GOLDSCHMIDT, p. 84, 2021).

Em suma, todos os meios de provas devem ser idôneos e possuir relação com os pedidos pleiteados pelas partes, de forma a efetivar aquilo que se pede. É preciso ter uma correlação com o que se está discutindo em juízo sob pena de prejuízo dos demais atos.

7 DOS ATOS JUDICIAIS

Os atos judiciais, de maneira ampla, imbuem-se de elevada relevância, sendo através deles que se pode manter o fluxo processual e o seu pleno desenvolvimento. Goldschmidt diz que:

No centro dos atos judiciais, encontram-se as decisões. Com efeito, toda a atividade do juiz, como aplicação do Direito, é decisão ou, pelo menos, a pressupõe. Decisão é a declaração de o que o juiz entende justo no caso concreto. É o resultado de um processo mental, e, por isso, um julgamento. Essa qualidade da decisão se manifesta com a máxima clareza em uma sentença declaratória, em que o juiz parece se limitar à participação de um resultado lógico. (GOLDSCHMIDT, p. 106, 2021)

O autor classifica as decisões como sendo decorrentes do resultado de um processo lógico, construído por meio de uma manifestação de vontade. Dessa classificação, o jurista alemão ainda apresenta duas ocorrências relacionadas às decisões, com aplicabilidade do que ele denomina de dupla valoração, ou seja, “em sua qualidade de manifestações de vontade, as decisões serão consideradas sempre, tão somente, como atos de causação” (GOLDSCHMIDT, p. 107, 2021). Em um segundo momento, o jurista expõe que:

Em sua qualidade de resultado de um processo lógico, as decisões são justas e injustas. Como essa estimativa se baseia sempre em uma relação determinada das decisões com sua causa psíquica, a saber, com os atos de obtenção, a estimativa da justiça ou injustiça se aplica, ao mesmo tempo, às decisões em sua qualidade de atos obtidos. (GOLDSCHMIDT, p. 106, 2021)

Goldschmidt trabalha também a ideia de uma decisão injusta, podendo ser interpretada como uma situação que não representa a realidade posta em juízo, que pode mesmo ensejar em tais casos uma aplicação inadequada do Direito, ou seja, um mecanismo para se fazer injustiça. Sobre esta inadequação da aplicabilidade do Direito, o jurista apresenta duas fontes diferentes para tratar do tema, sendo que uma “pode se embasar em um erro de observação (erro ontológico) – cuja força probatória aparente não se corresponde com a força que ele efetivamente tenha. Uma manifestação equivocada, um mau entendimento” (GOLDSCHMIDT, p. 107, 2021). Em contrapartida, na segunda fonte temos “a aplicação inadequada do Direito também pode ser produzida por um erro de subsunção (erro nomológico), originado por ignorância, interpretação errônea” (GOLDSCHMIDT, p. 107, 2021).

Ainda sobre o preenchimento dos requisitos de modo a evitar qualquer perecimento de direito e/ou aplicabilidade errônea de direitos, o jurista esclarece que:

Os requisitos que devem ser preenchidos em uma decisão especial, na sentença, para que seja, pelo menos, possível de ser cumprida, podem ser chamados de pressupostos de sua validade em sentido estrito ou de primeiro grau. Aqui, diz-se respeito com a relação de possibilidade de cumprimento, ou seja, a nulidade, de uma decisão com a sua impugnação, um princípio que, aparentemente, contradiz tanto os requisitos da lógica como os da economia dos processos, o qual, sem embargo, requer-se por necessidades práticas da segurança jurídica. (GOLDSCHMIDT, p. 109, 2021)

Vale a pena frisar que os pressupostos devidamente seguidos e analisados pelo Juiz caminham para uma sentença sem que haja vícios e a necessidade de uma fase recursal. Importante destacar também que os efeitos da decisão são atrelados ao trânsito em julgado, que, se não certificado, pode prorrogar (e delongar) o andamento processual. Os efeitos da sentença são importantes para a concretude do que se é pleiteado pelas partes, principalmente para a parte vencedora que deseja o quanto antes ver o seu direito sendo cumprido e o seu prejuízo, suprido. Goldschmidt esclarece que:

Ao averiguar ditos pressupostos, é necessário afirmar, como ponto de partida, que, por possibilidade de cumprimento de uma sentença, entende-se unicamente o efeito específico e essencial dela, a saber: a coisa julgada. Deve-se deixar de lado os demais efeitos que possam ser unidos a uma decisão, a saber, a executoriedade das sentenças de condenação, o efeito constitutivo das sentenças constitutivas, os efeitos acessórios ou os reflexos que se produzem por algumas sentenças. (GOLDSCHMIDT, p. 110, 2021)

Ainda sobre a importância do trânsito em julgado e o impacto na fase processual, Goldschmidt expõe:

Assim que a sentença transita em julgado, produz-se o efeito de coisa julgada, ou seja, que a pretensão do autor tem força futura perante os Tribunais, como de mérito ou não. Com isso, a situação jurídica processual se desvinculou, mesmo quando produziu, ao mesmo tempo, uma nova situação em atenção a outro processo futuro. (GOLDSCHMIDT, p. 117, 2021)

Por fim, é notória a importância que Goldschmidt dá para a produção de provas, fomentando ainda mais a teoria do duelo, ou seja, aquele que melhor jogar, sairá vencedor, o que somente será possível cumprindo os pressupostos processuais. O xeque-mate em questão somente acontecerá para aquele que usar melhor as estratégias processuais, de forma a sair vencedor no “embate jurídico”.

8 O FIM DO PROCESSO

Por fim, como último tema de debate neste texto, chega-se ao encerramento do processo, tomando por base os estudos em Goldschmidt. A princípio pode-se mesmo acreditar que o fim de um processo pareça muito trivial: pensar o fim do processo como o último ato, a satisfação total pelas partes, o cumprimento estrito da lei. Entretanto, um ponto muito importante para o início do desfecho processual é a coisa julgada. Goldschmidt discute em sua obra sobre a natureza da coisa julgada, argumentando, inclusive, se tratar de matéria controversa, conforme se denota a seguir:

Existem muitas teorias tanto sobre o fim do processo como sobre a natureza da coisa julgada. Uns consideram como fim do processo a decisão de uma controvérsia. Mas existe processo sem controvérsia, por exemplo, o julgamento em revelia. Segundo outros, o fim do processo é dirimir conflitos de vontades. Com efeito, este é o último fim de uma jurisdição contenciosa, mas, com isso, não se esclarece o fim do processo como meio particular para aquele último fim. Tampouco é o fim do processo a coação. Vai exclusivamente implicada na sentença de condenação, e ainda nela não antes da execução. Por último, a proteção jurídica ou a atuação da lei, que se colocou como fim do processo, é, na verdade, seu fim ideal. (GOLDSCHMIDT, p. 23, 2021)

O jurista discute a importância do não subjetivismo no julgamento, pelo simples fato de competir ao julgador aplicar a norma. Segundo Goldschmidt, “as normas jurídicas não somente são imperativos dirigidos aos cidadãos, senão também, são medidas segundo as quais o juiz julga a conduta e o estado daqueles” (GOLDSCHMIDT, p. 30, 2021). Dessa lógica decorre o fato de a discussão do juiz como superior hierárquico em relação às partes, situando o julgador num meio de instrumentalidade, julgando do melhor modo possível.

A figura do magistrado hierarquicamente superior encontra força quando se expõe a ideia de aplicabilidade do Direito, principalmente aliado ao fato de que quem vai aplicá-lo ser o próprio juiz. Isso pode gerar a sensação (na verdade, uma obrigação) de que o magistrado, como conhecedor da lei, sempre a aplicará ao caso concreto, sem que isso implique em problemas subjetivos: afinal não é ele o responsável pela criação da norma, mas somente por sua aplicação. Uma ferramenta importante nas mãos do magistrado, como forma de aplicar a lei,

baseando-se no que foi exposto pelas partes, é combustível para movimentar todo o processo. Nesse ínterim, nota-se que:

A teoria de que a sentença tem o caráter de uma *lex specialis* parece fornecer base científica do movimento em prol do livre arbítrio do juiz. É claro que esse movimento, como essa teoria, parte do princípio de que a lei tem vazios que devem se preenchidos pelo juiz. Mas não considera sentença como lei. Supõe somente que, em caso de necessidade, o juiz deve estabelecer uma nova norma abstrata como premissa maior do silogismo judicial. [...] mas, se supõe que o juiz não cria aquela norma, senão que a deduz da “ideia” do direito, que, nestes casos de lacuna da lei, representa a fonte verdadeira do direito, deixa de existir toda conexão entre o princípio político do livre arbítrio judicial e a teoria segundo a qual o direito objetivo não existe antes da sentença. (GOLDSCHMIDT, p. 24, 2021)

Logo, o ato de sentenciar não se trata de manifestação pessoal do magistrado, mas da aplicabilidade da norma sob pena de injustiça aos sujeitos do processo. De acordo com Goldschmidt, “a sentença produz o efeito de constituir um direito que antes não existia” (GOLDSCHMIDT, p. 25, 2021). Assim, não estamos diante da criação de um direito subjetivo, mas, sim, de aplicabilidade da norma diante de um direito subjetivo posto. Nesse aspecto, o jurista alemão explica que:

A sentença não é, tampouco, a criação de um direito subjetivo, ou seja, não é negócio jurídico. Muitas vezes propugna-se a teoria contrária, chamada teoria material da coisa julgada. Essa teoria sustenta que à sentença corresponde uma eficácia constitutiva, a saber, que a decisão, que declara ser cabível a demanda, constitui, e a decisão denegatória extingue o direito objetivo do pleito. (GOLDSCHMIDT, p. 25, 2021)

Ao aplicar a norma, o que se leva em consideração são justamente as estratégias utilizadas pelos sujeitos para alcançarem o fim pretendido, cabendo ao juiz analisar e julgar pautado por esses elementos. O jurista diz “as normas jurídicas não somente são imperativos dirigidos aos cidadãos, senão também, são medidas segundo as quais o juiz julga a conduta e o estado daqueles”. (GOLDSCHMIDT, p. 30, 2021).

Por fim, o magistrado não pode errar ao aplicar a norma, pois ao se equivocar estaria violando a interpretação da referida norma: infere-se desta maneira por se acreditar que o julgador deve estar preparado para exercer tal função e, se comete esse tipo de erro, oportunizaria indagações que desabonem sua aptidão para a responsabilidade da função (também hierarquicamente falando), e isso não pode ser admitido em hipótese alguma. Nada que possa minar essa superioridade, pode ser tida como uma ocorrência normal e esperada.

CONCLUSÃO

O que se verifica, observando-se sob uma ótica ampla de sua obra, é que Goldschmidt criou uma teoria para contrapor à de Bülow, mas acabou por introduzir, ainda que dentro de um espectro maior, os mandamentos emanados de Bülow. Estamos diante de uma relação jurídica processual em que o Juiz é figura superior e não se encontra no patamar de igualdade na relação triangular.

Os sujeitos só competem na relação processual em condições de igualdade quando todos possuem os direitos de se manifestarem, seja

em produção de provas ou defesas. Fica a critério dos disputantes tal manifestação, desde que cientes de que não fazê-lo pode, eventualmente, implicar em consequências pelo ato. Aqui são inúmeros os exemplos apresentados por Goldschmidt, inclusive surgindo neste ponto a sucumbência, ou seja, quem perdeu o duelo deverá arcar com custas e honorários. Elucida-se também a revelia, a ausência de manifestação do réu, que pode implicar em consequências terríveis para si.

O jurista alemão apresenta a relação processual como um cenário de disputa, um jogo em que o vencedor leva “a melhor”. Um duelo entre as partes tendo como julgador o magistrado, que, ao final, só vai decidir quem ganhou ou perdeu, de acordo com as estratégias utilizadas no jogo.

Goldschmidt não fala em autocomposição. Somente há processo se houver conflito. Não se discute em sua obra meios autocompositivos de solução de conflitos, mas sim o famigerado litígio. A instrumentalidade processual em sua aplicabilidade máxima, instrução, produção de provas, sentença, coisa julgada, recursos, enfim, tudo que possa ser atribuído dentro de uma relação processual. Todavia, tudo é elucidado com base no que é requerido, nada aquém, nada além.

O magistrado deve julgar orientado pelas estratégias apresentadas neste jogo, mas não pode se escusar de julgar alegando desconhecer o Direito, sob pena de prática de injustiça e ser taxado de ignorante, quando deveria agir em consonância com a responsabilidade que o cargo lhe imbuí.

Pelo ditado popular, *de médico e louco, todo mundo tem um pouco*, pode-se dizer que na seara comum da advocacia, *de médico e Goldschmidt, todo advogado tem um pouco*, afinal, não é difícil se perceber que este é seu lugar-comum: lutar com afinco na defesa do seu cliente, desenhando estratégias e cuidando de sua execução minuciosa, como se de fato se tratasse de um jogo tendo o troféu por objetivo.

REFERÊNCIAS

Goldschmidt, James, 1874-1940. **Princípios gerais do processo civil**/ James Goldschmidt; trad. De Hiltomar Martins Oliveira. – Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

Goldschmidt, James. **Direito processual civil**. / James Goldschmidt./ 1ª ed. (ano 2003), 5ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2020. (Trad. De Ricardo Rodrigues Gama).

Goldschmidt, James. **Teoria geral do processo** / James Goldschmidt; tradução Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

Penido, Flávia Ávila. **Processo e Interpretação em Eduardo J. Couture**. / Flávia Ávila Penido. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

5

JURISDIÇÃO, PROCESSO E AÇÃO EM FRANCESCO CARNELUTTI

*Frederico Rodrigues Assumpção Silva*¹

*Fabício Veiga Costa*²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata dos aspectos mais relevantes relacionados à obra de Francesco Carnelutti, processualista italiano que publicou sua principal obra nas décadas de 1930-1940. O “Sistema”, que vem a ser a obra mais importante do autor, tem como base o termo *lite* (litígio), que pode ser conceituado como ideia extraprocessual ou meta processual.

Carnelutti organizou sua obra sobre três ideias centrais: realidade, instrumentalidade e unidade do Direito, subdividindo a ciência processual italiana em quatro fases: escola exegética; período das teorias particulares; período da teoria geral do processo de conhecimento; período da teoria geral do processo.

Entendendo a ciência como meio de depuração de conceitos, Carnelutti definiu “interesse”, “conflito intersubjetivo de interesses”,

¹ Doutorando e Mestre em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais – Linha de pesquisa em Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais, pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Notarial e de Registro pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas. Tabela de Notas e de Protesto de Títulos na comarca de Carmópolis de Minas/MG. E-mail: fredsilva14@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3418848349505703>

² Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – Mestrado e Doutorado. Doutorado e Mestrado em Direito Processual – Pucminas. Pós-doutorado em Educação – UFMG. Pós-doutorado em Psicologia – Pucminas.

“mandato abstrato”, “mandato concreto”, “pretensão”, “litígio”, “processo”, dentre outros termos.

O presente trabalho foi subdividido em subtítulos. Além desta introdução e das considerações finais, a vida e a obra do autor serão tratadas no segundo subtítulo. O terceiro tópico dará especial ênfase aos conceitos formulados pelo autor e que embasaram a sua teoria sobre o processo civil.

Os subtítulos quatro, cinco, seis e sete tratarão respectivamente sobre: jurisdição e processo; conciliação, mediação, compromisso e transação; processo executivo; processo cautelar.

No tópico oito serão abordados os temas relacionados à função processual, processo sem litígio e processo voluntário. O item nove tratará do resultado do processo civil, enquanto no item dez a questão debatida será a estrutura do processo e os elementos do litígio.

O subtítulo onze tratará ação e juízo. O item doze abordará o órgão judicial, que tem especial atenção de Carnelutti. E, finalmente, o item treze terá como objeto os temas ação, processo e procedimento.

Optou-se por trabalhar o “Sistema” na mesma ordem lógica e cronológica utilizada por Carnelutti, iniciando-se na depuração de conceitos a partir do primeiro volume da obra, a fim de que se compreenda a teoria geral do processo civil proposta pelo autor italiano.

2 VIDA E OBRA

2.1 DADOS BIOBIBLIOGRÁFICOS

Francesco Carnelutti nasceu em Udine no ano de 1879. Estudou na Universidade de Pádua, doutorando-se em 1900. Advogou nas áreas cível e penal desde o fim do primeiro ensino. Dentre outras atividades como docente, lecionou Direito processual civil na Universidade de Pádua de 1919 a 1935 e, a partir de 1935, passou a lecionar a matéria na Universidade de Milão (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 5).

Em 1919 começou suas publicações sobre Direito processual. “Lezioni di Diritto processuale civile” é considerada o esboço de sua principal obra, “Sistema di diritto processuale civile”. Esta abrange quatro volumes publicados respectivamente nos anos de 1936, 1938 e 1939 e 1943 (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 6).

Em 1923, juntamente com Chiovenda, Carnelutti funda a “Rivista di Diritto Processuale Civile”, cujas publicações constituem a base de seus quatro volumes de “Studi di Diritto processuale”, publicados entre 1925 e 1939 (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 7).

No final da década de 1930, encomendou-se a tarefa de fazer o novo Código de procedimento civil a três dos mais prestigiosos processualistas italianos: Calamandrei, Carnelutti e Redenti. O texto foi promulgado em 28.10.1940 e entrou em vigor aos 21.04.1942, mas não é obra de Carnelutti, ao contrário do Projeto de 1926 (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 8). Assim, apesar de não conseguir ver promulgadas legislativamente suas concepções processuais no seu país, sua teoria

balizou e preparou a renovação efetuada nos anos seguintes (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 8).

Carnelutti também publicou sobre Direito penal e empresarial (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 8-11). Sua principal obra, “Sistema di diritto processuale civile”, doravante denominada apenas Sistema, será abordada no presente artigo.

2.2 CARACTERÍSTICAS E SIGNIFICADO DA OBRA

Segundo Niceto Alcalá-Zamora e Castillo, a quase totalidade dos processualistas italianos foi influenciada pela escola sistemática, que tem como fundador Chiovenda. Porém, Carnelutti pode ser considerado como discípulo distanciado e quase iconoclasta de Chiovenda (CARNELUTTI, v. I, p. 11-12).

Como trabalho doutrinário, o pensamento processual de Carnelutti se sintetiza no Sistema. A base e a chave do Sistema aparecem no termo *lite*, traduzido por Alcalá-Zamora por litígio e que se apresenta como ideia extraprocessual ou meta processual, a cuja justa composição está adscrito o processo (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 13).

Para Carnelutti, litígio e processo, longe de serem palavras sinônimas, diferenciam-se, até o extremo de que pode haver litígio sem processo e vice-versa (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 14).

2.3 ASPECTOS IMPORTANTES DA OBRA

Francesco Carnelutti assevera que a ciência é o único caminho que tende à depuração e ordenação dos conceitos (CARNELUTTI, 2004, v. I,

p. 29). Segundo o autor, sua obra repousa sobre três ideias capitais que contemplam a realidade, a instrumentalidade e a unidade do Direito.

Realidade (concreteza) é o Direito na prática. Direito não é um código de normas apenas, mas um Parlamento, um Tribunal, um estabelecimento penitenciário, dois homens que contratam etc. Instrumento, por sua vez, é meio, ou seja, o Direito não é um fim, senão um meio, um instrumento. Carnelutti também entendeu o Direito como unidade; porém, construiu em sua obra ora estudada uma teoria do Direito processual civil (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 29-34).

Carnelutti subdivide a ciência processual italiana em quatro fases: 1) Escola exegética, inspirada na escola exegética francesa, na qual há o predomínio de comentários e interpretações e que tem suas principais obras publicadas nos anos de 1872, 1876, 1870 e 1908; 2) Período das teorias particulares, denominado período de transição, cujas obras foram publicadas entre 1902 e 1906; 3) Período da teoria geral do processo de conhecimento – também denominada escola alemã ou escola de Chiovenda –, de tendência dogmática, com destaque para a teoria do processo de conhecimento; obras publicadas entre 1913 e 1923 e entre 1933 e 1934; 4) Período da teoria geral do processo: destaque para as instituições do processo de conhecimento e de execução, civil e penal.

A obra “Lezioni di diritto processuale civile”, publicada entre 1920 e 1931 por Francesco Carnelutti, objetivou ser a primeira tentativa de síntese da teoria geral do processo, situada na quarta fase da ciência processual italiana. O “Sistema”, segundo o próprio autor, aspirou ser uma segunda tentativa, mesmo imperfeita, desse mesmo propósito (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 46-47).

A doutrina processual espanhola também é dividida em quatro períodos distintos por Carnelutti: 1) Judicialistas: fortemente influenciados pela Escola de Bolonha (retrocede-se até o século XIII); 2) Tendência dos práticos, que tem como características principais a contemplação da matéria processual mais como uma arte do que como ciência e a escrita em língua castelhana ao invés do latim (compreende-se entre os anos de 1563 a 1845); 3) Tendência procedimentalista: ano de 1930, marcado pelo início da codificação processual civil. Tem como principais temas a organização judicial, a competência e o procedimento. 4) Fase do processualismo científico: período compreendido entre os anos de 1922 e 1942: traduções de Chiovenda, Calamandrei, Eichmann, Kisch, Ugo Rocco, Carnelutti, Couture, Francisco Campos, Goldschmidt, Liebman, dentre outros (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 49-54).

3 CONCEITOS

Conforme exposto no item anterior, Carnelutti defende a correta ordenação e depuração de termos e conceitos, tarefa indispensável para o entendimento científico do Direito. Para o autor, “interesse” é a posição favorável à satisfação de uma necessidade (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 55-60). Há conflito de interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade excluir a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta (CARNELUTTI, 2004, v. I, p 60-61).

O conflito intersubjetivo de interesses, por sua vez, é a circunstância elementar do fenômeno jurídico, ou seja, o conflito de

interesses de duas pessoas distintas. A importância desta hipótese emana do perigo da solução violenta. A solução poderá ser pacífica (moral). Porém, por haver temor em relação à força do outro, a solução poderá ser contratual. Se, por outro lado, o temor é em relação à força de um terceiro, a solução seria arbitral. Estas duas últimas formas de solução são efêmeras, uma vez que a paz dura enquanto subsistir o medo ao adversário ou ao terceiro (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 61-62).

O interesse na composição dos conflitos surgiria do impulso que os homens têm de encontrar um meio que elimine a solução violenta dos conflitos de interesses, enquanto tal solução entrar em conflito com a paz social, que é o interesse coletivo supremo (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 62-63).

O autor prossegue afirmando que a regra por si só não é suficiente. Em caso de conflito, os homens, mesmo a reconhecendo justa, podem sentir-se impulsionados por seu interesse a não acatá-la. Por isso, a regra tem de ser completada com o mandato. O mandato é a imposição da regra por meio da força (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 64-66).

A regra se converte em Direito quando se traduz no mandato, que pode acontecer de dois modos diferentes: mandato abstrato (norma jurídica); mandato concreto (sentença). O mandato abstrato proporciona ao cidadão conhecimento preventivo da regra que deve uniformizar sua conduta. Porém, uma fórmula dificilmente se aplica a todos os casos. Ou seja, o mandato abstrato tem necessariamente a rigidez que se adapta mal à infinita variedade de casos práticos. A fim de corrigir os defeitos do mandato abstrato, elaboraram-se diversas

instituições, entre as quais destacam-se o direito subjetivo e o processo declaratório.

No Direito subjetivo a atuação fica entregue à vontade do titular do interesse protegido, com o que a norma adquire uma maior elasticidade. No processo declaratório, a fim de corrigir a incerteza do mandato abstrato, a aplicação da norma jurídica pode ser feita imperativamente pelo juiz, com o que a norma adquire, para o caso dado, a certeza (acertamiento) (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 66-69).

Direito subjetivo, portanto, seria o interesse cuja tutela depende, não apenas em parte, como totalmente, da vontade do interessado. Quando a tutela depender, em todo ou inclusive em parte, da vontade do interessado, este tem em suas mãos o poder de fazer atuar o Direito objetivo, isto é, o mandato. A força não é do interessado, a não ser do Estado, ou em outros termos: a força não é do Direito subjetivo, senão o Direito objetivo (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 75-80).

Por outro lado, o conflito pode dar lugar a uma atitude da vontade de um dos sujeitos, concretizada na exigência da subordinação do interesse alheio ao interesse próprio. Esta exigência é o que se chama pretensão. Pode acontecer que, diante da pretensão, o titular do interesse oposto se decida a sua subordinação. Em tal caso, a pretensão é bastante para determinar o desenvolvimento pacífico do conflito. Mas com frequência não acontece assim. Então, à pretensão do titular de um dos interesses em conflito se opõe a resistência do titular do outro. Quando isto acontecer, o conflito de interesses se converte em litígio. Chama-se litígio ao conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. O litígio é um conflito

de interesses qualificado; e por isso apresenta um elemento ou aspecto material (conflito de interesses) e um elemento formal (conflito de vontades). Enquanto na relação jurídica o conflito de interesses se compõe por meio da coordenação de vontades, no litígio o conflito se traduz em uma luta de vontades (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 92-95).

Carnelutti conceitua “posse” como estado de fato que representa a realização da pretensão. Enquanto a pretensão visa o prevalecimento do interesse próprio sobre o interesse alheio, a posse o realiza imediatamente (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 95-96).

Quando a pretensão acompanhada ou não da posse, encontrar resistência e não conseguir vencê-la por si, faz falta algo para que se conserve a paz social. Este algo tem uma distinta função, conforme o conflito esteja ou não regulado pelo Direito. Na hipótese negativa, e também se o conflito não estiver ainda composto em uma relação jurídica, do que se trata é de fazer intervir frente a ele um mandato (concreto), que realize a composição do mesmo. Na hipótese positiva, posto que o mecanismo do Direito, qual se descreveu até aqui, se tenha revelado insuficiente para obter sua finalidade, trata-se de integrá-lo com um dispositivo ulterior, apto para por-lhe remédio. Em ambos os casos, esse algo é o que Carnelutti denomina processo.

A denominação de processo é relativamente moderna, segundo o próprio Carnelutti. Em outros tempos, pelo contrário, falava-se de juízo (*iudicium*). Segundo a acepção comum, processo, como procedimento (*de procedere*), indica uma série ou uma cadeia de atos coordenados para a obtenção de uma finalidade. Especialmente, existe processo sempre que o efeito jurídico não se alcança com um único ato e sim por meio de um

conjunto de atos, quando cada um deles não puder deixar de se coordenar aos demais para a obtenção da finalidade. Daí que a noção de processo seja interferente com a de ato complexo. Neste sentido, pode-se, desde já, falar de um processo legislativo ou de um processo administrativo, como série de atos realizados para a formação de uma lei ou de um decreto. Mas na linguagem jurídica denomina-se processo à série de atos que se realizam para a composição do litígio; e Carnelutti chama processo unicamente o processo judicial.

Por conseguinte, a noção grosseira de processo que se extrai das premissas contidas no parágrafo anterior, e que será elaborado em seguida, é a de que se trata de uma operação mediante a qual se obtém a composição do litígio (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 97-98).

Carnelutti também diferencia normas materiais e instrumentais. O faz sob o ponto de vista da diversa finalidade a que servem: as normas materiais compõem imediatamente um conflito de interesses, impondo uma obrigação e atribuindo – eventualmente – um Direito (subjeto); as normas instrumentais, o compõem mediamente, atribuindo um poder (de compor) e impondo correlativamente uma sujeição. O mandato abstrato tem sobre o concreto a vantagem de conseguir uma maior estabilidade das relações sociais, porém tem o inconveniente de desenvolver uma menor eficácia para o caso singular (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 110-113).

Carnelutti conceitua Direito processual (formal ou instrumental) como conjunto de regras que estabelece os requisitos e os efeitos do processo. Essa regulação acontece, principalmente, pelo lado da forma. Não obstante, nem todas as normas processuais são instrumentais; a

regulamentação jurídica do processo acontece também por meio da constituição imediata de relações jurídicas em que existem não apenas poderes e sujeições, mas, além disso, obrigações e Direitos (subjettivos) processuais: a obrigação do vencido com respeito ao pagamento de custas e de danos, a obrigação do juiz de exercitar seu poder, a obrigação da testemunha em narrar ao juiz os fatos que conheça, nascem precisamente de normas processuais. A posição proeminente atribuída aos oficiais do processo, cujo protótipo é o juiz, deve induzir resolutamente a reconhecer o caráter público do mesmo. Um dos fenômenos que devem ser atentamente considerados para apreciar o caráter público ou privado das normas processuais é o de sua derogabilidade por vontade das partes (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 137-143).

4 JURISDIÇÃO E PROCESSO

Carnelutti distingue jurisdição e processo sob o ponto de vista funcional. Função processual seria o gênero, enquanto função jurisdiccional seria espécie. Nem todo processo implica o exercício de jurisdição, uma vez que a execução forçada, por exemplo, implica processo e não jurisdição. Historicamente, a *jurisdictio* foi exatamente a manifestação do *imperium*, ou seja, do poder de mandato atribuído ao magistrado superior romano que consistia em fixar regras jurídicas e que se distinguiu, tanto do poder militar, quanto do poder coercitivo. Apenas devido a que essa fixação de regras acontecia por meio do processo, o mesmo nome serviu para designar o fim e o meio, e por conseguinte, nem tanto a função jurídica, quanto a função processual. Assim explica-se que

se tenha acabado por chamar jurisdição a esta última, inclusive quando é execução (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 221-223).

Carnelutti também diferencia processo declaratório e processo dispositivo. O processo declaratório ocorre quando, existindo uma norma material para a composição de um conflito, o juiz se limita a acertá-la, ou seja, a fazer sua aplicação obrigatória ou vinculativa. O resultado do processo declaratório é o acerto, que consiste na aplicação qualificada da norma jurídica. O acerto é a regra em nosso ordenamento jurídico. Porém, tal regra está e deve estar sujeita a numerosas exceções, uma vez que o conjunto das normas materiais é um sistema rígido, enquanto o conjunto das relações sociais é uma massa em movimento. O processo dispositivo (constitutivo), por outro lado, ocorre quando, por não existir uma norma material, uma norma instrumental permita ao juiz o poder de compor um conflito de interesses. Nessa hipótese, a finalidade a que serve o processo é muito diferente, pois não se acerta um estado jurídico preexistente, e sim que se forma *ex novo* um mandato concreto para a composição de um conflito que não está diretamente regulado pelo Direito. No processo dispositivo, portanto, o juiz não declara, e sim, cria Direito. Porém, o juiz não é livre, posto que sempre tem de aplicar uma regra. Ao processo dispositivo se dá o nome de processo ou juízo de equidade. Chama-se equidade à justiça quando reveste a forma de um mandato concreto e se adapta desse modo ao caso singular (justiça do caso singular); e posto que essa formação ou adequação se produz por obra do juiz, caberia também, chamar à equidade justiça do juiz (em antítese com a lei como justiça do legislador) (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 223-227).

O processo declaratório é subdividido em processo de condenação, processo de accertamento constitutivo e processo de simples accertamento.

Na condenação, o processo atua quando uma parte pretenda, frente à outra, que esta fique sujeita às consequências do descumprimento de uma obrigação sua. A obra do juiz tende à restauração do Direito violado. O processo de condenação do devedor cambiário, previsto no artigo 324 do Código de Comércio italiano então vigente, seria um exemplo (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 227-229).

No processo de accertamento constitutivo, produz-se a intervenção do juiz entre as duas partes que contendam acerca de uma relação jurídica delas porque por consequência da realização de determinados pressupostos, pretendam sua modificação. A separação pessoal seria um exemplo de processo de accertamento constitutivo, nos termos do artigo 150 do então Código Civil italiano (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 227-229).

No processo de simples accertamento (declaratório puro), uma parte pode solicitar ao juiz unicamente que acerte seu modo de ser. O juiz declara o modo de ser. Nesse caso ocorreria um simples accertamento. O artigo 2.126 do Código Civil italiano, que trata os efeitos da interrupção da prescrição, exemplifica o processo de simples accertamento (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 227-229).

A condenação pertence ao processo declaratório, já que o que o juiz faz é uma aplicação vinculativa das normas jurídicas. A condenação não se confunde com a execução. É exatamente a lei a que atribui ao órgão executivo o poder de realizar a execução, quando se tenha violado uma obrigação. A intervenção do juiz na preparação da execução não se pode

traduzir, pois, mais que no acertamento da sanção a que o obrigado deve ser submetido. Carnelutti distingue três espécies de sanções jurídicas, quais sejam: restituição, pena e ressarcimento do dano. O processo de condenação estaria associado apenas à restituição (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 229-232).

No processo de acertamento constitutivo o juiz não faz mais que declarar a existência dos pressupostos previstos pela lei, da qual deriva, e não da vontade do juiz, a modificação da relação, pelo que cabe dizer que enquanto no processo dispositivo o juiz tem as mãos livres, aqui as tem atadas. Chama-se processo constitutivo porque a modificação de um estado jurídico preexistente se traduz na constituição de um estado jurídico novo (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 237-240).

O processo de simples acertamento representa a máxima evolução e a máxima simplificação da função jurisdicional. Acertar uma relação jurídica significa estabelecer, imperativamente, por meio do julgamento, um ou mais modos de ser da mesma (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 241-244).

5 CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO, COMPROMISSO E TRANSAÇÃO

Para diferenciar conciliação e mediação, Carnelutti afirma que a nota distintiva, frágil e valiosa, entre as duas formas de atividade refere-se à finalidade, posto que a mediação persegue uma composição contratual qualquer, sem se preocupar com sua justiça, enquanto a conciliação aspira a uma composição justa (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 275-280).

Compromisso e transação, por sua vez, diferenciam-se tendo em vista que, enquanto a transação é um ato (negócio) bilateral (contrato) de Direito material, o compromisso é um ato complexo unilateral (acordo) de Direito processual. Enquanto com a transação as partes compõem por si o litígio, obrigando-se reciprocamente, e por isso a transação contém um mandato, que equivale à sentença, por meio do compromisso delegam a solução do conflito aos árbitros, pelo que o compromisso não contém mais do que uma atribuição de poder a estes últimos e uma subtração do mesmo aos juízes ordinários. A arbitragem representa a transição da solução contratual para a judicial do litígio. A arbitragem, para Cernelutti, já nos situa sobre o terreno processual, não devendo ser incluída entre os equivalentes processuais (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 280-281).

