

DO PROCESSO À AÇÃO: DOGMÁTICA E HERMENÊUTICA

*JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA**

SUMARIO: 1. Lide e Processo. 2. Direito e Processo. 3. Estrutura progressiva de preclusões. 4. O estado da arte, após UGO ROCCO, CARNELUTTI e FAZZALARI. 5. Fatos jurídicos processuais. 6. Relação jurídica processual. 7. Sobre a teoria do processo. 8. O objeto do processo. 9. Ação e direito subjetivo. 10. O processo, desenvolvimento da ação. Referências bibliográficas.

1. LIDE E PROCESSO

Durante muito tempo, a ação tornou-se conceito dominante, ao influxo da autonomia científica do direito processual. Na penumbra o processo, voltou a ser prioritário, principalmente quando se passou a observar uma certa identidade entre os dois conceitos, não se permitindo pensar mais a ação apenas como precedente, sim, já, co-extensa ao processo e tão dinâmica quanto este. Hoje, porém, com os mais novos direitos, verdadeiros interesses processualmente personificados, na ação civil pública, nas ações do controle concentrado de constitucionalidade, a ação retorna a seu antigo prestígio e re-demonstra seu papel fundamental à essência

* Doutor e Professor na UFMG.

do direito. Reduzida a ação ao processo, não só à primeira posição na série de atos, mas a todo o arco do processo¹, FAZZALARI não perde, porém, de vista que o ato final do processo é comunicado às partes com as mesmas garantias do ato introdutivo²: tais os poderes e faculdades, conforme UGO ROCCO³; bem assim as questões, consoante CARNELUTTI⁴. Trata-se do próprio percurso com que se descreve aquela obrigação, entrevista na prolusão perugina de 1958⁵: de se ter em conta, no ato introdutivo, toda a atividade processual, cujo resultado, bem possa ser desatendido, não pode ser esquecido pelo autor (a quem hão de constar, ao menos instintivamente, os caracteres abstrato e concreto da ação).

No ato introdutivo, o pedido (não a lide pré-processual, da advertência de CALAMANDREI⁶), aceita FAZZALARI que a lide não seja o núcleo do processo, não, porém, pelos exemplos do Mestre de Florença, da existência de processo sem contraditório (processo contumacial), ou que possa surgir antes do contraditório (processo de início *inaudita altera parte*). É que não excluem (os exemplos) que o contraditório tenha sido aberto ou possa ter sido ou vir a ser efetivado em algum momento⁷. O pedido, pois, comanda os extremos (início e término da atividade processual).

-
- 1 FAZZALARI, Elio – *La Dottrina Processualistica Italiana dall'azione al processo: 1864-1994*, in *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, ano 49, nº 4/1994, §12, p. 922.
 - 2 FAZZALARI, Elio – *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, 1958-3, p. 879.
 - 3 ROCCO, Ugo – *L'Autorità della Cosa Giudicata e i suoi Limiti Soggettivi*, Athaeneum, Roma, 1917, p. 249: *a decisão de mérito constitui o resultado e o compêndio de todas as variadas atividades processuais*.
 - 4 CARNELUTTI, Francesco – *Capo di Sentenza*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, CEDAM, Padova, 1933, n. 2, p. 120, nota 1: *o reconhecimento ou o desconhecimento de um bem não se obtém, senão resolvendo as questões, as quais impedem à norma jurídica de operar, onde acerto da norma e solução das questões respeito à lide são a mesma coisa*.
 - 5 FAZZALARI, Elio - *Diffusione del Processo*, cit., p. 869-70 e 879.
 - 6 CALAMANDREI, Piero – *Il Concetto di Lite nel Pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Opere Giuridiche*, volume primo, Morano, Napoli, 1965, p. 208.
 - 7 FAZZALARI, Elio – *Diffusione*, cit., p. 869.

O debate doutrinário revela que o contraditório, posto caracterize o processo, não o exaure⁸. A tanto serve lembrar que não é o contraditório, no processo, inteiramente livre. A lei e o pedido são duas balizas (mormente a segunda) intransponíveis à hermenêutica processual, à jurisprudência – talvez não à hermenêutica jusfilosófica, mormente a do discurso filosófico no (e não do) direito⁹.

Extrai-se de ALFREDO ROCCO¹⁰ que a pretensão, no processo, se perfaz com a evolução do objeto, após trâmite lógico de um juízo de determinado teor (formulado pelo autor, livre de provocar os raciocínios) a um juízo sobre os raciocínios (formulado pelo juiz, livre de seguir outro caminho). O pedido, necessidade descrita pela parte, é consubstancial à sentença (Arts. 2º., 128 e 460, CPC), possa embora não traduzir a necessidade jurídica, que é comandada pelo ordenamento jurídico (interpessoalmente limitada). A categoria da necessidade jurídica é bilateralmente aferível, enquanto a utilidade (universalmente aferida) é categoria sociológica. A lide vem aos autos como conflito de necessidades, conflito de interesses jurídicos. Dir-se-á, com UGO ROCCO¹¹ que os bens passam a interesses: sociologicamente, pelo trâmite da utilidade; juridicamente, pelo trâmite da necessidade.

8 Note-se que o próprio FAZZALARI (*Istituzioni di Diritto Processuale*, 8ª. ed., CEDAM, Padova, 1996, p. 88, sob tradução livre) o declara: *a presença de contraditores é característica saliente para distinguir o processo do mero procedimento, mas não o exaure.*

9 REALE, Miguel – *Teoria Tridimensional do Direito*, Saraiva, São Paulo, 1968, p. 27: *a filosofia do direito não deve em suma ficar circunscrita ao exame do problema do método da jurisprudência, nem se contentar com a visão enciclopédica das disciplinas jurídicas, consoante era do gosto do positivismo do século XIX; não pode tão-pouco ser convertida em mera 'teoria da linguagem do legislador' conforme propugnam certos neo-positivistas, na sua desconsolada filosofia de puro rigorismo formal: o objeto de estudo jusfilósofo é a experiência jurídica na integridade de sua estrutura fático-axiológico-normativa, enquanto geradora de modelos e de significados jurídicos.*

10 ROCCO, Alfredo – *La Sentencia Civil*, trad. espanhola, Stylo, México, D.F., 1944, p. 180 e 189.

11 ROCCO, Ugo – *L'Autorità*, cit., p. 193.

2. DIREITO E PROCESSO

No campo da jurisdição ordinária e do contraditório concreto, as extremas da hermenêutica não podem deixar de ser o pedido (com que definida, a partir do fato e do fundamento jurídico, a natureza da relação jurídica material) e o ordenamento juspositivo (que impõe sua vontade), sabido que, no Estado de Direito, a ninguém se possa obrigar a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. No campo da jurisdição constitucional, mormente a do contraditório abstrato, tal o restrito terreno da jurisprudência institutiva, possível a ponderação do fundamento jurídico. A hermenêutica processual no contraditório concreto não pode ser puramente axiológica, não pode desconhecer ou atropelar o fato jurídico, a fatispécie – ponderação dos valores constitucionais feita pelo legislador. Tanto que se fala em modelo constitucional do processo, o modelo é do processo. Não é da Constituição, como se esta fizesse a suposição, para sua prática, de um modelo processual. A regra legislada reflete decisão constitucional, supõe estabilidade. Tanto que a coisa julgada tem força de lei, não de melhor argumento¹² (e pode, eventualmente, sobrepujar este último).

