

A relação jurídica que se estabelece entre dois sujeitos em verdade representaria mera colisão de duas outras relações econômicas, entre cada um desses sujeitos e a coisa. E o efeito do comando jurídico se resumiria ao psicológico: fortalecer ou impedir uma manifestação da vontade.<sup>3</sup>

Não se pode negar que na base das relações jurídicas há muito de econômico (entendido em seu sentido mais amplo), nem que a norma jurídica exerce papel fundamental na *psique* de seus destinatários, por força do hábito geral de obediência. Porém o problema é metodológico: a Teoria Geral do Direito preocupa-se com o aspecto jurídico, não com o econômico ou o psicológico.

Concorda-se com Kelsen, quando este afirma que “aprender algo juridicamente não pode (...) significar senão aprender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica”.<sup>4</sup>

Os conhecimentos econômicos, sociológicos, psicológicos, *et coetera*, são úteis para o entendimento da dinâmica jurídica, do mecanismo auto-poiético pelo qual o sistema jurídico produz seus elementos, bem assim para o aplicador do direito, que a todo momento é chamado a interpretar determinada norma e deve fazê-lo com vistas à sua finalidade social, por força de comando expresso na Lei de Introdução ao Código Civil.

Não se nega, portanto, a relevância desse contato com outras ciências, que impede o normativismo puro e o hermetismo do universo jurídico.

Contudo, esse contato não se faz no plano da Teoria Geral do Direito, obtida por “generalização, por sucessivos graus de abstração no interior das ciências jurídicas”, não pela “sinopse de conhecimentos jurídicos, metodologicamente diversos”.<sup>5</sup>

## 1.2 A CAUSALIDADE JURÍDICA

Como afirma Pontes de Miranda, “a regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida”.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, nota 2, pp. 259-63.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 79.

<sup>5</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 18.

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*, t. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970, p. 3.

A norma jurídica, deste modo, descreve abstratamente fatos, quer sejam fatos naturais, quer sejam condutas humanas, atribuindo-lhes efeitos no “mundo do direito”.

Há que se distinguir, portanto, a descrição abstrata dos fatos e os fatos concretamente existentes que se adequam àquela descrição. Aquela é a hipótese de incidência da norma jurídica, a *fattispecie*;<sup>7</sup> estes são o suporte fático da norma jurídica, os fatos jurídicos *lato sensu*.

Para que os fatos sejam jurídicos é preciso que norma jurídica incida sobre eles e lhes vincule certos efeitos. Não há fato jurídico sem norma que lhe incida, nem incidência de norma que não torne jurídico determinado fato.

A incidência é infalível: ocorridos os fatos descritos na hipótese normativa, automaticamente se tornam jurídicos e produzem os efeitos estabelecidos. A esta “relação-de-implicação entre a hipótese fática e a consequência jurídica, que têm como contrapartes, na realidade, o fato jurídico e a eficácia (os efeitos)” chama-se causalidade jurídica.<sup>8</sup>

Não se trata de relação entre a situação jurídica preexistente e a nova situação jurídica, como pareceu a Carnelutti,<sup>9</sup> mas entre o fato jurídico e seus efeitos. A situação jurídica apenas se transforma em virtude da incidência de uma norma sobre um novo fato, ainda que este novo fato seja apenas o decurso do tempo.

Por outro lado, a causalidade jurídica não se confunde com a causalidade natural. Em primeiro lugar, porque “só no interior de um sistema vale a causalidade normativa”.<sup>10</sup>

A incidência depende da validade da norma, de sua relação com determinado sistema jurídico. A existência do sistema, portanto, é um *prius* lógico em relação à incidência e à causalidade normativa.

Em segundo lugar, a causalidade normativa não se expressa por meio de um enunciado do “ser”, mas do “dever ser”. “Na proposição jurídica não

---

<sup>7</sup> Segundo Betti, o termo deriva do latim medieval (“*facti species*”), significando, na terminologia de Teófilo, “figuras de fato” (BETTI, Emílio. **Teoría general del negocio jurídico**, trad. Martín Pérez. 2ª ed. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1959, p. 4).