6 PROCESSO EXECUTIVO

Cernelutti afirma que, quando não se trata mais de pretensão discutida (contestada), e sim de pretensão insatisfeita, para que se alcancem então as finalidades da ordem jurídica, é necessária não a formação, e sim a efetuação do mandato. O processo (conjunto de atos) necessário para a efetuação do mandato chama-se execução. Não seria temerário sublinhar esta diferença por meio da antítese entre a razão e a força: na realidade, aquele é um instrumento do processo jurisdicional e esta, o do processo executivo. Destarte, compreende-se também a subordinação normal do segundo ao primeiro: até que não se tenha estabelecido a razão, não deve ser usada a força. Mas se compreende,

por sua vez, a necessidade do processo executivo junto ao processo jurisdicional, para assegurar a ordem jurídica: se a razão não serve por si só, terá que usar a força (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 288-291).

A fim de definir processo executivo, Carnelutti descreve que a finalidade característica do processo executivo consiste, pois, em proporcionar ao titular do Direito subjetivo ou do interesse protegido, a satisfação sem ou contra a vontade do obrigado. No processo executivo contrapõem-se também, como no jurisdicional, duas partes, e entre elas se interpõe uma terceira, que é o órgão do processo, mas o fim a que tende cada uma destas é essencialmente distinto do que caracteriza o processo de conhecimento. Nesse caso, não nos encontramos mais perante duas partes que reciprocamente disputam entre si a razão e um juiz que busca qual das duas a tenha na verdade, e sim perante uma parte que quer ter uma coisa e outra que não a quer dar, enquanto o órgão do processo retira desta para dar àquela (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 294).

7 PROCESSO CAUTELAR

A duração do processo é um de seus defeitos humanos, informa Carnelutti. Desse modo, juntamente à jurisdição e à execução apresenta-se a prevenção (dos danos do litígio), como uma terceira finalidade do processo (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 322-323).

Por exemplo, o sequestro conservativo ou judicial exige, antes de tudo, um juiz que o conceda e, depois, um oficial de justiça que o execute. Assim, esboça-se frente ao processo jurisdicional e ao executivo, um

terceiro tipo de processo por razão da finalidade, ou seja, o processo cautelar. Se o processo cautelar se contrapõe, por razão da finalidade, ao jurisdicional e ao executivo, convém advertir desde já que, quanto aos meios, identifica-se, pelo contrário, algumas vezes com um e outras vezes com outro, posto que os atos do processo cautelar são, segundo os casos, os mesmos de que se vale a jurisdição ou os mesmos que servem para a execução. O processo cautelar diferencia-se em conservativo e em inovativo. O processo cautelar também pode ser separado em autônomo e dependente (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 323-326).

A manutenção ou reintegração de posse é um exemplo de processo cautelar conservativo. Em um processo possessório se entra em contenda e se julga acerca da posse e, pelo contrário, em um processo petitório se disputa e se decide acerca do Direito. Processos de obra nova, de dano infecto e de sequestro são outros exemplos trazidos por Carnelutti (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 326-329).

Provimentos provisórios considerados urgentes no interesse dos cônjuges e da prole são exemplos de processos cautelares inovativos, bem como a nomeação de curador provisório, para que tenha cuidado da pessoa e dos bens do demandado (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 329-331).

O processo cautelar autônomo bifurca-se em facultativo e necessário. O arranjo provisório do litígio não tem como pressuposto que se requeira sua composição definitiva por meio de um processo jurisdicional ou executivo. No processo possessório, por exemplo, proíbe-se a sua acumulação com o processo petitório, que é definitivo.

Há, por fim, o processo cautelar dependente. Nesse caso, o arranjo provisório do litígio tem como pressuposto que se requeira sua composição definitiva por meio de um processo jurisdicional ou executivo (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 331-333).

8 FUNÇÃO PROCESSUAL, PROCESSO SEM LITÍGIO E PROCESSO VOLUNTÁRIO

Carnelutti aduz que quando o juiz dita sentença, ou quando o oficial de justiça toma do devedor a coisa devida, o que um e outro fazem é precisamente realizar o Direito. Por conseguinte, essa não pode ser a finalidade do processo, como não pode ser a criação do Direito a finalidade da legislação. O processo não se opera em interesse das partes. O processo civil se desenvolve, não no interesse das partes, e sim por meio do interesse das mesmas. O interesse das partes é um meio, em virtude do qual se realiza a finalidade pública do processo, ou em outras palavras, o interesse no conflito é aproveitado para a composição do conflito.

Enquanto a finalidade das partes é ter razão, a finalidade do processo é dar a razão a quem a tenha. Que se dê a razão a quem a tenha, não é um interesse das partes, e sim um interesse da sociedade inteira. Portanto, não é o processo que serve às partes, e sim as partes ao processo (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 336-338).

A fim de definir o que vem a ser processo sem litígio, Carnelutti afirma que o fim do processo consiste na composição do litígio. Interdição e inabilitação são típicos processos sem litígio, pois entre o autor em um pleito de interdição ou de inabilitação e o denunciado

como incapaz não media um litígio, porque o primeiro opera em interesse e não contra o interesse do segundo. Aí não existe litígio; mas como está em jogo a modificação da condição jurídica preexistente, e tal modificação é bastante grave, considera-se necessário, não apenas a comprovação de seus pressupostos por parte de um órgão que assegure sua rigorosa observância, e sim que tal comprovação se faça por meio das formas do processo de conhecimento, entre as quais figura como fundamental a do contraditório (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 360-363).

No processo voluntário, por outro lado, o nome faz alusão mais à falta de um conflito de vontades, do que à do conflito de interesses e, por isso, na realidade, à falta dos elementos formais do litígio. Também nesse caso é necessária a intervenção do juiz, não obstante a falta do litígio, uma vez que se faz necessária a conveniência de uma comprovação segura de pressupostos de efeitos jurídicos determinados, de modo que estes não se produzam sem tal intervenção. Trata-se de vigiar ou de comprovar a atividade jurídica dos particulares em alguns casos em que a qualidade do sujeito, ou a estrutura ou a função do ato, tornem mais grave o perigo de um mal uso daquela. Ocorreria, por exemplo, quando o juiz autoriza a venda da coisa de um menor, pois nesse caso atua para a satisfação de um interesse público, que tem por objeto a boa administração dos interesses privados. Nesse caso, o juiz intervém para a melhor tutela do interesse em conflito, enquanto em matéria contenciosa o faz para a composição do conflito. Carnelutti chama a atenção para o fato de que, neste ponto, não se fala em jurisdição, e sim em processo voluntário. O autor afirma que a razão se funda em que, a seu entender, a figura do processo voluntário se pode

observar não apenas no campo jurisdicional, como também no campo executivo, ou seja, a intervenção do órgão processual com fins distintos da composição do litígio ocorre não apenas por parte do juiz, como também do ofício executivo (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 363-370).

Carnelutti também delinea a relação entre processo e interesse da justiça. Segundo o autor, a composição do litígio não é um fim em si mesmo, e sim um meio para a proveitosa conveniência social. E esta eficácia sua pode se explicar de dois modos: enquanto a composição extingue, dentro do possível, a aversão entre os litigantes, que contém um gene antissocial e, enquanto, por meio do exemplo, induz a outros litigantes à composição espontânea de conflitos análogos. Ainda segundo o autor, é evidente que esta influência sedativa e difusora da composição não pode se exercer em si e por si, e sim apenas enquanto seja idônea para satisfazer a necessidade da justiça.

O fim específico do processo, portanto, é desenvolver-se para a composição justa do litígio. “Paz com justiça” poderia ser, dessa fórmula, o lema do Direito processual. Assim distingue-se a função processual, antes de tudo, da função legislativa, cujo fim é apenas a paz, ou seja: a composição dos conflitos. Carnelutti informa que não pretende, com isto, negar que também o legislador aspire a realizar a justiça; mas este é um fim metajurídico, ou dizendo de outra maneira: segundo o Direito, o poder do legislador é livre, enquanto o poder do juiz está vinculado, inclusive quando pronunciar uma sentença dispositiva, que terá de formular segundo a equidade. A administração pública tende também a obter a justiça e, portanto, a realizar o Direito, mas o realiza para a tutela de um interesse em conflito e não para a composição de

um conflito. A função processual se colocaria em uma posição intermediária entre a legislação e a administração; por baixo da primeira, por seu vínculo jurídico com a justiça, e por cima da segunda, por sua obrigação de composição dos interesses opostos e não de prosseguimento de um dentre eles (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 373-374).

9 RESULTADO DO PROCESSO CIVIL

Para conseguir sua finalidade, o processo atua com uma série de meios. Até que ponto tais meios alcancem sua finalidade depende, como é natural, tanto da idoneidade do mecanismo quanto dos homens que o manejem. E posto que se trata de meios humanos, seria ilusório pensar em sua perfeição, pelo que tem de se admitir *a priori* um desvio entre a finalidade e o resultado do processo (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 405-406).

Carnelutti afirma que se o leitor se perguntar em que desemboca o processo jurisdicional, encontrará na mais elementar experiência a maneira de responder, dizendo que termina como juízo: alguém, exatamente o juiz, declara o seu pensamento acerca da razão ou da falta de razão de cada parte. Em seu modo mais simples, o resultado da jurisdição se concretiza justamente em um *dictio*, ou seja, em um dizer: declara-se um juízo do juiz (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 406-409).

A sentença dispositiva é um mandato inteiro ou autônomo, e como tal, exceto a diversidade da fonte e do fim, forma um par com o contrato e, em geral, com o negócio jurídico discricionário (negócio em que se exercita o Direito de regular uma situação não regulada de outro modo

por uma norma material). O mandato não está inteiro na norma jurídica material, que contém um mandato em hipótese. O verdadeiro mandato é apenas o mandato concreto e, por conseguinte, a norma material se converte em mandato verdadeiro ou inteiro apenas por meio da sentença que a acerta. Isto significa que, se bem que a sentença declaratória não seja um mandato inteiro é, entretanto, uma porção ou fração de mandato que falta à norma material para ser um mandato inteiro. A teoria geral do Direito deve extrair desta verdade o princípio para delinear junto ao mandato autônomo, a figura do mandato complementar, do que precisamente é um exemplo destacado a sentença declaratória (CARNELUTTI, 2004, v. I, p. 409-412).

10 A ESTRUTURA DO PROCESSO E OS ELEMENTOS DO LITÍGIO

Carnelutti entende que o processo consiste, fundamentalmente, em levar o litígio perante o juiz, ou também, em desenvolvê-lo na sua presença. O processo não é o litígio, e sim o que reproduz ou o representa perante o juiz ou, em geral, perante o órgão judicial. O litígio não é o processo, mas está no processo. Daí que entre processo e litígio se interponha a mesma relação que entre continente e conteúdo (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 25-26).

A partir desta diferenciação importante, Carnelutti classifica os elementos do litígio, informando que para um litígio existir, é necessário, antes de tudo, que existam duas pessoas e frente a elas um bem. Estes são os elementos simples do conflito de interesses. O conflito de interesses é um litígio, sempre que uma dessas duas pessoas

formular contra a outra uma pretensão e esta outra lhe opuser resistência. O litígio não é apenas um conflito de interesses, e sim um conflito juridicamente qualificado, ou seja, transcendente para o Direito (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 26).

Por ser um conflito intersubjetivo de interesses, o litígio não pode existir sem dois sujeitos distintos. Por isso, os sujeitos (partes) do mesmo são necessariamente dois (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 26-30).

Uma das partes pretende, enquanto a outra resiste à pretensão. Pretensão é a exigência da subordinação de interesse alheio a um interesse próprio. Direito é o direito subjetivo material; ação, por sua vez, é o direito subjetivo processual. Pretensão é um ato e não um poder, ou seja, algo que o titular do interesse faz, e não algo que tem; uma manifestação e não uma superioridade do seu querer. Mas não apenas um ato e, por isso, uma manifestação, a não ser também uma declaração de vontade. A pretensão pode se formular por quem tiver o direito, mas também por quem não o tiver. Dessa maneira, tanto pretensão é a pretensão fundada como a infundada. Pode haver pretensão sem direito e direito sem pretensão. Por isso, como fenômeno inverso ao da pretensão infundada, encontramos o do direito inerte (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 30-32).

11 AÇÃO E JUÍZO

A fim de diferenciar ação e juízo, Carnelutti informa que “ação” exige o máximo de mobilidade, competindo ao órgão agente, enquanto “juízo” exige o máximo de imobilidade, sendo papel do órgão julgador.

A ação se forma a partir da existência do litígio até a das provas ou os bens, que são os instrumentos de que se serve o processo, havendo toda uma série de fatos que não se colocam por si sós perante os olhos do juiz ou do oficial da execução. Ou seja, é necessário que alguém os busque e traga ao processo.

Por outro lado, quando os fatos tiverem sido levados, é necessário manejá-los conforme as normas jurídicas e as regras da experiência, para delas extrair a aplicação da lei, que constitui a substância, tanto da sentença quanto do provimento executivo. Aqui se forma o juízo (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 50-51).

Carnelutti teoriza que os requisitos subjetivos da ação se referem à capacidade e à legitimação. Capacidade é a expressão da idoneidade da pessoa para atuar em juízo, inferida de suas qualidades pessoais (idade e saúde mental equivaleriam à capacidade civil). Legitimação representa, pelo contrário, tal idoneidade inferida de sua posição com respeito ao litígio (titular do interesse em litígio) (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 50).

12 O ÓRGÃO JUDICIAL

Carnelutti afirma que a função judicial consiste em qualquer forma de atividade, tanto do órgão judicial de conhecimento, quanto do órgão judicial de execução. Nesse contexto, Carnelutti utiliza o termo judicial como sinônimo de processual, e não como sinônimo de jurisdicional (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 231-232).

O autor dissecou as funções e as atribuições do órgão judicial e dá grande ênfase à participação da figura do juiz, atribuindo-lhe importância fundamental na oitiva das partes, na inspeção, apreciação e interpretação das provas, leis e provimentos.

Afirma que na oitiva das partes, se a parte é a voz, o juiz é o ouvido do processo. Essa fase do processo exige paciência, vigilância e imparcialidade. O juiz que não saiba escutar, não saberá julgar (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 233-234).

A inspeção das provas, por sua vez, é o emprego que o juiz faz de seus sentidos para perceber os objetos (homens ou coisas) que façam função de provas. Carnelutti afirma que é uma verdade inabalável que o juiz tem necessidade de todos os seus sentidos para o exame das provas, e de modo singular, do ouvido (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 234-236).

A apreciação das provas requer, por sua vez, para seu emprego, não apenas uma atividade dos sentidos (perceptiva), mas junto a ela uma atividade da razão (dedutiva). A apreciação, bem como a inspeção, não se realiza apenas com respeito às afirmações de fato, mas também quanto às afirmações de Direito. A apreciação das provas ocorre por meio do emprego das regras da experiência, que o juiz extrai de todos os campos: em um processo por acidente de trabalho, fala-se em experiência cirúrgica ou ortopédica; em um processo de interdição, discute-se psiquiatria; em um processo de rescisão de venda de animais por vício redibitório, examina-se zoologia ou zootecnia etc (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 236-238). Ou seja, o juiz deve ter um conhecimento cultural que ultrapasse o campo das ciências jurídicas.

Além da oitiva das partes e da interpretação e apreciação da prova, caberá ao juiz também a interpretação de leis, costumes, regras, sentenças, ordenanças, decretos, negócios administrativos, contratos, testamentos, acordos de assembleias, confissões, testemunhos etc (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 238-240). Aqui se valoriza a experiência jurídica, principalmente.

Carnelutti afirma que a atividade característica do juiz consiste em prover. Ou seja, da mesma forma que a atividade característica das partes consiste em demandar, a atividade característica do órgão judicial consiste em prover. Em acepção jurídica, prover não é um fazer qualquer, mas um fazer que se concretiza no exercício do poder (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 240-242).

O provimento jurisdicional compõe o litígio de pretensão discutida. O provimento jurisdicional é uma decisão. Como a decisão é a um tempo a exposição e a imposição da opinião do juiz acerca das questões, recebe, geralmente, o nome de sentença. Toda decisão é decomposta nestes três elementos: premissa de Direito, premissa de fato, conclusão ou disposição. Enquanto o juízo de Direito requer maior quantidade de cultura, o juízo de equidade exige maior dose de sensibilidade. Quando a rigorosa aplicação da lei se chocar com o sentido de justiça, não é raro que o juiz se acomode a uma das premissas, ou a duas, deformando um pouco o fato ou um pouco a regra jurídica, de modo que lhe permitam obter uma conclusão diversa. Trata-se de arranjos realizados com maior ou menor prudência, nem sempre com sinceridade nem com habilidade, algumas vezes grosseiros e outras vezes, cuidadosamente dissimulados, que uma atenta observação descobrirá talvez em um grande número de

sentenças. Sob o rígido ponto de vista da teoria, são excessos ou abusos; mas uma reflexão mais profunda leva a considerá-los com maior benevolência. No fundo, o juiz satisfaz assim, melhor, a necessidade de justiça sem ofender a aparência do juízo de direito, e o sistema perde a sinceridade, o que ganha em elasticidade. Em todo caso, seja qual for a opinião que do mesmo modo se tenha, o fenômeno existe e um diagnóstico realístico da função do processo tem de levá-lo em conta (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 242-247).

Provimento executivo (satisfaciente), por sua vez, é o termo que corresponde no processo de execução ao de provimento jurisdicional no processo de conhecimento: exercício do poder por meio do qual o órgão judicial dá provimento à composição do litígio de pretensão insatisfeita (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 247-250).

Provimento instrutório consiste na série ou cadeia de atos, cujas condições ou modalidades nem estão nem podem estar integralmente determinadas pela lei. Exemplos: designar audiência, adaptar um prazo; determinar a forma de notificação do documento; nomear um perito; conceder ou retirar a palavra; expulsar da sala um perturbador da ordem etc. Por meio do provimento instrutório o órgão judicial atua sobre o processo e não sobre o litígio. Carnelutti subdivide o provimento instrutório em provimento contencioso e não contencioso e informa que não se deve confundir provimento instrutório contencioso com provimento jurisdicional (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 250-252).

Carnelutti também define notificação ou publicidade, afirmando que a notificação é o pressuposto do contraditório. Segundo o autor, também os terceiros têm de ser chamados a participar do processo ou,

pelo menos, em assistir a algumas de suas fases. Publicidade é a notícia fornecida a uma pluralidade indeterminada de pessoas. O autor utiliza o termo notificação como gênero para citação (conhecimento) e mandado (execução) (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 255-256).

Numa passagem importante do Sistema, Francesco Carnelutti questiona quem desempenha a função judicial, afirmando que o Ministério Público tem uma figura ambígua que consiste, exatamente, em que tanto no processo penal como no civil exerce função de parte, enquanto sua estrutura é a de julgador (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 261-264).

O juiz, por sua vez, é definido na teoria trazida no Sistema como o oficial a quem corresponde a missão de decidir o litígio de pretensão discutida e, portanto, o de pronunciar a sentença. Entram, pois, em tal missão a oitiva das partes, a inspeção, a apreciação e a interpretação das provas, o provimento instrutório e a decisão. É o juiz, portanto, o oficial do processo a quem a lei confia a decisão no processo de conhecimento, e as missões mais importantes no processo de execução e no processo voluntário (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 269).

Carnelutti também arrola em sua obra os requisitos do juiz e do Ministério Público, afirmando, de forma categórica, que nosso ordenamento se formou, no que diz respeito ao sexo do juiz, sob o domínio de uma tradição, coerente com as leis da natureza, segundo a qual as mulheres ficam excluídas da maior parte das funções e ofícios públicos, e dentre eles, principalmente, do ofício de juiz e da função judicial. Prossegue dizendo que esta tradição determinou um verdadeiro princípio geral de nosso Direito público, até o ponto de que

mesmo faltando uma prescrição taxativa, ninguém nunca duvidou de que o juiz tenha de ser varão. Ainda segundo o autor, é indubitável que a idade influencia na idoneidade do juiz, convindo excluir do ofício de juiz, tanto os demasiadamente jovens, quanto os demasiadamente velhos (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 322-323).

Obviamente não devemos concordar com a afirmação acima no que diz respeito ao sexo do juiz e do membro do Ministério Público. Porém, também não podemos deixar de observar que Francesco Carnelutti escreveu o Sistema nas décadas de 1930 e 1940, antes mesmo do fim da Segunda Guerra Mundial, momento histórico bastante distinto do atual.

Carnelutti enxerga a função judicial como poder e como dever. A sentença, como expressão suprema que é de tal função (judicial), não é, afinal de contas, mais do que um mandato e, da mesma forma, o produto de um poder. A função judicial é ao mesmo tempo um poder e um dever (obrigação) (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 359).

13 AÇÃO, PROCESSO E PROCEDIMENTO

Carnelutti afirma que a ação não é direito à produção de um efeito jurídico, mas direito à atividade do juiz ou, em geral, do oficial ou do encarregado processual. A ação não é um direito contra o órgão judicial. A ação não é o direito da parte contra a outra parte (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 770-783).

O autor classifica o processo em jurisdicional, executivo e cautelar. A ação é o direito ao cumprimento do processo de conhecimento, ou seja, em definitivo, a obter do juiz sentença sobre o litígio deduzida no

próprio processo. A ação executiva, por sua vez, é o direito ao cumprimento do processo executivo, ou seja, em definitivo, a fazer com que seja entregue pelo órgão judicial executivo o bem devido que aquele tenha podido tomar ao devedor ou a proporcioná-lo por meio do patrimônio do mesmo (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 784-785).

Conforme visto anteriormente, ação é conduta, que pode consistir tanto em mover-se quanto em permanecer parado e, pela mesma forma, em uma comissão ou em uma omissão (CARNELUTTI, 2004, v. 2, p. 240-243).

Procedimento, por sua vez, é a combinação ou concatenação dos atos em que consiste o processo (CARNELUTTI, 2004, v. 4, p. 19-20).

A diferença entre processo e procedimento também é delineada por Carnelutti. Enquanto processo é o somatório dos atos que se realizam para a composição do litígio, procedimento é a ordem e sucessão dos atos que compõem o litígio. O procedimento está contido no processo. Este, por sua vez, pode exigir mais de um procedimento (ciclo) (CARNELUTTI, 2004, v. 4, p. 20-22).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contribuição de Francesco Carnelutti para a consolidação da autonomia do processo civil foi inegável. Depois da depuração de conceitos importantes para o desenvolvimento de sua teoria, o autor distingue processo e jurisdição, fazendo-o sob o ponto de vista funcional: enquanto função processual seria o gênero, função

jurisdicional seria a espécie. A execução forçada, por sua vez, também seria função processual.

O autor também diferencia processo declaratório e processo dispositivo, afirmando que naquele o juiz se limita a acertar o direito, subdividindo-o em processo de condenação, processo de accertamento constitutivo e processo de simples accertamento, o que deu origem à teoria trinária do processo. O processo dispositivo (constitutivo), por outro lado, ocorre quando, por não existir norma material, uma norma instrumental permita ao juiz o poder de compor um conflito de interesses.

Carnelutti contribuiu ainda para definir o que seria conciliação, mediação, compromisso, transação, processo executivo e processo cautelar. O processo executivo seria necessário quando a razão não fosse suficiente para resolver o litígio. O processo cautelar, por sua vez, seria viável em virtude da necessidade de prevenção dos danos do litígio, algo que faltaria às funções jurisdicional e executiva.

Função processual, processo sem litígio e processo voluntário também foram tratados por Carnelutti. O autor aduz que não é o processo que serve às partes, e sim as partes ao processo. O processo sem litígio, por sua vez, exemplificado nas figuras da interdição e da inabilitação, ocorreria quando entre o autor e o denunciado não media um litígio, tendo em vista que o autor opera em interesse e não contra o interesse do denunciado. No processo voluntário, por outro lado, a intervenção do juiz seria necessária para a comprovação segura de pressupostos de efeitos jurídicos determinados, que deveria ocorrer, por exemplo, quando o juiz autoriza a venda da coisa de um menor.

Para definir a finalidade específica do processo, Carnelutti utiliza a fórmula “paz com justiça”, que poderia ser o lema do Direito processual, segundo o próprio autor. Diferencia a função processual da função legislativa, pois nesta última a finalidade seria apenas a “paz”, sendo a justiça um fim metajurídico para o legislador.

Carnelutti entende que o processo consiste, fundamentalmente, em levar o litígio perante o juiz, ou também, em desenvolvê-lo na sua presença. O processo não é o litígio, e sim o que reproduz ou o representa perante o juiz ou, em geral, perante o órgão judicial. O litígio não é o processo, mas está no processo. Por isso que entre processo e litígio se interponha a mesma relação que entre continente e conteúdo. A partir desta diferenciação importante, Carnelutti classifica os elementos do litígio e classifica pretensão, direito e ação.

O autor também diferencia ação e juízo, informando que aquela exige o máximo de mobilidade, competindo ao agente, enquanto este exige o máximo de imobilidade, sendo papel do órgão julgador.

Carnelutti trata com ênfase a figura do juiz, a quem é dada importância fundamental na oitiva das partes, na inspeção, apreciação e interpretação de provas, leis e provimentos. Revela o autor que, enquanto o juízo de Direito requer maior quantidade de cultura, o juízo de equidade exige maior dose de sensibilidade.

Carneutti subdivide o provimento em jurisdicional, executivo (satisfaciente) e instrutório. Este último consistiria, por exemplo, em designar audiência, adaptar um prazo, determinar a forma de notificação do documento, nomear um perito etc. Por meio do provimento instrutório, o órgão judicial atua sobre o processo e não

sobre o litígio. O autor ainda subdivide o provimento instrutório em contencioso e não contencioso.

Francesco Carnelutti também arrola em sua obra os requisitos do juiz e do Ministério Público, afirmando, de forma categórica, que nosso ordenamento se formou, no que diz respeito ao sexo do juiz, sob o domínio de uma tradição, coerente com as leis da natureza, segundo a qual as mulheres ficam excluídas da maior parte das funções e ofícios públicos, e dentre eles, principalmente, do ofício de juiz e da função judicial. Obviamente discordamos dessa orientação, não obstante o momento histórico distinto vivenciado pelo autor.

Carnelutti define ação: é o direito à atividade do juiz ou, em geral, do oficial ou do encarregado processual; a ação é o direito ao cumprimento do processo de conhecimento, ou seja, em definitivo, a obter do juiz sentença sobre o litígio deduzida no próprio processo; ação executiva, por sua vez, é o direito ao cumprimento do processo executivo, ou seja, em definitivo, a fazer com que seja entregue pelo órgão judicial executivo o bem devido que aquele tenha podido tomar ao devedor ou a proporcioná-lo por meio do patrimônio do mesmo.

O autor também classifica o processo em jurisdicional, executivo e cautelar e define que procedimento é a combinação ou concatenação dos atos em que consiste o processo. A diferença entre processo e procedimento poderia ser assim sintetizado: enquanto processo é o somatório dos atos que se realizam para a composição do litígio, procedimento é a ordem e sucessão dos atos que compõem o litígio. O procedimento está contido no processo. Este, por sua vez, pode exigir mais de um procedimento (ciclo).

Conforme aduzido acima, a obra de Francesco Carnelutti sintetizada no “Sistema”, que partiu desde a depuração de simples conceitos, foi fundamental para a consolidação da teoria do processo civil na primeira metade do século XX.

REFERÊNCIAS

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Volume I: Introdução e função do processo civil. São Paulo, Lemos e Cruz, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Volume II: Composição do processo. São Paulo, Lemos e Cruz, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Volume III: Da estrutura do processo. São Paulo, Lemos e Cruz, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Volume IV: Procedimento do conhecimento. São Paulo, Lemos e Cruz, 2004.

6

PROCESSO, JURISDIÇÃO E AÇÃO EM ENRICO TULLIO LIEBMAN

João Paulo Souza Rodrigues¹

1 INTRODUÇÃO

Recobrar a obra de Liebman é revisitar a grande influência que o teórico italiano exerceu sobre o direito processual brasileiro, na forma de se entender o processo, a jurisdição e a ação, com os seus desdobramentos.

Esta pesquisa, que tem vertente jurídico-teórica, e é de tipo descritiva, partirá então de uma abordagem que se inicia nos conceitos gerais de processo, jurisdição e ação segundo a teoria liebmaniana, para, partindo dessas definições, detalhar as minúcias desses institutos na perspectiva que dialoga com nosso propósito de investigação, qual seja, destacar as particularidades dos estudos de Liebman que ora o aproximam, ora o distinguem dos demais teóricos do processo que lhe foram contemporâneos.

Ao final, convidar-se-á o leitor a analisar de que maneira se deu a influência de Enrico Tullio Liebman nos estudos do direito processual no Brasil, de maneira bastante particular na elaboração do Código de Processo Civil de 1973.

¹ Doutorando e mestre em Direito (Proteção dos Direitos Fundamentais: Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais) pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Especialista em *Compliance* e Integridade Corporativa pela PUC-Minas e especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Advogado. E-mail: jpsrodrigues@outlook.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3731326713218575>.

2 ENRICO TULLIO LIEBMAN: VIDA E OBRA

Enrico Tullio Liebman nasceu na atual Ucrânia, em 1903, na cidade de Lviv, migrando para a Itália, país do qual adquiriu nacionalidade e onde iniciou e concluiu seus estudos em Direito na Universidade de Roma, tendo Giuseppe Chiovenda, de quem foi aluno entre os anos de 1920 e 1924, o seu mestre.

A trajetória acadêmica do teórico italiano – se não de nascimento, decerto por naturalização – se inicia no ano de 1931, quando passa a lecionar na Universidade de Modena, instituição em que assumiu as cadeiras de processo civil, direito administrativo e direito internacional, tendo também sido professor nas universidades de Sassari e Parma, na cadeira de direito processual civil.

A extensa produção acadêmica de Liebman é inaugurada na mesma época em que começam as suas primeiras incursões como professor, publicando, desde o primeiro ano, estudos que firmaram sua posição como um dos mais relevantes teóricos do processo. É o caso, por exemplo, da obra *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione* (As oposições de mérito no processo de execução), publicada em 1931 e 1936, e do ensaio *Efficacia ed autorità della sentenza* (Eficácia e autoridade da sentença), publicado em 1935.

No ano de 1939, Liebman se muda para a América do Sul, com o auxílio de Piero Calamandrei, que intermediou a aproximação do teórico com o processualista uruguaio Eduardo Couture.

Embora a mudança do autor italiano para o continente americano tenha se dado no mesmo período em que foi publicado o Manifesto da

Raça² na Itália, não é possível que se estabeleça, de forma segura, uma correlação entre esses eventos. Isso porque em cartas³ trocadas entre Couture e Liebman, o teórico afirma, textualmente, professar a religião católica desde o seu nascimento, assim como seus pais, o que, a rigor, fazia com que não fosse alvo da política segregacionista implementada pelo regime fascista de Mussolini.

Liebman chega ao Brasil em 1940, depois de uma breve permanência no Uruguai e na Argentina “cujos vetustos códigos processuais não o haviam animado a trabalhos doutrinários” (GRINOVER, 1986). No país, Liebman passa por Minas Gerais e pelo Rio de Janeiro, até se estabelecer em São Paulo, a convite da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, para ministrar um curso especial que perdurou até 1946.

Na época da chegada do jurista italiano ao Brasil, a pauta jurídica efervescia ante a entrada em vigor, em fevereiro de 1940, do Código de Processo Civil de 1939, que incorporou inovações consideradas as mais avançadas dos ordenamentos jurídicos europeus, como

o procedimento oral, com seus postulados fundamentais, o despacho saneador do sistema português, o aumento dos poderes do juiz na direção e valoração da prova e o cunho publicista do processo, como instrumento estatal destinado à administração da justiça (GRINOVER, 1986).

² O “Manifesto da Raça” foi publicado em 14 de julho de 1938 e foi o responsável por oficializar o discurso antissemita no regime fascista italiano, com a designação de uma “*pura ‘razza italiana’*”. Disponível em: <<https://www.anpi.it/storia/114/il-manifesto-della-razza-1938>>. Acesso em: 08 mai. 2021.

³ Disponível em: <<https://arqshoah.com/busca-artistas-e-intelectuais/aei-101-liebman-enrico-tullio>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

Os estudos que Libeman coordenou à frente da cadeira de direito processual civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco lhe renderam o título de fundador da Escola Processualística (ou Processual⁴, ou Instrumentalista) de São Paulo. No período em que esteve no Brasil, o jurista foi responsável por coordenar a tradução de obras clássicas do processo, como as Instituições, de Chiovenda, e também de obras de sua autoria, como a Eficácia e Autoridade da Sentença. Também é escrita e publicada, já em português, a obra Processo de Execução, em 1946.

Com o fim da II Guerra Mundial, Liebman retorna à Itália para assumir a cátedra do processo civil na Faculdade de Direito de Milão e de lá publica os seus Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro (1947), e também traduz para o português, em 1952, a obra *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione* (“Embargos do Executado”) e o *Manuale di diritto processuale civile* (“Manual de Direito Processual Civil”).

Os ensinamentos de Enrico Tullio Liebman inspiraram fortemente o desenvolvimento do processo no direito brasileiro, como demonstraremos, reverberando com muita clareza em diversas disposições do Código de Processo Civil de 1973, o chamado Código Buzaid.

3 PROCESSO EM ENRICO TULLIO LIEBMAN

Como bem observam Adriano Lucio Santos, Bruno Ferreira Bini Mattos e Fabio Henrique Queiroz (2007, p. 75-76), “os passos

⁴ Segundo expressão de Alcalá-Zamora & Castillo, conforme informam Adriano Lucio Santos, Bruno Ferreira Bini Mattos e Fabio Henrique Queiroz (2007).

fundamentais que foram dados no sentido de aproximar a Constituição e processo podem ser atribuídos a Liebman, quando este autor preconiza a normatividade dos princípios aplicáveis aos institutos do processo como garantias”. Dessa sorte, dizem os autores, “a jurisdição passa a ter um enfoque mais apropriado à funcionalidade do processo, tal como passam a ser pressupostos indissociáveis desta a igualdade processual, a ampla defesa e o contraditório”.