Adiante faremos notar, ante o controle concentrado de constitucionalidade: não se poderia pensar o fato jurídico como sucesso individualizado. Então, para que não se proceda a um modelo processual da Constituição (risco a que não deve ser conduzida a hermenêutica), há de se admitir um modelo processual da lei.

Outra visão de FAZZALARI, a da impossibilidade da ação concebida como precedente ao processo e que o deflagre, porque não seria suscetível de apresentar-se como direito subjetivo, quer material, quer processual, já que não pertenceria apenas a uma das

12 Neste sentido, adverte UGO ROCCO (*L'Autorità della Cosa Giudicata*, cit., p. 156) que a argumentação lógica, por mais que possa ser perfeita, não basta por si só para dar à decisão aquela imutável firmeza, que constitui o seu lado característico. Se a sentença apoiasse a sua eficácia sobre a simples base do raciocínio, teria caráter de instabilidade, porque poderia sempre ser retirada da sua base por uma força de argumentação mais perfeita.

partes. É que teria ação, não só a parte que promove o processo, mas também o réu e o interveniente¹³. Cada uma das partes desenvolve seqüência descontínua de faculdades jurídicas – a afastar a idéia de direito subjetivo processual, de relação jurídica processual - já que o Professor de Roma tem a relação jurídica como conjunto subjetivamente homogêneo e contínuo de poderes de predomínio (como analisaremos adiante).

Inspirador de FAZZALARI é UGO ROCCO¹⁴, que percebera dinâmicos, o direito de ação e o de contradição, consistentes em relações jurídicas processuais, seqüências paralelas. FAZZALARI vê tais seqüências, em interseções¹⁵, já que, do ponto de vista da estrutura, a ação de cada uma das partes é descontínua, interseccionada com a ação da outra parte, resultando o processo do cruzamento das ações¹⁶. Eis o pilar da negação do processo como relação jurídica bülowiana, também da situação jurídica goldschmidtiana (situação, no singular), ou da sucessão de relações jurídicas carneluttiana. Aqui emerge a concepção do processo como encontro de situações legitimante e legitimada (não das relações, de ROCCO, daí o apelo à situação jurídica, de GOLDSCHMIDT¹⁷, só que pluralizada).

O Professor de Roma tem, por isso, no processo, não na ação, o núcleo essencial do sistema de direito processual, dinâmica entrelaçada de duas seqüências, até mesmo de duas ações, mas não de duas relações - o que a categoria da relação jurídica não poderia explicar, subjetivamente contínua desde sua concepção pandectista. Acresce considerar que FAZZALARI também aponta¹⁸ não ser obje-

13 FAZZALARI, Elio – *La Dottrina*, cit., §12, p. 922.

14 ROCCO, Ugo – *La Autorità della Cosa Giudicata*, cit., p. 250 e 280.

15 FAZZALARI, Elio – *Note in tema di diritto e processo*, Dott. A Giuffrè, Milano, 1957, p. 126 e 131.

16 FAZZALARI, Elio – *La Dottrina*, cit., §12, p. 923.

17 GOLDSCHMIDT, James – *Teoría General del Proceso*, trad. española, Labor, Barcelona, 1936, p. 58.

18 FAZZALARI, Elio – *Instituzioni di Diritto Processuale*, 8ª ed., CEDAM, Padova, 1996,

tivamente homogênea a série descontínua, por nela se intercalarem atos processuais concernentes ao processo e ao mérito.

É conhecida, em FAZZALARI¹⁹, a negativa de relação jurídica onde não possa haver continuidade de posições subjetivas (próprias e/ou de outrem) de predomínio respeito a um bem. Isso importa uma profissão de fé em que relação jurídica não possa existir fora do modelo da pandectística, do vínculo entre pessoas, em que reconhecido a uma delas, unitária e independentemente, o arbítrio de seu exercício e defesa²⁰. (Abra-se parêntese: demonstraremos, a final, que na Ação Declaratória de Constitucionalidade, as figuras de autor e réu não podem ser precisadas, sim os interesses jurídicos conflitantes, mas a ação se sustenta e o vínculo produtor de efeito jurídico só poderia ser a relação processual). Prefere FAZZALARI identificar (na descontinuidade subjetiva e na heterogeneidade objetiva dos atos do processo) complexas conexões de normas²¹, de matriz kelseniana.

CARNELUTTI²², ao contrário, despreza a idéia de conexão de normas, para vislumbrar relação jurídica exatamente em todo encontro de situações jurídicas, isto é, em cada um dos pares “poder-dever”, “ônus-sujeição”. O conflito de interesses regulado pelo direito (relação jurídica, desde a relação jurídica material) é o efeito da atribuição aos interessados respectivamente de um poder e de um dever. A norma processual, unindo situações jurídicas (dinâmicas) levaria a relações jurídicas (estáticas) no processo, tantas, quantos os encontros sucessivos de poderes e deveres.

p. 274.

19 FAZZALARI, Elio - *Successione nel Diritto Controverso*, in *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, vol. 4, 1979, p. 526 (O entendimento do escólio fazzalariano reclama o conhecimento do pensamento de UGO ROCCO).

20 CASTÁN TOBENAS, José - *Situaciones Jurídicas Subjetivas*, Reus, Madrid, 1963, p. 30.

21 FAZZALARI, Elio - *Introduzione alla Giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1984, p. 60

22 CARNELUTTI, Francesco - *Teoria Geral do Direito*, trad. Brás., Saraiva, São Paulo, 1942, p. 280-3.

É necessário lembrar subliminarmente o reproche de CARNELUTTI²³ às definições de situação jurídica, *mesmo as mais acertadas (à parte uma ou outra que, pondo em relação sujeito e norma, se afasta de todas as boas regras de consideração da realidade)*, porque não descem à indagação do movimento do direito, que se resolve na conversão de cada situação jurídica pelo fato sucessivo da cadeia. *Assim, por virtude do fato jurídico em que se concretiza o exercício do direito subjetivo, ao [par] direito subjetivo-sujeição sucede-se a obrigação-faculdade;... sucessivamente, por virtude desse outro fato em que se concretiza a violação da obrigação, a uma obrigação-faculdade sucede-se uma 'potestas'-sujeição (o juiz assume a 'potestas'...); por seu turno, do exercício da 'potestas' nasce uma obrigação e a sua faculdade correlativa.*

3. ESTRUTURA PROGRESSIVA DE PRECLUSÕES

A descontinuidade e a heterogeneidade dos poderes, das faculdades, dos ônus e sujeições processuais, geram: a) conexões de efeitos processuais (sucessão de relações jurídicas), para CARNELUTTI; b) conexão intersubjetiva de normas, material e processual (situações jurídicas em sucessivos encontros e nenhuma relação jurídica), para FAZZALARI. Ambos os processualistas se inspiram na concepção das relações de ação e de contradição: e versam o que UGO ROCCO exatamente evita discutir, isto é, o como se vinculam, ante o resultado, aquelas relações.