<sup>8</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 18.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, nota 2, p. 323.

<sup>10</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 8.

se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja”.<sup>11</sup>

Esse é o salto gnoseológico fundamental: de algo que “deve ser” não se pode necessariamente inferir algo que “é”, assim como de algo que “é” não se pode deduzir algo que “deve ser”. De um lado, em virtude de a validade da norma depender da validade de outra norma, não da eficácia sociológica; do outro, porque os enunciados deônticos não surgem de enunciados fáticos, dependendo da incidência das regras de sobredireito.

Não se quer dizer que a conduta humana seja imune à causalidade natural, de índole sociocultural. Esta existe em todo subsistema cultural e nem mesmo Kelsen a infirma.<sup>12</sup>

Contudo, a causalidade natural apenas adentra no mundo jurídico quando uma norma a toma como conteúdo. *Verbi gratia*, é justo que o assassino sofra a punição pelo seu ato, mas juridicamente essa proposição só é válida quando o sistema jurídico assim o determine, tipificando a conduta do criminoso e atribuindo àquela causalidade natural a eficácia jurídica.

Como afirma Pontes de Miranda, o sistema normativo escolhe algumas consequências naturais de determinado fato e as transporta para o mundo jurídico. Muitos outros efeitos jurídicos, porém, “são criações do próprio direito, por serem estranhos à causação física”. Torna-se, assim, um mecanismo “artificial, (...) técnico, mas irreduzível”.<sup>13</sup>

### **1.3 A RELAÇÃO JURÍDICA COMO EFICÁCIA DO FATO JURÍDICO**

A relação jurídica é um dos conceitos jurídicos fundamentais, vez que não se pode teorizar o direito sem menção à relação jurídica. A dificuldade, porém, é que não se pode conceituá-la mediante o critério aristotélico do

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota 4, p. 87.

<sup>12</sup> KELSEN, Hans. *Op. cit.*, nota 4, p. 85. Observe-se, porém, que Kelsen identifica no âmbito das proposições jurídicas relações de imputabilidade entre o ilícito e a consequência do ilícito, de modo que a “ciência jurídica não visa a uma explicação causal” (*op. cit.*, nota 4, p. 91). O dever ser, portanto, estaria no nível da proposição descritiva emanada da ciência do direito, não no nível prescritivo da norma jurídica (VILANOVA, Lourival. **A estrutura lógica e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 77).

<sup>13</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 6, pp. 9, 20.

gênero próximo e da diferença específica. Pode-se apenas descrevê-la mediante a indicação de suas “notas essenciais constituintes”.<sup>14</sup>

Compete à relação jurídica concretizar a norma jurídica, substituindo os sujeitos descritos abstratamente na hipótese de incidência por sujeitos concretos. Como afirma o prof. Lourival Vilanova, “a concretização importa no substituir o sujeito genérico, o objeto indeterminado, o fato jurídico típico, os poderes e os deveres inespecificados, de um ato ou negócio jurídico típico, por sujeitos individualizados, prestações especificadas, fato jurídico concreto”.<sup>15</sup>

Incidindo a norma jurídica sobre determinado fato, cria-se, altera-se ou se extingue relação jurídica ou uma nova norma jurídica. Sem esse mecanismo o Direito não cumpre sua finalidade. Se não há incidência da norma, ou seja, se os fatos não correspondem à hipótese normativa, não surge qualquer relação jurídica e o Direito não atua. A relação jurídica, portanto, é efeito dos fatos jurídicos.