Para entender os estudos de Liebman sobre o processo, é preciso, antes, compreender a maneira como se constrói a teoria liebmaniana, que se baseia fundamentalmente no estabelecimento de conceitos bastante claros, a partir dos quais a ideia procura se aprofundar.

Exemplificando, nos clássicos Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro, de 1947, nota-se uma objetividade singular por parte do autor, que por vezes se confunde com uma concisão, tanto na definição dos conceitos dos quais lança mão para fundamentar a sua teoria, como também nas críticas que faz às teorias que o antecederam ou que são contemporâneas às suas.

Portanto, o entendimento acerca da teoria de Liebman passa necessariamente pela apreensão dos conceitos que lhe servem de base. Não se conhece do objeto do processo, da natureza do processo executivo (se jurisdicional ou não), ou da pertinência ou não das condições da ação em seus estudos, sem que se entenda, primeiramente, o que são, de fato, o processo, a jurisdição e a ação para o autor italiano.

Segundo Liebman, “a atividade mediante a qual se desempenha, em concreto, a atividade jurisdicional, chama-se processo”. De acordo com o autor, “essa função não se cumpre a um só tempo e com um só ato,

mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final” (2005, p. 55).

Assim, o processo, na teoria liebmaniana, é uma “relação jurídica de direito público, fundada no poder jurisdicional da autoridade judiciária, combinada com a iniciativa dos interessados” (LIEBMAN, 2004, p. 91), e que tem como objeto não uma relação jurídica controvertida, “porque é o processo que deve averiguar se esta relação existe ou não” (2004, p. 89), tampouco tem como objeto os interesses contraditórios das partes, “pois o conflito de interesses não entra para o processo como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e na configuração que lhe deu o autor em seu pedido” (2004, p. 88).

Esse último recorte é relevante, e apresenta uma distinção importante entre a teoria de Liebman e de Carnelutti a respeito do próprio conceito de lide, que veremos a seguir.

Para nosso autor, o conceito de lide como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida – defendido por Carnelutti – é sociológico, e não jurídico, porque engloba pretensões e resistências que extrapolam o processo, em si, e circundam o conflito considerado em sua inteireza (processo integral). Para o processo, diz Liebman, “interessa [apenas] o que nele for deduzido efetivamente e não importam os outros fatos que podem ocorrer pelo mundo afora” (2004, p. 86).

Por essa razão, afirma-se que o objeto do processo é o pedido do autor, isto é, “a manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo”, que se desincumbirá dessa função ao praticar os atos com que atenderá a esse pedido: seja sob a forma de uma decisão (processo de cognição) ou sob a

forma do “cumprimento de um ato de natureza diferente, destinado à realização da sanção” (2004, p. 89) (processo de execução).

Tanto em sua estrutura lógica, quanto em suas consequências, o pedido é, nestes dois casos, profundamente diferente. No primeiro, o pedido tem natureza dialética, porque admite necessariamente a possibilidade do desfecho do processo em duas direções opostas: ao decidir, o juiz tanto pode declarar o pedido procedente como improcedente, porque julgar significa, pela própria essência dessa atividade, resolver uma ou mais questões duvidosas e a solução tanto pode ser afirmativa como negativa. Ao contrário, no segundo caso apontado, o pedido está baseado num título executório, que determina inquestionavelmente – para os efeitos da execução – a situação jurídica das partes: não cabe mais ao juiz julgar e sim, simplesmente, realizar as atividades decorrentes do conteúdo do título. A execução tem sempre o objetivo e desfecho unívocos: satisfazer o direito do exequente. Contudo, em ambos os casos, o pedido é apenas o elemento formal do objeto do processo; seu elemento material é, como Carnelutti indicou, o interesse não satisfeito que a parte (autor ou exequente) procura satisfazer através do processo (LIEBMAN, 2004, p. 90).

Nessa ordem de ideias, sustenta-se que a definição do objeto do processo como a existência do conflito de interesses controvertidos é simplória ou insuficiente.

A uma, porque o conflito, tal como plasmado no processo, pode não ser – e geralmente não é – a verdadeira tradução do conflito tal como efetivamente ocorrido, em sua plenitude, como um fato social.

A duas, porque na definição de Carnelutti a figura ou o papel do juiz não parece ser objeto de consideração, e não se pressupõe a necessidade de haver um pedido decorrente dessa pretensão resistida.

Dessa forma, leciona o autor, “o processo é instituído de tal modo que não é suficiente denunciar ao juiz a existência do conflito, para que ele trate de resolvê-lo como achar justo”, cabendo ao autor, no conceito liebmaniano de processo, “além de expor ao juiz as circunstâncias de fato e os outros elementos que provocaram o conflito, pedir [ao juiz] uma concreta providência que considere adequada ao caso e capaz de satisfazer seu interesse” (2004, p. 87). Somente em face desse pedido é que se legitima o exercício da jurisdição, sacando o magistrado de sua inércia.

4 O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Trilhando pela mesma objetividade com que constrói a definição de processo para a sua teoria, Liebman define jurisdição como “a atividade do poder judiciário destinada a realizar a justiça mediante a aplicação do direito objetivo às relações humanas intersubjetivas”, afirmando que “no processo de cognição somente a sentença que decide a lide tem plenamente a natureza de ato jurisdicional, no sentido mais próprio e estrito” (2004, p. 96).

De acordo com essa definição, a finalidade da jurisdição não é outra senão a realização fenomenalística da ordem jurídica, o que somente se obtém com a decisão de mérito.

A proposição de Liebman acerca do que se há de considerar jurisdição representa a superação ou, quando não, a conciliação dos conceitos predominantes à época, cunhados destacadamente por Chiovenda e Carnelutti.

Muitas são as definições que têm sido dadas à jurisdição, mas lembremos apenas duas delas, as mais importantes, que constituíram o tecido dialético do debate científico na Itália por muitas décadas. A primeira delas define a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei mediante a substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (Chiovenda). Nessa definição está esculpida a relação entre a lei e a jurisdição; e, com a ideia da substituição, torna-se evidente o fato de que o juiz é chamado a manifestar-se quando houver faltado da parte de alguém a observância do que a lei dispõe.

Já a segunda prefere ver na jurisdição a justa composição das lides (Carnelutti), entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado por direito e por justa a composição feita nos termos deste. Essa definição considera a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim captar a matéria a que a lei é aplicada e o resultado prático, do ponto de vista sociológico, a que a operação conduz.

As duas definições acima recordadas, que no passado foram objeto de vivas discussões, hoje, todavia, podem considerar-se complementares, na ilustração da função jurisdicional no campo civil e administrativo (deixando de lado, nesta sede, qualquer referência à jurisdição em matéria penal). De nossa parte, resumindo, podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica (LIEBMAN, 2005, p. 22-23).

Essa proposta, que não desassocia o conceito de jurisdição da noção de decisão da lide, é relevante porque também nos impõe revisar dois outros aspectos, relativos a esse tema: o primeiro, sobre o que é lide para o jurista; e o segundo, sobre a distinção entre ato judicial e ato jurisdicional.

Considera-se lide, para o autor italiano, “o conflito de interesses qualificado pelos seus pedidos correspondentes”. E acrescenta: “a lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao juiz” (2004, p. 90).

Lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir. Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar de mérito da causa. Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou improcedente e, por conseguinte, para conceder ou negar a providência requerida (LIEBMAN, 2004, p. 91)

A proposta ofertada por Liebman para o conceito de lide vai ao encontro da noção de processo estudada no capítulo anterior, e reforça a insuficiência do conceito meramente sociológico do objeto do processo como baseado na simples existência de um conflito de interesses. Em verdade, a noção jurídica dessa expressão passa pelo fato de que do conflito de interesses deve resultar um pedido de providências ao poder judiciário, que atuará mediante a aplicação da ordem jurídica ao caso concreto.

Entretanto, nem tudo o que se decide no processo tem efetiva natureza de jurisdição, mostrando-se necessário distinguir o ato judicial do ato jurisdicional.

Por ato judicial devem ser entendidas todas as decisões proferidas no processo e que não decidem a lide. São providências de cunho preparatório ou auxiliar, de mero impulso, ou que conhecem dos

pressupostos processuais ou das condições da ação, por exemplo, constituindo um *iter* da efetiva jurisdição.

Essas decisões, ainda que resultem na decisão de que o processo não satisfaz os pressupostos para o seu desenvolvimento válido e regular, ou que a ação não reúne as condições necessárias para o julgamento, não constituem, para Liebman, de fato, o ato de julgar, cuja noção está atrelada à decisão quanto ao mérito (2004, p. 96).

O ato jurisdicional, por sua vez, é mais restrito.

Retomando o conceito que transcrevemos no início deste capítulo, no processo de conhecimento a jurisdição somente se aperfeiçoa com a decisão que decide a lide, ou o mérito. Contudo, o exercício da jurisdição não se exaure na proclamação da existência de um direito, sendo preciso garantir-lhe a satisfação.

Nesta hipótese, surge a “segunda forma de tutela jurisdicional do direito”, realizada por meio do processo de execução, “que se contrapõe e se coloca ao lado do processo de conhecimento para constituir, juntamente com ele, o quadro das atividades fundamentais através das quais se exerce a jurisdição” (2005, p. 261).

4.1 JURISDIÇÃO E A DECISÃO MERAMENTE HOMOLOGATÓRIA

Ao distinguir os atos jurisdicionais puros, isto é, aqueles que decidem a lide/mérito, daqueles “acidentalmente” jurisdicionais, ou seja, atos que “adquirem esse caráter só por serem uma premissa necessária para o exercício da jurisdição” (2004, p. 96-97), Enrico Tullio Liebman não se deteve a analisar, de modo particular, a natureza da

atuação do poder judiciário nas decisões meramente homologatórias. Essa tarefa coube àqueles que se dedicaram a estudar a sua teoria.

Nota-se, porém, que esse suposto silêncio de Liebman não encontrou maior repercussão quando visto sob as regras do Código de Processo Civil de 1939, no qual o tema parecia tranquilo, à vista do que dispunham o art. 206^s e art. 207^s do diploma, que estabeleciam as hipóteses da chamada cessação da instância (equivalente jurídico à extinção do processo sem julgamento do mérito, nas lições de Pontes de Miranda (2001, p. 229).

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, porém, a lógica que guiava a norma de 39 se inverteu, e a transação entre as partes, nos termos do art. 269, inciso III, tornou-se hipótese de extinção do processo com julgamento do mérito (ou resolução de mérito, a partir da Lei nº. 11.232/2005). Essa drástica mudança legislativa imprimiu alterações substanciais na concepção do papel do poder judiciário quando age como autoridade homologadora, e duas correntes principais despontaram a explicar esse fenômeno. A primeira delas, a que designamos positivista, ancorou-se na redação do art. 269, inciso III, do Código de 1973, para afirmar que, a partir dessa norma, a decisão que homologasse o acordo celebrado entre as partes julgaria/resolveria o mérito, e, conseqüentemente, haveria, nessa atuação do poder judiciário, efetiva atividade jurisdicional.

⁵ CPC-39: Art. 206. A cessação da instância verificar-se-á por transação, ou desistência, homologada pelo juiz.

⁶ CPC-39: Art. 207. Quando a transação ou a desistência não compreender todas as questões debatidas no processo, continuará a instância em relação às remanescentes.

A segunda corrente, orientada pelos ensinamentos de Liebman e pela definição que o teórico emprestou ao conceito de jurisdição, propôs uma interpretação alternativa, e que parece mais bem harmonizada com o pensamento da época e com os fundamentos da teoria liebmaniana, sobretudo porque dedicada a buscar o sentido da norma jurídica para além de sua simples literalidade.

Galeno Lacerda, expoente desse segundo movimento, fez alongado estudo quanto à natureza jurídica da decisão homologatória (e sua rescindibilidade) sob a égide do CPC-73, para afirmar que “quando ocorre transação, a eliminação da lide não se dá por ato do juiz, mas mediante acordo das partes, através de contrato onde se manifesta a autonomia de vontades” (1979, p. 103). As lições do autor, no ponto, são valiosas:

Antiga e sábia doutrina, nascida do direito comum, caracteriza a jurisdição contenciosa (que é a verdadeira) como atividade judicial “*inter nolentes*” isto é, entre pessoas que não querem a mesma decisão, porque desavindas, em conflito, em lide, ao passo que a impropriamente chamada “jurisdição” voluntária se exerceria “*inter volentes*”, isto é, entre pessoas que querem a mesma coisa, que estão de acordo, que não litigam. Nestas condições, é evidente que, quando as partes transigem no processo, se tornam “*inter volentes*” perante o juiz; fazem desaparecer o litígio por ato autônomo da vontade e, com isto, fazem cessar também a jurisdição, porque lhe eliminam a causa, que é a lide, transformando a atividade ulterior do magistrado em ato meramente formal, sem nenhum conteúdo decisório do litígio, já desaparecido. Ao invés de sentença, haverá, então, simples homologação do acordo (1979, p. 104).

E prossegue:

Mas, dir-se-á, o Código, no art. 269, III, afirma que o processo se extingue com julgamento de mérito quando as partes transigirem. Então, haverá julgamento de mérito na transação? Não, à toda evidência. Trata-se de impropriedade do Código que deve ser interpretada com inteligência e bom senso. Se as partes transigem, a homologação consequente, como se viu, não julga a lide, porque esta não mais existe, eliminada como foi pelo acordo dos litigantes. Como interpretar, pois, o dispositivo citado, para evitar-se o absurdo de "criar-seu um julgamento de mérito onde ele não existe, nem pode mais existir? A solução é fácil, e se ajusta ao sistema legal. Note-se que o Código, no art. 584, III, considerou a sentença homologatória da transação título executivo judicial. Equiparou-a, portanto, quanto aos efeitos, à sentença de mérito transitada em julgado, equiparação que já constava do Código Civil, art. 1030, quando atribuiu à transação efeito idêntico ao da coisa julgada. Nesta mesma linha, pois, deve ser interpretado o art. 269, III, do CPC. Quando nele se afirma que na transação se extingue o processo "com julgamento de mérito", o que se visa na verdade significar é que na transação há uma equiparação de efeitos com a sentença de mérito; não, que haja identidade de substância com este ato jurisdicional" (1979, p. 112-113).

Um estudo da jurisdição a partir das lições apreendidas neste capítulo, e guiado por um rigor científico que procura manter íntegro o pensamento de Liebman para o processo e os seus alicerces, impõe concordar com as proposições de Galeno Lacerda: não há jurisdição sem lide, e não há lide se há convergência de interesse entre as partes, que a formalizam mediante transação. Logo, é equivocado (grosseiramente equivocado, para o pensamento liebmaniano) distinguir lide e mérito, para entender que haja a resolução de um, sem que exista o outro, já que, em Liebman, essas são expressões sinônimas.

No capítulo seguinte apresentaremos o último pilar desse tripé (processo, jurisdição e ação), bem como suas particularidades e as

subdivisões desenhadas por Liebman e que encontraram grande aderência no processo civil brasileiro.

5 A AÇÃO SEGUNDO A TEORIA LIEBMANIANA

O conceito de ação constitui o terceiro eixo da teoria de Liebman, e pode ser definido, em linhas gerais, como o “direito de provocar o exercício da jurisdição”, ou seja, “o direito de provocar o julgamento do pedido, a decisão da lide” (2004, p. 97). Em estudo detalhado sobre a ação, afirma o autor italiano (1950, p. 64-65):

L'azione è appunto na situazione soggettiva che consiste nel potere di porre la condizione, in virtù della quale l'organo si pone in movimento in obbedienza alleregole interne che disciplinano la sua funzione. Azione e soggezione si presentano così come correlative, entrambe connesse con l'esercizio della potestà giurisdizionale, una essendone la premessa e l'altra la conseguenza, collegate tra loro dall'indentità della fattispecie concreta a cui si riferiscono, e, data la natura dialettica del giudizio, possono anche scambiarsi le posizioni: avendo proposto l'azione, l'attore diviene a sua volta anche'egli soggetto alla potestà dell'organo; e viceversa Il convenuto, pur rimanendo nello stato di soggezione, può prendere un atteggiamento attivo nel caso in cui non fosse disposto ad accettare l'eventuale rinuncia dell'attore a portare innanzi l'azione iniziata ⁷.

⁷ “A ação é precisamente uma situação subjetiva que consiste no poder de definir a condição, em virtude da qual o órgão se põe em movimento em obediência às normas internas que regem sua função. Ação e sujeição apresentam-se assim como correlativas, ambas vinculadas ao exercício do poder jurisdicional, sendo uma premissa e outra consequência, unidas pela identidade do caso concreto a que se referem e, dada a natureza dialética do julgamento, eles também podem trocar posições: tendo proposto a ação, o autor por sua vez também fica sujeito à autoridade do órgão; e vice-versa O réu, embora permaneça em estado de sujeição, pode tomar uma atitude ativa no caso de não estar disposto a aceitar a possível renúncia do autor à proposição da ação” (tradução livre).

Em Liebman o conceito de ação sofre modificações significativas em relação às definições sobre o tema preponderantes à época, e que se dividiam, sobretudo, entre os defensores da teoria nomeada como concretista, e os adeptos da teoria conhecida por abstrativista: os primeiros, para quem o direito de ação pertence “unicamente ao autor que tem razão” (2004, p. 96), tiveram como expoentes Wach, Goldschmidt, Chiovenda e Calamandrei; e os segundos, que definem o direito de ação como o “direito de provocar a atividade dos órgãos jurisdicionais e de conseguir uma decisão qualquer, sem nenhuma condição prévia, subjetiva ou objetiva” (2004, p. 97), encontram entre seus mais notáveis defensores o jurista alemão Degenkolb, o húngaro Plosz, os brasileiros Alfredo Rocco, Benedito Siqueira Ferreira, Lopes da Costa, Gabriel Resende Filho, o italiano Carnelutti e o uruguaio Eduardo Couture.

A linha adotada pelo teórico alvo de nosso estudo procura apontar uma intercessão entre as duas correntes então dominantes, e oferecer uma doutrina distinta, que usualmente se convencionou designar como a teoria eclética da ação.

Desta corrente intermediária um dos processualistas mais notáveis é Liebman, para quem a ação é direito subjetivo processual, não direito subjetivo material. Por isso corresponde não uma obrigação, mas o exercício de uma função por parte do órgão do Estado e uma sujeição por parte do adversário, que não pode evitar os efeitos da ação (BUZAID, 1977, p. 139)

Segundo essa proposição, a ação se caracteriza tanto por ser abstrata, uma vez que “tendo por conteúdo o julgamento do pedido, inclui ambas as hipóteses em que este for julgado, procedente ou improcedente”, quanto por ser subjetiva determinada, “porque é

condicionada à existência dos requisitos definidos como condições da ação” (LIEBMAN, 2004, p. 97).

Com efeito, o que substancialmente retira Liebman do lado dos concretistas é o entendimento de que a procedência do pedido não pode ser considerada uma condição da ação, mas uma consequência eventual desta, sendo direito do autor simplesmente ver julgado o pedido formulado, qualquer que seja o resultado.

Por outro lado, o que não permite afirmar que o autor italiano teria sido um abstrativista pleno é a percepção de que, na teoria liebmaniana, “o pedido do autor, para merecer a atenção do juiz, deve oferecer alguns requisitos, cuja falta autoriza o juiz a recusar-lhe o conhecimento” (2004, p. 93)⁸. Esses requisitos a que Liebman faz referência são as chamadas condições da ação.

5.1 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Conforme ensina a teoria liebmaniana, as condições da ação são “requisitos que a lide deve possuir para ser julgada” e que “dizem respeito às relações entre a lide e o conflito de interesses que a fez surgir, porque a lide só pode ser decidida se for adequada e apropriada àquele conflito” (2004, p. 93). E prossegue: “só quando estiverem presentes essas condições é que se pode considerar existente a ação,

⁸ Em notas à obra de Liebman o professor Cândido Rangel Dinamarco acrescenta: “O que afasta nosso Mestre dos abstratistas (sic) mais extremados é a distinção que ele faz entre a ação como garantia constitucional (esta, sim, incondicionada) e a ação como instituto disciplinado em nível infraconstitucional; a primeira assegura o respeito da lei ordinária ao instituto da ação, o qual por sua vez constitui *‘una specificazione, una determinazione, un particolare grado di condensazione’* da garantia constitucional. As condições da ação é que realizam essa especificação, revelando-se no plano concreto de *una fattispecie determinata ed esattamente individuata*” (LIEBMAN, 2005, p. 203, nota 126).

surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la” (2005, p. 203).

Como se observa, as condições da ação são requisitos que dizem com o mérito (lide) do conflito, e não com requisitos do processo, como são os pressupostos processuais. Daí porque se afirma que as condições da ação são “condições de admissibilidade do julgamento da demanda” (LIEBMAN, 2005, p. 203), ou mesmo condições de existência da ação, sem as quais não se viabiliza o exercício da função jurisdicional.

Nel suo significato pieno e vero, l'azione non compete infatti a chiunque e non ha contenuto generico. Al contrario, essa si riferisce ad una fattispecie determinata ed esattamente individuata, ed è il diritto ad ottenere che il giudice provveda a suo riguardo formulando (od attuando) la regola giuridica speciale che la governa. Essa è perciò condizionata ad alcuni requisiti (che devono verificarsi caso per caso in via preliminare, anche se di solito per implicito), vale a dire all'interesse ad agire, che è l'interesse dell'attore ad ottenere il provvedimento domandato; alla legittimazione ad agire, che è l'appartenenza dell'azione a colui che la propone e in confronto alla controparte e alla possibilità giuridica, che è l'ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell'ordine giuridico nazionale (LIEBMAN, 1950, p. 65-66) ⁹.

Nas lições do autor, há uma “correlação exata entre ação e jurisdição, uma vez que uma não pode existir sem a outra” (1950, p. 66),

⁹ “Em seu sentido pleno e verdadeiro, a ação não pertence de fato a ninguém e não tem conteúdo genérico. Pelo contrário, refere-se a um caso concreto e precisamente identificado, e é o direito de obter que o juiz conheça dele formulando (ou implementando) a norma jurídica especial que o rege. Está, portanto, condicionado a certos requisitos (que devem ocorrer de forma preliminar, ainda que habitualmente de forma implícita), nomeadamente o interesse em agir, que é o interesse do demandante em obter a medida solicitada; legitimidade para agir, que é a pertença da ação a quem a propõe e em relação à contraparte e a possibilidade jurídica, que é a admissibilidade abstrata do ato requerido, de acordo com as regras em vigor no ordenamento jurídico nacional” (tradução livre).

e essa afirmação vai ao encontro do que dissemos anteriormente quanto às distinções entre o ato judicial e o ato jurisdicional. Isso porque, em Liebman, não há um recorte substancialmente preciso quanto ao momento em que as condições da ação deixam de sê-lo e passam a se confundir com o mérito.

Afirma-se então, com base nessas proposições, que a decisão judicial que declarar ser o autor carecedor de ação, qualquer que seja o momento em que for ela proferida, não consistirá em um ato “verdadeiramente jurisdicional” (LIEBMAN, 1950, p. 66), ostentando natureza terminativa na qual inexistente jurisdição porque não há decisão da lide. É diverso, por exemplo, do que sustenta a teoria da asserção (ou prospecção), para a qual a presença das condições da ação deve ser verificada no momento da propositura da ação, quando ainda não houve uma cognição profunda acerca dos pedidos formulados.

De acordo com a teoria eclética, adotada por Liebman, três são, originalmente, as condições da ação: a legitimação, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.

5.1.1 A LEGITIMAÇÃO (OU LEGITIMIDADE ‘AD CAUSAM’)

Entende-se por legitimação, nas palavras do autor italiano, “a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, isto é, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar” (2004, p. 95).

O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [nei cui confronti] ele existe; em outras palavras, é um problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva. [...] Entre esses dois problemas, ou seja, o da existência do interesse de agir e o da sua pertinência subjetiva, o segundo é que deve ter precedência, porque só em presença dos dois interessados diretos é que o juiz pode examinar se o interesse exposto pelo autor efetivamente existe e se ele apresenta os requisitos necessários. Essas premissas permitem estabelecer a quem cabe, em concreto, a legitimação (LIEBMAN, 2005, p. 209).

Sucede, entretanto, que a legitimação trabalhada pela teoria eclética obedece à regra geral de legitimidade *ad causam*, pensada e desenvolvida para os litígios tipicamente individuais, em que somente o titular da ação tem o direito de exercê-la, em face daquele que efetivamente ostente o interesse oposto, e que sofrerá os efeitos de uma decisão eventualmente desfavorável. Trata-se de uma premissa elementar da legitimação ordinária.

Não cuidou nosso autor, nesse primeiro momento, das hipóteses em que a própria norma jurídica autoriza que se pleiteie, em nome próprio, um direito que, por definição, pertença a outro.

De fato, o que se observa é que nos Estudos, de 1947, o tema da substituição processual não foi assunto que mereceu espaço – diferentemente do que ocorreu, por exemplo, com o *Manuale*, que em edições traduzidas para o português, particularmente da 4ª edição italiana, de 1980, em diante, passou a se delongar a respeito dessa hipótese:

O substituto processual exerce em nome próprio uma ação que, embora pertencente a outrem segundo as regras ordinárias, é conferida ou estendida excepcionalmente a ele através da legitimação extraordinária; isso se dá em atenção a seu especial interesse pessoal, que pode ser qualificado como interesse legítimo reconhecido pela lei através da permissão, que lhe dá, de agir em juízo para a tutela de um direito alheio. Também o substituto processual age, pois, por um interesse legítimo próprio (LIEBMAN, 2005, p. 211).

Tratando-se de substituição processual, o substituto – ao contrário do que ocorre com o representante – torna-se parte na causa, e sofre os efeitos da decisão juntamente com o substituído (ou legitimado primário), a ele sendo estendidos, por conseguinte, os efeitos da coisa julgada.

5.1.2 O INTERESSE PROCESSUAL

Por interesse processual, ou interesse de agir, deve ser entendido “o elemento material do direito de ação” (2005, p. 205-206), que se fará presente quando houver, para o autor, “utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa” (2004, p. 94).

Distingue-se o interesse de agir do conflito de interesses (fato social) que lhe deu origem, na medida em que se amolda, o primeiro, como uma consequência (jurídica) do segundo. Com isso, a inexistência do primeiro, ou se o pedido articulado pelo autor, a fim de movê-lo, se revela inadequado, não caberá ao magistrado examiná-lo.

Além disso, o interesse processual tem natureza secundária, também não se confundindo com o interesse primário que o motiva, isto é, que “forma o conteúdo do direito deduzido em juízo pelo autor” (2004, p. 94).

Como explica Liebman, a exigência da norma jurídica é a da “concorrência do legítimo interesse como condição para a propositura da ação”, enquanto “decidir se existe ou não o interesse legítimo, que é o conteúdo do direito controvertido, é o mesmo que julgar o mérito da causa” (2004, p. 95).

O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a esse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. [...] Naturalmente não significa que o autor tenha razão: quer dizer apenas que sua demanda se apresenta merecedora de exame. Ao mérito, e não ao interesse de agir, pertence toda e qualquer questão de fato e de direito relativa à procedência da demanda, ou seja, à juridicidade da proteção que se pretende para o interesse substancial (LIEBMAN, 2005, p. 206-207).

Logo, o trinômio da utilidade, necessidade e adequação, como elementos informadores do interesse de agir, constitui matéria a ser vencida no despacho saneador, segundo o autor italiano, e não com a decisão da lide, quando questões dessa natureza já deverão ter sido apreciadas e decididas.

5.1.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A terceira condição da ação na teoria eclética de Liebman é a possibilidade jurídica do pedido, trabalhada com muita brevidade pelo autor em seus Estudos.

Conforme definição do professor italiano, a possibilidade jurídica é “a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor” (2004, p. 93).

Segundo Buzaid (1977, p. 139), a ideia da possibilidade jurídica tem sua correspondência na doutrina do direito concreto:

Se la norma”, escreve Chiovenda, “a cui l’attore si riferisce non esiste come norma astratta, è vano ricercare se sai divenuta concreta; la domanda è infondata”. Não é outro o sentir de Calamandrei, que reconhece e proclama a justeza do conceito de Chiovenda, porque “se l’attore afferma un fatto e da esso vuol dedurre una conseguenza giuridica, che, ove anche il fatto fosse vero, non ne deriverebbe; o se, ipotesi più difficile ma più evidente, l’attore pretende un effetto che giuridicamente non può nel vigente sistema legislativo da nessun fatto nascere (p. e. se l’attore chiedesse la morte del convenuto), – in simili casi sarebbe perfettamente inutile che il giudice, prima di decidere il problema di diritto, sprecasse il tempo ad indagare se il fatto è vero, quando anche una risposta positiva a símile indagini porterebbe senza dubbio a una risposta negativa al susseguente problema di diritto”. No sistema de Liebman, não se diz que a ação é infundada, mas sim que o autor dela é carecedor, porque não há na ordem jurídica positiva o tipo de providência jurisdicional requerido pelo autor¹⁰.

Baseado na ordem jurídica vigente ao tempo em que a obra foi escrita, Liebman sustentou a plausibilidade da possibilidade jurídica do

¹⁰ “Se a norma”, escreve Chiovenda, “a que o ator se refere não existe como norma abstrata, é inútil indagar se pode ser concretizada; a questão é infundada”. Não é outro o sentir de Calamandrei, que reconhece e proclama a justeza do conceito de Chiovenda, porque “se o demandante afirma um fato e deseja dele deduzir uma consequência jurídica que, mesmo que o fato fosse verdadeiro, não derivaria disto; ou se, uma hipótese mais difícil, mas mais evidente, o autor alega um efeito que legalmente não pode surgir de qualquer fato no sistema legislativo atual (por exemplo, se o autor pede a morte do réu), – em tais casos seria perfeitamente inútil para o juiz, antes de decidir a questão de direito, perder tempo investigando se o fato é verdadeiro, quando mesmo uma resposta positiva a investigações semelhantes levaria, sem dúvida, a uma resposta negativa ao problema jurídico posterior”. No sistema de Liebman, não se diz que a ação é infundada, mas sim que o autor dela é carecedor, porque não há na ordem jurídica positiva o tipo de providência jurisdicional requerido pelo autor (tradução livre).

pedido como uma condição da ação exemplificando que tal se operaria, dentre outras hipóteses, como se dava em um pedido de divórcio, já que as leis brasileiras vigentes naquele momento não permitiam decretar a dissolução do casamento.

Interessante observar, no entanto, que as obras do autor italiano que sucederam a essa primeira definição sofreram relevantes aperfeiçoamentos, e a possibilidade jurídica do pedido talvez seja o mais notório deles.

Com a entrada em vigor, na Itália, em 1970, da lei que instituiu o divórcio, ruiu o principal argumento no qual Liebman se ancorava para sustentar a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação aptas a legitimarem que o juiz conhecesse ou não do pedido formulado pelo autor.

O fato é comentado, inclusive com certa ironia, por Cândido Rangel Dinamarco:

Sucedee que, tendo entrado em vigor na Itália, no ano de 1970, a lei que instituiu o divórcio (lei n. 898, de 1.12.1970), na terceira edição de seu *Manuale* o autor sentiu-se desencorajado de continuar a incluir a possibilidade jurídica entre as condições da ação (afinal, esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda). E nisso tudo se vê até certa ironia, pois no mesmo ano de 1973, em que vinha a lume o novo Código de Processo Civil brasileiro, consagrando legislativamente a teoria de Liebman com suas três condições, eis que surgia também o novo posicionamento do próprio pai da ideia, renunciando a uma delas (LIEBMAN, 2005, p. 204, nota 127) ¹¹.

¹¹ Em sua Teoria Geral do Novo Processo Civil Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes também registram passagem sobre o tema: "Em fase ulterior de sua produção o próprio Liebman

Dessa maneira, a partir do ano de 1973, Liebman passou a defender, como condições da ação, apenas os dois primeiros requisitos vistos neste capítulo: a legitimação (ou legitimidade *ad causam*) e o interesse processual (ou interesse de agir), sendo determinados aspectos da possibilidade jurídica do pedido abrigados, desde então, no campo do interesse de agir (*e.g.* os casos de provimentos jurisdicionais não admitidos pela lei, como a prisão por débitos).

5.2 CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

As condições da ação e os pressupostos processuais constituem, ao lado do exame da validade e regularidade formal dos atos processuais, o arcabouço de questões preliminares, ou questões prévias a que é dado o juiz decidir antes do conhecimento do mérito. Não são, contudo, expressões sinônimas.

Enquanto as condições da ação, como demonstrado anteriormente, são requisitos de admissibilidade cuja ausência inviabiliza o exame do mérito e, conseqüentemente, o exercício da jurisdição, os pressupostos processuais podem ser definidos como “circunstâncias subjetivas e objetivas que constituem os requisitos para que o processo, tal como foi proposto, se apresente adequado e apropriado à lide”. Portanto, conclui Liebman, “a falta desses requisitos produz a irregularidade e, portanto, a inviabilidade da relação processual” (2004, p. 92).

veio a repudiar a categoria jurídico-processual da possibilidade jurídica como condição da ação no momento em que a legislação de seu país instituiu o divórcio – o pedido de dissolução do vínculo conjugal era, na lição do Mestre, o principal exemplo ilustrativo da carência de ação por falta de possibilidade jurídica” (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 117).

São exemplos de pressupostos processuais, nas lições de nosso teórico, (a) a jurisdição e a capacidade específica (competência) do juiz perante o qual foi proposta a demanda; (b) a capacidade e a legitimação formal das partes (legitimidade *ad processum*); e (c) a ausência de impedimentos decorrentes da litispendência e do compromisso arbitral.

Finalmente, os pontos relativos à validade e regularidade formal dos atos processuais são requisitos cuja análise se desenvolve desde a petição inicial, de modo que a nulidade desta, não sendo reparada ou sanada, acarretará a nulidade de todos os atos processuais que lhe sucederem (LIEBMAN, 2005).