Sob outro ângulo, porém, caberia a visão de TORNAGHI²⁴, que diria pertencer o processo a um tipo de relação jurídica não verificável antes de criados pela lei, por específicos, os atos e fatos jurídicos. A complexa conexão de efeitos jurídicos não se daria, mais, pelo fato jurídico previsto no texto de direito material. Seriam aqueles atos e fatos jurídicos a pretensão e a resistência, com suas questões, deduzidas nos autos, versando um mesmo bem,

23 CARNELUTTI, Francesco – idem-idem, p. 282.

24 TORNAGHI, Hélio – *A Relação Processual Penal*, 2ª. ed., Saraiva, São Paulo, 1987, p. 48-9.

que é objeto da lide e da relação material²⁵. Decide-se a lide pela solução (progressiva) das questões²⁶ e, portanto, a extinção da ação se dá com a coisa julgada formal²⁷, preclusão das impugnações e dos recursos. Diversamente da relação material, conducente a resultado unívoco geral (estática do direito), dá-se conexão de efeitos processuais, resultados unívocos parciais, progressivos, não sob relações jurídicas sucessivas, mas sob relação de preclusões sucessivas - *de questões relativas às mesmas atividades processuais: se admissíveis, pertinentes, úteis um ou mais atos, por exemplo, a integração do contraditório, a admissão de uma prova, a declaração de invalidade de um ato processual, a renovação deste e também as questões concernentes à prática do ato processual requerido de mérito, se deva ser emitido ou refutado*²⁸.

Relação jurídica em que, hermenêuticamente, conteúdo (fato) e forma (norma) são postos, ambos, pela norma, o processo associa afirmações de fatos (fatos simples) a declarações judiciais de fatos (fatos jurídicos processuais), conjugados na declaração (judicial) unificadora de fatos jurídicos. Dos fatos simples ao fato jurídico²⁹, as razões da pretensão (ou da resistência) passam a questões (do processo) e estas se resolvem em razões da decisão³⁰. Vêem-se na coisa julgada, exaurido o contraditório, a homogeneidade e a continuidade reclamadas – bastante que se considere que *autonomia do bem processual da certeza se manifesta, a quem bem veja, como a autonomia dos modos e dos meios processuais respeito àqueles substanciais, para tutelar ou satisfazer o interesse em lide: e esta é característica não só do processo de mero acerto, mas de qualquer processo contencioso de cognição*³¹.

25 CARNELUTTI, Francesco – *Instituciones del Proceso Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Vol. I, EJE, Buenos Aires, 1989, nº 7, p. 30.

26 CARNELUTTI, Francesco – *Instituciones*, cit., nº 13, p. 36.

27 DI STEFANO, Giuseppe – *La Revocazione*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 54.

28 FAZZALARI, Elio – *Instituzioni*, cit., p. 88.

29 CUNHA CAMPOS, Ronaldo – *Limites Objetivos da Coisa Julgada*, 2ª. ed., Aide, Rio de Janeiro, 1988, p. 22-3.

30 CARNELUTTI, Francesco – *Instituciones*, cit., ibidem.

31 MONTESANO, Luigi – *Appunti sull'Interesse ad Agire in Mero Accertamento*, in *Rivista*

A síntese de tais raciocínios nos é dada por ADA PELLEGRINI³²: *o interesse de agir, embora meramente formal e distinto dos interesses que visa a satisfazer, corresponde instrumentalmente a uma crise do direito substancial.*

Cuida-se, pois, de verificação e superação de tal crise. Estrutura progressiva de preclusões³³, o processo é relação, não de direitos, mas de garantias. O dizer e o contradizer, a ação e a resposta, o pedido e a defesa, eis os termos da verificação-superação, a perquirida conexão de efeitos jurídicos. Irrelevante que haja, para alguns, mesmo FAZZALARI³⁴, conexão de normas, pois, mesmo para o Mestre de Roma, o processo é sempre redutível a poderes dos contraditores, embora feito de posições simétricas da norma.

Considere-se a garantia do processo sem dilações indevidas, que cria, com as garantias da ação e da defesa, uma tríade (respectivamente, incisos XXXV, LV e LXXVIII, do Art. 5º, da Constituição da República). Estamos diante de um modelo de processo de fases, que nos consente superar o debate teórico entre preferir-se um modelo de preclusões rígido ou flexível, dito elástico. Posto que indisputável que todo processo jurisdicional inclua a preclusão, entre nós - porque admitidas somente devidas dilações - os atos processuais deverão reunir-se em fases, passando de uma a outra sem retorno, sem restituições. O evento dá o caráter de “devidas” às dilações, pelo que o princípio da eventualidade informa o estabelecimento do objeto do debate e da prova, vale dizer, a *concentração do conteúdo do processo*³⁵.

di Diritto Processuale, CEDAM, Padova, 1951, 1, p. 256.

32 GRINOVER, Ada Pellegrini – *Ação Declaratória Incidental*, EDUSP/RT, São Paulo, 1972, nota 13, p. 51.

33 RODRIGUES VIEIRA, José Marcos – *Teoria Geral da Efetividade do Processo*, in *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG*, nº 1, Belo Horizonte, 1997, p. 91.

34 FAZZALARI, Elio – *Istituzioni*, cit. p. 88.

35 GARCÍA, Enrique Vallines – *La Preclusión en el Proceso Civil*, Thomson Civitas, 1ª. Ed., Madrid, 2004, p. 116.

Falávamos de predisposição legal dos fatos do processo. Pela lei processual e, assim, da lide, confronto intraprocessual de teses. Portanto, em posições simetricamente iguais, reduz-se o processo, em última análise, a adequado e coerente desenvolvimento³⁶ em relação jurídica dinâmica. Aproveita-nos, nessa sua redução à unidade, a afirmativa de JOSÉ DE MOURA ROCHA³⁷, de que a preclusão *impede que, no procedimento, as partes respirem liberdade quanto às suas atividades processuais sempre que se atente para a finalidade pública deste mesmo processo. Por que não dizer-se de relação de responsabilidades ou de garantias?*³⁸

Voltemos a UGO ROCCO³⁹: *a pretensão jurídica individual se cinde a sua vez em tantas 'facultates exigendi', quantos são os atos, que os órgãos jurisdicionais do Estado são juridicamente obrigados a cumprir a requerimento do autor,, várias faculdades e vários determinados deveres, cujo exercício e cuja prestação na forma e na ordem estabelecidas pelas normas jurídicas processuais, constituem o desenvolvimento da relação.*

Pouco importa que a frase se restrinja à relação de ação (o mesmo diria UGO ROCCO da relação de contradição). É que, de modo amplo, para FAZZALARI, *a alegação 'dos fatos e dos elementos de direito' constitui o parâmetro para a determinação dos deveres do juiz e dos poderes das partes*⁴⁰....., *o direito subjetivo constitui o parâmetro dos poderes processuais....., parâmetro lógico, enucleado e aplicado, isto é, por via de abstração; não se esqueça, de resto, que tanto o direito subjetivo substancial quanto os poderes processuais são, na esteira de*

36 MARCATO, Antônio Carlos – *Preclusões: Limitações ao Contraditório?*, in RePro nº 17, São Paulo, 1980, p. 107.

37 MOURA ROCHA, José de - *Preclusão*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Vol. 60, Saraiva, São Paulo, 1962, p. 23.

38 BARBOSA, Antônio Alberto Alves – *Da Preclusão Processual Civil*, RT, 2ª. ed., São Paulo, 1994, p. 50, 61, 63 e 67.

39 ROCCO, Ugo – ob. cit., p. 280.

40 No mesmo sentido, RODRIGUES VIEIRA, José Marcos – in *Da Ação Cível*, 1ª. ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 63.

*qualquer posição jurídica subjetiva, realidades lógicas, mais exatamente esquemas aprestados para ordenar o conteúdo das normas*⁴¹.

Também a situação processual e as situações processuais (legitimante e legitimada) não se forram do apontado caráter de realidade lógica, de esquema. Só que a coisa julgada devolve essa realidade lógica à realidade fático-jurídica.