Pontes de Miranda, contudo, diferencia a relação jurídica “eficacial” (efeito dos fatos jurídicos) da relação jurídica “básica”. Neste último caso há mera “juridicização” de uma relação preexistente, como a relação de parentesco. A relação não seria efeito do fato jurídico, pois lhe é anterior. Seria efeito apenas da norma jurídica que incidiu.<sup>16</sup>

Observa-se, porém, que a relação existente antes da incidência da norma jurídica é meramente fática (como o vínculo consanguíneo, para utilizar o exemplo do mestre alagoano). Essa relação apenas adquire juridicidade quando preenche os requisitos da hipótese normativa.

Neste momento, a relação fática anterior torna-se um fato jurídico, pois correspondente à hipótese de incidência de determinada norma, e dá origem a uma relação jurídica.

A relação anterior, portanto, não existe enquanto relação, no sentido jurídico, mas como fato. E é desse fato que surge a relação jurídica, que mantém seu caráter eficaz.

---

<sup>14</sup> cf. VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 18.

<sup>15</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 138.

<sup>16</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 6, p. 120.

“Relação fática pode entrar como suporte fático (...). E, também, relação já juridicizada. O efectual é sempre relação jurídica.”<sup>17</sup>

#### **1.4 RELAÇÃO VS. SITUAÇÃO JURÍDICA**

Alguns autores, porém, contestam a premissa da intersubjetividade do direito, preferindo deslocar o “centro de gravidade” do aspecto efectual da incidência para o conceito de situação jurídica.<sup>18</sup>

Betti, por exemplo, enfoca a incidência na perspectiva do surgimento de uma situação jurídica nova, proveniente do fato jurídico. Esta situação jurídica pode afetar qualificações ou relações jurídicas.<sup>19</sup>

Utilizando-se essa acepção, o conceito de situação jurídica “não suplanta o de relação jurídica”, vez que, mesmo nas qualificações, há uma relação jurídica em sentido amplo,<sup>20</sup> no quanto devam ser respeitadas pelas demais pessoas.

Partindo, porém, deste conceito de situação jurídica, há autores que defendem a relação direta entre pessoa e coisa, além de outras situações onde não há intersubjetividade.

Assim, o prof. Olímpio Costa Júnior afirma que o efeito da incidência da norma jurídica é a configuração de situações jurídicas concretas e específicas, ressaltando que o conceito de situação jurídica compreende “todas as possíveis posições dos sujeitos perante os objetos, impliquem ou não uma relação individual, direta e concreta com outros sujeitos”.<sup>21</sup>

Às situações que se compõem de um único sujeito, relacionado diretamente com determinado objeto, denomina situações uniposicionais, como as provenientes da atribuição de qualificações e dos direitos “absolutos”, como os de personalidade e os reais.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 86.

<sup>18</sup> cf. CASTRO, Torquato. “Fato e situacionalidade jurídica” in *Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco*, a. 27-8, n. 27-8. Recife: OAB/PE, 1984, pp. 9, 11-4.

<sup>19</sup> BETTI, Emílio. *Op. cit.*, nota 7, p. 6.

<sup>20</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 19.

<sup>21</sup> COSTA JÚNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 11-2.

<sup>22</sup> COSTA JÚNIOR, Olímpio. *Op. cit.*, nota 21, pp. 18-9.

Clóvis Beviláqua, em sua Teoria Geral do Direito Civil, também já se referia à relação de direito como o “laço que, sob a garantia da ordem jurídica, submete o objeto ao sujeito”. Negava, portanto, a premissa exposta por Windscheid, pela qual “todos os direitos se estabelecem entre pessoas, não entre pessoa e coisa”, afirmando que há duas categorias de relações jurídicas, uma atuando sobre os objetos, outra “ligando pessoas entre si”.<sup>23</sup>

Alberto Trabucchi, por sua vez, destina um dos parágrafos de suas Instituições de Direito Civil à “relação jurídica da pessoa com o território”, analisando o vínculo de cidadania e o conceitos de residência e domicílio.<sup>24</sup>