6 A INFLUÊNCIA DE LIEBMAN NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Não há dúvidas de que a passagem de Enrico Tullio Liebman pelo Brasil provocou profundas transformações na maneira de se pensar a ciência processual.

Sem a pretensão de esgotar o tema, neste capítulo procuraremos destacar, com aporte em respeitáveis estudos que se detiveram sobre as produções do jurista italiano, de que maneira a teoria liebmaniana influenciou e ainda alimenta debates a respeito do processo civil brasileiro.

Em primeiro lugar, uma das mais repercutidas heranças deixadas pelos ensinamentos de Liebman se encontra na incorporação das condições da ação ao direito brasileiro (art. 267¹² do Código de Processo

¹² CPC-73: Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Civil de 1973), como requisitos cuja falta autoriza a extinção do processo, sem resolução do mérito, pelo juiz.

A instituição das condições da ação no novo então diploma processual ocupou o lugar do regramento anterior, que consagrava, por exemplo, a figura do “legítimo interesse, econômico ou social”¹³ como um requisito cuja ausência poderia resultar, por exemplo, na chamada “absolvição da instância”¹⁴.

Como já observamos anteriormente, embora a possibilidade jurídica tenha merecido espaço nas ideias iniciais de Liebman como uma das condições da ação, no mesmo ano em que o Código de Processo Civil foi publicado, também o foi a terceira edição do *Manuale di diritto processuale civile* do jurista italiano, já sem esse requisito, a revelar a insustentabilidade da possibilidade jurídica como uma condição da ação, como se terminou por confirmar ao longo do tempo.

Outra amostra da influência de Liebman sobre o direito brasileiro está, diz Buzaid, no conceito de jurisdição admitido pelo art. 1º do Código de 1973, segundo o qual “a jurisdição [é] a atividade do Poder Judiciário destinada a atuar a vontade concreta da lei nos casos e formas legais, conforme as disposições que o Código estabelece” (1977, p. 140).

Em terceiro lugar, a definição de jurisdição adotada pela norma de 1973 também se associa à noção de lide ensinada pelo professor italiano, e reverbera no ordenamento processual brasileiro de modo muito claro,

¹³ CPC-39: Art. 2º Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse, econômico ou moral.

¹⁴ CPC-39: Art. 201. O réu poderá ser absolvido da instância, a requerimento seu: I – quando não constarem da petição inicial os documentos indispensáveis à propositura da ação; [...] III – quando da exposição dos fatos e da indicação das provas, em que se fundar a pretensão do autor, resultar que o seu interesse é imoral ou ilícito.

também quanto ao que há de ser considerado como objeto do processo, tal como disciplinado pelo art. 128 do CPC-73¹⁵. Somente quando se decide a lide é que estará a atuar, sobre o mérito, a vontade concreta da lei em sua plenitude, e o pedido do autor é o elemento responsável por fixar os limites da lide.

Em quarto, a contribuição de Liebman acerca da revisão do conceito de coisa julgada é largamente concebida como uma das mais importantes influências do jurista italiano sobre o processo civil brasileiro (BUZAID, 1977).

É patente a adoção de suas idéias na elaboração do Código de Processo Civil brasileiro, bem como a forte influência que recebeu de Giuseppe Chiovenda, seu mestre, e de Oskar von Bülow, mestre daquele. Percebe-se que para o autor italiano a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar os efeitos.

Pela proposição teórica de Liebman é ainda possível se estabelecer a distinção entre eficácia natural da sentença e autoridade da coisa julgada. Sustentou o autor que a eficácia natural da sentença como ato de potestade do Estado atinge a todos, mas que a autoridade da coisa julgada só atinge às partes. Nesse sentido, os terceiros juridicamente prejudicados poderão opor-se à autoridade da coisa julgada.

O instituto da coisa julgada, para Liebman, integra a sistemática normativa do direito público, mais necessariamente do direito constitucional, por esta ordem de idéias é possível a aproximação, desde Liebman, entre Constituição e processo, criando um degrau epistemológico para os estudos e trabalhos do Processo Constitucional e do Direito Processual Constitucional. Pode-se notar também que Chiovenda influenciou as formulações teóricas de Liebman quando este se apropria do conceito de coisa julgada como conteúdo da sentença (afirmação de uma vontade

¹⁵ CPC-73: Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

advinda da lei), de seu efeito (expresso na obrigatoriedade) e da noção de qualidade deste efeito (representado pela indiscutibilidade) (SANTOS; MATTOS; QUEIROZ, 2007, 123-124).

Mais uma das inovações do Código de Processo Civil de 1973, cuja influência Alfredo Buzaid, autor do Anteprojeto, credits ao jurista italiano, seu mestre, diz respeito à unificação na forma de processamento dos títulos executivos¹⁶. É que, até sob o Código de Processo Civil de 1939, títulos judiciais e extrajudiciais contavam com ações distintas e meios de impugnação igualmente diversos para serem viabilizados.

Tratando-se de títulos judiciais, manejava-se a nominada *parata executio* (ou ação executória). Cuidando-se, todavia, de títulos extrajudiciais, a via era a ação executiva.

Conforme explica o jurista brasileiro, embora ambas as ações tivessem início comum, com a penhora de bens do executado, o desenvolvimento dessas duas ações era bem distinto. Isso porque, contestadas as ações executivas (títulos extrajudiciais), seguia-se o rito do procedimento ordinário, com todas as garantias processuais e, inclusive, com a realização da audiência de instrução e julgamento.

Em contrapartida, tratando-se de ações executórias (títulos judiciais) a via defensiva se apercebia estreitada, de modo que a impugnação somente poderia se limitar às hipóteses taxativamente previstas pelo art. 1.010 do CPC-39. “Se o executado oferecesse

¹⁶ Sobre as polêmicas entre Liebman e Carnelutti acerca dos títulos executivos cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. Polêmicas do Processo Civil. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil, Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, p. 523-542, 2011.

embargos, abria-se um incidente de mérito que, conforme a sentença que fosse proferida, ou autorizava a execução a retomar o seu curso ou lhe punha termo”. E prossegue:

Graças ao magnífico trabalho de Liebman – que analisa a execução desde a *actio iudicati* romana até o direito intermédio, o nascimento dos *instrumenta quarentigiata* na Idade Média, a evolução da tutela dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais, públicos e particulares no direito europeu continental e no direito brasileiro, e a necessidade de dar tratamento sistemático a institutos tão importantes – o legislador brasileiro que elaborou o Código de Processo Civil de 1973 era livre de adotar a política de unificação dos títulos executivos [o que já se revelava uma tendência mundial desde o Código de Processo Civil napoleônico de 1806] ou de manter o dualismo das ações. O Código segue a primeira orientação porque, na verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie da execução geral, e por isso reúne os títulos judiciais e extrajudiciais, dando-lhes tratamento unitário (BUZAID, 1977, p. 142).

Por último, destacam-se entre as influências de Liebman sobre o processo civil brasileiro os ensinamentos que repercutiram ao longo do processo cautelar, a fim de expandi-lo. Ao aderir à doutrina moderna, a teoria liebmaniana propôs-se a ir além das contribuições de Chiovenda.

De um lado, reconheceu-se a falência do modelo adotado pelo Código de 1939, que incluiu as medidas cautelares como preventivas ou acessórias. Esse caráter acessório, nos dizeres de Buzaid, “retardou o acolhimento das novas ideias que isolaram a medida cautelar, erigindo-a à categoria de ação autônoma consoante à função preventiva do processo”. Prossegue o professor paulista:

Liebman ressaltou a doutrina moderna observando: “o processo acautelatório tem, de fato, como organismo processual, uma individualidade própria: uma demanda, uma relação processual, um provimento final, um objeto próprio, que é a ação acautelatória”. Na verdade, o poder jurídico de obter uma dessas medidas é, conforme a lição de Chiovenda, uma forma de ação, ação cautelar. É mera ação, prossegue o autor, que não se pode considerar como acessório do direito acautelado, porque existe como poder atual, quando ainda não se sabe se o direito acautelado existe (1977, p. 143).

De outro, observou Liebman que “também na legislação brasileira omite-se a atribuição expressa ao juiz de um poder acautelatório geral, de que ele possa se valer, segundo as necessidades e as circunstâncias fora dos casos tradicionais especialmente previstos” (BUZAID, 1977, p. 143). Com essa percepção é que Alfredo Buzaid se confessa inspirado pelo magistério de Liebman para fazer com que fosse reconhecido, pelo CPC-73, um poder cautelar geral conferido ao juiz, como nas hipóteses do art. 797¹⁷, art. 798¹⁸ e art. 799¹⁹.

6.1 A INFLUÊNCIA DE LIEBMAN NA CIÊNCIA PROCESSUAL CONTEMPORÂNEA: ASPECTOS CRÍTICOS

Para arrematarmos, e longe de buscarmos respostas ainda neste trabalho, porque tal foge à nossa proposta, parece-nos digno de nota um

¹⁷ CPC-73: Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

¹⁸ CPC-73: Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

¹⁹ CPC-73: Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

brevíssimo apontamento quanto à influência de nosso autor na regra processual vigente, com o Código de Processo Civil de 2015, ainda que para refutar suas ideias, como fazem alguns.

De saída, mostra-se temerário que se faça qualquer digressão ou aproveitamento das lições de outrora, cunhadas por Liebman em respeito às noções, circunstâncias e regramentos da época, a fim de infirmá-las se comparadas à norma jurídica atual. Incurrer-se-á, inevitavelmente, em anacronismo, tomando-se de empréstimo teorias que não foram pensadas para o sistema que ora vige.

Exatamente nesse ponto parece-nos censurável, do ponto de vista histórico, a crítica que fazem Adriano Lucio Santos, Bruno Ferreira Bini Mattos e Fabio Henrique Queiroz (2007, p. 125) à teoria de Liebman, quando afirmam que o fundador da Escola Instrumentalista não teria conseguido “demarcar com exatidão os limites conceituais e definições de forma e conteúdo dos institutos ação / defesa; processo / procedimento / direito de ação; jurisdição / função / poder / juiz”. Reportamo-nos, então, ao que dissemos no início.

Entender a teoria de Liebman é compreender os seus institutos segundo as definições que o teórico emprega, comparando-as, quando muito, com as ideias que o antecederam – mas nunca em relação àquelas que a sucederam, e que se desenvolveram como fruto de um capítulo natural da evolução da ciência processual.

Sem embargo, é interessante a consideração que faz Fredie Didier Jr. a respeito da sobrevida (ou não) das condições da ação no panorama legal definido pelo CPC-2015:

A principal objeção a essa categoria [das condições da ação no CPC-73] tinha fundo lógico: se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. A doutrina alemã, por exemplo, divide as questões em admissibilidade e mérito, simplesmente. Cândido Dinamarco, por exemplo, um dos principais autores brasileiros a adotar a categoria ‘condição da ação’, já defende a transformação deste trinômio em um binômio de questões: admissibilidade e mérito [...] A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo extrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes [...] Enfim, o assunto ‘condição da ação’ desaparece, tendo em vista a inexistência da única razão que o justificava: a consagração de um texto legislativo dessa controvertida categoria; a ausência da ‘possibilidade jurídica do pedido’ passa a ser examinada como improcedência liminar do pedido, no capítulo respectivo; a legitimidade *ad causam* e interesse de agir passam a ser estudados no capítulo sobre os pressupostos processuais (DIDIER JR., 2015, p. 305-307).

Lições semelhantes à do autor baiano, alicerçadas, pois, sobre argumentos semelhantes, procuram afirmar que a regra processual inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 teria adotado a teoria do direito abstrato de ação e, com isso, consagrado a teoria da asserção como um de seus fundamentos.

Contudo, diante de posicionamentos como o de Didier Jr., parece-nos pertinente questionar: não são as condições da ação, no conceito original que lhes emprestou Liebman, exatamente questões de admissibilidade para o julgamento do mérito? Se a resposta for

afirmativa, não se revela possível afirmar que as condições da ação teriam, realmente, desaparecido.

Na verdade, esse rearranjo proposto pelos que defendem o fim das condições da ação, a partir do Novo Código de Processo Civil, parece confundir os conceitos de processo, jurisdição e ação, ao reunir, sob uma mesma estrutura, elementos notoriamente distintos.

Daniel Amorim Assumpção Neves, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, nos fornece mais elementos para resistirmos à idéia de que as condições da ação teriam desaparecido com a entrada em vigor do Código de Processo Civil atual.

Ao se admitir que as condições da ação não existem mais como instituto processual autônomo, cabendo agora analisar-lhes como pressupostos processuais ou mérito, a depender do caso, seria ver consagrada no Novo CPC a teoria abstrata do direito de ação.

Certamente é tema que ainda suscitará muitos questionamentos e dúvidas, mas em minha primeira visão sobre o assunto não creio que o novo CPC tenha adotado a teoria do direito abstrato de ação. Prova maior é que nas hipóteses já mencionadas de vedação à repropositura da ação, como do cabimento da ação rescisória, o Novo CPC deixa claro que não haverá julgamento de mérito. Como a legitimidade e o interesse de agir dificilmente podem ser enquadrados no conceito de pressupostos processuais, por demandarem análise da relação jurídica de direito material alegada pelo autor, concluo que continuamos a ter no sistema processual as condições da ação. E vou ainda mais longe. Apesar do respaldo doutrinário significativo e de inúmeras decisões judiciais acolhendo-a, o Novo CPC não consagrou a teoria da asserção, mantendo-se nesse ponto adepto da teoria eclética. Ainda que não caiba ao Código de Processo Civil adotar essa ou aquela teoria, ao prever como cláusula de extinção do processo sem resolução do mérito a sentença que reconhece a ausência de legitimidade

e/ou interesse de agir, o Novo CPC permite a conclusão de que continua a consagrar a teoria eclética.

Entendo, portanto, que tanto o CPC/1973 como o Novo CPC consagram a distinção entre pressupostos processuais, condições da ação e mérito (NEVES, 2016, p. 42).

Sob um primeiro olhar, a simples falta de menção à expressão “condições da ação” se nos mostra como mera opção terminológica e legislativa, que não as faz desaparecer, nem tampouco desnatura o conceito ou as subdivisões desses requisitos necessários ao exercício da jurisdição tal qual reconhecidos por Liebman.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As contribuições de Enrico Tullio Liebman para o direito processual brasileiro são inúmeras, sejam elas mais evidentes, como na transposição literal de suas ideias para o direito positivo, sejam elas mais sutis, como que por inspiração de seus ensinamentos sobre aqueles a quem coube pensar e dar forma e conteúdo à norma jurídica processual no Brasil, sobretudo na década de 1970.

Neste ensaio, procuramos destacar os principais argumentos que constituem sua tese, particularmente aquilo que o diferencia dos demais teóricos de seu tempo. É o caso da teoria eclética, cuja associação ao nome do jurista italiano se dá de pronto, como também ocorre com as condições da ação, com suas subdivisões recepcionadas pelo Código de Processo Civil de 1973, e que foram trabalhadas ao longo deste artigo.

O rigor científico impõe que as ideias de Liebman sejam cotejadas levando em consideração o contexto histórico, jurídico, político e social

em que foram gestadas, a fim de que não se cometa o erro grosseiro de julgá-las à luz de uma realidade jurídica que, se bem não fosse aquela vivida pelo autor, deve ao menos ser um aperfeiçoamento de suas ideias, contextualizadas para atender às demandas da ciência jurídica processual nos tempos atuais.

REFERÊNCIAS

- ARQSHOAH - **Holocausto e Antissemitismo**: o Brasil diante do Holocausto e dos refugiados do nazifascismo (1933-1960). Disponível em: <https://arqshoah.com/busca-artistas-e-intelectuais/aei-101-liebman-enrico-tullio>. Acesso em: 26 mar. 2021.
- ASSOCIAZIONE NAZIONALE PARTIGIANI D'ITALIA. **Il manifesto della Razza**. 1938. Disponível em: <https://www.anpi.it/storia/114/il-manifesto-della-razza-1938>. Acesso em: 08 mai. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 1608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 10 maio 2021.
- BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869/impressao.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.
- BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 72, n. 1, p. 131-152, 1977.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 81, p. 98-102, 1986.

LACERDA, Galeno. Ação rescisória e homologação de transação. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná**, [s. l.], v. 19, p. 101-116, 1979.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Bestbook Editora, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno IV, 1950.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. 3. ed. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, p. 47-71, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo III. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTOS, Adriano Lucio; MATTOS, Bruno Ferreira Bini; QUEIROZ, Fábio Henrique. A coisa julgada em Liebman. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). **Coisa julgada**: de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 67-128.

7

JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO EM EDUARDO JUAN COUTURE

*Naony Sousa Costa Martins*¹

*Fabício Veiga Costa*²



Fonte: Site Renata Esmeraldino Advocacia e Consultoria Jurídica³

¹ Doutoranda em Direito. Mestre em proteção e efetivação dos direitos fundamentais – Linha de pesquisa em Processo Coletivo, pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Especialista pela Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — IEC PUC Minas. Professora na Faculdade Pitágoras Campus Divinópolis/MG. E-mail: naony.sousa@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9005-1749>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3918069033429128>.

² Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – Mestrado e Doutorado. Doutorado e Mestrado em Direito Processual – Pucminas. Pós-doutorado em Educação – UFMG. Pós-doutorado em Psicologia – Pucminas.

³ Disponível em: <http://renataesmeraldino.com.br/>. Acesso em 05 de maio de 2021.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo propor uma revisitação aos institutos da jurisdição, ação e processo, a partir da ótica dos apontamentos críticos e teóricos desenvolvidos pelo processualista uruguaio Eduardo Juan Couture, na primeira metade do século XX. Visando sistematizar cientificamente as proposições apresentadas, em um primeiro momento serão feitas considerações sobre a vida e obra do jurista. A partir dessas premissas, será evidenciado o contexto histórico que permeia a produção científica de Eduardo J. Couture, quais são as teorias por ele adotadas, os autores que influenciaram suas construções teóricas e, por fim, quais as principais contribuições ofertadas pelo jurista, através das suas teorias, para estudo do direito processual.

Ademais, serão apresentadas considerações teóricas acerca dos institutos da jurisdição, ação e processo, tomando-se como referencial teórico a pesquisa produzida pelo jurista. Será demonstrado, ainda, que para cada um dos institutos citados, Eduardo J. Couture dedicou em suas obras extensas considerações teóricas, inclusive, rompendo com paradigmas e teorias que eram vigentes a sua época.

Para se chegar ao escopo desta pesquisa será utilizada a técnica teórico conceitual, haja vista a utilização de análise de conteúdo, por meio de levantamento bibliográfico acerca do tema. De acordo com as técnicas de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica e, no que se refere aos métodos de pesquisa, trata-se de uma pesquisa descritiva, que possui por escopo a análise das obras e construções teóricas apresentadas pelo jurista Eduardo Juan Couture.

Desta forma, se identificará quais são os principais conceitos apresentados pelo autor acerca dos institutos da jurisdição, ação e processo, fundamentais para o estudo do direito processual.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O AUTOR: VIDA E OBRA

Eduardo Juan Couture nasceu em Montevideú, no Uruguai, em 1904 e faleceu prematuramente em 1956. Foi presidente do Colégio dos Advogados no Uruguai, catedrático do Processo Civil e decano da Faculdade de Direito de Montevideú, além de ter lecionado em diversos países da Europa. Recebeu inúmeras condecorações honoríficas no Uruguai e em países estrangeiros, como as de Conselheiro da Legião de Honra na França e Comendador da Ordem Nacional do Cruzeiro do Sul, no Brasil.

O jurista foi o redator do projeto de Código de Processo Civil do Uruguai em 1945. Apesar do projeto do código não ter sido aprovado, culminou por ser adotado por outros países da América (COUTURE, 2008, p. 9). Dentre as obras publicadas pelo jurista destacam-se, Fundamentos de Direito Processual Civil e Os mandamentos do Advogado, que são obras publicadas, também, em âmbito internacional. Além das referidas obras, é autor das obras Introdução ao Estudo do Processo Civil, Interpretação das Leis Processuais, Estudos de Direito Processual, Trajetória e doutrina do Direito Processual Civil e Dicionário de vocabulário jurídico, dentre outras.

Fundamentos do Direito Processual Civil, foi uma das obras de maior destaque de autoria de Eduardo J. Couture e foi publicada de

forma original em 1942, pela Editora Aniceto López (COUTURE, 2008, p. 9) e depois foi reeditada e ampliada. Foi traduzida e editada em diversos países, inclusive, no Brasil, em 1946 (COUTURE, 2008, p. 9).

Por sua vez, a obra “Interpretação das Leis Processuais” é resultado de uma série de conferências realizadas por Couture nos cursos de inverno da Escola Nacional de Jurisprudência, da Universidade do México, em 1947. Vale mencionar, que na ocasião após a realização da conferência, “discutiram-se, em sessão de mesa redonda, os dispositivos do Capítulo Preliminar do Projeto de Código de Processo Civil elaborado, em 1945, para o Uruguai, pelo Professor Eduardo J. Couture” (COUTURE, 1956, p. 9). Inicialmente as notas taquigráficas das conferências foram divulgadas na *Revista de la Escuela de Jurisprudencia*, em 1949. Após a repercussão do conteúdo, foi publicado no México e recebeu, também, tradução para o português (COUTURE, 1956, p. 9).

A obra “Introdução ao estudo do Processo Civil: discursos, ensaios e conferências”, constitui a versão taquigráfica de um curso ministrado por Eduardo Couture, na Faculdade de Direito de Paris, na primavera de 1949. Referida obra, como pontua o próprio autor, apresenta semelhança no tratamento que ele desenvolveu de diversos institutos do direito processual civil, mas, traz, também, diferenças que constituem fruto do amadurecimento das suas ideias (COUTURE, 2003, p. 7).

Por fim, vale mencionar que Couture é indicado por alguns juristas como o primeiro teórico a produzir construções acerca da relação do Processo e a Constituição (PENIDO, 2016, n.p). Nesse sentido, Héctor Fix-Zamudio, pontua que Couture foi um dos primeiros juristas latino-americanos, talvez até mesmo em âmbito mundial, que advertiu sobre a

importância científica do estudo das normas constitucionais que regulam as relações processuais (FIX-ZAMÚDIO, 1977, p. 322). Assim, evidencia-se a importância dos estudos teóricos desenvolvidos por Eduardo J. Couture na primeira metade do século XX de modo a contribuir para a construção das teorias do processo sob a ótica constitucional e, de forma mais específica, no contexto das democracias.

3 JURISDIÇÃO SOB A ÓTICA DA TEORIA DE EDUARDO J. COUTURE

Ao tratar sobre a temática da jurisdição, o jurista uruguaio informa inicialmente que o termo possui diversos significados, havendo uma dificuldade por parte da doutrina em conceituá-la. Assim, destaca que nos países da América Latina, o termo apresenta pelo menos quatro significados distintos, quais sejam: âmbito territorial, sinônimo de competência, conjunto de poderes de certos órgãos públicos e, por fim, função pública de fazer justiça (COUTURE, 1958, p. 27). Sobre cada uma dessas acepções da palavra jurisdição, o processualista apresenta suas considerações.

No que se refere à jurisdição como âmbito territorial, afirma que esta relaciona-se a um território determinado, citando como exemplo, inclusive, as diligências que precisam ser realizadas em jurisdições diferentes que devem ser promovidas por outro magistrado (COUTURE, 1958, p. 28).

Por sua vez, ao tratar sobre a temática da jurisdição como competência, Couture destaca, em um primeiro momento, a superação da ideia preconizada pelos juristas do séc. XIX de que jurisdição e

competência seriam institutos sinônimos (1958, p. 28, 29). Assim, menciona que a jurisdição como competência refere-se à competência como medida da jurisdição, ou seja, “a competência é um fragmento de jurisdição atribuído a um juiz” (COUTURE, 1958, p. 29, tradução nossa)⁴. Nesse sentido, o autor preleciona que a relação existente entre jurisdição e competência seria uma relação de todo e parte, atribuindo a competência como um poder de jurisdição de um determinado órgão jurídico (COUTURE, 1958, p. 29).

Prosseguindo a análise do termo jurisdição, Couture apresenta a jurisdição enquanto poder. Sob este aspecto, jurisdição é vislumbrada como autoridade de determinados órgãos públicos (especialmente o judiciário). Refere-se mais à ideia de hierarquia do que função. Couture preconiza que essa classificação é insuficiente, já que a jurisdição constitui poder dever, ou seja, caminham de forma concomitante a faculdade de julgar e o dever administrativo do juiz de julgar. Desta forma, para o jurista, o “o conceito de poder deve ser substituído pelo conceito de função” (COUTURE, 1958, p. 30, tradução nossa).⁵

Por fim, o processualista apresenta o conceito de jurisdição como função pública. Nesse sentido, aponta o jurista que há uma semelhança de sentido entre as expressões função judicial e função jurisdicional (COUTURE, 1958, p. 30). Interessante apontar que o autor informa que existem funções jurisdicionais que são atribuídas a outros órgãos além

⁴ No original: “La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuida a un juez” (COUTURE, 1958, p. 29).

⁵ No original: “El concepto de poder debe ser substituído por el concepto de función” (COUTURE, 1958, p. 30).

do judiciário, mas que, como regra geral, a função jurisdicional coincide com a função judicial (COUTURE, 1958, p. 30).

Após tratar acerca das acepções da palavra jurisdição, Couture apresenta três elementos que considera próprios do ato jurisdicional: a forma, o conteúdo e a função (COUTURE, 1958, p. 33). A forma, primeiro elemento da jurisdição, de acordo com o autor, diz respeito à presença das partes (eventualmente de terceiros, nos casos previstos em lei), juízes e procedimentos estabelecidos em lei (COUTURE, 1958, p. 33,34). Com relação aos juízes, Couture afirma que geralmente a jurisdição é exercida por juízes do Estado, mas que em alguns países é exercida, também, por meio de uma jurisdição Eclesiástica que em algumas matérias relacionadas à família pode substituir o Estado (COUTURE, 1958, p. 34). Sobre o procedimento, interessante citar, Couture informa que “a jurisdição opera de acordo com um método de debate denominado procedimento” (1958, p. 35, tradução nossa)⁶. Assim, “a presença externa desse procedimento, em forma de processo, normalmente revela a existência do ato jurisdicional, mas não necessariamente” (1958, p. 35, tradução nossa)⁷.

Já o conteúdo, refere-se à presença de um conflito com relevância jurídica que deve ser decidido pelos órgãos jurisdicionais por meio de uma decisão que produz coisa julgada (COUTURE, 1958, p. 33,34). Para Couture, a produção de coisa julgada é a essência da jurisdição, assim,

⁶ No original: “La jurisdicción opera con arreglo a un método de debate que se denomina procedimiento” (COUTURE, 1958, p. 35).

⁷ No original: “La presencia externa de este procedimiento, en forma de proceso, normalmente revela la existencia del acto jurisdiccional, pero no es forzoso que sea así” (COUTURE, 1958, p. 35).

se o ato não adquire autoridade de coisa julgada não é jurisdicional: “Não há jurisdição sem autoridade de coisa julgada” (COUTURE, 1958, p. 36, tradução nossa).⁸ Somado a isso, o processualista afirma que a coisa julgada e a coercibilidade dos seus efeitos são inerentes à jurisdição, ou seja, o caráter de irreversibilidade das decisões judiciais em razão da coisa julgada não aparece em nenhuma outra atividade estatal. Cita como exemplo disso o fato de Constituições poderem ser substituídas, as leis que podem ser revogadas e os atos administrativos que podem ser modificados. No entanto, “uma sentença proferida com autoridade de coisa julgada não pode ser substituída, derogada ou revogada por outra sentença” (COUTURE, 1958, p. 39).⁹

Ainda, sob a ótica do conteúdo da jurisdição, Couture apresenta como característica da jurisdição o seu caráter substitutivo, ou seja, no processo de conhecimento o juiz substitui a vontade das partes e dos terceiros e no processo de execução a substituição decorre do fato dos funcionários do Estado atuarem de forma coativa, de modo a realizar os atos que caberiam ao obrigado que restou omissos, como, por exemplo, a venda de bens para perceber o preço e a demolição de obras realizadas de forma indevida (1958, p. 38, 39).

Por fim, no que tange ao elemento função, este diz respeito ao papel de assegurar a justiça, a paz social e os demais valores jurídicos por meio da aplicação do direito que eventualmente poderá ter um caráter coercitivo (COUTURE, 1958, p. 34). Nesse sentido, o

⁸ No original: “No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada” (COUTURE, 1958, p. 36).

⁹ No original: “una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede ser substituída, derogada, ni revocada por otra sentencia” (COUTURE, 1958, p. 39).

processualista afirma que a autoridade de imutabilidade da coisa julgada é um meio para alcançar essa função, ou seja, um mecanismo para assegurar a existência do direito e dos valores que merecem a tutela do Estado (COUTURE, 1958, p. 40). Assim, para Couture a ideia da existência da coisa julgada é intrínseca à jurisdição: “Onde há coisa julgada, há jurisdição e onde não há coisa julgada, não há função jurisdicional” (COUTURE, 1958, p. 43, tradução nossa)¹⁰. Tomando como base os conceitos supramencionados (forma, conteúdo e função), Eduardo J. Couture define jurisdição como:

função pública, exercida por órgãos competentes do Estado, com as formas exigidas por lei, em virtude da qual, por ato de julgamento, é determinado o direito das partes, a fim de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, por meio de decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente viável para execução (1958, p. 40, tradução nossa).¹¹

Couture destaca que a jurisdição se realiza em um Estado democrático em razão da ordem jurídica e esta, por sua vez, se realiza mediante um processo adequado. Nesse sentido, para o jurista “o processo é uma relação jurídica contínua, consistindo em um método de debate com possibilidades análogas de defesa e julgamento para ambas as partes, por meio do qual é assegurada a justa decisão transitada em

¹⁰ No original: “Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdicional” (COUTURE, 1958, p. 43).

¹¹ No original: “función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución (COUTURE, 1958, p. 40).

julgado” (COUTURE, 1958, p. 42, tradução nossa)¹². Ademais complementa, “o processo jurisdicional deve ser bilateral, com garantias de que ambas as partes serão ouvidas e com possibilidades efetivas de prova da veracidade de suas proposições fáticas” (COUTURE, 1958, p. 42, tradução nossa)¹³.

Um último tópico abordado por Eduardo J. Couture sobre a temática da jurisdição, diz respeito à extensão do conceito de jurisdição. De acordo com o autor, no tocante a sua extensão, a jurisdição pode ser dividida em jurisdição contenciosa, voluntária ou disciplinar. A jurisdição contenciosa consistiria na jurisdição propriamente dita ou jurisdição em sentido estrito (COUTURE, 1958, p. 44, 45). Explica o autor que a jurisdição contenciosa decorre de controvérsia, disputa. Ademais, destaca que a controvérsia é um dos elementos da jurisdição, mas não o único, ou seja, a sua ausência não significa necessariamente que não exista jurisdição (COUTURE, 1958, p. 45).

Por conseguinte, o autor trata acerca da denominada jurisdição voluntária. Segundo o jurista, a jurisdição voluntária não seria espécie de jurisdição ante a ausência de alguns elementos que caracterizam a jurisdição propriamente dita. O primeiro deles seria a ausência de partes (elemento de forma da jurisdição), pois os sujeitos não se encontram em posição adversarial (COUTURE, 1958, p. 46). Ademais, não

¹² No original: “El proceso es una relación jurídica continuativa, consistente en un metodo de debate con análogas posibilidades de defensa y puebra para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada” (COUTURE, 1958, p. 42).

¹³ No original: “El proceso jurisdiccional debe ser bilateral, con garantías de ser escuchadas ambas partes y con posibilidades eficaces de probar la verdad de sus proposiciones de hecho.” (COUTURE, 1958, p. 42).

há controvérsia, pois, se houvesse, se transformaria em jurisdição contenciosa (COUTURE, 1958, p. 49). O jurista menciona, ainda, que “as decisões proferidas em jurisdição voluntária são sempre de mera declaração. Eles não condenam nem constituem novos direitos” (COUTURE, 1958, p. 51, tradução nossa).¹⁴ Por fim, destaca que o conteúdo dos provimentos de jurisdição voluntária tem caráter documental, probatório e fiscalizador (COUTURE, 1958, p. 51), para o processualista o termo mais adequado seria atos judiciais não contenciosos, conforme preconiza o Código de Processo Civil do Chile e de Honduras (COUTURE, 1958, p. 48).¹⁵

A última modalidade de jurisdição apresentada pelo jurista é a jurisdição disciplinar. As normas de conteúdo disciplinar são de ordem axiológica, ou seja, têm por objetivo a garantia do desempenho ordenado da função jurisdicional pelas partes, pelos magistrados e por todos os profissionais que atuam no âmbito da administração judiciária e, portanto, conforme destaca o autor, possui um caráter de direito administrativo (COUTURE, 1958, p. 54, 55).

4 AÇÃO SEGUNDO A TEORIA DE COUTURE

No que se refere ao estudo do instituto da ação, Eduardo Couture destaca que, em um sentido processual, a expressão pode ter três

¹⁴ No original: “las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración. Ni condenan ni constituyen nuevos derechos.”. (COUTURE, 1958, p. 51).

¹⁵ Importante mencionar que o Projeto de Código de Processo Civil do Uruguai elaborado por Eduardo Couture em 1945, apresentou em seu artigo 302 a seguinte redação: As declarações dos juízes nos processos de jurisdição voluntária não constituem coisa julgada, nem mesmo quando, por terem sido objeto de recurso, tenham sido confirmadas pelos juízes superiores (COUTURE, 1958, p. 50, tradução nossa).

diferentes acepções (COUTURE, 1958, p. 60). A primeira seria sinônimo de direito, ou seja, um direito legítimo que oportuniza uma sentença favorável ao autor. A segunda acepção do termo ação, por sua vez, seria pretensão como sinônimo de demanda formal (pode-se falar, neste sentido, segundo o jurista, em demanda fundada e infundada). E, por fim, a última acepção do termo ação seria “sinônimo de faculdade de provocar a atuação do poder judiciário” (COUTURE, 2008, p. 18).