A propósito, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA⁴² alude ao direito litigioso como direito material desestabilizado: esse direito, homogêneo ou não em relação ao direito material, admite sua alienação no curso do processo. O direito litigioso teria, assim, conteúdo próprio, mesmo que se considerem irredutíveis à unidade as relações de ação e de contradição (situações de irreduzibilidade, segundo FAZZALARI, e, de todo modo, já paralelas, em UGO ROCCO). Nada justificaria não pudesse alguma de tais irredutíveis situações ser alienada, pendente a lide. Então, há, sim, objeto litigioso, diferente do direito subjetivo material, no processo. Não é pura divagação o esforço da doutrina do *Streitgegenstand*, nem é suficiente o sistema centrado no processo. O processo, mesmo que superador da estática da relação jurídica material, não descarta os termos (do Art. 468, CPC) em que a parte intenta a superação da crise de colaboração do sujeito passivo⁴³: a Ação (cuja procedência se dá nos limites da lide e das questões decididas).

4. O ESTADO DA ARTE, APÓS UGO ROCCO, CARNELUTTI E FAZZALARI

Neste passo, somos atraídos a antigo estudo. O de TORQUATO CASTRO⁴⁴, quando abandona a constituição em mora (do

41 FAZZALARI, Elio – *Note*, cit., p. 126 e 153.

42 ALVARO DE OLIVEIRA – Carlos Alberto – *A Alienação da Coisa Litigiosa*, Forense, 2ª. ed., Rio, 1986, p. 63.

43 PROTO PISANI, Andréa – *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Jovene, Napoli, 1994, p. 34/36.

44 CASTRO, Torquato – *O Tempo e a Tutela dos Direitos no Processo Civil*, in *Revista dos Tribunais*, Vol. 227, ano 43, São Paulo, setembro/1954, p. 24.

devedor, pela citação), para encarar a mora processual, criada pelas existência objetiva e duração do processo⁴⁵: duração à qual se deve prover, para que a tutela jurisdicional seja a do bem jurídico, tal como inicialmente deduzido. O que faz que a parte vencida suporte efeitos acrescidos, em atenção a *critério de necessidade ou de responsabilidade objetiva*, do mesmo modo como suporta as custas e despesas processuais.

A seqüência de atos de que se faz a posição de proeminência respeito a um bem (relação jurídica, para FAZZALARI) pode, perfeitamente, ganhar outros contornos, ainda que (ao Mestre) custe admitir a alienação de poderes descontínuos e não homogêneos respeito ao direito material, tanto que tenha por objeto o resultado pronunciável.

Ainda UGO ROCCO faz destacar que, se o bem é interesse, enquanto percebido pela inteligência, é fim, enquanto percebido pela vontade⁴⁶. A sentença, porém, ato de inteligência e de vontade, faz do processo a passagem de um bem a outro – valendo-nos a noção de bens de segundo grau⁴⁷, com sua autonomia perante os bens de primeiro grau e a possibilidade de virem a constituir um direito *per se stante* – não sendo o direito subjetivo uma produção exclusiva da relação jurídica (pandectista), ou melhor, não sendo a relação jurídica um evento necessariamente estático⁴⁸.

45 Curiosamente pensamos o mesmo, de outra feita, ao falarmos da tutela antecipada para combate ao *periculum in mora principaliter*, na ordinariade procedimental (RODRIGUES VIEIRA, José Marcos – *Da Ação Cível*, cit., p. 159 e 177.

46 ROCCO, Ugo – ob. cit., p. 194.

47 ROCCO, Ugo – idem-idem, p. 196-7.

48 CARNELUTTI, Francesco – *Teoria Geral*, cit., p. 281-2: *o conceito de relação jurídica, que representa o maior contributo dado até ao presente pela ciência para a consideração estática dos fenômenos do direito, foi especialmente elaborado com relação ao par de que a obrigação faz parte, (construção que) enfermava, porém, sobretudo, do defeito de não definir com precisão o correspondente termo ativo (que seria a faculdade e não o direito subjetivo). Outro defeito da concepção comum de relação jurídica é o de limitá-la ao par em que entra a obrigação, descurando os que são compostos com a sujeição, ... direito subjetivo- sujeição (e) 'potestas'-sujeição. Ora, o que a distinção entre estática e dinâmica e conseqüentemente entre situação e facto jurídico tem de mais valioso, é fornecer-nos a chave*

Até porque a descontinuidade das posições subjetivas (atos do autor, intercalados, ao menos, com atos do réu) - que, para FAZZALARI, afastaria de todo o processo o direito subjetivo (material ou processual), a começar do momento em que, deduzido em lide, restaria reduzido a esquema ou hipótese⁴⁹ - atrairia outro (tipo de) direito, na estrutura dialética. A imprecisa reciprocidade de posições de resistência à relação jurídica não seria outra coisa que o direito litigioso (nunca o mero esquema, na derivação niilista a que chegou, como visto, o Douto Processualista).

5. FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Para UGO ROCCO, desde o momento em que é vertido em lide, o fato jurídico, antes equivocada e pandectistamente tido por privado (e que não é privado nem público), representa apenas uma *condicio iuris* para a produção de efeitos jurídicos públicos (tais os bens-meio, os bens de segundo grau)⁵⁰.

Temos, então, demonstrado o equívoco teórico, que reside precisamente em se admitir fatos jurídicos no (e não do) processo⁵¹. Noutras palavras, na recusa de importantes setores da doutrina a admitir fatos jurídicos processuais. Depois de perlustradas as divergências, entre FAZZALARI, UGO ROCCO e CARNELUTTI, impende assinalar (a nosso modesto entendimento) que, com o suceder de fatos a situações jurídicas, no processo, produzem-se efeitos processuais (ao dizer dos direitos adquiridos processuais), não sendo o movimento do direito no processo inteiramente sob mutações descontínuas e heterogêneas. Mas em evolução redutora de descontinuidade e heterogeneidade, até se alcançar a estabilidade. O processo é a estabilização da lide. Esta, a verdadeira temática da

de convertibilidade de qualauer desses pares entre si [a relação jurídica], porque é na sua conversão contínua, por meio do facto jurídico, que se resolve o movimento do direito.

49 FAZZALARI, Elio – idem-idem, ibidem.

50 ROCCO, Ugo – ob. cit., p. 79.

51 Em linha diametralmente oposta, PAIXÃO JUNIOR, Manoel Galdino – *Teoria Geral do Processo*, Del Rey, Belo Horizonte, 1ª. ed., p. 147.

composição - da justa composição, queira-se - ou da atuação da lei. E por isso se pode voltar a dizer que *objeto do processo e do julgado não são nunca fatos ou atos, mas sempre e só direitos*⁵².

Para usarmos de uma imagem, tome-se como símbolo a decolagem da aeronave. A lide, o atrito, cresce sob a celeridade. A preclusão, inversão da pressão nas asas (superação da crise), alcança, com a envergadura da discussão, a incontrovertibilidade. O movimento (atuação do direito) permanece, com a eliminação do atrito (composição da lide). O processo é, pois, dinâmico. A aterrissagem devolve o movimento à dimensão originária. Já o reverso, precedente ao pouso (força de lei, da coisa julgada), alcança a estática, com a mesma estabilidade, já sem a lide. A decolagem é o salto qualitativo.

6. RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Porque, decididamente, a se admitir fatos jurídicos processuais com progressivo efeito jurídico processual, culminando em efeito jurídico material, restará pura questão teórica a negativa da relação jurídica processual – já devida, em grande parte, à falta de terminologia própria, dada a recente história científica do Direito Processual.

A observação do caráter dinâmico da relação jurídica – que teria servido à tese goldschmidtiana da situação jurídica processual, não exclui, mas confirma a relação jurídica no processo. É que a visão de *todas as relações jurídicas como conseqüências necessárias de fatos pressupostos como realizados*⁵³, conduziria a se entrever, no processo, *todos os direitos processuais ... em relação* (relação – reitere-se) *causal com um ato processual, cuja finalidade é levar um fato à evidência...., não (a de) contentar-se com a instituição de um direito material, senão de criar, ao mesmo tempo, um meio de prova e, por conseguinte, uma situação processual favorável*⁵⁴.

52 PROTO PISANI, Andréa - *Lezioni*, cit., p.66.

53 GOLDSCHMIDT, James – ob. cit., p. 57-8.

54 GOLDSCHMIDT, James – idem-idem, p. 64.

Que o processo seja relação causal, não exclui que seja relação jurídica – já admitido o fato jurídico processual.

Por outro lado, se verdadeira a crítica que se pode fazer a CARNELUTTI⁵⁵, por sua divisibilidade da sentença somente em capítulos reprodutivos das questões – a referida causalidade. Se preferível, como quer CHIOVENDA⁵⁶, a divisibilidade em capítulos correspondentes aos pedidos cumulados (com superação da causalidade). Não menos certa é a progressão de *questões*, na solução sentencial, já que, a partir de quando produzida a coisa julgada, raciocina-se carneluttianamente. Nisto, a superioridade do Código de Processo Civil Brasileiro, em que a maestria de BUZAID logrou igualar pedido, mérito e lide (Art. 330). Se, pois, a caminho da sentença de mérito, se considera o pedido, já a partir da coisa julgada se considera a lide: em cujos limites (e nos das questões que a compõem) é vista a força de lei (cf. o já referido Art. 468) com que são *reputadas* deduzidas e repelidas todas as alegações (pontos de fato ou de direito) que a parte poderia opor, isto é, todas as questões conducentes ao acolhimento ou à rejeição do pedido (Art. 474).

Um ato processual causa o subseqüente e todos causam a sentença. São passados ao juiz, não só os capítulos de pedido – mas também as questões – que se tornam, com a preclusão (consumativa, lógica ou temporal), capítulos de sentença. Advirta-se, por oportuno, que, para CARNELUTTI⁵⁷, capítulo de sentença não é a questão, mas a solução da questão.

A preclusão para uma das partes é aquisição de direito (processual) para a outra, o que se desenvolve em toda a bilateralidade procedimental. Recorde-se que CARNELUTTI⁵⁸, coerentemente,

55 DINAMARCO, Cândido Rangel – *Capítulos de Sentença*, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 19.

56 CHIOVENDA, Giuseppe – *Principi di Diritto Processuale Civile*, Dott. Eugenio Jovene, ristampa, Napoli, 1980, §91, V, p. 1.036.

57 CARNELUTTI, Francesco – *Capo di Sentenza*, cit., n. 3, p. 122.

58 CARNELUTTI, Francesco – *Sistema del Diritto Processuale Civile*, II, CEDAM, Padova, 1938, n^o 399, p. 22 e 24.

aponta como atos de aquisição processual as *afirmações* (ou negativas) de fatos, dentre eles as *razões*, como *afirmações da tutela concedida pela ordem jurídica*⁵⁹ dividindo-as em *asseverações* (de fatos em si) e em *alegações* (de fatos como razões de um juízo, ou de direitos).

Eis o paralelismo das relações de ação e de contradição - porque as questões não se revelam como capítulos do pedido. Porém o paralelismo não exaure o movimento processual. A lei processual, como adverte VALLINES GARCÍA⁶⁰, a espaços cria *uma espécie de `dupla garantia`*: poder para o juiz e, para as partes, *direitos e faculdades cujo exercício* [não só paralelo, mas entrecruzado] *cria um dever* para o juiz. Eis o que faltou ao raciocínio de UGO ROCCO.

A progressividade, não subjetivamente contínua, da discussão entre as partes, é refletida na progressividade do convencimento do julgador. As partes têm preclusões progressivas. O juiz, preclusão (ou preclusões) instantânea(s), a final.

FAZZALARI anotou que a progressividade da discussão, com o dizer e o contradizer, abrangendo direitos contrapostos, não é nem objetiva, nem juridicamente homogênea. Mas desconsiderou que, embora não o seja juridicamente (dizer juridicamente já faz alguma concessão ao pandectismo), há de o ser logicamente. As preclusões produzem resultantes no raciocínio do julgador. Delas (embora só revelados na sentença os fatos jurídicos) se faz a eficácia preclusiva da coisa julgada (sobre os fatos simples), instituto que não tem por fundamentos os limites da coisa julgada, porque não reflete os limites do pedido. Não coincidem, pois, os capítulos de sentença (mais extensos) e os capítulos do pedido. A eficácia preclusiva da coisa julgada reproduz capítulos de sentença como solução de questões, carneluttianamente, com apoio na série de preclusões que devolve efeitos jurídicos à relação de direito material.

59 CARNELUTTI, Francesco – *Sistema*, cit., II, 1936, n^o 123, p. 348.

60 GARCÍA, Enrique Vallines – *La Preclusión*, cit., p. 79.

Eis a decolagem, o salto qualitativo reclamado, por exemplo, por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA⁶¹. Há o mesmo que a conversão da relação jurídica, pela aposição de fato jurídico à situação jurídica, tese carneluttiana. Segundo o Mestre de Milão⁶² (reiterado por MOURA ROCHA, cf. nota 36, supra), como o Estado priva da liberdade de tutela o titular do interesse predominante, intervém o poder, na acepção de ineficácia e não de vínculo da vontade. E assim, o dever (que passa a referir-se a ambas as partes, vinculadas ao poder estatal) se bifurca, processualmente, em sujeição e ônus.

O repúdio ao pandectismo - ao direito subjetivo visto como superioridade de uma vontade individual sobre outra - se dá, na passagem carneluttiana, mediante o vínculo entre a ação e a situação das partes no processo. CARNELUTTI, portanto, busca a superação da descontinuidade e da não homogeneidade, na mesma raiz dialética buscada por UGO ROCCO, vale dizer, sem o descarte da relação jurídica. A velha polêmica WINDSCHEID *versus* IHERING ganha novos contornos. As teses acerca da essência do direito, respectivamente a vontade e o interesse, somam-se para a compreensão do processo. Neste, a tutela dos interesses (contrapostos, em atrito) alcança a vontade da lei: desde a decolagem, superadora das vontades parciais (cada uma das asas), diversas, mas incidíveis no processo. Interesses transpostos a vontades processuais, é de sua recíproca influência que se extrai o *thema decidendum*. O interesse de cada uma das partes, isoladamente

61 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto – *A Alienação da Coisa Litigiosa*, cit., p. 63.

62 CARNELUTTI, Francesco – *Teoria Geral do Direito*, cit., p. 273-4: *sujeição é o estado de impossibilidade de se subtrair a um comando [o vencido]. Ônus, o de não poder valer-se do comando, a não ser sob certas condições. Também sobre tais condições: porque é na sua conversão contínua [naqueles pares, sujeição-ônus], por meio do fato jurídico, que se resolve o movimento do direito* (idem-idem, p. 282). Não sem razão, RODRIGUES VIEIRA, José Marcos: *Ação é o Direito ao Julgamento do Pedido, conforme o Estado do Processo*, in *Da Ação Cível*, Del Rey, Belo Horizonte, 1ª. ed., 2002, p. 71.

considerado, não contraposto, o da polêmica CARNELUTTI versus CALAMANDREI, seria meta-processual⁶³.