Entretanto, como afirma Pontes de Miranda, o direito é um processo de coexistência entre os homens, de modo que as relações jurídicas são sociais, entre pessoas.<sup>25</sup>

No mesmo sentido, o prof. Lourival Vilanova preleciona que a relação imediata entre pessoa e coisa só é juridicamente relevante quando há uma relação mediata entre o sujeito e a universalidade dos demais sujeitos. Não importa a indeterminação provisória do polo passivo dessa relação mediata, que apenas se individualiza com a conduta impediante do exercício possessório.<sup>26</sup>

Mesmo nos casos de “contrato consigo mesmo” ou de dupla representação, a intersubjetividade permanece, vez que a causalidade física não se confunde com a causalidade jurídica. Se fisicamente há apenas uma pessoa atuando, juridicamente os dois sujeitos da relação estão presentes.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves, 1951, pp. 65-6.

<sup>24</sup> TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de derecho civil**, trad. Luis Martínez-Calcerrada. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1967, p. 115.

<sup>25</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 6, p. 128.

<sup>26</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, pp. 111, 122.

<sup>27</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, pp. 152-3. Neste sentido, José Paulo Cavalcanti afirma que “sem que ocorra representação é impossível configurar-se um contrato consigo mesmo”, divergindo das opiniões de Demogue e de Cunha Gonçalves (CAVALCANTI, José Paulo. **O contrato consigo mesmo**. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1956, pp. 11-2).

## 2. A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

### 2.1 O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Do ponto de vista filosófico, a identificação do processo como um contrato, derivou da tendência, típica da doutrina francesa dos séculos XVIII e XIX, de se examinarem fenômenos jurídicos e sociais sob o prisma dos contratos.<sup>28</sup>

Como naquele período a convivência social, a associação, a letra de câmbio e mesmo o casamento eram explicados como contratos, igualmente o processo passou a ser visto como “contrato judicial” ou “judiciário”, por meio do qual as partes se comprometem a aceitar a decisão final sobre seu conflito.<sup>29</sup>

Por esse motivo, Pothier o analisa em seu *Traité des obligations*, não no *Traité de la procédure*, retomando a concepção romana pela qual a autoridade da coisa julgada só atinge as partes, vez que os contratos não podem ser opostos a terceiros (*res inter alios acta*).<sup>30</sup>

Eduardo Couture chega a afirmar que os pensamentos de Rousseau e de Pothier diferem apenas em amplitude, não em essência.<sup>31</sup> Enquanto o primeiro observa macroscopicamente a realidade social, o segundo enfoca apenas o microcosmo processual, mas ambos convergem para o problema da fundamentação da autoridade estatal.

Desde a obra fundamental de von Bülow, escrita em meados do século passado (1868), porém, é notória a aceitação majoritária da teoria da relação jurídica processual.

Filosoficamente, esta teoria deita origens em Hegel, que afirmava no § 222 de sua *Filosofia do Direito*: “Perante os tribunais, o direito tem o carácter de um dever-ser demonstrado. O processo dá às partes as condi-

---

<sup>28</sup> MOURA ROCHA, José de. “Notas sobre a fixação da natureza da relação processual” in **Estudos sobre processo civil**, v. 3. Recife: UFPE, 1995, p. 118.

<sup>29</sup> MOURA ROCHA, José de. *Op. cit.*, nota 28, p. 117.

<sup>30</sup> cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 61.

<sup>31</sup> COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 63.

ções para fazerem valer os seus meios de prova e motivos jurídicos e ao juiz as de conhecer o assunto. As fases do processo são elas mesmas direitos. As suas ligações também devem, por isso, ser definidas juridicamente, o que constitui uma parte essencial da ciência teórica do direito”.<sup>32</sup>

No âmbito da Teoria Geral do Direito, porém, a contribuição de von Bülow não foi observar o processo enquanto relação jurídica, vez que, mesmo quando identificado como contrato, não perde esta natureza. O contrato também é uma relação jurídica. As “novidades” expostas em 1868 foram a autonomia e a unidade da relação jurídica processual.