Ação como sinônimo de faculdade para Couture, pauta-se na ideia de uma faculdade que todo indivíduo possui de demandar uma pretensão independentemente de ser uma demanda fundada ou não (COUTURE, 1958, p. 61). Nesse sentido, pontua o jurista que a ação não é o direito material do demandante, nem a sua pretensão de que este direito seja protegido pela jurisdição, “mas sim seu poder legal de ir perante os órgãos jurisdicionais” (COUTURE, 1958, p. 64, tradução nossa).¹⁶ Os estudos teóricos de Couture sobre a temática da ação se desenvolvem levando em consideração essa última acepção.

Ainda sobre a temática da ação, Eduardo J. Couture, enfatiza a importância, para compreensão do tema, da análise das construções teóricas e das investigações formuladas pelos estudiosos do direito processual. Assim, em suas obras, parte de uma análise dos estudos dos juristas espanhóis, franceses e italianos. Somado a isto, propõe uma revisão acerca do estudo da ação sob a ótica das teorias da ação como direito concreto e ação como direito abstrato, propondo, a partir das

¹⁶ No original: “[...] sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales” (COUTURE, 1958, p. 64).

referidas elucidações, a sua própria concepção acerca do referido instituto.

Seguindo esta linha, Couture afirma que a escola espanhola de processo, até o século XVIII e XIX, não havia dado uma especial atenção ao tema ação (2003, p. 14). Somente a partir do século XX, ainda de acordo com Couture, os juristas espanhóis iniciaram as considerações sobre o tema ação (2003, p. 14). Em razão disso, o processualista buscou um conceito de ação na escola francesa de processo. Aponta, desta forma, que, para a escola francesa de processo, a ação “é o direito em movimento; algo assim como a manifestação dinâmica do direito” (COUTURE, 2003, p. 15). Conforme destaca Eduardo Couture, não havia diferença substancial entre o direito e a ação (2003, p. 15). Somado a isso, na visão desta escola, para que “existisse ação eram necessários quatro elementos: direito, interesse, qualidade e capacidade. Sem eles não existia. Em outras palavras, sem direito não se concebe uma ação (COUTURE, 2003, p. 16)”.

Após apresentar referidas considerações, o jurista apresenta em sua obra “Fundamentos do Direito Processual Civil”, importante construção de caráter histórico e teórico, acerca das teorias da ação. Estas informações serão fundamentais para a exposição de Eduardo J. Couture, acerca do que seja a ação. Neste sentido, o jurista destaca que “essa tese constitui, na nossa opinião, algo como o fim de uma jornada. Chega-se a ela somente depois de ter podido examinar [...] o imenso material que um século de dogmática sobre ação veio trazer à cultura jurídica oriental” (2008, p. 39).

O jurista apresenta, neste ponto a distinção entre direito objetivo e direito subjetivo. Afirma que “a vontade da lei que assegura a obtenção dos bens nada mais é do que o direito objetivo” (COUTURE, 2008, p. 21). Além disso, este direito “se desdobra em duas manifestações autônomas: por um lado, o *direito subjetivo à prestação* (ou seja, a obrigação) o qual se realiza mediante a prestação do obrigado; e por outro lado o direito subjetivo de agir [...]” (COUTURE, p. 21, 2008). Este último aspecto do direito subjetivo, segundo Couture, consagra o “direito processual do tempo e do lugar de dar eficácia à vontade da lei” (2008, p. 21).

No que tange à análise das teorias da ação, Couture apresenta, em um primeiro momento, a concepção da ação como um direito concreto. Nesse sentido, relembra, inclusive, a discussão técnica apresentada por Winscheid e Muther, acerca da *action romana*, evidenciando, tratar-se a ação de um direito público subjetivo que tem como pressuposto a existência de um direito privado e a sua consequente violação, ou seja, “a ela corresponderia, de parte do Estado, não somente o dever, para com o titular do direito, de conceder a tutela, como, também um direito subjetivo, também público, de exercer contra o obrigado a coação necessária para obter o cumprimento da prestação” (COUTURE, 2008, p. 24)

Importa mencionar, que o referido conceito de ação era considerado por Couture insuficiente já que não conseguia apresentar respostas a determinadas situações jurídicas: “ficavam sem explicação as obrigações naturais, o grave problema da demanda infundada, na qual o autor move a ação até a sentença sem um direito a tutelar; [...]”

(2003, p. 16). Ou seja, era necessário diferenciar o conceito de ação do de direito. O jurista cita, ainda, as concepções apresentadas por Wach acerca da “doutrina do ‘direito à tutela jurídica’” (COUTURE, 2008, p. 24). Informa, ainda, que duas concepções podem ser verificadas do pensamento de Wach “o caráter público da ação. A segunda é o seu caráter concreto” (COUTURE, 2008, p. 24). Desta forma, “o caráter concreto decorre da eficácia que a ação tem contra o adversário, para que este se submeta ao ato de proteção estatal no caso da sentença a ação por considerá-la fundada. Só existe ação quando a demanda é procedente” (COUTURE, 2008, p. 25).

Vale, mencionar, por fim, que Couture destaca que a teoria apresentada por Chiovenda (ação como direito potestativo) seria uma variante da teoria da ação como direito concreto, já que “parte da ideia de ação como direito autônomo, mas não aceita o caráter publicístico dela” (2008, p. 26). Ou seja, “a ação civil não é um direito rigorosamente público, mas também privado, que não é exercido contra o Estado, mas apenas endereçado para o Estado, porém perante o adversário” (COUTURE, 2008, p. 26).

Avançando em sua análise acerca do instituto da ação, Couture cita a teoria do direito abstrato de ação. Deste modo, o jurista menciona que “o caráter concreto da ação não consegue explicar o problema da ação improcedente, isto é, da atividade desenvolvida pelo autor no processo e do seu direito de levá-lo até a sentença, nos casos em que não haja propriamente um direito válido a proteger” (COUTURE, 2008, p. 28). Afirma, ainda que a doutrina que estuda a ação como um direito abstrato reconhece a ideia de que é possível o “direito de agir em juízo ainda

quando não se tenha um direito subjetivo válido” (COUTURE, 2088, p. 28). Assim, de acordo com esta concepção, “o direito de ação não é, portanto, um direito concreto, isto é existente apenas na ação procedente, mas sim um direito genérico ou abstrato” (COUTURE, 2008, p. 28).

Importante mencionar que o processualista apresenta críticas à expressão direito abstrato, mencionando que a teoria da ação como um direito abstrato “utiliza, na nossa opinião com pouco acerto, a palavra abstrato para designar um poder jurídico independente do fundamento ou falta de fundamento da pretensão” (COUTURE, 2008, p. 28). Somado a isso, o jurista destaca que “a ação é um poder jurídico processual, habitualmente chamado com a notória infelicidade de expressão, de “abstrato”, ou seja, um direito que o é por si mesmo, sem ser a manifestação dinâmica ou bética, ou bivalente, de outro direito.” (COUTURE, 2008, p. 39).¹⁷

Interessante destacar que Couture apresenta algumas consequências do fato de se desvincular o conceito de ação do direito material, tais como, como por exemplo, o fato do tema responsabilidade derivada das ações judiciais serem deslocadas da seara do direito civil para o direito processual (litigância de má-fé) (2003, p. 24-26).

¹⁷ Para Flávia Ávila Penido, ao apresentar críticas à teoria da ação como um direito abstrato, Couture teria negado sua adesão a essa teoria (2016, p. 56). Acrescenta, ainda, que apesar de Couture também apresentar críticas à teoria da ação como um direito potestativo, a teoria da ação preconizada por Couture se aproxima da teoria de Chiovenda, nesse sentido pontua: “Não obstante a vigorosa negativa de Couture em localizar o direito de ação na categoria do direito material, afirma-se que o uruguaio não consegue escapar do embrião eminentemente material [...]. Conforme citado, afirma-se que o direito de ação, em Couture, emerge como um instituto de material, pois se configura como um direito fundamental, eis que proveniente do direito de petição (PENIDO, 2016, p. 59). Por fim, vale destacar que para autora: “Não obstante, embora esta seja uma tentativa de escapar-se do direito material, não há como recusar a conclusão de que o direito de ação, em Couture, emerge como um instituto de direito material, pois se configura como espécie do gênero direito de petição que é, pois, um direito fundamental” (PENIDO, 2016, p. 63).

Após apresentar, considerações acerca das principais proposições teóricas acerca do conceito de ação, Eduardo J. Couture, inicia a apresentação acerca das suas considerações sobre o instituto. Neste sentido, destaca que as proposições que apresentará acerca do instituto da ação derivam de um estudo recente que havia realizado sobre a temática das garantias constitucionais do processo civil (2008, p. 31).¹⁸ Pois bem, inicialmente destaca o jurista que todas as proposições teóricas acerca do instituto da ação apresentam alguns pontos em comum, em que pese a evidente divergência em alguns aspectos, que, de acordo com Couture, podem ser resumidos da seguinte maneira (2008, p. 34):

- a) no Estado de direito, a violência privada é substituída pela petição à autoridade;
- b) essa petição à autoridade constitui um poder jurídico do indivíduo, mas é o único meio idôneo para obter a prestação da jurisdição;
- c) o poder jurídico de requerer perante a autoridade não pode ser denegado a ninguém; proibida a justiça privada, é evidente que se deve dar a todo sujeito de direitos à faculdade de obtê-la por intermédio da autoridade; privá-lo de uma ou de outra seria denegar-lhe a própria justiça.

A partir destas premissas, o autor destaca que o “Estado é o destinatário imediato e direto da ação. Quando o autor vai a juízo, atua não perante o seu devedor, mas perante o Estado, ao qual pede a tutela jurídica” (2008, p. 23). Assim, para Couture, a ação nada mais é do que

¹⁸ Conforme destaca Couture, referido estudo foi publicado no volume de honra de Alsina e na Ver. D.J.A., t. 43, p.353 (2008, p. 31).

uma espécie no gênero dos direitos de petição (2008, p. 36). Nesse sentido, pontua o jurista que “o direito de agir, concedido como pura e simples faculdade de acesso ao tribunal, não fará parte desse mínimo de poderes jurídicos inerentes à própria condição humana e que todas as constituições enumeram em suas clássicas disposições sobre direitos e garantias?” (COUTURE, 2008, p. 35). E complementa: “O direito de ação, concebido por esta forma, não será o mesmo direito de petição à autoridade, consagrado pela maioria das Constituições vigentes?” (COUTURE, 2008, p. 35).

Conforme preconiza o referido jurista, “o direito constitucional de petição não é outra coisa que o direito de comparecer perante a autoridade” (COUTURE, 2008, p. 36). Assim, para ele “a ação constitui uma forma típica do direito constitucional de petição. Esse é o gênero: a ação é a espécie” (COUTURE, 2008, p. 39). “A ação, em última análise, em seu sentido mais estrito e depurado, é somente isto: um direito à jurisdição” (COUTURE, 2003, p. 22). Desta forma, a ação “é uma espécie do gênero do direito de petição; um direito de petição particularmente configurado” (COUTURE, 2003, p. 24).

A ação para Eduardo J. Couture, portanto, é o “um puro poder jurídico de provocar, mediante petições (pretensões), a atividade da jurisdição” (2008, p. 40,41). Desta forma, para o autor o instituto da ação trata-se de “um poder jurídico distinto do direito material e da demanda em sentido formal, destinando a obter a atividade estatal, por intermédio de seus órgãos competentes, para a declaração coativa de um direito” (2008, p. 41).

Por fim, vale mencionar, que o autor diferencia a demanda como forma de ataque (utilizada pelo autor/demandante) e a exceção como forma de defesa. Nesse sentido pontua que “toda demanda é uma forma de ataque; a exceção é a defesa contra esse ataque, por parte do demandado” (COUTURE, 2003, p. 29). Para o autor, “as exceções são, estritamente, meios de defesa a cargo das partes” (COUTURE, 2003, p. 33). Ou seja, “é o poder jurídico inerente ao réu, de opor-se à pretensão sustentada pelo autor perante os órgãos jurisdicionais” (COUTURE, 2008, p. 55). Assim, ação e exceção “são poderes jurídicos dirigidos no sentido de obter a atividade dos órgãos jurisdicionais” (COUTURE, 2008, p. 63).

4.1. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES

Após apresentar a ação como um direito de submeter uma controvérsia à jurisdição, Couture passa a discorrer sobre a classificação das ações. Afirma o jurista que a classificação das ações é um dos temas que mais tem preocupado a doutrina e que se pauta em critérios diversos: caráter processual da ação, caráter material ou de um ramo autônomo do direito. Importa mencionar que em todos esses critérios, conforme informa Couture, ainda que de forma implícita, o conceito de ação caminha com o de direito material (1958, p. 80).

Ainda de início, informa que não há unidade de critérios que orientam a classificação das ações, assim leva-se em consideração vários critérios, como por exemplo, o da pretensão (ação reivindicatória), o processo (ação executiva), o direito (ação real), a

jurisdição (ação penal), dentre outros (COUTURE, 1958, p. 80). Por fim, destaca que as sentenças que são declaratórias, condenatórias, constitutivas e cautelares e não as ações, como preconizava a doutrina vigente à época (COUTURE, 1958, p. 80).

A primeira classificação apontada por Couture é aquela que classifica a ação como ações ordinárias, sumárias e executivas. Segundo o processualista, comumente, as ações são classificadas em ordinárias e extraordinárias. As ações extraordinárias, por sua vez, são divididas em executivas e sumárias. Para Eduardo J. Couture, (1958, p. 81), o tratamento dispensado a esta classificação das ações restaria equivocado, já que esta classificação refere-se aos tipos de processo (processo ordinário, processo sumário e processo executivo) e não às ações. Essa questão apontada pelo jurista, refletiu, inclusive, na redação do Projeto de Código de Processo de Civil do Uruguai, por ele elaborado em 1945. O referido projeto, portanto, cita: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar e não ação (COUTURE, 1958, p. 82).

Uma segunda classificação apresentada por Couture, seria a que diferencia as ações em civil, penal e mistas. As ações civis tem por objeto dirimir conflitos de caráter civil; já as ações penais tem por objeto conflitos penais; e as ações mistas que possuem as duas qualidades, ou seja, dirimir conflitos civis e penais (COUTURE, 1958, p. 82). Conforme aponta o jurista, essa classificação mostra-se simplista e não afasta algumas incorreções como o fato de a ação civil aplicar penas e o da ação penal também discutir interesses (COUTURE, 1958, p. 82).

A terceira classificação seria em ações reais, pessoais e mistas. Desta forma, quando o autor da ação pretende a tutela de um direito real seria uma ação real; por sua vez, as ações pessoais tem por objeto a defesa de um direito pessoal e, por fim, as ações mistas tem por objeto a tutela de direitos reais e pessoais. Por sua vez, a quarta classificação trata das ações petitórias e possessórias (COUTURE, 1958, p. 84,85). Afirmo o jurista que a classificação em petitórias e possessórias é uma classificação da ação e ao mesmo tempo do processo e, por sua vez, uma classificação das pretensões (COUTURE, 1958, p. 86).

A quinta classificação trata das ações públicas e privadas. Segundo o autor, esta classificação não corresponde nem ao direito, nem à pretensão, mas à iniciativa da demanda. Desta forma, as ações públicas são aquelas propostas pelos órgãos do poder público, geralmente na figura do Ministério Público. Já as ações privadas, são propostas pelos particulares e somente por esses pode ser conduzida (COUTURE, 1958, p.86,87). E, por fim, a classificação das ações em nominadas e inominadas. As ações nominadas são aquelas cuja nomenclatura se aproxima do objeto tutelado pelo autor. Já as ações inominadas, seriam aquelas que não são caracterizadas por particularidades específicas (COUTURE, 1958, p. 87,88).

5 O INSTITUTO DO PROCESSO E A TEORIA DE COUTURE

Inicialmente, cumpre destacar as considerações que o jurista apresenta acerca do tema processo enquanto ciência. Segundo Couture, “a ciência do processo não é só a ciência das petições, das provas, das

apelações, das execuções, das formas e dos prazos” (1956, p. 157). Afirma, ainda, que “a ciência do processo necessita assentar uma série de proposições de conteúdo real e legitimidade universal, independentemente de tempo e de espaço, sem as quais o objeto da ciência – o processo – não pode ser concebido, nem chegar a ser realizado” (COUTURE, 1956, p. 157).

Assim, no que se refere ao estudo que desenvolveu sobre a temática pertinente ao instituto do processo, Eduardo Couture preleciona que “a natureza jurídica do processo civil, consiste, antes de tudo, em determinar se esse fenômeno faz parte de algumas das figuras conhecidas do direito, ou se, ao contrário, constitui só por si uma categoria especial” (2008, p. 64). O jurista, afirma que a doutrina apresenta seis possíveis soluções acerca da natureza jurídica do processo, por meio de teorias específicas. Nesse contexto, Couture faz menção às seguintes teorias: processo como contrato; processo como quase-contrato; processo como uma relação jurídica; processo como situação jurídica; processo como uma entidade jurídica complexa e o processo como uma instituição (1958, p. 125, 126).

Conforme dispõe o processualista, na teoria do processo como um contrato há uma “relação que liga o autor ao réu, à qual se continua chamando, embora nada mais se tenha de tal, *litis contestatio*, é de natureza contratual, e as partes se acham vinculadas pelo mesmo laço que une os contratantes” (COUTURE, 2008, p. 65). A teoria do processo como quase-contrato, por sua vez, “entende que o processo, se bem que seja um contrato, todavia o é tão imperfeito, que fica desnaturado; o processo é, assim, um *quase-contrato*” (COUTURE, 2008, p. 65).

A terceira teoria, por conseguinte, visualiza o processo como “uma relação jurídica típica, característica regida pela lei, tendo um estatuto próprio, que é conjunto das leis processuais, e tendo uma determinação que lhe é peculiar” (COUTURE, p. 2008, p. 65). Trata-se da teoria adotada pela doutrina dominante, conforme destaca o processualista (COUTURE, 1958, p. 132). Assim, pontua o jurista que “relação jurídica processual no sentido indicado de ordenar a conduta dos sujeitos do processo em suas conexões recíprocas; ao acúmulo de poderes e faculdades em que um se relaciona com o outro” (COUTURE, 1958, p. 134, tradução nossa).¹⁹

Cumprе destacar, por fim, que Couture expõe as três correntes apresentadas por esta doutrina, de como essa relação jurídica processual se desenvolve: de forma linear (relações paralelas entre as partes, ou seja, autor e demandado; e demandado e autor); de forma angular (relações angulares seriam aquelas desenvolvidas entre as partes e o juiz, ou seja, as partes estão ligadas através do juiz); e, por último, de forma triangular (que não trata apenas da ligação das partes e o juiz, mas há uma ligação entre as partes e o juiz) (1958, p. 134, 135). Para o jurista, a terceira concepção é a correta, pois a ideia da relação jurídica angular é insuficiente, pois exclui os nexos processuais que surgem entre as partes, como por exemplo, a responsabilidade processual (COUTURE, 1958, p. 135).

¹⁹ No original: “relación jurídica procesal en el sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y faculdades en que se halla unos respecto de los otros” (COUTURE, 1958, p. 134).

Couture, apresenta, também, a teoria do processo como situação jurídica. Segundo ele, esta teoria “sustenta que não existe, entre as partes no processo, relação alguma, nexos ou vínculo recíproco algum, mas tão somente uma série de expectativas e de ônus processuais que se traduzem em uma mera situação jurídica, e não em uma relação” (COUTURE, 2008, p. 65).

Posteriormente, o jurista apresenta a teoria do processo como entidade jurídica complexa. Segundo o autor, tratava-se de um estudo recente que trabalhava a ideia do processo como uma entidade jurídica de caráter unitário e complexo. Desta forma, de acordo com a referida teoria, vislumbra-se o processo como uma pluralidade de elementos extremamente coordenados entre si (COUTURE, 1958, p. 139).

Por último, cita a teoria do processo como uma instituição, que, segundo Couture, supera “os resultados da conceituação do processo como relação jurídica” (COUTURE, 2008, p. 73). Segundo ele, “a ideia de ‘instituição’, entretanto, tem sobre a relação jurídica a vantagem de abarcar a totalidade do objeto”, ou seja, a “própria relação em si, aquela ideia abrange o conjunto de relações jurídicas que nascem por força do processo [...]” e que “compreende uma infinidade de vínculos e liames de toda ordem [...]” (COUTURE, 2008, p. 73).

Ainda segundo Couture, da mesma forma que “o processo não é uma situação, mas um conjunto de situações, também se pode afirmar que, mais que uma relação, ele é um conjunto de relações” (2008, p. 73). Assim, “esse conjunto de relações constituirá uma instituição, desde que por tal se entenda, como faz a doutrina francesa, o conjunto das regras estabelecidas para assegurar a satisfação de interesses coletivos ou

individuais;” (COUTURE, 2008, p. 73). Por fim, afirma o jurista, em resumo, que o processo é “uma instituição submetida ao regime da lei, a qual regulam a condição das pessoas, a situação das coisas, e o ordenamento dos atos que tendem à obtenção dos fins da jurisdição” (COUTURE, 2008, p. 74).

Apesar de apresentar referidas concepções sobre a teoria do processo como instituição jurídica, quando indagado acerca da sua adoção à referida teoria²⁰, Couture afirma não acreditar que a ideia do processo como instituição surgiu de modo a superar outras concepções que, há época, eram dominantes, como por exemplo, a teoria do processo como relação jurídica, a qual, inclusive, o autor afirma manter a sua adesão (2003, p. 75). Em sua obra “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”, Couture afirma que quando Guasp lançou as suas considerações acerca do processo como instituição, a ideia lhe pareceu persuasiva, inclusive, publicou um estudo²¹ no qual demonstrava sua adesão à teoria (1958, p. 41). Ademais, afirma Couture, que o autor da teoria do processo como instituição, o espanhol Jaime Guasp, havia dado um valor superior à sua opinião sobre a sua adesão à referida teoria (1958, p. 145). No entanto, após verificar o equívoco decorrente das várias acepções que o termo instituição possui, buscou revisitar o seu posicionamento, por meio de rigor técnico e científico, da aplicação da expressão instituição

²⁰ No curso que ministrou na Faculdade de Direito de Paris, na primavera de 1949, Eduardo J. Couture foi indagado pelo Professor Henri Solus acerca da sua adesão à teoria do processo como instituição, ocasião em que o jurista uruguaio afirmou manter a sua adesão à teoria do processo como relação jurídica (COUTURE, p. 69-75). As notas taquigráficas do referido curso se transformariam, mais tarde, na obra intitulada “Introdução ao Estudo do Processo Civil: discursos, ensaios e conferências”.

²¹ O estudo a que se refere Couture foi publicado em 1949 e é intitulado “El proceso como institución” (COUTURE, Eduardo J. El proceso como institución. Studi in anore di Redent. Milano, 1950, Re-... J. c.”. 1949, p. 45).

para o direito (COUTURE, 1958, p. 142). Assim, ante as múltiplas acepções do termo instituição, surgiria o equívoco de se aplicar a expressão ao direito sob o pressuposto mais sociológico do que jurídico (COUTURE, 1958, p. 144).

Além das considerações apresentadas, ao tratar sobre a temática do processo, Eduardo J. Couture buscou responder a dois importantes questionamentos: o que é o processo e para que serve o processo. De acordo com Eduardo Couture “o processo é, em si mesmo, um método de debate” (2003, p. 43). E complementa, “nele participam elementos humanos: juízes, auxiliares, partes, testemunhas, peritos, etc., os quais atuam segundo certas formas preestabelecidas pela lei. Essas formas regulam a produção de atos jurídicos processuais, vale dizer, atos humanos dirigidos pela vontade jurídica” (COUTURE, 2003, p. 43).

Destaca, ainda, que as formas do processo variam ao longo do tempo, podem se dar pelo método escrito ou oral, observando o princípio requisitório ou dispositivo ou ainda, ser público ou privado. Todas essas formas, conforme aponta o autor, podem variar ao longo do tempo e do espaço, mas “o que constitui a estrutura do processo é a ordem dialética. O processo judicial e o processo dialético aparecem, dessa forma, diante de nós, unidos por um vínculo profundo” (COUTURE, 2003, p. 43).

No que se refere à questão sobre a finalidade do processo, Couture aponta que “o processo serve para resolver um conflito de interesse” (2003, p. 44). Complementa mencionando que:

O processo pressupõe um ou mais conflitos e é um meio idôneo para dirimi-los por ato de autoridade. A doutrina distingue entre autodefesa (vias de fato para fazer cessar a injustiça); a autocomposição (entendimento para colocar um fim ao conflito por ato das partes); e processo (via de direito para pôr fim ao conflito por ato de autoridade). O processo tem como finalidade fazer cessar o conflito, por meio de um debate preordenado, por ato da autoridade” (COUTURE, 2003, p. 44).

O jurista informa, ainda, que o processo “é um instrumento de produção jurídica e uma incessante forma de realização do direito; este se realiza positivamente nas sentenças judiciais; a estas somente se chega por meio do processo” (COUTURE, 2003, p. 45). Enquanto instrumento de produção jurídica, não busca o jurista se aproximar da teoria do direito livre, teoria, inclusive, refutada por Couture (2003, p. 56).

Vale relembrar, por fim, conforme já destacado nesta pesquisa, no tópico sobre jurisdição, que para Eduardo J. Couture o processo é “uma relação jurídica contínua, consistindo em um método de debate com possibilidades análogas de defesa e julgamento para ambas as partes, por meio do qual é assegurada a justa decisão transitada em julgado” (COUTURE, 1958, p. 42, tradução nossa)²². Somado a isso, segundo o jurista, deve ser bilateral, pautado na existência de garantias para ambas as partes de serem ouvidas e produzirem provas para demonstrar a veracidade das suas proposições fáticas (COUTURE, 1958, p. 42).

²² No original: “El proceso es una relación jurídica continuativa, consistente en un metodo de debate con análogas posibilidades de defensa y puebra para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada” (COUTURE, 1958, p. 42).

5.1 DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO

No tratamento que apresenta sobre a temática do processo, Couture destaca a questão do desenvolvimento do processo. De acordo com o jurista, no que tange ao seu desenvolvimento “o processo consta de um debate entre partes que expõe ambas, ordenadamente, os seus pontos de vista, de provas, que são meios de controle das alegações das partes. E de decisões do tribunal que determinam o andamento e resolvem o conflito que surjam” (COUTURE, 2008, p. 77). Assim, processo constituiria em “uma relação continuada, que se desenvolve no tempo. Essa continuidade é assegurada pela realização sucessiva de atos, os quais, acumulando-se uns em seguida aos outros, asseguram referida continuidade” (COUTURE, 2008, p. 79).

Para Couture o processo civil se desenvolve por meio de uma sequência sucessiva de fatos e atos processuais (2008, p. 80). De acordo com o jurista, pode-se falar em fatos processuais no mesmo sentido que se fala em fatos jurídicos, ou seja, seria a categoria dos fatos jurídicos processuais (COUTURE, 2008, p. 80). Ao explicar o conceito de fatos jurídicos processuais, o autor pondera que “como tal se entende qualquer acontecimento suscetível de produzir efeitos jurídicos processuais” (COUTURE, 2008, p. 80). Nesse sentido, exemplifica, citando que “o parentesco do juiz com a parte produz o efeito jurídico de impedi-lo de conhecer da causa” (COUTURE, 2008, p. 80). Por fim, informa que “quando os fatos jurídicos processuais são consequência de uma intervenção humana, adquirem o caráter de atos processuais” (COUTURE, 2008, p. 80).

Couture divide os denominados atos processuais em atos das partes e atos do tribunal. Os atos processuais das partes seguem, de acordo com o jurista, a classificação proposta por Goldschmidt para o processo alemão e espanhol, ou seja, atos de obtenção e atos dispositivos (COUTURE, 2008, p. 80).

Atos de obtenção, “de modo geral, são os que se destinam a lograr os fins de início, desenvolvimento e solução do processo” (COUTURE, 2008, p. 80). Os atos de obtenção dividem-se em: a) petições, que constituem “requerimentos ao juiz para que profira uma decisão sobre determinado assunto” (COUTURE, 2008, p. 80); b) afirmações, que são “declarações de conhecimento de fatos ou direitos feitos ao juiz por uma das partes e que são pertinentes ao acolhimento da petição” (COUTURE, 2008, p. 80) e; c) provas, que, segundo ele, “são atos das partes tendentes a convencer o juiz da veracidade dos fatos afirmados” (COUTURE, 2008, p. 80).

Já os atos dispositivos, para o jurista, seriam atos paraprocessuais, ou seja, atos que “ficam, em geral, na periferia do processo e, sob um ponto de vista estritamente processual, pode prescindir deles [...] refletem-se sobre a constituição, desenvolvimento ou a conclusão do processo” (COUTURE, 2008, p. 82). São considerados atos dispositivos, conforme destaca Couture: a) convênios processuais, que constituem os acordos para a solução do processo, como por exemplo, a conciliação, transação e prorrogação de competência; b) declarações unilaterais de vontade, como por exemplo, a outorga e a revogação de mandato; e c) participações de vontade que dizem respeito ao reconhecimento da demanda, a confissão e o juramento (COUTURE, 2008, p. 81).

Por último, Eduardo J. Couture apresenta os denominados atos dos tribunais. Conforme ensina o jurista, esses atos admitem a seguinte classificação: a) atos de instrução que referem-se aos atos “mediante os quais o magistrado conduz o processo até à decisão” (COUTURE, 2008, p. 82); b) atos de ordenação que “destinam-se a assegurar os resultados dos atos de instrução e decisão. Como tais se entendem, principalmente, os de comunicação e documentação” (COUTURE, 2008, p. 83) e, por fim; c) atos de decisão que “são aqueles mediante os quais o magistrado resolve o conflito, principal ou incidente, que lhe foi submetido pelas partes. São atos de decisão, principalmente, as sentenças definitivas e interlocutórias (COUTURE, 2008, p. 84).

5.2 PROCESSO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL: ESTUDO DO DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL

Um dos tópicos que se destacam nos estudos de Eduardo J. Couture sobre a temática do processo é a análise que o jurista propõe acerca do processo como garantia constitucional, de forma mais específica, o estudo das garantias constitucionais aplicáveis ao processo, disciplina denominado por alguns juristas como direito constitucional processual.²³ Nesse sentido, Fix-Zamudio destaca que Couture foi um dos primeiros juristas na América Latina, senão em âmbito mundial, a trazer advertências sobre a necessidade de se analisar, de forma científica, as normas constitucionais que regulam o processo (1977, p.

²³ Conforme esclarece Héctor Fix-Zamudio, o direito constitucional processual é um ramo do direito processual que tem por objeto o estudo dos conceitos e institutos do processo previstos no texto da constituição (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 322).

322). O referido jurista, destaca, ainda, que apesar de Couture ter restringido seu estudo à aplicação das disposições constitucionais ao processo civil, suas ponderações podem ser aplicadas aos demais ramos do processo (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 322).

Nas palavras de Fiz-Zamúdio:

assim como constatamos que o estudo da ciência de fronteira do direito processual constitucional foi iniciado em suas diretrizes teóricas pelo pensamento de Hans Kelsen, o que estamos tratando agora começou com as propostas do ilustre processualista uruguaio Eduardo J. Couture (FIX-ZAMUDIO, 2002, p. 43, tradução nossa).²⁴

Para estabelecer um estudo do processo enquanto garantia constitucional, Eduardo Couture apresenta algumas premissas, dentre as quais destacam-se: a) o fato da Constituição estabelecer o processo como uma garantia da pessoa humana; b) o fato do processo ser instituído pela lei; c) o fato de ser inconstitucional a instituição pela lei de uma forma de processo que impeça o indivíduo de ter uma oportunidade razoável de fazer valer seu direito (COUTURE, 1958, p. 150).

Ademais, o processualista informa, ainda, que as garantias constitucionais do processo são consistentes com as premissas de que o demandado seja devidamente notificado, que tenha a razoável oportunidade de expor seus argumentos e produzir provas, que o tribunal perante o qual os seus direitos são tutelados seja constituído de

²⁴ No original: "Así como establecimos que el estudio de la ciencia de frontera del derecho procesal constitucional fue iniciada en sus lineamientos teóricos por el pensamiento de Hans Kelsen, dé la que ahora nos ocupamos comenzó con los planteamientos del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture" (FIX-ZAMUDIO, 2002, p. 43).

maneira segura, razoável, honesta e imparcial e, por último, que seja um tribunal competente (COUTURE, 1958, p. 150, 151). Importante mencionar que as garantias do processo, para Couture, alcançam, também, o autor, que tem a faculdade de ajuizar a ação, ainda que diante de um direito infundado; os juízes, ante a questão das garantias de sua investidura e as testemunhas e peritos, que não podem violar direitos humanos (1958, p. 151).

Deve-se evidenciar, ainda, que a construção teórica apresentada por Couture parte, também, dos direitos referentes ao processo presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de forma específica, nos artigos 8º e 10º, da referida declaração²⁵. Assim, estabelece o jurista uma relação das garantias constitucionais do processo como as próprias garantias do processo da pessoa humana.

Cumprе destacar, por último, o fato do jurista pontuar a observância de alguns requisitos para a existência de uma tutela constitucional do processo. Seriam eles, a citação válida, a devida produção de provas, o direito aos recursos, a revisão judicial e a existência de um tribunal competente e imparcial. Segundo o processualista, a privação de algum desses elementos por meio da lei implicaria em inconstitucionalidade por violar as garantias constitucionais do processo (COUTURE, 1958, p. 154-161).

²⁵ Nesse sentido, vale mencionar que o artigo 8º da Declaração Universal dos direitos Humanos dispõe que: "Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei". Por sua vez, o artigo 10º, da referida declaração dispõe que: "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das obras jurídicas e das teorias desenvolvidas por Eduardo J. Couture evidenciam, de maneira incontestada, as grandes contribuições que o jurista trouxe para o estudo do direito processual. Esta contribuição se torna ainda mais relevante ao se pensar o contexto histórico no qual o processualista está inserido, já que sua produção jurídica decorre da primeira metade do século XX.