Temos de lembrar, neste passo, a advertência (da nota 42, supra) de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, ao se referir à passagem de FAZZALARI, do esquema ou hipótese a que reduziu o direito litigioso. Diz o processualista sulino: *o processo, enquanto mediação, é que aparece como o esquema....*, [o processo], cujo conteúdo nada mais é do que o direito litigioso⁶⁴.

É que o complexo de poderes a caminho da sentença se dá sob a garantia constitucional do devido processo legal e é, portanto, também, complexo de garantias entrecruzadas, culminando na força de lei produzida pela *res iudicata*, que se reporta ao Art. 5º, XXXVI, da Constituição da República.

Cumpre-nos centrar o sistema de Direito Processual em algo que unifique as duas tendências registradas (de prevalência da ação ou do processo), algo que traduza o movimento do direito litigioso para o encontro de sua *forma* definitiva. E nos servimos mesmo da definição de FAZZALARI⁶⁵ (em tradução livre): *formas, isto é, esquemas nos quais os conteúdos normativos são assestados, seja para fixar, segundo mesmo a sua interpretação, o efetivo alcance desses; forma é o símbolo pelo qual se compreende o todo: basta construir e usar o esquema, (.....) para individuar sinteticamente o todo.*

O cruzamento e a descontinuidade de poderes das partes, com que se dá a progressividade da discussão da causa, chegam a permitir que a coisa litigiosa reste (ou não) confirmada no resultado e, invariavelmente, de modo indiscutível. Tem-se na coisa julgada a soma dos poderes públicos correlatos aos ônus experimentados pelas partes. Ousamos dizer que o fenômeno jurídico pode ser

63 CALAMANDREI, Piero – *Il Concetto di 'Lite'*, cit., p. 224.

64 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto – *Alienação da Coisa Litigiosa*, cit., p. 62-3.

65 FAZZALARI, Elio – *Introduzione alla Giurisprudenza*, cit., p. 32 e 53-4.

visto como solução de um problema - em última análise, sob estrutura e função. O Direito Processual, direito-meio, é função do Direito Material. Tem, porém sua substância – daí, sua autonomia científica – diversa, não coincidente com o direito material, nem dele sub-rogada. Cuida-se, no Processo, da Formulação não apenas lógica, pois o direito nele vive e se atualiza e se supera, numa palavra, sempre se transforma. Cuida-se, pois, em Processo, de Estrutura e Função.

7. SOBRE A TEORIA DO PROCESSO

E queremos ser entendidos. Vamos ao léxico. Estrutura é *disposição e ordem das partes de um todo, é composição, é o conjunto das partes de uma construção que se destinam a resistir a cargas*⁶⁶.

Aqui, notamos: *cargas* (exatamente o sinônimo hispânico de *ônus*) e *composição* (a solução justa da lide carneluttiana).

Voltemos ao léxico. Resistência é *defesa, é oposição ao movimento de um sistema*⁶⁷.

Ônus, por sua vez, é a *subordinação de um interesse do onerado a um (outro) interesse próprio*⁶⁸.

Temos, pois, no processo, nos seus trâmites e no seu complexo, a resistência a *ônus*, antes que se verifique a sujeição definitiva, isto é, a estabilização do movimento do direito litigioso, rumo a sua reformulação unívoca para as partes. A consecução da incontrovertibilidade, pela exaustão do contraditório, deve ser analisada do ponto e vista do entrecruzamento de poderes estatais, em que se subdivide o poder de tutela retirado, no Estado de Direito, aos sujeitos de direito.

66 HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de – *Novo Dicionário Aurélio*, Ed. Nova Fronteira, Rio, 1ª. ed., 14ª. impressão, s/d, p. 589.

67 HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de – ob. cit., p. 1223.

68 CARNELUTTI, Francesco – *Teoria Geral do Direito*, cit. p. 276.

Dizíamos, há pouco, da produção progressiva de efeitos processuais, culminando no efeito jurídico material. Chamamos a atenção para, com os fatos jurídicos processuais, a preclusão de questões. Estas traduzem o direito litigioso, existente no processo. À medida que se resolvem e se esgotam, aproxima-se o desfecho da causa.

Para nós, como visto, o processo é estrutura progressiva de preclusões⁶⁹. Ônus e sujeições recíprocos (na já referida lição carneluttiana) nos fazem acreditar que o processo é uma relação de garantias (relação jurídica não é categoria exclusiva de direitos subjetivos, nem de direitos subjetivos materiais).

8. O OBJETO DO PROCESSO

Aduz CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA⁷⁰ que *o salto qualitativo da sentença supera o direito litigioso, ... transformado o direito pretendido em direito material efetivamente existente ou o direito pretendido em mera expectativa que não se realizou.*

Podemos notar outra cuidadosa ponderação de FAZZALARI, em não teorizar⁷¹ sobre o 'oggetto' del processo (mas sobre o do contraditório), admitindo que sobre aquele tenha ensaiado (por entender da necessidade da referida substituição): *para elaborar os próprios temas o processo deve elaborar a si mesmo*⁷².

Porém merece lembrança a lição de NAWIASKY⁷³, segundo quem, quando da declaração da transgressão jurídica, feita pelos interessados, surge a obrigação estatal de aplicar a sanção e, assim, o direito subjetivo é (atuação da) norma na dependência da vontade individual ou poder de disposição individual sobre a tutela jurídica estatal.

69 RODRIGUES VIEIRA, José Marcos – *Teoria Geral da Efetividade*, ob. e loc. cit.

70 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto – ob. cit., p. 63.

71 FAZZALARI, Elio – *Istituzioni di Diritto Processuale*, cit., p. 354-5 e 88-9.

72 FAZZALARI, Elio – idem–idem, p. 88.

73 NAWIASKY, Hans – *Teoria General del Derecho*, trad. espanhola de JUAN RIVERO LAMAS, p. 169.

Az *instância*, expressão que traduz, quer a discussão da causa, quer o foro em que decidida, exprime o processo como complexo de poderes exercitados e correlacionados não só das partes, mas da atividade estatal, em que se resolvem. A perspectiva da colaboração das partes na formação do provimento jurisdicional⁷⁴ não se dá sem a mesma cooperação ativa na formação do suposto da norma de direito⁷⁵, tal exercício pelas partes resolvendo-se, progressivamente, em poderes do juiz – o que seria tão certo quanto invocável a lição de BUENO VIDIGAL⁷⁶. Esse grande mestre das Arcadas desenvolve respeitável argumentação (difícil de ser contraditada), ao admitir que o Estado (compositor do conflito) é que seria o sujeito ativo da ação, para afirmar, porém, que não agiria contra o autor e o réu, porque não exerceria direito subjetivo (o agir para proteção de interesse próprio), mas poder (o agir para proteção de interesse alheio).

9. AÇÃO E DIREITO SUBJETIVO

Esta nos parece a necessária tomada de posição, no plano evolutivo da ciência processual (evolução cíclica, bergsoniana, de retorno com superação). O direito subjetivo, em sua visão pandectista, não explica a ação e não explica o processo. Mas o exercício recíproco de poderes jurídicos para a atuação do correlato poder estatal, sim, por isso que justificável a alusão a direitos subjetivos públicos no processo, não correlacionados ao direito material.