Do ponto de vista da autonomia, a relação jurídica processual possui “vida e condições próprias, independentes da existência da vontade concreta de lei afirmada pelas partes”, como afirmou Chiovenda.<sup>33</sup> Deste modo, possui partes, objeto e pressupostos, que não se confundem com os da relação de direito material.

Quanto às partes, o processo se diferencia da relação material em face da participação do Estado-juiz, enquanto órgão encarregado de prestar a jurisdição. Ainda que incipientemente, no direito intermédio Búlgaro já havia identificado este dístico, definindo o processo como “*actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*”, fórmula, aliás, acolhida pelas Ordenações Filipinas.<sup>34</sup> Mesmo quando a relação material ostenta natureza privada, a relação processual pertine ao Direito Público.

Com relação ao objeto, a relação de direito material contém o bem da vida sobre o qual recai o conflito de interesses (a lide), enquanto o objeto da relação jurídica processual é “o serviço jurisdicional que o Estado tem o dever de prestar, consumando-o mediante o provimento final em cada processo”.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> HEGEL, Georg Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**, trad. Orlando Vitorino. 4ª ed. Lisboa : Guimarães Editores, 1990, pp. 205-6.

<sup>33</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, trad. Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 1998, p. 79.

<sup>34</sup> Livro Terceiro, Título 20: “Três pessoas são por direito necessárias em qualquer juízo: juiz que julgue, autor que demande e réu que se defenda” (*apud* TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1987, p. 6).

<sup>35</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997, pp. 290-1.

Alfredo Rocco bem explica a diferença entre a relação material e a processual, afirmando que, ao lado do interesse em obter certos bens da vida, por assim dizer “principal”, pode haver o interesse secundário, de retirar os obstáculos postos à satisfação daquele interesse “principal”.<sup>36</sup>

Quando se permite que o particular satisfaça diretamente seus interesses principais, não surge esse interesse secundário. Mas o monopólio estatal da jurisdição, ao impedir a satisfação direta, cria uma utilidade diversa, qual seja, a retirada do obstáculo à realização da utilidade principal.

O processo, deste modo, não tem por objeto o bem da vida em discussão, mas a retirada dos obstáculos à sua fruição, que se opera por meio da decisão final.

Quanto aos pressupostos processuais, caso não houvesse a autonomia da relação jurídica processual, seus pressupostos seriam os mesmos da relação material, regulados pelo Código Civil, pela legislação administrativa *et coetera*.

“O Código Civil seria, assim, fonte subsidiária do de Processo, em matéria de capacidade, de consentimento, de efeitos da vontade etc. Uma conclusão muito natural desta atitude seria, por exemplo, a de que as disposições relativas à nulidade dos contratos fossem aplicáveis em caso de silêncio do direito processual positivo”.<sup>37</sup>

Com relação ao caráter unitário da relação processual, pode-se observar certa divergência entre as concepções de von Bülow e de Hegel, que parece identificar diversas relações processuais, assemelhando-se, neste aspecto, à tese defendida por Carnelutti, de pluralidade de relações jurídicas processuais como decorrência da pluralidade de conflitos que surgem no decorrer do processo.<sup>38</sup>

A doutrina majoritária, porém, segue a orientação de von Bülow. Chiovenda, por exemplo, considera “complexa” a relação processual, ao enfeixar um conjunto indefinido de direitos e deveres, todos coordenados e dirigidos ao objetivo comum. Esta complexidade consolida “numa unidade todos os atos processuais”.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil**, trad. Mariano Ovejero. México : Cardenas, 1985, p. 125.

<sup>37</sup> COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 59.

<sup>38</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**, v. 2, trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 783.

<sup>39</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, nota 33, p. 79.