Ademais, o jurista apresenta avanços ao estudo referente à temática da ação, ofertando considerações acerca do instituto enquanto uma faculdade de provocar o poder judiciário, ou seja, um poder de comparecer perante os órgãos jurisdicionais. Assim, de acordo com as fundamentações teóricas de Couture, a ação é um direito que todo indivíduo possui de demandar uma pretensão independentemente da existência de uma demanda fundada ou não.

Destaca-se, também, o estudo do instituto do processo construído por Eduardo J. Couture. Para o processualista uruguaio, o processo é uma relação jurídica bilateral, pautado pela garantia de ambas as partes serem ouvidas e produzirem as provas que são aptas a demonstrar a veracidade das suas proposições. Somado a isso, o jurista desenvolve uma análise do processo pautado em garantias constitucionais, ramo denominado direito constitucional processual, ramo, inclusive, para o qual apresentou grandes contribuições teóricas.

Pontua-se, por fim, que apesar do avanço das suas construções teóricas para o estudo do direito processual, como por exemplo, a visão de processo como bilateralidade de argumentações apresentadas pelas

partes e das garantias constitucionais do processo, Couture não rompe, ainda, com os escopos da teoria do processo como relação jurídica e também não visualiza a jurisdição enquanto um direito fundamental, fatores essenciais para o estudo do processo sob a ótica democrática.

REFERÊNCIAS

- Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. (217 [III] A). Paris.
- COUTURE, Eduardo J.. **Interpretação das leis processuais**. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad Editor, 1956.
- COUTURE, Eduardo J.. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.
- COUTURE, Eduardo J.. **Introdução ao Estudo Processo Civil: discursos, ensaios e conferências**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- COUTURE, Eduardo J.. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho constitucional procesal. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Año X, núm.30, septiembre-diciembre, 1977, p. 315-348. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1266/1524>. Acesso em 25 de abril de 2021.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Introducción al derecho procesal constitucional**. Querétano: FUNDAP, 2002.
- PENIDO, Flávia Ávila. **Processo e interpretação em Eduardo J. Couture**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

8

PROCESSO CONSTITUCIONAL: JURISDIÇÃO, AÇÃO E PROCESSO EM FIX-ZAMUDIO, BARACHO, ANDOLINA E VIGNERA

Rayssa Rodrigues Meneghetti ¹

Fabício Veiga Costa ²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo geral deste capítulo é fazer uma abordagem da jurisdição, da ação e do processo sob a ótica das premissas constitucionais, tomando como base os estudos de Héctor Fix-Zamudio, José Alfredo de Oliveira Baracho, Italo Andolina e Giuseppe Vignera.

A matéria, aqui tratada genericamente como “processo constitucional”, surgiu a partir das ideias dos mencionados autores, que investigaram, de lugares diversos da Europa e das Américas Latina e Central, o fenômeno do processo constitucionalizado que nascia das Democracias. Fix-Zamudio explica que se trata de

uno de los temas de mayor trascendencia en el campo del derecho público de nuestra época, es decir, la materia que ha recibido las diversas

¹ Doutoranda e Mestra (2018) em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna - UIT, com área de concentração na linha de pesquisa Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais (2018). Pós-graduanda em Direito Tributário pela Universidade Pontifícia Católica de Minas Gerais (2019). Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade Pontifícia Católica de Minas Gerais (2017). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2014). E-mail: rayssa-rm@hotmail.com.

² Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – Mestrado e Doutorado. Doutorado e Mestrado em Direito Processual – Pucminas. Pós-doutorado em Educação – UFMG. Pós-doutorado em Psicologia – Pucminas.

denominaciones de defensa, control, justicia, jurisdicción y derecho procesal, todo ello con el calificativo de *constitucional* (2002, p.27).

O processo constitucional está intrinsecamente relacionado às premissas constitucionais do Estado Democrático de Direito. “O Estado Democrático de Direito trouxe para o direito processual substanciais alterações paradigmáticas, especialmente no sentido de compreender o processo, a jurisdição e a ação sob o enfoque constitucional” (COSTA, 2012, p.197).

Sobre a trilogia estrutural (jurisdição, ação e processo) do Direito Processual Constitucional, Fix-Zamudio afirma que,

[...] es preciso tomar en consideración estas categorías fundamentales de todas las disciplinas procesales, la forma de analizarlas tiene aspectos peculiares en el derecho procesal constitucional, por tratarse de una materia relativamente reciente, que todavía se encuentra en formación, y lo demuestran las diversas maneras de abordar dichas categorías, que es muy variable en los cultivadores de este sector de la ciencia procesal. (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.66/67)

O Processo Constitucional não é apenas um instrumento, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-se à efetivação dos direitos constitucionalmente previstos.

Em 1974, Héctor-Fix Zamudio, um dos idealistas e pioneiros do processo constitucional, inspirado em Eduardo J. Couture, ensinava a origem da matéria, o que foi reforçado pelos ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho, uma década depois. Os autores contam que no contexto pós-segunda guerra mundial emergiram as garantias

constitucionais do processo. A preocupação com o fenômeno foi evidenciada na doutrina e na jurisprudência latino-americana, derivada de uma interpretação do *due process of law* norte-americano e apenas posteriormente na Europa (1974, p.9). Os países vanguardistas nos estudos sobre as garantias processuais foram Argentina, México e Uruguai.

Em 1853, o texto primitivo da Constituição da Argentina já consagrava o direito de defesa em juízo como um direito da pessoa humana, ao dispor em seu *artículo 18* que “Es inviolable la defensa en juicio en la persona y en los derechos”.

Este mismo derecho de defensa en juicio postulado por el artículo 18 de la Constitución Argentina ha sido uno de los fundamentos esenciales invocados por la misma Corte Suprema de Argentina para establecer el concepto de “sentencia arbitraria”, que implica la posibilidad de impugnar, a través del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, una resolución judicial que afecte esas garantías procesales. (FIX-ZAMUDIO, 1974, p.12)

Na Constituição Mexicana de 1957, existia a chamada *garantia de justicia*. O autor explica que a intenção era consagrar o devido processo legal do modelo estadunidense, mas acabou tendo uma “redação defeituosa”.

[...] garantía de justicia" se hizo consistir en el derecho de todo habitante del país a que en la sentencia pronunciada en un asunto judicial, civil o penal, en el cual interviniese como parte, se aplicara "exactamente" - es decir en forma correcta -, la disposición legal ordinaria respectiva. (FIX-ZAMUDIO, 1974, p.12)

Ao falar dos estudos mexicanos, Fix-Zamudio afirma que foi influenciado por José Franco Serrato, que publicou importante texto com o título “Principios y garantías constitucionales en materia Procesal civil”, na “Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana”, México, em Julho de 1972 (páginas 11 até 155).

Por fim, menciona as tendências de constitucionalização do processo no Uruguai, mais uma vez, exaltando a influência de Eduardo J. Couture e de seu discípulo Adolfo Geisi Bidart, que fez uma investigação intitulada “proceso e garantia de derechos humanos”, totalmente relevante para os estudos da época.

Outra percepção importante de Fix-Zamudio foi quanto ao desenvolvimento da constitucionalização do processo penal, que ocorreu anteriormente ao desenvolvimento do processo civil. Notou-se que o processo penal foi agraciado com garantias constitucionais significativas e muito anteriores ao processo civil. Essa constatação foi o que levou o autor a escrever a obra “Constitución e Proceso Civil em Latinoamerica”, de 1974.

Quando o autor fala da evolução das garantias constitucionais em outros países latino-americanos, menciona que havia um movimento de redação de vários novos códigos processuais marcados por essa ideia da constitucionalidade e que, portanto, as garantias constitucionais estavam sendo integradas aos Códigos Processuais Civis dos países latino-americanos que, aos poucos, estavam se desvencilhando do tradicional processo europeu (especialmente espanhol), cujas raízes eram fincadas no conservadorismo e no autoritarismo. Fix-Zamudio

cita os Códigos de Processo Civil da Guatemala, da Colômbia, da Venezuela, do Panamá, e o brasileiro:

Y también resulta importante destacar que estos textos constitucionales se han desarrollado en esta matéria em los Códigos Procesales Civiles, que lenta pero seguramente se están renovando en el ámbito Latinoamericano, apartándose de la vieja tradición española - tomando en consideración que inclusive en la misma España se advierte esa inquietud de actualización procesal - para incorporar los adelantos del procesalismo científico, entre los cuales deben contarse el desenvolvimiento de los derechos constitucionales de carácter procesal.

[...]

En años más recientes podemos mencionar en esta dirección **el Anteproyecto de Código Procesal Civil brasileño redactado por el distinguido procesalista Alfredo Buzaid** (FIX-ZAMUDIO, 1974, p.14/15) (grifou-se)

Veja-se que, apesar de ser um dos maiores constitucionalistas da época e pesquisador à frente de seu tempo, Fix-Zamudio se enganava com a percepção de que o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 carregava um viés constitucional. Hoje, é crível que se trata de uma percepção equivocada, afinal, para o CPC brasileiro de 1973 o processo é mero instrumento e não garantia fundamental, tanto que, não foi recepcionado pelo Estado Democrático de Direito, passando por muitas alterações a partir de 1988, até ser totalmente substituído pelo CPC de 2015. No entanto, o Processo como Relação Jurídica era o ponto de partida para os estudos da época, por isso, apesar da crítica, é inegável a influência de Fix-Zamudio na teorização do processo constitucional.

Para esse movimento da literatura jurídica, da legislação e da jurisprudência latino-americanas rumo à constitucionalização do

processo, Fix-Zamudio deu o nome de NOVO ESPÍRITO DEMOCRÁTICO DO PROCESSO CIVIL LATINO-AMERICANO e afirmou que,

[...] tanto la legislación como la doctrina y la jurisprudencia de los últimos años se han ocupado cada vez con más fuerza del establecimiento de un conjunto de derechos fundamentales de las partes en las controversias civiles, con el fin de que puedan contar con **un proceso em el cual se respete su libertad, igualdad e dignidad, de acuerdo com los principios del régimen democrático, proceso en cual se resuelvan dichas controversias en forma rápida, pública, breve e imparcial, por in tribunal independiente que se inspire em los más altos dictados de la justicia tanto individual como social** (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 23) (grifou-se)

Pelas palavras de Fix-Zamudio, evidencia-se, inclusive, uma preocupação com as garantias e direitos coletivos no âmbito processual, ao falar de “justiça social”, expressão que também foi muito utilizada por Baracho.

Exatamente uma década após a publicação de Fix-Zamudio, o pioneiro brasileiro José Alfredo de Oliveira Baracho publicou a sua proposta de teorização do Processo Constitucional.

O grande diferencial em Baracho é que, para ele, a origem do processo constitucional (sobretudo quando fala de Jurisdição) é a própria Teoria do Estado. O processo constitucional surge com as Constituições, com a possibilidade de controle estatal por meio das regras constitucionais, com a declaração de inconstitucionalidade, com a revisão judicial da constitucionalidade e outros mecanismos (1982, p.97), visto que, “os regimes democráticos, assentados na lei, aceitam as formas de controle como instrumento da paz, da justiça e dos valores que informam o regime democrático (1982, p.98). E, continua, “[...] a

justiça constitucional, nos termos em que é definida, não convive com os regimes ditatoriais (1982, p.103).

O Processo Constitucional surge no contexto em que,

A falta de instrumentos processuais adequados à proteção direta dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados constitucionalmente, como preceitos individuais e de caráter social, torna-se diariamente mais importante. Ampliar seus meios de intervenção leva-nos a refletir sobre a conveniência da fixação de remédios processuais de tutela direta e específica das liberdades fundamentais (BARACHO, 1982, p.99)

Com base sólida na obra de muitos autores que o antecederam, Baracho produziu rica, consistente e completa obra, que atualizou o estudo sobre Processo Constitucional, para compreendê-lo não apenas como um mecanismo protegido por garantias constitucionas, mas ele mesmo, o processo, como uma garantia constitucional. Ademais, o processo, em Baracho, é visto como uma metodologia que garante o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos em uma democracia emergente, concretizada com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Estado Democrático de Direito. Com a soberania do povo, o devido processo constitucionalizado torna-se *locus* de “participação popular na construção e controle dos atos estatais” (COSTA, 2019, p.46).

Perceba-se que Eduardo J. Couture influenciou Fix-Zamudio, que influenciou Baracho, que aprimorou os estudos já existentes para criar uma verdadeira Teoria do Processo Constitucional. Ainda que as proposições de Baracho sejam, em alguns pontos, distintas daquelas de Fix-Zamudio, e, de uma forma geral, mais profundas, não há dúvidas de

que houve influência. O mais importante de se perceber é que esses autores latinos partiram no mesmo problema: da ausência de aproximação do Direito Processual e do Direito Constitucional e, mais especificamente, da ausência de um processo constitucionalizado como garantia dos direitos dos cidadãos, demanda que se tornou essencial após o fim da segunda guerra mundial.

Já os autores italianos, Italo Andolina e Giuseppe Vignera, escreveram a sua teoria de Processo Constitucional da Itália no início dos anos noventa (primeira edição em 1990 e segunda edição em 1997), ou seja, pelo menos três décadas depois de Couture, quase duas décadas depois de Fix-Zamudio e quase uma década depois de Baracho, sem, contudo, mencionar nenhum desses autores como referência.

Assumidamente os autores latino-americanos influenciaram uns aos outros e também receberam influências europeias – como de Cappelletti, Canelutti, Calamandrei, Liebman e outros tantos –, mas os italianos não demonstraram ser influenciados pelos latino-americanos. Isso não torna menos significativa a contribuição de Andolina e Vignera. Pelo contrário, o processo constitucional visto sob a ótica dos italianos é tão relevante que merece acolhida nas pesquisas brasileiras.

O correto é que todas essas teorizações do Processo Constitucional, cada uma no seu tempo e espaço próprios, trazem profundas reflexões sobre o tema. É unânime que todos se movimentaram para a necessária mudança de paradigma e sistematização do processo, proporcionando uma aproximação do processo com as Constituições e possibilitando o enfrentamento da autocracia, do solipsismo judicial e do “endeusamento” dos julgadores em face das demandas dos cidadãos,

cuja participação efetiva nas demandas judiciais ainda é uma luta. As semelhanças e diferenças nas perspectivas dos autores é justamente o que alimenta a evolução teórica e prática do processo constitucional do Estado Democrático de Direito, a fim de se efetivarem os direitos e garantias fundamentais.

A metodologia utilizada para a confecção do presente capítulo foi teórico-bibliográfica, com pesquisa na literatura jurídica nacional e internacional, artigos científicos e acadêmicos referentes ao tema. Foi escolhido o método jurídico- descritivo de investigação das ciências sociais aplicadas às ciências jurídicas como opção de metodologia (GUSTIN; DIAS, 2013, p.25/29), para descrever a temática proposta, qual seja: O Processo Constitucional e o estudo da tríade jurisdição, ação e processo em Fix-Zamudio, Baracho, Andolina e Vignera.

2 VIDA E OBRA DOS AUTORES

Antes de adentrar no estudo do Processo Constitucional, especificamente nos temas de Jurisdição, Ação e Processo, sob a ótica dos autores escolhidos, faz-se importante conhecer, ainda que de maneira simplista, a biografia de cada um deles.

2.1 HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Héctor Fix-Zamudio nasceu na Ciudad de México, em 4 de setembro de 1924, e faleceu em 27 de janeiro de 2021³, aos 96 anos.

³ Disponível em: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/reportan-el-fallecimiento-del-jurista-y-docente-hector-fix-zamudio>. Acesso em 29/03/2021.

Fix-Zamudio, como era conhecido, foi um jurista, advogado e escritor mexicano, autor de obras de Direito nas áreas de Direito Constitucional, Direito Processual Constitucional e Direitos Humanos. Cursou sua licenciatura na *Escuela Nacional de Jurisprudencia*, atualmente *Facultad de Derecho de la UNAM*. Ao longo da vida, exerceu importantes atividades, chegando a renunciar um cargo na *Suprema Corte de Justicia de la Nación* - SCJN, para se dedicar exclusivamente à pesquisa e à docência.

Entre os anos de 1972 e 1978, Fix-Zamudio foi diretor do *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* e em 1994 foi nomeado Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴.

Várias de suas obras (livros, capítulos de livros, vídeos e outros) estão disponíveis em seu perfil, no site da UNAM⁵ - Universidad Nacional Autónoma de México e podem ser acessadas gratuitamente. É possível encontrar, ainda, um resumo curricular do autor e os contatos que costumava utilizar.

Na ocasião de seu falecimento, Fix-Zamudio foi homenageado pela UNAM - Universidad Nacional Autónoma de México, instituição que dedicou grande parte de sua vida, por meio de um comóvente comunicado, que não indicou a causa do óbito.

⁴ Disponível em: Muere Héctor Fix-Zamudio (sdpnnoticias.com). Acesso em 29/03/2021.

⁵ Disponível em: <https://www.juridicas.unam.mx/investigador/perfil/zamudio>. Acesso em 29/03/2021.



IMAGEM RETIRADA DO SITE DA UNAM⁶

2.2 JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

José Alfredo de Oliveira Baracho nasceu em 1928 e faleceu em 2007.

Formou-se em Direito em 1955, especializou-se em Direito em 1969 e concluiu o doutoramento em Direito em 1981, tudo pela Universidade Federal de Minas Gerais⁷.

Foi um dos fundadores do Instituto Mineiro de Direito Administrativo⁸.

Em 1983 foi agraciado com a Medalha-Mérito “Pontes de Miranda”, pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

⁶ Disponível em: <https://www.juridicas.unam.mx/>. Acesso em 29/03/2021.

⁷ Texto encontrado no currículo Lattes da plataforma CNPq, atualizado pela última vez em 22/06/2004. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/2090598718856431>. Acesso em 29/03/2021.

⁸ Disponível em: <https://www.imda.com.br/conteudo.php?p=historico>. Acesso em 29/03/2021.

Muitas de suas obras estão disponíveis do site do Senado Federal⁹.

De acordo com pesquisa publicada em março de 2021, trata-se de um dos constitucionalistas mais citados no Supremo Tribunal Federal¹⁰, no período de 1 de janeiro de 2013 a 31 de dezembro de 2020.



IMAGEM RETIRADA DO SITE OFICIAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS¹¹

2.3 ITALO ANDOLINA E GIUSEPPE VIGNERA

Diferentemente do que acontece com os dois primeiros autores, não é tarefa encontrar notícias, descrições e imagens dos italianos nas plataformas digitais. Adeptos a um estilo de vida mais discreto do que os latino-americanos, o que se sabe de Italo Andolina é que se trata de Ord. Di Diritti Processuale Civile dell'Università di Catania, enquanto

⁹ Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/8/browse?type=author&value=Baracho%2C+Jos%C3%A9+Alfredo+de+Oliveira>. Acesso em 29/03/2021.

¹⁰ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/341201/pesquisa-mostra-nomes-dos-constitucionalistas-mais-citados-pelo-stf>. Acesso em 29/03/2021.

¹¹ Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/29606>. Acesso em 29/03/2021.

Giuseppe Vignera é um Magistrado Italiano (Magistrato). De Vignera sequer foi possível localizar uma foto.



IMAGEM DE ITALO ANDOLINA RETIRADA DO SITE DA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA¹²

3 JURISDIÇÃO

Em 1974, Fix-Zamudio entendia que, em um aspecto formal, a jurisdição poderia ser compreendida como uma função pública que tinha como objetivo

resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y des de una posición imparcial (2002, p.44).

¹² Disponível em: http://www.agenda.unict.it/open_page.php?sez=articolo&id=3024. Acesso em 29/03/2021.

Ao tratar sobre o conteúdo de Direito Processual Constitucional, e inspirado pelos estudos de Mauro Capelletti, o autor dividiu a Jurisdição em três aspectos.

Primeiramente, a chamada Jurisdição Constitucional da Liberdade que,

se refiere a los instrumentos establecidos en la mayoría de los ordenamientos constitucionales de nuestra época con el objeto de tutelar jurídicamente los derechos humanos establecidos en los mismos ordenamientos, y en los últimos años, también los consagrados en los instrumentos internacionales, cada vez más numerosos, los que además se aplican con un criterio progresivo. (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.67)

O autor cita, como exemplos dessa categoria de jurisdição, os mecanismos de tutela criados na Inglaterra e, posteriormente, nos países que receberam a sua colonização, como os Estados Unidos. O mais antigo desses mecanismos seria o *habeas corpus*. Outra ferramenta da jurisdição da liberdade americana é o *Judicial Review*, por meio do qual se estabeleceu, em primeiro lugar, o poder e, em seguida, a obrigação dos juízes de revogar a aplicação das disposições legislativas contrárias à Constituição, e que deu origem ao chamado "sistema americano" de controle constitucional.

O autor menciona, ainda, o *Direito de Amparo*, que surgiu na Carta Federal Mexicana de 1957 e se estendeu por vários países da América Latina. O *Direito de Amparo* tem por objeto a proteção de todos os direitos humanos estabelecidos na Constituição de cada país, quando esses direitos forem violados por autoridades públicas. O autor explica que o

Direito de Amparo, influenciou a criação de ferramentas similares, como o *Mandado de Segurança* brasileiro (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.68/69).

O segundo aspecto da jurisdição é a Jurisdição Constitucional Orgânica. As ferramentas que compõem esta categoria de jurisdição surgiram historicamente nos países federativos, em virtude da necessidade de dirimir as controvérsias que poderiam surgir entre os poderes central e local quanto às competências estabelecidas pela Constituição.

Es aquella dirigida a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos del poder, y en este sector podemos señalar el control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, en especial el calificado como control abstracto de las propias normas constitucionales, el cual puede resolver las controversias entre los diversos órganos del poder sobre el alcance de sus facultades y competencias, en particular tratándose de normas legislativas. (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.73)

Em suma, a jurisdição constitucional orgânica é constituída pelos meios processuais pelos quais os órgãos afetados do Estado podem contestar os atos e disposições normativas de outros órgãos do poder, poderes ou atribuições de natureza horizontal, estabelecidas nas disposições constitucionais.

Por fim, o autor analisa a Jurisdição sob a ótica Constitucional Transnacional. Trata-se de um setor que traduz uma proteção em âmbito internacional, ou seja, que supera um determinado ordenamento jurídico nacional. A criação da jurisdição transnacional justifica-se pelo fato de que há cada vez mais relações e, naturalmente,

mais conflitos, entre a aplicação das disposições e leis constitucionais e aquelas pertencentes ao campo internacional (que acabam por fazer parte de um ordenamento jurídico interno por meio de mecanismos de incorporação) (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.75).

Exatamente uma década após a publicação da obra de Fix-Zamudio, ou seja, em 1984, o autor brasileiro José Alfredo de Oliveira Baracho publicou a sua obra *Processo Constitucional*.

Baracho também reconheceu a grande preocupação com a defesa das liberdades pessoais que emergiu após a segunda guerra mundial. E, por isso, assim como Fix-Zamudio, o autor cuidou da Jurisdição Constitucional de Liberdade (e especialmente desse aspecto da jurisdição), demonstrando, já em seu capítulo introdutório, que o Processo Constitucional provém, exatamente, dos estudos sobre controle de constitucionalidade (de um controle racional do exercício de poder), reforçando a ideia de que a consagração do princípio da separação dos poderes é essencial para a defesa das liberdades individuais e de eventuais abusos de poder (BARACHO, 1984, p.1-7).

O capítulo segundo da obra de Baracho, dedica-se exclusivamente ao estudo da Teoria Geral da Jurisdição. Sobre jurisdição, Baracho afirma que:

[...] é a função de declarar o direito aplicável aos fatos, bem como é causa final e específica da atividade do judiciário. Incumbido de garantir à sociedade um ordenamento jurídico, ao exercer a atividade jurisdicional, está o Estado manifestando a soberania que lhe é inerente. (BARACHO, 1984, p.75)

A jurisdição assenta-se, efetivamente, no ato jurisdicional que nasce da aplicação da norma ao caso concreto, na medida em que o Estado toma para si o dever/ a missão de julgar.

Assim, em Baracho, entende-se que a função jurisdicional do Estado é a aplicação do conteúdo da lei nos casos concretos, com a força da coisa julgada. Não pode existir questão levada ao Judiciário que escape à análise judicial. O cerne desse entendimento é a necessidade de controle de todas as funções do Estado para proteger os cidadãos contra as possíveis tentativas de arbitrariedade. Com base na busca pelo controle das funções do Estado insurge a Jurisdição Constitucional, que é muito mais ampla do que o exclusivo controle de constitucionalidade no formato em que se admitia, até então, mas engloba: a própria efetivação da jurisdição constitucional da liberdade, a efetivação das garantias e dos direitos fundamentais, o equilíbrio entre as funções estatais e a proteção do federalismo, a responsabilização de agentes públicos pelo cometimento de ilicitude, e outros.

E, nitidamente, só é possível alcançar a jurisdição na proteção da liberdade, das garantias e dos direitos fundamentais dos cidadãos por meio do processo (BARACHO, 1984, p.116).

Na obra *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, ao tratar sobre Jurisdição, os autores Italo Andolina e Giuseppe Vignera trazem à memória dois dados que consideram “absolutamente elementares” sobre o tema, quais sejam:

- a) la funzione giurisdizionale si esercita con provvedimenti conclusivi de procedimenti, che di solito vengono chiamati processi;

b) la Costituzione contiene (anche) principi e norme attinenti all'esercizio della giurisdizione e, quindi, allo svolgimento del procedimento giurisdizionale (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p.10)

Isto é, para eles a função jurisdicional é exercida com medidas/ disposições conclusivas de procedimentos, que são geralmente chamados processos. E a Constituição contém (também) princípios e regras relativos ao exercício da jurisdição e, portanto, à condução de processos judiciais.

Para os autores, qualquer sequência processual, devidamente prevista e regida por lei, deve observar questões jurisdicionais:

- a) stabilire, anzitutto, se ci si trovi o meno in presenza di un procedimento giurisdizionale (o processo), vale a dire se l'attività svolta tramite tale sequela procedimentale possa o meno considerarsi di tipo giurisdizionale (c.d. problema della "giurisdizionalità originaria" di un procedimento);
- b) in caso affermativo, verificare se la disciplina positiva di tale processo risulti o meno conforme ai canoni costituzionali relativi all'esercizio della giurisdizione (c.d. problema della "giurisdizionalità costituzionalmente derivata" di un processo). (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p.11)

Deve estabelecer, em primeiro lugar, se está ou não perante um procedimento (ou processo) judicial, ou seja, se a atividade exercida por meio desta sequela processual pode ou não ser considerada de natureza judicial (a chamada "jurisdição original" de um processo). E, em caso, afirmativo, deve verificar se a disciplina positiva desse processo está de acordo com os cânones constitucionais relativos ao exercício da jurisdição (o chamado problema da “jurisdição derivada constitucionalmente” de um processo).

Nesse sentido, numa perspectiva constitucional, o problema da jurisdição não é mais uma mera questão de ser entendida/ definida com base na Teoria Geral do Direito e do Estado, constituindo-se, na verdade, em um tema com implicações práticas muito marcantes, pois é necessário verificar se o procedimento para o exercício da função jurisdicional está efetivamente como deveria ser, isto é, de acordo com as garantias da Constituição (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p.11).

O objeto dessas lições é constituído justamente pela “natureza jurisdicional constitucionalmente derivada” do processo, por ele ter de ser idêntico ao da legislação constitucional. No que se refere ao "caráter jurisdicional originário" do procedimento, os autores lembram que, com base nas investigações mais recentes, tende a se afirmar uma concepção subjetivista de jurisdição, compreendendo que é possível qualificar como jurisdicional qualquer disposição emanada dos órgãos que constituem o sistema Judiciário (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p.12).

Um conceito atual de jurisdição, que merece ser mencionado, é do autor brasileiro, criador da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, Rosemiro Pereira Leal: “dever do juiz de conduzir o procedimento e nele expender, *secundum legis*, decisões” (2018, p.211).

4 AÇÃO

O autor Fix-Zamudio, na obra *Constitución e Proceso Civil em Latinoamerica* (1974), analisa “Ação” como Direito Constitucional. A concepção de ação à época era o “direito abstrato de obrar” (1974, p.55), isto é, o Direito abstrato de AGIR, que supera a conservadora Teoria

privatista da ação. A percepção dele, em 1974, já era de que a literatura jurídica e a jurisprudência (mais lentamente) estavam se filiando majoritariamente a essa nova forma de concepção.

O conceito proveniente da doutrina concreta traduz a ideia de que ação deveria se concebida como um direito a uma sentença favorável (1974, p.56) e é exatamente essa ideia que Fix-Zamudio visa superar em seus estudos.

Para trabalhar com o conceito de Ação, Fix-Zamudio parte dos ensinamentos de Couture:

Dentro de la corriente mayoritaria consideramos esenciales las aportaciones del mismo Couture en cuanto afirmó que la acción, estimada como derecho fundamental de carácter constitucional de petición, de carácter genérico, consagrado por la casi totalidad de las Leyes Fundamentales Latinoamericanas. (1974, p.56)

Apesar do seu ponto de partida ser a ideia de Ação como direito constitucional de petição, o autor afirma que isso não significa dizer que QUALQUER petição dirigida aos órgãos jurisdicionais deve ser considerada como o exercício de direito de ação, porque existem solicitações de caráter judicial que não tendem à iniciação ou solicitação de um processo, quais sejam, as de natureza voluntária. Na jurisdição voluntária existe um procedimento, mas de nenhuma maneira se configura um processo. Então, deve-se entender que “la acción propiamente dicha está dirigida a la realización de la función jurisdiccional a través de um próprio e verdadero proceso” (1974, p.57)

O autor prossegue afirmando que, quando se admite o critério de Eduardo Couture (de que o direito de ação está consagrado em quase

todas as leis fundamentais latinoamericanas), é possível dividir o conceito de ação em dois setores:

A) Primeiro: um direito de ação que deve ser compreendido dentro da disposição que consagra a PETIÇÃO, já que o que as leis fundamentais fazem é registrar o direito de petição, ou seja, conferindo aos cidadãos o direito de se dirigirem às autoridades formulando solicitações, assegurado o direito da outra parte contestar e também uma resposta proporcional, em um prazo breve, razoável e determinado. (1974, p.57)

B) Segundo: a ideia de ação como um direito fundamental independentemente de petição, consagrado expressa ou implicitamente pelas Constituições; Ex.: Constituições do Brasil (Art. 141, §4º, Constituição de 1946; Art. 150, §4º, Constituição de 1967 - § 4º - “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”). Atualmente a Constituição de 1988 no art. 5º inciso XXXV - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

En consecuencia, podemos concluir que las constituciones Latinoamericanas consagran la acción como derecho fundamental, ya sea en forma directa e independiente, o bien subsumido en el de petición, y en todo caso, como un aspecto específico de este ultimo. (1974, p.58)

Fix-Zamudio destaca, ainda, a qualidade de bilateral da ação, para compreender a ação e a defesa processual como direitos complementares.

[...] de manera superficial podría sostenerse que, en tanto que lá acción en su dimensión constitucional corresponde al demandante, el derecho de

defensa, también constitucional, se atribuye al demandado; pero esta solución en apariencia tan sencilla se complica, en cuanto la citada defensa no se há distinguido en forma precisa respecto a las llamadas excepciones y a la oposición del próprio demandado. (1974, p.59)

Ou seja, superficialmente pode-se argumentar que, enquanto a ação em sua dimensão constitucional corresponde ao autor, o direito de defesa, também constitucional, é atribuído ao réu. Mas, esta solução aparentemente simples é complicada, na medida em que a referida defesa não se distinguiu de forma precisa no que diz respeito às chamadas exceções e à oposição do próprio arguido.

Assim, o autor entende que a ação corresponde as duas partes em um processo. Que a oposição do demandado pode ser qualificada como uma “reAção” ou uma “contradição”. Ação e a Reação correspondem às alternativas ao demandante e ao demandado, já que as situações de ataque e de defesa podem atribuir-se às duas partes, por exemplo, nos casos de interposição de recursos em que as posições das partes podem se inverter (FIX-ZAMUDIO, 1974, p.58/60).

O autor chama atenção apenas para a necessidade de “separarse lo más precisamente posible, la acción como derecho constitucional, de las pretensiones como categorias procesales” (1974, p.60).

Nas palavras de Fix-Zamudio, “debemos concluir en el sentido, de que la acción y la defensa no constituyen derechos opuestos, es decir atribuidos uno al actor y el otro al demandado, sino que se trata de aspectos *complementarios*, o sea que correspondem a ambas parte en el proceso” (1974, p.60/61).

Assim, conclui-se, pelos primeiros ensinamentos de Fix-Zamudio, que o direito constitucional de ação se outorga a todo jurisdicionado, tanto para iniciar, como para continuar o processo até as suas últimas etapas, inclusive execução. Todo jurisdicionado, seja demandante ou demandado, deve ter a oportunidade de participar de forma razoável e equilibrada do processo, podendo exigir do julgador a realização dos atos necessários para apresentar as suas pretensões em juízo (1974, p.61).

Em 2002, na obra *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Hector Fix-Zamudio avançou na sua compreensão sobre ação, explicando que o direito de ação tem experimentado uma importante transformação, devido ao fenômeno da socialização (coletivização) do direito, ainda que isso não esteja expresso e claro em algumas constituições, de modo que “se pretende que la acción procesal no signifique únicamente la posibilidad real de acudir a los tribunales, sino que garantice el resultado efectivo de su ejercicio” (2002, p.52). É imprescindível na “nova concepção” de ação de Fix-Zamudio, que o jurisdicionado obtenha efetivo resultado no exercício do direito de ação. Isso não significa direito a um resultado positivo àquele que provoca a jurisdição, mas um resultado com julgamento de mérito. Esse entendimento aproxima-se das afirmações de José Alfredo de Oliveira Baracho.