Nega-se FAZZALARI a teorizar sobre o *objeto do processo*, por múltiplo e mutável, progressivo e irredutível à unidade, propondo-lhe a substituição pelo *objeto do contraditório*⁷⁷. Porém só o faz com a acuidade (como visto) de observar que o contraditório caracteriza o processo, mas não o exaure, mesmo porque pode ser predisposto

74 FAZZALARI, Elio – idem-idem, p. 919.

75 NAWIASKY, Hans – op. e loc. cit.

76 VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno – *Existe o Direito de Ação?*, in *Revista de Direito Processual*, Vol. 5, Saraiva, São Paulo, 1966, p. 7 e ss.

77 FAZZALARI, Elio – *Istituzioni di Diritto Processuale*, cit., p. 354-5 e 88-9.

pela lei, qualitativa e quantitativamente, sobretudo em razão do ato a que destinada, a final, a atividade em contraditório⁷⁸.

A aludida idéia do exercício (em contraditório) de poderes jurídicos, em que se decompõe o afirmado direito subjetivo, para a formulação do poder estatal no caso concreto, tem ensejado expressões opostas dos doutrinadores. Não é sem razão que se chega a afirmar que o direito subjetivo seria o resultado do processo – e que durante este haja apenas expectativas de direito, ou que outra figura assemelhada. Nessa linha, GOLDSCHMIDT⁷⁹ e, na sua esteira, somente entre os brasileiros, por exemplo, HOMERO FREIRE⁸⁰, CUNHA CAMPOS⁸¹, AMILCAR DE CASTRO⁸² e CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA⁸³.

Aceitamos tal afirmação – de direito subjetivo como resultado do processo – nas vias abstratas do controle de constitucionalidade, por se tratar de ações envolvendo partes formais e discussão não subjetivada de direitos, próxima à atividade legisferante. Daí termos falado em modelo processual da lei, no controle concentrado de constitucionalidade.

78 FAZZALARI, Elio – ob. cit., p. 88.

79 GOLDSCHMIDT, James – *Teoria General del Proceso*, cit. , p. 58.

80 FREIRE, Homero – *Da Pretensão ao Direito Subjetivo*, in *Estudos de Direito Processual in memoriam do Ministro Costa Manso*, RT, São Paulo, 1965, p. 107 (*Se o autor tem sua ação julgada procedente, significa que sua 'pretensão' de direito material era fundada, e, pelo 'reconhecimento' judicial, transmutou-se em 'direito subjetivo'*).

81 CUNHA CAMPOS, Ronaldo Benedito – *O Objeto do Processo e a Posição do Judiciário*, in *Estudos Jurídicos em Homenagem a Amílcar de Castro*, RBDP, Ed. Vitória, Uberaba, 1982, p. 96 e 100-1: *A pretensão na lide já agora se transmuda em pedido, assume a forma típica do processo, (...) porém permanece o mesmo interesse a dar conteúdo ao pedido. A imposição de uma conduta ao litigante, como resultado do processo.*

82 CASTRO, Amílcar de – *O Conceito de Direito Subjetivo*, in *Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado*, Ed. do Brasil, Belo Horizonte, 2000, s/ paginação (*...só a autoridade jurisdicional concretiza a ordem jurídica; só da sentença judicial resulta direito subjetivo propriamente dito*).

83 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto – *A Alienação da Coisa Litigiosa*, cit., p. 61 (*Note-se que não se trata de direito condicional ou expectativo. A invocação ao direito condicional pressuporia a existência do direito material, reconduzindo a questão a esse plano, ponto de vista já criticado*).

ALVARO DE OLIVEIRA, quando da citada obra em que discute o tema da alienação do direito litigioso, analisa o pensamento fazzalariano, da formação do direito no processo: para o processualista de Roma não seria o direito, já, o objeto do negócio jurídico processual de alienação, porque, deduzido em lide, se reduziria, como visto, a um esquema. Ora, a esta altura, se, para FAZZALARI, já não seria correto falar-se em objeto do processo, por reconducente à revelha pretensão processual e, portanto, ao tema da ação abstrata; se preferível (ainda para o Mestre), falar-se em objeto do contraditório; então bastaria objetar que o contraditório é exatamente o esquema do (ou sob o qual se dá o) processo. Passando-se, pois, pela nota fazzalariana do “dizer” em juízo, como objeto da chamada “sucessão no direito controverso”, chega-se simplesmente a uma resultante: da superveniência de uma *fattispécie* substancial⁸⁴ não se excluiria a negociação de um efeito jurídico-processual, objeto alienável, sobre o qual, portanto, se estrutura a – relação jurídica – processual, objeto submetido à vontade, ao poder de disposição da vontade de uma das partes.

Qual a superioridade de fundar-se sobre o processo (não sobre a ação) o sistema de direito processual, ao dizer do Art. 111, do CPC italiano, que cuida de uma *fattispécie* de direito civil que não dependeria da alienação⁸⁵, já que o direito subjetivo material seria criação da sentença? Qual, pois, a referida⁸⁶ superioridade, se a relação jurídica material não se explicaria, mais, como apriorística?

10. O PROCESSO, DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO

Retornamos ao *quid* interposto entre o direito e o processo, no âmbito mesmo da elaboração das doutrinas da ação, da qual não nos arreda a análise empreendida a partir mesmo de seus mais vivos

84 FAZZALARI, Elio – ‘Successione’ nel Diritto Controverso, cit., p. 523 (*il sopravvenire di una fattispécie sostanziale*, no original).

85 FAZZALARI, Elio – *Successione*, cit., p. 523.

86 FAZZALARI, Elio – *La Dottrina*, cit., p. 920.

contraditores. Não nos parece que a doutrina deva definitivamente abandonar a ação. Trata-se de uma entidade da ciência jurídica ainda crescentemente prestigiável. Diríamos, entre nós, por exemplo, da Ação Civil Pública e das vias de controle concentrado de constitucionalidade, aí abrangidas a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O processo, até porque idêntico o procedimento das três e assemelhado ao do mandado de segurança, não diria de relevantes peculiaridades. Cuida-se de distinguir a *res in iudicium deducta*, a pretensão processual. Faça-se-o, porém, em contato com o direito material, suposta a procedência, o resultado mais freqüente.

Há, inarredável, insuperável, o contato com a ação. Volta-se a CHIOVENDA⁸⁷, para quem a violação do direito desperta dois direitos independentes: o direito à prestação e o direito de ação. *E diversa norma regula a obrigação e a ação: pois que a ação, fundando-se sobre a existência do processo [é] regulada ... pela lei processual.*

Há de haver, pois, algo entre ação e processo (não exatamente entre direito e processo, no que se renova a ciência processual). Algo que expresse a dinâmica da ação, não só em decorrência da natureza (e das solicitações) do direito material disputado, mas também em decorrência da natureza dos atos processuais como exercício de direitos e do processo como direito ao exercício dos direitos. Algo que una garantias ou responsabilidades, como tais a ação e a defesa, e objetivo, torne cognoscíveis – a partir da existência do processo – a validade e a eficácia dos atos jurídicos.