Baracho debruçou-se muito mais no estudo da Jurisdição e do Processo do que no estudo do direito de Ação, diferentemente de Fix-Zamudio que se empenhou em produzir uma teoria da ação. Para Baracho:

Na instrumentalização dos pressupostos inerentes ao dualismo Constituição e Processo, destacam-se os direitos de ação e os direitos de defesa. Para a efetivação dos mesmos, reconhece-se a igualdade processual das partes e as formalidades essenciais do procedimento (notificações, publicidade, oralidade, oportunidade probatória e saneamento processual) (BARACHO, 1997, p.57)

Assim, a ação é entendida pela literatura jurídica como direito público constitucional; e o direito defesa decorre do princípio do contraditório. O direito de ação em Baracho corresponde à ideia de que a todos os cidadãos deve ser oportunizada a tutela efetiva pelas decisões proferidas por juízes e Tribunais, quando buscarem o Judiciário para exercer os seus direitos e interesse legítimos (BARACHO, 1997, p.57)

As partes podem recorrer em juízo para tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. É nesse sentido que ocorre a correlação necessária entre a situação jurídica substancial e o direito de ação ou à tutela jurisdicional de acesso ao sistema jurisdicional. A legitimidade ativa de agir ou a titularidade ativa da ação consubstancia-se na titularidade do interesse de defender direito ou interesse juridicamente protegido. (BARACHO, 1997, p.57)

Em Baracho, o direito de ação é uma garantia básica do Processo Constitucional. Não se trata de garantir apenas o direito de peticionar e de ser ouvido, e sim o direito ao processo, efetivamente. O devido processo legal (também chamado pelo autor de processo justo), a defesa, a assistência legal, o processo como garantia e manifestação de igualdade e equilíbrio, são aspectos fundamentais para o exercício do direito de ação (BARACHO, 1997, p.65).

Na Itália, de acordo com Italo Andolina e Giuseppe Vignera, o direito a uma tutela jurisdicional está vinculado a um princípio supremo do ordenamento constitucional do país, que é intimamente ligado à ideia de democracia para garantir a todos, sempre, para qualquer controvérsia, um juiz e um julgamento. Esse direito de “ação” encontra amparo na Constituição Italiana e pode ser considerado inviolável aos cidadãos (1990, p.61).

[...] il diritto di azione (variante terminologica della più corretta espressione "diritto alla tutela giurisdizionale") è in grado altresì di condizionare l'organizzazione tecnica del processo, influenzando sulla disciplina positiva (sub-costituzionale) del suo svolgimento. (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p.62)

Ou seja, no processo constitucional italiano, o direito de ação não esgota a sua função assegurando aos cidadãos a possibilidade de fazer de um procedimento jurisdicional, apenas. Demanda, para sua concretização, uma decisão. O direito de ação, cuja expressão mais correta é "direito à proteção judicial", por força de regras constitucionais, é capaz de condicionar a organização técnica do processo, afetando a disciplina positiva (infraconstitucional) do seu desenvolvimento.

O modelo de processo italiano informa que a tutela jurisdicional, para ser plena e efetivamente alcançada pelo seu titular, deve reconhecer:

- a) o poder de “esterilizar” (no sentido de congelar) pelo tempo necessário, o pleno conhecimento das condições da norma que concede a proteção judicial, fazendo com que sejam adotadas a seu favor as medidas cautelares idôneas a permitirem

- o ajustamento da situação de fato à realidade jurídica reconhecida ou instituída pela própria norma;
- b) a possibilidade concreta de fazer uso do instrumento pelo qual se dá a proteção judicial do processo;
- c) o direito de decidir sobre o mérito de seu pedido judicial;**
- d) o direito à tempestividade da proteção judicial solicitada;
- e) o poder de influenciar a formação da convicção do juiz quanto à subsistência das premissas da decisão a ser emitida** (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p.62).

Apesar de falar em influência na “convicção do juiz”, impressiona a teoria italiana pelo fato de ousar, ao fazer, em 1990, uma proposta de formação participada do mérito processual, que atribua ao jurisdicionado o direito de decidir sobre o mérito do seu pedido.

Atualmente, no Brasil, Rosemiro Pereira Leal, traz um conceito de ação, qual seja “procedimento tecnicamente estruturado conforme o modelo normativo” (2018, p.212). Apesar do conceito, entende que muitos pontos no estudo da AÇÃO precisam ser superados. Para o autor, uma vez que não se pode mais se falar em AÇÃO sem processo, a defesa acaba se tornando um desdobramento inafastável da atuação do processo.

Hoje, parece uma conclusão simplista, mas isso só foi possível graças aos profundos estudos dos autores que antecederam Rosemiro Pereira Leal. O autor pensa, inclusive, que existe uma possibilidade de se reduzir a trilogia (jurisdição, ação e processo) para se falar apenas em processo e jurisdição, “já que ação (procedimento) é matéria estrutural de gênese processual e não mais uma sequência de atos presididos pelo voluntarismo jurisdicional” (LEAL, 2018, p.212).

5 PROCESSO

Héctor Fix-Zamudio traz relevante conceito acerca do Processo Constitucional. O autor faz importante distinção entre as expressões “Direito Processual Constitucional” e “Direito Constitucional Processual”.

Primeiramente, cabe dizer que a necessidade de se distinguir esses conceitos nasce da discussão existente entre os autores sobre qual conteúdo/ matéria deve ser abarcada pelo chamado “Processo Constitucional”. Alguns autores, como o peruano Domingos García Belaúnde – que afirma se tratar apenas de um jogo de palavras – e o argentino Germán J. Bidart Campos, consideram que as expressões dizem respeito ao mesmo estudo, e que abarcam todo conteúdo possível, inclusive, as categorias processuais inseridas das Constituições (que Fix-Zamudio chama de Cartas Fundamentais) (2022, p.29/30).

En realidad, la imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación que en ella existen entre el derecho constitucional por una parte, y el procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa o implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y la otra en el constitucional (pero ambas en una situación de confluencia), lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias, es la consideración de que pueden configurarse dos sectores de estudio, uno que podemos calificar como "derecho procesal constitucional" en sentido estricto, y otro "derecho constitucional procesal" (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.30)

Em outras palavras, significa dizer que a imprecisão observada neste assunto se deve à estreita ligação que existe entre o Direito

Constitucional e o Direito Processual na teoria do “Processo Constitucional”. Quando alguns autores negam expressa ou implicitamente que existam duas disciplinas, uma no campo processual e outra no campo constitucional (mas ambos em situação de confluência) acontece um choque de conceitos e o conteúdo abarcado no Processo Constitucional torna-se muito diferente de autor para autor, prejudicando a identidade da matéria. A verdade é que a única forma para delimitar a disciplina é considerar que se podem configurar dois setores de estudo: um que podemos qualificar de “Direito Processual Constitucional” em sentido estrito, e o outro “Direito Processual Constitucional”.

O Direito Processual Constitucional (*Derecho Procesal Constitucional*) se trata de uma matéria de Direito PROCESSUAL. Constitui, em regra, as formas de praticar controle de constitucionalidade das normas (tanto que autor associa aos estudos de Hans Kelsen ao falar de jurisdição, como sendo o primeiro autor que se preocupou com o controle das normas constitucionais).

[...] “el derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual ... es decir los intrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder”. (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.31).

São, portanto, os instrumentos predominantemente processuais que visam a reintegração da ordem constitucional quando esta tenha sido desconhecida ou violada pelos órgãos de poder.

O autor ensina que foram desenvolvidos dois sistemas de solução de conflitos constitucionais: 1) AUTRÍACO OU CONTINENTAL EUROPEU: [...] “se impuso el criterio de que los jueces y tribunales ordinarios no pueden conocer ni decidir cuestiones de inconstitucionalidade” (FIX-ZAMUDIO, 2002, p. 34); e 2) AMERICANO: “De acuerdo con este paradigma, todos los jueces y tribunales, pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, especialmente respecto de las disposiciones legislativas” (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.35).

O autor se debruça a explicar sobre o Sistema Americano, afirmando que os seus elementos consistem na faculdade de todas as instâncias judiciais, independentemente de hierarquia, para resolver questões de (in) constitucionalidade, por meio do que se convencionou como controle difuso. Acerca da nomenclatura dessa discussão no processo, Fix-Zamudio elege a expressão “decisão preliminar”, criada pelos italianos em detrimento da expressão “via de exceção”, que o autor considera errada, por levar em consideração que o problema da (in)constitucionalidade deve ser considerado como um aspecto incidental (do ponto de vista processual) da polêmica principal que o suscita, seja levantada pelas partes ou pelo próprio juiz (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.35).

Observa-se que Fix-Zamudio fala de “faculdade”, no entanto o correto seria falar em “dever” do Judiciário na resolução de questões que sejam inconstitucionais, como garantia de um processo constitucionalizado.

Assim, pode-se conceituar o Direito Processual Constitucional como:

[...] la disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones de los mismos. Estos instrumentos también pueden calificarse como garantías constitucionales, en su concepción, actual (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.42)

Já o Direito Constitucional Processual (*Derecho Procesal Constitucional*) pode ser entendido como uma matéria de Direito CONSTITUCIONAL, que, de acordo com Fix-Zamudio, começou a se desenvolver com os estudos de Eduardo J. Couture.

[...] examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia. (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.32)

Isto é, examina as instituições procedimentais das perspectivas do Direito Constitucional, porque as Constituições contemporâneas (especialmente as que surgiram no pós-segunda guerra) elevaram várias instituições procedimentais à hierarquia das normas fundamentais, e embora seja verdade que, anteriormente, algumas

delas já apareciam nos textos constitucionais anteriores, eram isoladas. Com o advento das Democracias surgiu a consciência de conceder classificação constitucional às categorias procedimentais de maior importância.

O estudo do Direito Constitucional Processual, por se tratar de disciplina vinculada com o “processualismo científico”, deve ser estudado com base em três aspectos essenciais: a) jurisdição (já foi devidamente estudada em tópico próprio) b) garantias judiciais:

Por ellas debemos entender el conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador y que poseen, ademas, un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables, ya que la función jurisdiccional se ha establecido en su beneficio.” (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.45)

c) garantias das partes:

Son las que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional. Sus linamientos esenciales se han consagrado en las cartas constitucionales (inclusive, así sea de manera limitada, por los ordenamientos clásicos), ya que los derechos subjetivos públicos relativos a la acción procesal y a la defensa o debido proceso se han consagrado tradicionalmente como derechos fundamentales de la persona y han sido reglamentados por los mismos textos constitucionales” (FIX-ZAMUDIO, 2002, p.50).

Diferentemente de Fix-Zamudio (que se inspirou, sobretudo, em Couture), para o brasileiro José Alfredo de Oliveira Baracho, que publicou sua obra sobre Processo Constitucional em 1984, o Direito Constitucional Processual “não se trata de um ramo autônomo do

Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição” (BARACHO, 1984, p. 125).

Essa proposta é inovadora em relação às anteriores, porque a pesquisa e as proposições de Baracho partem da Teoria do Estado, enquanto as outras têm como objeto a análise das garantias processuais constitucionais para explicar o processo constitucional.

Baracho é o único autor que explica o Processo Constitucional a partir da Teoria do Estado e, desse modo, é o único que fundamenta/justifica de forma científica o fato da Teoria Geral do Processo ser uma garantia fundamental no Direito Constitucional. Baracho eleva o processo à categoria de garantia constitucional. Os outros buscam aplicar às garantias constitucionais ao processo, como se este não fosse propriamente uma garantia constitucional.

A obra dos autores italianos, Italo Andolina e Giuseppe Vignera, propõe uma sistematização do processo constitucional, partindo das garantias constitucionais da Constituição Italiana de 1948, aproximando-se mais da teorização de Couture e Fix-Zamudio, do que a de Baracho, que parte da Teoria do Estado para criar uma nova Teoria de Processo Constitucional, em vez de partir da análise das garantias constitucionais como os demais, porque, para ele, o processo por si só é uma garantia constitucional.

Para os italianos, as regras e princípios constitucionais relativos ao exercício da função jurisdicional, se considerados na sua complexidade, permitem ao intérprete conceber um verdadeiro esquema geral do processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p.13)

De acordo com o entendimento desses autores, na nova perspectiva pós-constitucional, o problema do processo não diz respeito apenas ao seu *ser*, isto é, sua organização concreta segundo as leis ordinárias em vigor, mas também ao seu *dever de ser*, que corresponde à conformidade da sua estrutura ao direito constitucional e às regras constitucionais sobre o exercício da atividade judiciária (que tem relação com a ideia de jurisdição) (ANDOLINA; VIGNERA; 1990, p.11).

De forma a concluir, vale mencionar a interessante leitura de Rosemiro Pereira Leal sobre o Processo Constitucional e a contribuição de todos esses espetaculares autores. Rosemiro junta as duas bases teóricas possíveis para se compreender o processo no contexto democrático. Ele explica que, para os italianos, assim como para Fix-Zamudio, o processo é INSTITUIÇÃO CONSTITUCIONALIZANTE, isto é, o processo e a sua tramitação devem respeitar as garantias constitucionais previstas. Mas, pela principiologia constitucional do *devido processo legal* (reserva do possível, ampla defesa, contraditório e isonomia) o processo “CONVERTE-SE em Direito-Garantia”, ou seja, é elevado ao *status* de garantia constitucional, como ensinava Baracho (p.140/141). Desse modo, o autor faz interessante leitura das teorizações do processo constitucional, não para excluir nenhuma das duas, mas para agregá-las, como se uma verdadeiramente complementasse a outra.

Na obra *Teoria Geral do Processo*, Rosemiro apresenta um conceito de processo: “procedimento em contraditório ou instituição coinstitucionalizante e coinstitucionalizada garantidora do direito fundamental de ampla defesa na estruturação dos procedimentos

judiciais e administrativos – art. 5º, LV, da CF/1988” (2018, p.211). No ensejo, tece severas críticas à atual e vasta literatura de direito processual (civil, penal e administrativo) que não se comporta de forma teórico-científica diante da conceituação de processo, e sim de forma “apostolar-doutrinária”, sem nenhum critério ou referência (2018, p.211).

REFERÊNCIAS

- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Aspectos da Teoria Geral do Processo Constitucional**: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. E. Inf. legisl. Brasília a. 19 n. 76 out./dez. 1982.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Em **Revista do Tribunal Regional do Trabalho**. 3ª Região. Belo Horizonte. MG-Brasil. Ano 1. n. 1 1965-1997. p. 56-68. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf. Acesso em 09/06/2021.
- COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito Processual**: a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e certeza dos direitos fundamentais no processo constitucional democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- COSTA, Fabrício Veiga. **Princípios regentes no Processo Civil no Estado Democrático de Direito**: ensaios de uma Teoria Geral do Processo Civil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- CURI, Ivan Guérios; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Processo Constitucional Contemporâneo**. BDF 85. P. 343-373. 2009.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica**. Serie B. ESTUDIOS COMPARATIVOS. d) Derecho latinoamericano. Núm. 5. Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 1974.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Introducción al derecho procesal constitucional**. Primeira edición. Colección FUNDAP: derecho, administración y política. Santiago de Querétano: FUNDAP, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1.ed 2ª tiragem. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. / Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias. 4 ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

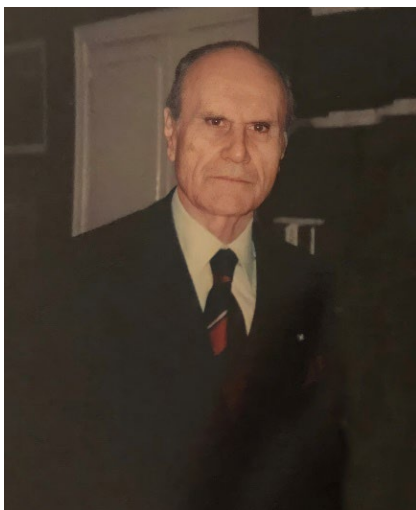
LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14. ed. revista, ampliada e atualizada, com remissões ao NCPC/2015. Belo Horizonte: Fórum, Conhecimento Jurídico, 2018.

9

O PROCESSO, JURISDIÇÃO E AÇÃO NA TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO DE ELIO FAZZALARI

*Lorrane Queiroz*¹

*Sabrina Nunes Borges*²



Imagem³

¹ Doutoranda e Mestra em Proteção dos Direitos Fundamentais com ênfase em Direito Processual Coletivo pela Universidade de Itaúna - MG (UIT). Especialista em Contratações Públicas pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM) Toledo, ES. Pesquisadora bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) 2018/2019. Advogada.

² Doutoranda e Mestre em Direito Processual Coletivo pela Universidade de Itaúna (Minas Gerais) – UIT. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Professora titular do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). Professora-orientadora do Núcleo de Práticas Jurídicas do UNIPAM. Membro do comitê de avaliação do PIBIC (Programa de Iniciação Científica) do UNIPAM. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Advogada.

³ Imagem do jurista Elio Fazzalari cedida do acervo pessoal da Dra. Elaine Nassif - Abril, 2003.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa é analisar a teoria do processo como procedimento em contraditório, inaugurada pelo professor italiano Elio Fazzalari na obra “Instituições de Direito Processual”. Para tanto, além da digressão em seu trabalho, serão investigadas as reflexões sobre os fundamentos de sua teoria nos estudos do Professor Aroldo Plínio Gonçalves, em sua obra “Técnica Processual e Teoria do Processo”, e do Professor Rosemiro Pereira Leal, absorvidos e filtrados em sua Teoria Neoinstitucionalista do Processo⁴.

As formulações de Elio Fazzalari rompem com a ideia da relação jurídica entre os sujeitos processuais, superando-a, e inaugura a conquista teórica da procedimentalidade ao considerar o processo como espécie de procedimento em contraditório. Fazzalari afasta a predominância do papel do juiz ao propor que os destinatários finais do provimento participem da fase preparatória em simetria de paridade, numa mútua implicação de suas atividades.

A partir da noção de processo como procedimento em contraditório, Fazzalari reconstrói o conceito de processo e de procedimento, mas suas reflexões não incidem apenas no conceito isolado de procedimento e processo, alcançam temas fundamentais

⁴ A teoria do processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari é o ponto de partida da teoria neoinstitucionalista do processo, conforme afirma Rosemiro “a teoria do processo como procedimento em contraditório (fazzalari) é que nos habilitou saltar de uma subjetividade apofântica milenar para uma concepção processual expressa numa relação espaço-temporal internormativa como estruturante jurídica do agir em simétrica paridade e instaladora do juízo discursivo preparatório do provimento (decisão)”. (Leal, 2017, p. 13)

dentro do Direito Processual, antes fundado no direito de ação e no processo entendido como relação jurídica e instrumento da jurisdição.

Fazzalari retoma o exame de alguns conceitos já seguramente estabelecidos pelo direito processual, repensando e trazendo uma nova compreensão sobre procedimento, relação jurídica processual, ação e relação entre o direito material e o processo, a fim de responder a contradições do direito positivo contemporâneo.

Essa nova estrutura de procedimento e processo em Fazzalari reflete no direito de ação e se projeta na finalidade do processo e da jurisdição, pois é através do processo que o exercício da função jurisdicional se manifesta. Desta forma, para a análise das contribuições de Fazzalari, a pesquisa partirá da compreensão da ciência processual estruturada com base em seus três grandes pilares: ação, jurisdição e processo, com o objetivo de pontuar os aspectos principais de sua teoria.

Primeiramente, será abordada a vida e obra do autor demonstrando o quão importante foi sua obra para a formação e evolução do estudo da teoria geral do processo. Em seguida, será analisada a estruturação do processo na teoria fazzalariana: será feita uma releitura da teoria da situação jurídica e demonstrada a superação da concepção da teoria da relação jurídica. A partir de tais concepções, serão enfrentados, nos próximos tópicos, o processo, a jurisdição e a ação sob a ótica da teoria de Fazzalari – objetivo central da pesquisa.

No presente trabalho, optou-se pela pesquisa teórico-bibliográfica, sendo empregados três métodos técnicos de investigação das ciências sociais aplicadas, como opções de metodologia, quais sejam: a

investigação histórico-jurídica, do tipo jurídico-descritivo e a adoção do método jurídico propositivo.

2 VIDA E OBRA DO AUTOR

A importância do processualista italiano Elio Fazzalari para o direito processual é notável na literatura processual. Sua teoria do processo como procedimento em contraditório é mencionada e sustenta o desenvolvimento de várias pesquisas e estudos do processo na contemporaneidade. Reconhecido como “um ícone do direito processual em nível internacional” por Ada Pellegrini Grinover (Fazzalari, 2006, p.5), há poucas informações que podem ser encontradas sobre sua formação e vida.

No obituário, publicado nos jornais italianos, dentre outras informações, tem-se que ele nasceu em Napoli, aos 26 de dezembro de 1924 (tendo sido registrado em 1925), e falecera em Roma, aos 02 de julho de 2010. Graduou-se em Direito em 1944, e dez anos depois, em 1954, alcançou a livre docência (SAMPAIO, FAYET, 2015, p.18). Fazzalari “lecionou na Universidade de Perugia até 1964, na de Pisa até 1972, e na Universidade de Roma ‘La Sapienza’ quando desta se desligou em outubro de 2000, sendo agraciado com o título de Professor Emérito.” (ROSA, STAFFEN, 2010, p.105).

A Ordem dos Advogados Italianos, em 08 de julho de 2010, informou que o Professor Fazzalari foi um dos mais ilustres juristas do mundo no século XXI, além de "um grande advogado, um príncipe do

Fórum, e a Ordem de Roma teve a honra de tê-lo entre os seus membros” (SAMPAIO, FAYET, 2015, p.18).

Através de pesquisa realizada em site italiano de notícias, tem-se que Fazzalari era "advogado, entre os mais excelsos juristas, entre os mais admirados professores tendo lecionado nas universidades de Urbino, Bologna, Pisa e Roma"⁵.

A pesquisa mais aprofundada em livrarias e bibliotecas revela sua historiografia literária dedicada ao direito processual⁶, sendo que em 1975 foi publicada a primeira edição de sua mais relevante obra *Istituzioni di diritto processuale*, resultado de 30 anos de dedicação ao debate e à pesquisa do direito processual na academia, que concedeu novos horizontes técnicos à disciplina do processo, atualizada até o ano de 1996.

No Brasil sua obra foi traduzida pioneiramente para a língua portuguesa – Instituições de Direito Processual – por assentimento

⁵ Texto: "Scomparso Elio FAZZALARI, Maestro del processo". Tradução livre: "Monumento nacional que dificilmente se emoldura foi a vida deste senhor de 85 anos que infelizmente já não o é: advogado, um dos mais destacados juristas, um dos mais apreciados professores das Universidades de Urbino, Bolonha, Pisa e Roma. A provação do julgamento italiano viveu em tom pró-ativo, "apesar do clima de desconfiança que corre o risco de desestimular os esforços mais dispostos, devemos PERSEVERAR, ut desint vires, para que VOCÊ PASSE A NOITE". Era julho de 1996. Chegou o triste momento de erguer em volta do monumento um pequeno jardim comparável em tamanho aos míticos juristas do "Panteão", CHIOVENDA, CALAMANDREI, CARNELUTTI e BOBBIO. Uma existência verdadeiramente bem aproveitada. Que a terra seja luz para você!". STORANI, Paolo M. Scomparso Elio FAZZALARI, Maestro del processo. Texto disponível em: <https://www.studiocataldi.it/news_giuridiche_asp/news_giuridica_8756.asp#ixzz6tMXAh5Ux> Acesso: 28.04.2021.

⁶ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975 (344p); FAZZALARI, Elio. *I processi nell'ordinamento italiano*. Padova: CEDAM, 1973 (307p); FAZZALARI, Elio. (Org.) *La Riforma Della Disciplina Dell'Arbitrato*. Milano: Giuffrè, 2006 (252p); FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: Utet, 1997 (152p); FAZZALARI, Elio. *Introduzione alla giurisprudenza*. Padova: CEDAM, 1984 (155p.); FAZZALARI, Elio; LUIISO, Francesco P. *Codice di procedura civile e norme complementari*. Milano: Giuffrè, 2011 (1766p); FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Vol. 2. Padova: CEDAM, 1986 (166p); FAZZALARI, Elio. *Conoscenza e valori. Saggi*. Torino: Giappichelli, 1999 (148p); FAZZALARI, Elio. *Processo ordinario di cognizione*. Torino: Utet, 1990 (144p).

expresso em vida do autor, pela doutora em direito processual pela PUC Minas, Elaine Nassif, que realizou seu pós-doutoral em Roma (Sapiententia-Universidade) com o processualista italiano (LEAL, 2018, p. 63-64).

Rosemiro Pereira Leal destaca que, a partir de então, outras perspectivas se abriram para o estudo do processo não só em Minas Gerais, mas em todo Brasil⁷.

3 A TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Elio Fazzalari, para trazer a compreensão de processo que pretende trabalhar, preocupa-se em definir previamente os conceitos que utiliza no desenvolvimento de sua argumentação “por clareza metodológica” (FAZZALARI, 2006, p. 45), tendo em vista que muitas vezes possuem o nome de conceitos tradicionais, mas se referem a realidades jurídicas diferentes. Assim, nas próximas linhas, serão pontuados alguns desses importantes conceitos.

⁷ “[...] com esse novo elo academicamente estabelecido por Minas Gerais, embora as faculdades de direito do Brasil (e do mundo?!) ainda se ajoelhassem (ajoelham?) ante o ensino ortodoxo do instrumentalismo procedimental do processo, com honrosa exceção para a Faculdade de Direito da UFMG, na qual se promoviam avançados estudos de processo por iniciativa dos incomparáveis professores Aroldo Plínio Gonçalves e José Alfredo de Oliveira Baracho, este infelizmente falecido, mas responsável pela produção de uma obra de grande teor reflexivo que pode ser considerada como propedêutica no Brasil (e no mundo?!) dos estudos introdutórios do que atualmente se consolidou numa disciplina de ponta (‘processo constitucional’) das universidades interessadas na compreensão do direito democrático não tópico-retórico-ortodoxo, isto é, não como recinto de mera resolução de litígios como se estivéssemos ainda, no plano do direito processual, a cursar uma escola de gladiadores onde vencidos ou vencedores teriam em seus honorários de guerreiros valentes, persistentes, tenazes e combativos o troféu de uma vida de lutas em prol de uma ‘justiça’ só compreensível em termos míticos e eloquentes”. (LEAL, 2018, p.63-64)

3.1 NORMA JURÍDICA

Como dito, antes de se realizar o estudo do processo, é importante tratar da formulação do conceito de norma, que, para o autor, "é o barro de nosso trabalho de ceramistas!" (FAZZALARI, 2006, p. 49), estabelecendo o conceito de norma jurídica como sendo "padrão de valoração de uma conduta" (FAZZALARI, 2006, p. 77), como regra vinculante que expressa os valores de uma sociedade⁸.

A norma, como cânone de valoração, além da descrição de um comportamento, de seus elementos e requisitos, contém a indicação do pressuposto em função do qual o comportamento previsto é submetido à valoração jurídica. Esse pressuposto é denominado por Fazzalari também como *fattispecie*, que pode ser um fato, como por exemplo: um incêndio que desencadeia a obrigação do ressarcimento, ou mesmo um ato, a realização de um testamento (FAZZALARI, 2006, p. 77-79).

Na concepção de Fazzalari a norma jurídica é norteadora e legitimadora dos procedimentos e, de forma consequente, do processo, podendo apresentar-se como cânone de valoração, ato jurídico ou posição jurídica subjetiva:

‘Padrão de valoração’, ‘ato jurídico’ e ‘posição jurídica subjetiva’ são os perfis usados mais frequentemente pela norma. No uso corrente quer-se privilegiar em relação a esta ou aquela ‘forma’ uma ou outra componente da tríade: por exemplo, como veremos, ‘o ordenamento jurídico’ é

⁸ Nas palavras de Fazzalari: "Sociedade e ‘ordenamento jurídico’ se encontram em correspondência biunívoca, no sentido que a uma certa sociedade (pluralidade de sujeitos cooperantes por interesses ou escopos comuns) corresponde um certo ordenamento, e que sociedade e ordenamento se identificam: um ordenamento constituindo os alicerces de base de uma dada sociedade, e a dada sociedade constituindo o âmbito no qual o ordenamento vive e se desenvolve". (FAZZALARI, 2006, p.52)

frequentemente considerado do ponto de vista das normas, já o contrato, do ponto de vista dos atos; a ação judicial, por sua vez, do ponto de vista das posições jurídicas. Mas em verdade qualquer norma pode ser contemplada por todas as três angulações. (FAZZALARI, 2006, p.82)

São consideradas posições subjetivas primárias em relação à norma: a faculdade, o poder e o dever. Assim,

ao imputar ao sujeito de uma conduta a qualificação jurídica da mesma, o jurista abstrai da norma o sujeito (da conduta) e a qualificação (da mesma conduta), e conecta a segunda ao primeiro [...]chega o jurista a concluir sobre o conceito de “faculdade” e de dever imputado pela norma. (FAZZALARI, 2006, p.80)

Tem-se, então, que a partir da norma se busca uma posição subjetiva, que pode ser uma *faculdade*, um *poder* ou um *dever*, que assegura ao sujeito uma posição de vantagem, que é um direito subjetivo. É a partir da norma que se posiciona o sujeito e dessa posição subjetiva tem-se um dever para os demais sujeitos, através da ligação entre objeto do comportamento descrito na norma ao sujeito, que apresenta uma posição de proeminência (em relação àquele objeto), concedida pela própria valoração jurídica, alcança-se o direito subjetivo, que retrata uma posição fundamental de segundo grau (FAZZALARI, 2006, p. 83-84).

Nas palavras de Aroldo Plínio:

A norma jurídica, do ponto de vista de sua estrutura lógica, é contemplada não apenas como “cânone de valoração de uma conduta”, isto é, como regra vinculante e exclusiva que expressa os valores da sociedade, mas também em relação à conduta por ela descrita, a que se liga a valoração normativa.

Sendo o ato sinônimo de conduta (que tem no comportamento o seu conteúdo), dessa valoração resulta a qualificação do ato jurídico como lícito (o uso do próprio bem), ou como devido. A posição do sujeito em relação à norma permite falar em posição subjetiva, ou posição jurídica subjetiva, e qualificar a conduta como faculdade ou poder, se é valorada como lícita, e como dever, se é valorada como devida. (GONÇALVES, 2016, p. 90)

Desta forma, para Fazzalari, o direito subjetivo é uma posição de vantagem que um sujeito possui frente a um bem, descrito na norma jurídica, de modo que é da posição do sujeito em relação ao objeto do comportamento descrito na norma que se permite falar em posição jurídica subjetiva, surgindo um dever para os demais sujeitos, considerados terceiros em relação ao bem.

É também da posição subjetiva do sujeito frente a um determinado bem previsto pela norma que se caracteriza a conduta como ilícita, pois ela é estabelecida pelo comportamento contrário ao estabelecido na norma. Essa concepção de ilicitude construída pelo autor é importante, pois para ele a ilicitude não se busca pela leitura da norma, ela não está contida na norma em sua abstração, mas assume a forma de um comportamento valorado frente à situação concreta.

É a norma que estabelece a descrição de um comportamento e o qualifica como lícito e devido:

Ao lado da qualificação de “licitude” e de “obrigação”, não se deve contemplar a característica do “ilícito”: com efeito, não é correto pensar que, pela norma, matar um homem seja “ilícito”, pois o correto é pensar que o não matar seja “um dever”. “Ilícita” é a qualidade que pode ligar-se não à conduta abstrata contemplada pela norma, mas àquela concretamente

mantida por um sujeito, e de forma diferente do modelo de conduta “devida”. (FAZZALARI, 2006, p.78)

O entendimento do autor contraria a posição adotada por Kelsen que concentrou seu estudo na juridicidade no ilícito. Para Fazzalari, a conduta ilícita apresenta-se como comportamento contrário ao disposto na norma, ou seja, ela não se encontra dentro da norma abstrata. O ilícito é a inobservação do dever, inclusive quando se trata de norma penal. Como assevera Aroldo Plínio:

O ilícito para ele não é o cânone de conduta. A conduta é valorada pelo lícito, e o ordenamento jurídico é o complexo de normas, de faculdades, de poderes, de deveres, o complexo de licitudes. O ilícito nele comparece, mas como a conduta que consiste na inobservância do dever. (GONÇALVES, 2016, p.135)

O ilícito não compõe o conceito de ato jurídico, é sobre ato jurídico que se fala no procedimento, são os atos jurídicos que compõem o *iter* do procedimento até o provimento final (GONÇALVES, 2016, p. 91-92). Portanto, para Fazzalari, o ilícito não faz parte, não integra a estrutura do procedimento e, por consequência, do processo, de forma que os reflexos desta construção resultam na compreensão e prática do processo como uma garantia. Logo, quando há um processo não se exercita um ilícito (como queira a ótica Kelsiana), ao reverso, se pratica um direito constitucionalmente assegurado.

3.2 PROCEDIMENTO E PROCESSO

Após a digressão inicial sobre a norma e chegar à concepção de posições jurídicas subjetivas, o autor inicia o estudo da estrutura do procedimento. Para Fazzalari, o procedimento é uma seqüência de normas, atos e posições subjetivas, que se encadearão até a realização do ato final, quando há previsão de uma sequência de normas, em que uma norma valora uma conduta como lícita ou devida, e esta conduta qualificada é pressuposto, é *fattispecie*, para qualificação da conduta prevista na norma precedente (FAZZALARI, 2006, p. 93).

Assim, a estrutura fazzalariana do processo compreende a prática de uma série de atos (situação legitimada) ao longo do processo por seus protagonistas – categoria na qual inclui o juiz e seus auxiliares⁹. Logo, em decorrência dos sujeitos que estão autorizados a praticá-los, esses atos podem ser aqueles submetidos ao contraditório ou os relativos ao exercício da função estatal, pelo juiz ou por seus auxiliares. A concatenação desses atos praticados sob o contraditório é o que se pode denominar processo ou módulo processual¹⁰.

A importância da conceituação da norma revela-se em virtude do procedimento apresentar-se como uma sequência de normas, atos e posições subjetivas, dentro da qual uma norma valora uma ou mais condutas, enquanto lícitas ou devidas, e a norma sucessiva utiliza-se da

⁹ "L'impiego della struttura del 'processo' consente, anzi impone, di ordinare uno schema comprensivo tutti gli atti leciti e/o doverosi facenti capo a ciascuno dei protagonisti (giudice, ausiliari, parti), lungo il corso del processo. Tale serie di atti costituisce, infatti, il contenuto della di lui 'legittimazione ad agire', la situazione legittimata di ciascuno" (FAZZALARI, 1996. p. 422).