A preclusão é o instituto processual por excelência⁸⁸. É o núcleo do sistema processual, pois produz o necessário para que o direito (material) possa viver e ser tutelado no processo: atendido o contraditório em seus efeitos e as respectivas cessações progressivas, a cada conclusão dos autos. Conclusão dos autos e subseqüentes

87 CHIOVENDA, Giuseppe – *Principii di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 48.

88 RODRIGUES VIEIRA, José Marcos – *Da Ação Cível*, cit., p. 54.

conclusões, que o juiz retira da atuação ou da inação de cada uma das partes. Diz-se que a preclusão é a cessação de um efeito processual. Isto, porém, há de ser reconhecido sob a concepção da produção de um efeito processual correlato, contrário ou concorde. É positiva ou negativa a preclusão, portanto. A pronúncia sobre o mérito estabelece o último efeito processual da cognição, a extinção, não do processo, mas das conclusões, isto é, do procedimento, já com a preclusão para o juiz. A coisa julgada e o cumprimento da sentença perfazem o efeito substancial definitivo do processo, que substitui o efeito substancial da citação, o caráter litigioso da coisa. A coisa julgada irradia-se para fora do processo. Dá-se, com ela, a última preclusão. A preclusão de toda a atividade processual, com o salto qualitativo, com a qualidade (coisa julgada) de substanciação do último efeito processual. Transfunde-se a declaração sentencial de mérito em efeito de direito, declarado pela ordem jurídica a título dinâmico. A preclusão *pro iudicato* coincide com o título jurídico contínuo e homogêneo respeito ao bem jurídico, para ambas as partes.

O processo é, portanto, feito de preclusões e conclusões. Não se confunde com a relação jurídica material. Nem necessita do velho clichê do direito subjetivo, como exclusividade do direito material. Para não se falar em direito subjetivo público, nem em poderes (direitos potestativos), utilize-se uma expressão da ciência processual⁸⁹, que vai além da de Situação, porque a eficácia do processo não se encerra somente em si; e vai além da de Instituição, porque o processo depende – visceralmente – das deduções das partes (e opera a preclusão do deduzido e do dedutível).

A garantia da jurisdição se subdivide nas garantias da ação e da defesa. Autor e réu atuam como em uma extinção de con-

89 Contra: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, embora isoladamente, in *Tratado de Direito Privado*, Vol. VI, RT, 4ª. ed., São Paulo, 1983, p. 136, mas, *d. v.*, sem convencer-nos: *a pretensão preclusa deixou de existir* – porque, por isso mesmo, não tem relevo, não só para o processo, mas para o direito.

domínio. Há no processo relação entre as partes, de um lado (*ad instar* do condomínio civil, comum, em gleba indivisa, de interesses contrapostos, subjetivamente descontínuos, objetivamente heterogêneos) e, de outro lado, o juiz. Nem o direito subjetivo seria sempre e puramente a imposição de uma vontade sobre outra, no plano mesmo do direito material.

A mesma imagem de comunhão *pro indiviso*, de posse de direitos no processo, e agora - em *res communes* - social, genérica, insubjetivada, se estampa na ação declaratória de constitucionalidade, como abstração máxima do contraditório, em que inteiramente superadas as posições de autor e réu. Alçou-se o processo à personificação de interesses jurídicos. É concebida a capacidade de direito não mais como atributo da personalidade. E o fato jurídico, a fatispécie, torna-se dado processual. A ação em juízo, já não sendo nenhuma *actio nata*, é, porém, novamente a matriz do raciocínio jurídico. Já não se lhe antevê direito subjetivo, ou qualquer subrogado (para não nos servirmos da pandectística, da velha dogmática), mas nem por isso se nega a tutela da ação.

Relação de ônus e sujeições, expressos primeiramente na ação, a seguir na exceção, relação de duplas garantias, para a garantia estatal da coisa julgada. A garantia estatal mantém aquelas unidas, fazendo delas garantias entre si e que só atuam unidas (dizíamos das asas) para a persecução da garantia da jurisdição, conforme o desaparecimento do atrito, a preclusão de faculdades e a preclusão de questões (falávamos da decolagem).

Relação condominial de contraditório, a extinguir-se com a tutela de um dos poderes e a consagração de uma entre as garantias contrapostas; falaríamos (totalizando os efeitos processuais) em preclusão da ação e preclusão da defesa.

Relação jurídica de ação, eis o processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A Alienação da Coisa Litigiosa*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994.

CALAMANDREI, Piero – Il Concetto di Lite nel Pensiero di Francesco Carnelutti, in *Opere Giuridiche*, volume primo, Morano, Napoli, 1965.

CARNELUTTI, Francesco. Capo di Sentenza, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, 1933, n. 2.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Vol. I. Buenos Aires: EJEA, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Proessuale Civile*, Vol II, Padova: CEDAM, 1938.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Brás. São Paulo: Saraiva, 1942.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Situaciones Jurídicas Subjetivas*. Madrid: Reus, 1963.

CASTRO, Amílcar de. O Conceito de Direito Subjetivo, in *Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado*. Belo Horizonte: Ed. do Brasil, 2000.

CASTRO, Torquato. O Tempo e a Tutela dos Direitos no Processo Civil, in *Revista dos Tribunais*, Vol. 227, ano 43, São Paulo, setembro/1954.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1980.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo Benedito. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo Benedito. O Objeto do Processo e a Posição do Judiciário, in *Estudos Jurídicos em Homenagem a Amílcar de Castro*,

RBDP. Uberaba: Ed. Vitória, 1982.

DI STEFANO, Giuseppe. *La Revocazione*. Milano: Giuffrè, 1957.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1958-3.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Padova, CEDAM, 1996.

FAZZALARI, Elio. *Introduzione alla Giurisprudenza*. Padova: CEDAM, 1984.

FAZZALARI, Elio. La Dottrina Processualística Italiana dall'azione' al processo': 1864-1994, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, ano 49, nº 4/1994.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Dott. A Giuffrè, 1957.

FAZZALARI, Elio. Successione nel Diritto Controverso, in *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, vol. 4, 1979.

FREIRE, Homero. Da Pretensão ao Direito Subjetivo, in *Estudos de Direito Processual in memoriam do Ministro Costa Manso*. RT: São Paulo, 1965.

GARCÍA, Enrique Vallines. *La Preclusión en el Proceso Civil*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria General del Proceso*. Trad. Española. Barcelona: Labor, 1936.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação Declaratória Incidental*. São Paulo: EDUSP/RT, 1972.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira. 14ª. impressão, s/d.

MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitações ao Contraditório?, in *RePro*, nº 17, São Paulo, 1980.

MONTESANO, Luigi. Appunti sull'Interesse ad Agire in Mero Accertamento, in *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1951, 1.

MOURA ROCHA, José de. Preclusão, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 60. São Paulo: Saraiva, 1962.

PAIXÃO JUNIOR, Manoel Galdino. *Teoria Geral do Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Vol. VI. 4ª. ed. São Paulo: RT, 1983.

PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1994.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. Trad. Espanhola. México, D.F: Stylo, 1944.

ROCCO, Ugo. *L'Autorità della Cosa Giudicata e i suoi Limiti Soggettivi*. Roma: Athaeneum, 1917.

RODRIGUES VIEIRA, José Marcos. in *Da Ação Cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RODRIGUES VIEIRA, José Marcos. Teoria Geral da Efetividade do Processo, in *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG*, nº 1, Belo Horizonte, 1997.

TORNAGHI, Hélio. *A Relação Processual Penal*. 2ª. ed. São paulo: Saraiva, 1987.

VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. Existe o Direito de Ação?, in *Revista de Direito Processual*, Vol. 5, Saraiva: São Paulo, 1966.