¹⁰ "L'ordine che si determina per la successione e mutua implicazione degli atti dei vari protagonisti (di una parte, dell'altra, del giudice, dell'ausiliare ecc.) costituisce appunto il 'processo'". (FAZZALARI. 1996, p. 422).

conduta anterior como pressuposto para sua própria validação, ou qualificação, de faculdade ou de obrigação de outro comportamento. De forma que, a validade e eficácia de cada ato do procedimento prescinde da análise da regularidade do ato anterior, que pode vir a maculá-lo, bem como aos demais posteriores.

Fazzalari estabelece que, no momento em que se faz necessária a garantia de um procedimento em que as partes possuam paridade simétrica de garantias, ou seja, a garantia caracterizada pelo contraditório, tem-se, então, o processo.

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos - de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento de sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos "interessados" (aqueles que aspiram a emanção do ato final - "interessados" no sentido estrito - e aqueles que queiram evitá-los, ou seja, os "contra-interessados") estão sob o plano de simétrica paridade; então o procedimento compreende o "contraditório", faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* "procedimento" é possível extrair a *species* "processo". (FAZZALARI, 2006, p. 94)

Desta forma, o processo é uma espécie do gênero procedimento, que possui o contraditório como elemento definidor de sua estrutura e exige que os interessados e os contra-interessados, entendidos como os sujeitos do processo que suportarão o resultado favorável ou desfavorável do provimento, participem em simétrica paridade do *iter* procedimental, para a formação do provimento.

A caracterização do processo como uma espécie de procedimento por Fazzalari exige a reelaboração do conceito de procedimento, de

maneira que, ao conceito de procedimento, foi agregado o conceito de processo, pois o processo é uma das espécies de procedimento, que se distingue pelo tratamento dispensado aos partícipes que sofrerão os efeitos do ato final, que devem participar do procedimento em posição de simétrica paridade, ou seja, em contraditório.

Fazzalari, excluindo o critério teleológico, pelo qual se atribuía ao processo finalidades – “processo como exercício de poder” –, buscou em um critério lógico de inclusão definir o que seja processo e o que seja procedimento, considerando o procedimento algo puramente formal, onde a finalidade do processo deve ser buscada dentro do próprio sistema jurídico que o disciplina.

O processo em Fazzalari não busca finalidades sociais, econômicas ou fazer justiça social por meio de “decisões justas”, mas assegura às partes integrarem, por uma hermenêutica isomênica, a construção do provimento, sem que o “impreciso e idiossincrático” conceito de justiça da decisão decorra do julgador, de sua ideologia ou magnanimidade (LEAL, 2018, p.182-183).

Desta maneira, enquanto a escola de processo relacionista absorve o processo no procedimento, onde o procedimento é uma simples sequência de atos, Fazzalari (2006, p. 92-94) analisa o procedimento como gênero do qual o processo é espécie, e o define como uma série ou sequência de normas, atos e posições subjetivas, que se conectam e inter-relacionam em um complexo normativo, constituindo a fase preparatória de um provimento, visto como ato final de caráter imperativo.

Para Fazzalari, o procedimento “é, enfim, visto como uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’ e ‘deveres’, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas” (FAZZALARI, 2006, p.114). O procedimento, como gênero, é constituído de uma lógica estrutural irreduzível que se expressa por uma técnica através da qual “a sequência de atos jurídicos que, se legalmente modulados pelo contraditório, mutar-se-iam na espécie processo” (LEAL, 2018, p. 64).

Nas palavras de Fazzalari, o contraditório é a estrutura dialética do procedimento:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na paridade simétrica de suas posições; na mútua implicação de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento). (FAZZALARI, 2006, p. 119).

O procedimento sem contraditório, para Fazzalari, não é processo¹¹. O contraditório é a peça-chave, o elemento fundamental definidor do processo, portanto, necessário se faz analisar a sua estrutura. Dentro do processo os destinatários do ato final dialogam em simétrica paridade de posições e exercem conjunto de escolhas, reações e controles, bem como deve sofrer controle e reações dos demais

¹¹ “[...] il processo è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività. Non basta, per distinguere il processo dal procedimento, il rilievo che nel processo vi è la partecipazione di più soggetti, che cioè gli atti che lo costituiscono sono posti in essere non dal solo autore dell’atto finale, ma anche da altri soggetti. [...] Occorre qualche cosa di più e di diverso; qualche cosa che l’osservazione degli archetipi del processo consente di cogliere. Ed à la struttura dialettica del procedimento, cioè appunto, il contraddittorio”. (FAZZALARI. Op. cit., p. 82-83).

interessados, estando sempre o autor do ato responsável pelos resultados (FAZZALARI, 2006, p. 120).

Desta forma, compõe-se uma estrutura dialética (FAZZALARI, 2006, p. 120) entre interessados e contra-interessados, identificam-se os autores de atos e os destinatários das consequências deles, sempre em exercício de contraditório. Se antes o contraditório era visto como a simples participação dos interessados no processo, para Fazzalari a participação é de todos os sujeitos processuais, não só do autor ou do réu, participam do processo o juiz, os seus auxiliares, o Ministério Público, os peritos, que se situarão distante dos interesses das partes e assegurarão aos contraditores o exercício do contraditório.

Para se definir quem serão os contraditores, ou seja, quem participará do processo em contraditório, é necessário verificar quais sujeitos serão afetados pelo ato final, quais serão os sujeitos destinatários do provimento. Estes, que suportarão os resultados favoráveis ou desfavoráveis do provimento, é que serão os participantes em contraditório e que possuem legitimidade para agir, como adiante veremos quando da análise do direito de ação.

[...] o contraditório não se articula em todos os tipos de processo, mediante normas - e, faculdades, poderes, deveres, atos - iguais em conteúdo e número, que ao contrário pode, de vez em quando, ser predisposto pela lei em formas qualitativa e quantitativamente diversas, pelo menos em razão do tipo e da natureza do ato cuja atividade em contraditório põem fim. Todavia, o processo é reconhecível cada vez que, mesmo sendo reduzidos os poderes dos “contraditores”; são realizadas entre eles posições simetricamente iguais. (FAZZALARI, 2006, p. 178)

É esta participação em simétrica paridade que define o contraditório, que deve ser equilibrado, igualitário. Na concepção fazzalariana, não é o tipo de interesse ou conflito que o qualifica como processo, é a estrutura fundada no contraditório por meio da dialeticidade, de modo que se a norma não o contempla em sua estrutura procedimental, não há que se falar em processo, é procedimento.

É a partir desta formulação que Fazzalari processualiza as funções do Estado, esclarecendo que o processo é uma estrutura na qual se desenvolvem, segundo ordenamento estatal, numerosas atividades de direito público (principalmente deveres fundamentais do Estado), mas não somente, pois o processo é também objeto de atividades de direito privado (FAZZALARI, 2006, p. 27-40).

Fazzalari esclarece que há processo toda vez que tivermos uma atividade preparatória em contraditório, ou seja, um procedimento do qual participem em contraditório os destinatários da eficácia do ato final, que se for estatal corresponderá a um provimento (e, neste caso, é somente o processo que conduz legitimidade ao provimento), se privado, a um ato resultante da manifestação da autonomia privada (consentida pelo ordenamento).

É nesta perspectiva que Fazzalari também constrói o processo para além da jurisdição, em sua forma ampla. Para ele, há processualidade nos âmbitos legislativo, judicial, administrativo, ou seja, em todas as esferas do Estado e para além do Estado, em todos os setores do ordenamento, rompendo com o sistema hierárquico estatal e afirmando o processo como proteção à arbitrariedade estatal. Assim, o autor

prospecta o dever da doutrina de aprofundar e aperfeiçoar os modelos processuais para participação dos interessados, em contraditório, para a formação do ato final.

4 A SUPERAÇÃO DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Resultado de uma construção individualista, a noção de relação jurídica foi definitivamente inserida na ciência processual no século XIX, sendo o Direito concebido como uma relação entre sujeitos, dos quais um deve uma prestação negativa ou positiva que o outro pode exigir (GONÇALVES, 2016, p. 67).

Essa teoria se apóia no conceito civilístico de processo como relação jurídica, não podendo ser dissociada do conceito de direito subjetivo, compreendido como o vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma a realização de uma conduta determinada (GONÇALVES, 2016, p. 83).

A teoria da relação jurídica sempre estará ligada à relação entre dois sujeitos, pois é compreendida como vínculo entre dois sujeitos no qual um pode exigir do outro que realize uma conduta, ou, na formulação inversa, vínculo no qual um sujeito deve uma prestação negativa ou positiva, que o outro pode exigir. Como se depreende, a relação jurídica é um vínculo de sujeição ou supra-ordenação, no qual um sujeito tem poder sobre a conduta do outro.

Como demonstra Aroldo Plínio:

Ao se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo

constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que então, seriam sujeitos passivos da prestação (GONÇALVES, 2016, p. 83).

Fazzalari rompe com a ideia da relação jurídica, ao inaugurar a conquista teórica da procedimentalidade, com a qual pretende afastar a predominância do papel do juiz, onde os destinatários finais do provimento participam da fase preparatória em simetria de paridade, na mútua implicação de suas atividades, extirpando o vínculo de sujeição entre a conduta do autor frente ao réu, e de autor e réu frente ao juiz.

Segundo Rosemiro Pereira Leal (2018, p.87), coube a Elio Fazzalari distinguir o processo de procedimento e “resgatá-lo de teorias que o colocavam como mero veículo, método ou meio, fenômeno ou expressão, da atividade jurisdicional para produzir provimentos”. Desta forma, a teoria de Fazzalari representa um salto na ciência processual, ao abolir um sistema hierárquico dentro do processo, que apenas serviria como instrumento da jurisdição.

Como mencionado, o direito subjetivo em Fazzalari é uma posição de vantagem de um sujeito “em relação a um bem”, que não se funda numa relação de vontades dominantes e vontades subjugadas, mas na existência de uma situação jurídica, em que se considera a posição subjetiva do sujeito em relação à norma (GONÇALVES, 2016, p. 79).

O que Fazzalari propõe é justamente deixar de lado esse conceito de direito subjetivo, entendido como o poder de um sujeito sobre a conduta de outro sujeito, adotando a noção de direito subjetivo como posição de vantagem em relação a um bem estabelecido pela norma jurídica. Assim, esclarece Aroldo Plínio Gonçalves:

O processo não se confunde com a situação de direito material, ou situação de direito substancial, [...] já não se concebe a possibilidade de que um sujeito possua o poder de exigir a conduta de outro sujeito. É por isso que o particular tem, na função da jurisdição, a possibilidade de pedir que o Estado o substitua, na imposição do ato de caráter imperativo. (GONÇALVES, 2016, p. 83)

Nenhuma das partes pode juridicamente impor à outra a prática de qualquer ato processual. As partes se dirigem ao juiz, que conduz o processo. Desta forma, não há relação jurídica angular, não há relação entre juiz e parte, ou ambas as partes, porque não se pode exigir das partes qualquer conduta ou a prática de qualquer ato. As partes resolvem suas faculdades, poderes e deveres em ônus, suportando as consequências desfavoráveis que possam advir de sua omissão (GONÇALVES, 2016, p. 84).

Para Fazzalari, não há um relacionamento entre os sujeitos processuais, mas um conjunto de situações (ações e abstenções) estabelecidas pela lei, e que devem ser obedecidas pelos sujeitos do processo. Cada sujeito tem as suas atribuições legalmente estabelecidas, de modo que o conjunto ordenado dessas ações é que gerará o provimento final. Aroldo Plínio Gonçalves explica que:

O "direito subjetivo", ou qualquer outra denominação que se dê ao direito que decorre da norma, direito renovado em seus fundamentos sob a concepção de uma posição jurídica de vantagem do sujeito em relação a um bem, surge, não do nada, evidentemente, mas quando é produzido um fato jurídico (genericamente considerado) que cria condições para seu nascimento. [...]Nessa perspectiva, pode-se falar nos direitos que, configurando-se como uma posição de vantagem do sujeito em relação a um bem, manifestam-se na situação jurídica, como se pode falar na posição jurídica subjetiva que se qualifica como um dever, ou seja, como uma conduta que, perante norma, deve ser observada. (GONÇALVES, 2016, p. 79-80)

A teoria do processo como situação jurídica, estruturada a partir do pensamento de Bonnecase, Roubier e Goldschmidt, tem importante valor na formulação da crítica à teoria da relação jurídica realizada por Fazzalari. Como viemos delimitando, a base da crítica funda-se no conceito de direito subjetivo, compreendido como uma situação jurídica decorrente de uma posição de vantagem de um sujeito em relação ao bem, como um imperativo, como o poder (supra-ordenação) sobre a conduta de outrem.

Essa conceituação de imperativo e de relação jurídica, pertence ao direito privado, compreendendo a face estática do direito. Ao passo que, em Goldschmidt, o direito processual compreende a sua face dinâmica, na qual não existem relações jurídicas – entre juiz e as partes (teoria angular), ou entre juiz, demandante e demandado (teoria triangular), ou entre demandante e demandado exclusivamente (teoria linear), mas sim, situações jurídicas, compreendidas como expectativas, possibilidades e ônus.

A conceituação da situação jurídica foi de grande relevância para a ciência processual. Segundo Aroldo Plínio (2016, p. 81), o direito que decorre da norma passou a ser visto não mais como poder sobre outrem, mas uma posição de vantagem de um sujeito em relação a um bem, que se funda na existência de uma situação jurídica, na posição do sujeito em relação à norma que a disciplina. Assim, essa “posição subjetiva” pode ser considerada como uma faculdade, um poder, um dever ou um ônus, como explica:

Há ainda que se registrar problemas que surgem quando se explica a natureza do processo pela eclética mistura de dois quadros conceituais diferentes. Posições subjetivas são faculdades, poderes e deveres que decorrem de uma situação jurídica. Subordinação e subjugação são conceitos que se situam no quadro da relação jurídica. [...]Faculdade, poderes e deveres, na situação jurídica, são qualificação de condutas valoradas como lícitas: faculdades e poderes como possibilidades juridicamente asseguradas, e deveres, como a conduta a ser cumprida. O ato gerado por uma vontade implícita (faculdade), ato gerado por uma vontade declarada (poder) e o ato de cumprimento da norma (dever) são manifestações exteriorizadas do comportamento dos sujeitos, ou seja, conteúdo de condutas. (GONÇALVES, 2016, p. 85)

É através desta estrutura que Fazzalari reformula em sua teoria o conceito posições subjetivas, concedendo-lhe um sentido muito específico, não como um poder sobre a conduta alheia, ou de direito à prestação decorrente de relação jurídica, mas como uma posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma: "Se da norma decorre uma faculdade ou um poder, para o sujeito, sua posição de vantagem incide

sobre o objeto daquela faculdade ou daquele poder que a norma lhe conferiu" (GONÇALVES, 2016, p. 91).

Desta forma, muito embora a doutrina da situação jurídica tenha cumprido o seu papel quando demonstra a impossibilidade de se considerar vínculos imperativos entre sujeitos, quando substitui a relação jurídica, nem por isso se pode dizer que processo é uma situação jurídica (GONÇALVES, 2016, p. 86). Como explicitado, é da posição do sujeito em relação ao objeto do comportamento descrito na norma que Fazzalari extrai o conceito de direito subjetivo, para, então, através da participação das partes em simétrica paridade, estabelecer a estrutura do processo como procedimento em contraditório.

Dessa reformulação do conceito de direito subjetivo vem à luz que não há um relacionamento, mas sim um conjunto de situações entre os sujeitos processuais. Portanto, estabelecida a posição subjetiva dos sujeitos processuais, compreendida como poderes, faculdades, deveres e ônus, temos a definição dos conceitos de situação legitimante e situação legitimada, conceitos chaves para compreender a construção realizada por Fazzalari para reformular o conceito de direito de ação da escola relacionista, ainda estruturada em bases pandectistas, como será demonstrado no próximo tópico.

5 O DIREITO DE AÇÃO

A formulação do conceito de ação é "um dos temas mais debatidos da ciência processualística do séc. XIX a primeira metade do séc. XX" (FAZZALARI, p. 501). Construída a partir da noção de processo como

relação jurídica, foi estruturada a partir do conceito de direito subjetivo, entendido como o poder de exigir uma conduta de outrem, através de um vínculo de sujeição.

Ao estruturar a teoria do processo como procedimento em contraditório, Fazzalari propõe uma nova formulação para o direito de ação, ao mesmo tempo em que descarta a noção de processo como relação jurídica. O autor contesta a teoria chiovendiana da ação como direito potestativo substancial de caráter concreto, bem como as daqueles que, refutando a teoria de Chiovenda, sustentam ser o direito de ação abstrato, limitado ao direito de demandar a tutela jurisdicional, como simples propositura da demanda (FAZZALARI, 2006, p. 503-504).

Fazzalari propõe um novo conceito de ação, mudando seu enfoque, antes alicerçado ao pedido e à demanda, para um relacionado com o provimento, pois é o direito de participar de sua construção. Em sua concepção, a ação é uma posição subjetiva composta, que compreende uma série de poderes, deveres e faculdades que cada uma das partes possui ao longo do processo, até a produção do provimento final (FAZZALARI, 2006, p.140).

O autor não trabalha as condições da ação de Enrico Tullio Liebman. Conforme depreende da construção de sua teoria, o "processo" representa um progresso aos precedentes fundados sobre ação. Fazzalari aduz que esse conceito de ação (que consiste e se exaure na faculdade de colocar em movimento o processo, segundo o ponto de vista da proposição da demanda) já deveria ter sido abandonado, porque superado e impróprio. Para ele, “a ‘ação’ não pode abarcar características do processo” (Fazzalari, 2006, p. 140).

Quando se trata das condições da ação, Fazzalari defende que legitimidade e interesse só podem ser verificadas dentro do processo, de forma intraprocessual, não tendo condições de serem analisadas antes do processo, de forma que não podem impedir a apreciação do caso levado a juízo, pois são verificadas dentro do processo. Em sua perspectiva, não existem condições de análise antes do processo, porque as condições da ação devem ser aferidas no provimento.

Para tanto, parte do estudo das medidas jurisdicionais e do provimento, e utiliza-se do conceito geral de direito de legitimação, em seu duplo aspecto – situação legitimante e situação legitimada – e o conceito processual de legitimação para agir, para propor o reexame da definição de ação.

Para Fazzalari, a legitimação é gênero da qual subsume a situação legitimada, que confere expectativa aos sujeitos do processo, e a situação legitimante, que é a situação constituída, que indica quem tem legitimação para agir. A legitimação para participar de um processo é designada por “legitimação para agir”. Embora o termo seja empregado geralmente em referência à legitimidade das partes, em Fazzalari, ela designa a legitimidade de todos os sujeitos processuais.

Por conseguinte, afirma que é por meio do provimento e, em consequência, da medida jurisdicional, que se verifica a legitimação para agir:

A legitimação para agir é considerada - na medida da legitimação em geral, como uma noção de teoria geral - por dois ângulos. Chamamos de "situação de legitimante" o ponto de contato da legitimação de agir, ou seja, tirando a metáfora, a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que,

concretamente, pode e deve cumprir um certo ato; e de "situação legitimada" o poder, ou a faculdade, ou o dever - ou uma série deles - que, por consequência, cabe ao sujeito identificado, vale dizer, corresponde ao conteúdo da legitimação. (FAZZALARI, 2006, p. 369)

Assim, distingue-se situação legitimante de situação legitimada. Segundo Aroldo Plínio (2016, p.132), enquanto a situação legitimante é contemplada como aquela em presença da qual um poder, uma faculdade ou um dever são conferidos ao sujeito, a situação legitimada consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, que se põem como expectativa para cada um dos sujeitos do processo.

Ao se concentrar no conceito de situação legitimante, é possível verificar que a legitimação para agir no processo se baseia no provimento jurisdicional que se originará do referido processo, e, por consequência, é com base no provimento jurisdicional que se define quem serão as partes no processo, pois são elas as responsáveis pela realização dos atos relativos à garantia do contraditório. Portanto, é sobre a situação legitimada que Fazzalari formula a nova concepção sobre ação (GONÇALVES, 2016, p.132).

Assim, para se definir quem serão as partes em um processo, em concreto, deve-se analisar o provimento jurisdicional requerido e os sujeitos que serão afetados pelo respectivo provimento (FAZZALARI, 2006, p. 369). Consequentemente, o conceito de parte no processo se define a partir dos afetados pelo provimento jurisdicional, que atuarão no processo em posição de simétrica paridade.

Como ressalta Aroldo Plínio:

Anote-se que a própria concepção de parte já tem seu ponto focal de definição deslocado do pedido (parte não é mais apenas “aquele que pede...”) para o destinatário do provimento, e, por isso, é sujeito do processo, com a garantia de participação nos atos que o preparam. (GONÇALVES, 2016, p. 126-127)

Como analisa Fazzalari, não se pode entender a ação como, única e exclusivamente, o direito ou faculdade do autor de colocar o processo em movimento, ou o direito de ação como o ato inaugural do processo. A ação é um conceito que se aplica não exclusivamente ao autor, mas a todos os sujeitos do processo, correspondendo “a série de posições que cabem à parte” no processo (FAZZALARI, 2006, p. 507).

As implicações dessa conclusão são importantes, tendo em vista que tem ação no processo todos aqueles que realizam uma série de atos, poderes, faculdades e deveres. Logo, não se pode falar em legitimação ativa do autor e legitimação passiva do réu, ambos são legitimados ativos do contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 507). A legitimação para agir é de todos os protagonistas do processo e é “sempre ativa” (GONÇALVES, p. 131). Se há alguma legitimação passiva das partes, esta se refere à legitimação ao provimento jurisdicional, pois serão eles os afetados pela sentença do juiz.

A ação também não está ligada ao êxito ou não do processo, haja vista que a “ação (a ação, dissemos, se identifica com a ‘situação legitimada’), constatando que a sua subsistência e o seu exercício prescindem do êxito do processo e, portanto, da existência do direito substancial” (FAZZALARI, 2006, p. 510).

A legitimação de agir do juiz é denominada função (FAZZALARI, 2006, p.512) e sua atuação compreende a realização de atos e cumprimento de deveres, não podendo se referir a faculdades e direitos, não configurando ação puramente. Fazzalari diferencia a legitimação para agir, da legitimação do juiz para emanar um provimento, e da legitimação das partes ao provimento:

O uso concreto da ação, como concebida em abstrato, não é nunca prejudicado, a *posteriore*, em razão do êxito do processo, no sentido de que se ao final da medida jurisdicional requerida é refutada, nem por isso se poderá dizer que as partes tenham sido privadas de "legitimação para agir". Ao contrário, pois, justamente porque o processo já se desenvolveu é que o juiz foi colocado em condições de tomar partido. (FAZZALARI, 2006, p. 510)

A construção de Fazzalari sobre a ação, baseada em toda a estrutura do processo como procedimento realizado em contraditório, supera as doutrinas clássicas, com suas dificuldades não resolvidas, da ação como direito potestativo que na concepção tradicional de direito subjetivo como direito sobre a conduta alheia. Em Fazzalari, a posição jurídica subjetiva (situação jurídica) é a situação legitimada, a posição em que se coloca o sujeito frente à norma.

Como apresentado, é pela posição subjetiva que o sujeito comparece como titular de um poder, uma faculdade ou um dever. Os atos que são o conteúdo da situação jurídica subjetiva não são atos isolados no processo, mas constituem uma série e se entrelaçam como pressupostos da incidência de normas que disciplinam outros atos, até o ato final do provimento, na estrutura do processo (GONÇALVES, 2016, p.132-133).

Na concepção de Fazzalari, ação e processo são fenômenos interdependentes. Enquanto o processo é a estrutura que se desenvolve em face dos atos praticados em decorrência de posições subjetivas das partes, a ação consiste justamente nessa série de posições subjetivas (constituída por faculdades, poderes e deveres) ao longo de todo o percurso do processo até a sentença que acolhe ou refuta a demanda.

Portanto, a ação, em Fazzalari, é a atuação que se evidencia a partir do provimento, e não do pedido do autor, como defendido pela teoria relacionista. O direito de ação em Fazzalari é uma “situação subjetiva composta” (2006, p. 505). Não é por em movimento o processo, é o direito de participar de toda sua estrutura e construir o provimento final.

6 JURISDIÇÃO

A palavra jurisdição, em italiano *giurisdicere*, significa em sentido estrito, dar vida a uma das medidas jurisdicionais, tais como tipificadas pela lei para cada espécie de jurisdição civil, administrativa, penal, constitucional (FAZZALARI, 2006, p.142). Para Fazzalari, a estrutura jurisdicional se realiza fundada na existência do processo a partir do monopólio da jurisdição pelo Estado, que possui caráter imperativo e pela função substitutiva.

Assim, segundo o autor, o atributo “jurisdicional” remete ao Estado, seja por ter o dever de regir ao “ilícito”, seja porque o provimento emitido tem a força de obrigar o autor da violação a paralisá-la ou a eliminar as consequências (FAZZALARI, 2006, p.137).

Fazzalari, ao analisar a questão, diz que a atividade jurisdicional é:

Atividade mediante a qual o Estado, por meio dos juízes (seus órgãos), se coloca por cima dos sujeitos implicados na violação de uma norma primária, e, ouvidas suas razões, providencia para fazer cessar o estado de fato contrário ao direito e a reprimir, na medida do possível, um estado de coisas conforme o direito. (FAZZALARI, 2006, p. 134)

A jurisdição em Fazzalari não se limita à realização da lei pelo juiz, à aplicação da lei ao caso concreto. Ela tem seu principal fundamento na estrutura procedimental que se segue até o provimento jurisdicional, e esta estrutura é caracterizada pelo contraditório, pela participação em simétrica paridade dos afetados pelo provimento. O instrumento de manifestação da jurisdição é o processo, como fundamenta Fazzalari:

Portanto, o estudo da jurisdição (e da jurisdição civil) deve basear-se sobre o processo. O processo é a única estrutura na qual, e em virtude da qual, os vários aspectos daquela atividade fundamental podem ser ordenados de modo coerente. (FAZZALARI, 1992, p.101)

Assim, a função jurisdicional é atividade estatal subordinada aos princípios e fins do processo. Desta forma, ela se realiza quando as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional atuam no processo em contraditório. O juiz tem o dever de cumprir os deveres da jurisdição que exigem que ele atue dentro do processo, que decida nos limites do pedido, nos limites do processo e nos limites do direito (GONÇALVES, 2016, p. 133).

A função jurisdicional em Fazzalari não é apenas a expressão de um poder, mas é atividade dirigida e disciplinada pela norma jurídica, de modo que a atividade de decidir está subordinada ao dever de fazê-la segundo os princípios fundamentais do processo. A sentença não pode

ser a síntese do sentimento do juiz sobre a questão *sub judice*, porque haveria, no caso, jurisdição sem processo.

A construção científica de Fazzalari afasta aplicação silogística do direito pelo juiz, da Escola da Exegese, na qual na interpretação do juiz a lei comparecia como uma premissa maior, o caso concreto como uma premissa menor e a sentença uma conclusão, assim resultando na subsunção do fato à norma descrita (GONÇALVES, 2016, p.29).

Fazzalari estabelece uma estrutura para a atividade jurisdicional, “o juiz não pode emitir, *sic et simpliciter*”¹², um provimento jurisdicional” (FAZZALARI, 2006, p.138). Conforme explica Rosemiro Pereira Leal:

a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal e idiossincrásico do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão judicial pelo controle que lhe impõe a norma processual, legitimando-o ao processo. Portanto, não há para o órgão jurisdicional qualquer folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade, pelo arbítrio ou discricionariedade, no exercício da função jurisdicional, porque, a existirem tais hipóteses, se quebraria a garantia da simétrica paridade dos sujeitos do processo. (LEAL, 2018, p.48-49)

A construção de que a jurisdição somente se realiza no processo é relevante, pois é através desse complexo normativo que o estrutura é que há a garantia dos direitos fundamentais como mecanismo de controle da atividade do órgão jurisdicional, da atividade jurisdicional. Nessa concepção, o processo não é mero meio de exteriorização instrumental do exercício jurisdicional, o processo é a condição

¹² Expressão latina que significa “pura e simplesmente”.

fundamental para que se expresse o exercício jurisdicional, consequentemente, é através do processo que verificamos a legitimidade do provimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elio Fazzalari, em sua teoria do processo como procedimento em contraditório, reconstrói os institutos estruturantes da teoria do processo e teoriza a estruturação normativa do processo em contraditório, buscando possibilitar o avanço para uma concepção teórica onde o processo aloca os sujeitos processuais em posição de simetria, de modo a dar as mesmas condições para o exercício do contraditório e, assim, viabilizar a construção decisória do provimento obediente a critérios lógicos de inclusão das partes.

Fazzalari, ao distinguir processo e procedimento pelo princípio do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de processo, explicitou que o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual (LEAL, 2018, p. 139).

Fazzalari rompe com a escola teórica da relação jurídica, superando-a, e inaugura a conquista teórica da procedimentalidade,

com a qual afasta o vínculo de sujeição entre as partes e de supra-ordenação ou predominância do papel do juiz, ao estabelecer que os destinatários finais do provimento participam da fase preparatória em simetria de paridade, discerne o processo do procedimento, antes fundidos, e retira a jurisdição de um lugar de superioridade em detrimento do processo.

O processo na ótica de Fazzalari desmitifica a atividade jurisdicional, que passa a ser submissa ao processo, extingue um sistema hierárquico dentro do processo que apenas serviria como instrumento de uma jurisdição que, através do papel de destaque do juiz – que se colocava em posição de superioridade perante as partes na relação processual –, atribuía às partes submissão, concedia ampla liberdade na criação do direito ao ser interpretado pelos juízes, que utilizavam de sua sensibilidade e escopos metajurídicos para julgar.

Fazzalari processualiza as funções do Estado, rompendo com o sistema hierárquico e afirmando uma proteção contra a arbitrariedade estatal, pois somente através do processo que se pode verificar a legitimidade do provimento. Nessa perspectiva, Fazzalari também traz o processo para além da jurisdição, em sua forma ampla. Para ele, há processualidade nos âmbitos legislativo, judicial, administrativo, ou seja, em todas as esferas do Estado.

A adoção da teoria do processo como procedimento em contraditório funda-se na estrutura do processo a partir da atuação participada dos afetados pela decisão. É o contraditório que transforma o procedimento em processo, o que auxilia para uma introdução a um direito democrático quando proporciona aos destinatários da norma

serem autores da produção do direito. Fazzalari também garante a igualdade quando estabelece o contraditório paritário, inclusão de todos em simétrica paridade, a simétrica atuação temporal entre as partes na construtividade da estrutura procedimental como espaço argumentativo.

É por isso que Rosemiro Pereira Leal (2017, p.89) considera que a teoria fazzalariana do processo representa um "degrau de iniciação democrática", muito embora Fazzalari não tenha trabalhado, e dele à época não se podia exigir, com o constitucionalismo¹³ e democracia.

A importância da teoria de Fazzalari é tamanha, que não se sabe a repercussão que teria o estudo da ciência processual sem sua interferência para o desenvolvimento conceitual do processo, ao mesmo tempo, que não se consegue vislumbrar a possibilidade de superação da ideia de relação jurídica sem os estudos de Fazzalari, o qual contribuiu para a construção de um caminho alternativo para a teoria do processo.

A teoria de Fazzalari representa um marco na sistemática processual, especialmente brasileira, em razão da retomada do paradigma dos postulados do Estado Democrático de Direito, principalmente em razão da compreensão do processo como constitutivo dos direitos fundamentais. A proposta deste trabalho foi demonstrar, portanto, as importantes modificações para a teoria do

¹³ Conforme explica Rosemiro Pereira Leal: "É o contraditório conquista teórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no processo. Evidente que não se poderia exigir do insigne pensador e processualista italiano, na época inicial de suas lúcidas e contributivas cogitações sobre a escola processual que brilhantemente criou, inserções no movimento constitucionalista que só se afirmou, em paradigmas democráticos avançados, recentemente por estudos de Carpizo, Pizzorosso, Baracho e Canotilho". (LEAL, 2018, p.140)

processo aventadas pela teoria do processo como procedimento em contraditório, de Elio Fazzalari, principalmente no que tange aos conceitos de processo, jurisdição e ação.

REFERÊNCIAS

FAZZALARI, Elio. **Istituizioni di Diritto Processuale**. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. 1.ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Del Rey, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *VirtuaJus*. **Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, ano 2, p. 05-07, 2003. Disponível em: http://www.fmg.pucminas.br/VirtuaJus/Prod_Docente_Ano2.html. Acesso em: 3 abril 2021.

QUEIROZ, Lorrane. **Justiça sem Juízes: a mediação extrajudicial como técnica jurídico-procedimental para efetivação do processo democrático**. Orientadora: Edilene Lobo. 2019. 128f. Dissertação (Mestrado Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais) – Universidade de Itaúna, Itaúna, 2019.

ROSA, Alexandre Moraes; STAFFEN, Márcio Ricardo. A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, V. 8, n. 8, pp. 101-111, jul.-dez., 2010, p. 105. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/20/19>. Acesso em: 29 abril 2021.

SAMPAIO, André Rocha; FAYET, Fábio Agne. A aproximação do conceito de contraditório ao inquérito policial a partir da obra de Fazzalari. *Olhares Plurais -*

Revista Eletrônica Multidisciplinar. Maceió-AL, Vol. 2. n. 13, ano 2015, p. 17-30.
Disponível em: <https://revista.seune.edu.br>. Acesso em: 05 maio 2021.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre Elio Fazzalari e Jürgen Habermas. Revista Brasileira Direitos Fundamentais & Justiça, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito PUC/RS, a. 4. n. 12, jul. set. 2010. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/423>. Acesso em: 01 maio 2021.

STORANI, Paolo M. Scomparso; Elio FAZZALARI. Maestro del processo. Texto disponível em: https://www.studiocataldi.it/news_giuridiche_asp/news_giuridica_8756.asp#ixzz6tMXAh5Ux. Acesso em: 28 abril 2021.



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org