No mesmo sentido, Calamandrei afirma que o procedimento, enquanto série de atos processuais, forma uma unidade em face da existência de uma única relação processual. Esta, portanto, “é fórmula mediante a qual se expressa a unidade e a identidade jurídica do processo”.<sup>40</sup>

No Brasil, defendem o caráter unitário da relação jurídica processual, entre outros, José Frederico Marques, Pontes de Miranda, Moacyr Amaral Santos, Lourival Vilanova e Machado Guimarães.<sup>41</sup>

## 2.2 O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

A teoria do processo enquanto situação jurídica, iniciada por James Goldschmidt, surge como crítica ao entendimento de von Bülow,<sup>42</sup> fundamentando-se no denominado “Direito Judicial Material”, patamar intermédio entre os planos processual e material.

A pretensão à tutela jurídica, segundo Goldschmidt, “deve sua aceitação à necessidade de contemplar a parte material da relação judicial civil, em seu caráter de tal, ou seja, independentemente de seu aspecto jurídico-privado, mas, de logo, em seu aspecto material”,<sup>43</sup> que identifica como sendo os requisitos específicos da pretensão.

A pretensão, outrossim, não se reveste de natureza processual, por preceder à interposição da demanda, nem de índole privada, posto dirigida

---

<sup>40</sup> CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**, v. 1, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas : Bookseller, 1999, p. 273.

<sup>41</sup> MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1958, p. 74; PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. 3. 4ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 261; SANTOS, Moacyr Amaral. “Relação jurídica processual” in **Enciclopédia Saraiva do direito**, v. 64. São Paulo : Saraiva, 1981, p. 415; VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 218; MACHADO GUIMARÃES, Luís. “A instância e a relação processual” in **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro : Ed. Jurídica e Universitária, 1969, pp. 68-9.

<sup>42</sup> Ressalte-se que alguns autores, como Hélio Tornaghi e Alcalá-Zamora y Castillo, consideram que a tese exposta por Goldschmidt é perfeitamente compatível com a de von Bülow (TORNAGHI, Hélio. *Op. cit.*, nota 34, p. 11; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso**. México : UNAM, 1991, p. 130). Em sentido contrário: PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 41, p. 261. A crítica à teoria da relação processual é expressamente consignada nas obras do mestre vitimado pelo nazismo (GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona : Labor, 1936, pp. 16-23).

<sup>43</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho judicial material**, trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires : EJEJA, 1959, p. 22.

ao magistrado. Trata-se de matéria afeta “ao lado material da relação judicial civil existente entre o indivíduo e o Estado”.<sup>44</sup>

Partindo dessa conjunção entre os planos processual e material, Goldschmidt constrói a teoria do processo enquanto situação jurídica, negando a existência de direitos e obrigações puramente processuais, a ensejar uma relação autônoma.

Observe-se, como o fazem José Frederico Marques e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que o conceito de situação jurídica em Goldschmidt não coincide com a concepção exposta por Kohler. Para este autor, a situação jurídica é um elemento ou fase do direito subjetivo (integrando, portanto, uma regra de conduta). Goldschmidt, por outro lado, “encara a situação jurídica, sob o aspecto processual, em que as normas de direito material são concebidas, não como regras de conduta, e sim, como regras de julgamento”.<sup>45</sup>

Não haveria obrigações processuais dos cidadãos frente ao Estado, mas apenas o estado de sujeição decorrente do *jus imperii* e os ônus processuais.<sup>46</sup>

Por outro lado, o dever de o juiz sentenciar não seria correlato a qualquer direito das partes, mas ao direito de o Estado cobrar a atividade de seus servidores. A infração do dever de julgar conduziria o magistrado a sanções civis e criminais, mas não processuais.

“O juiz sentencia não porque isto constitua um direito das partes, mas porque é para ele um dever funcional de caráter administrativo e político: as partes não estão ligadas entre si, mas existem apenas estados de sujeição delas à ordem jurídica, em seu conjunto de possibilidades, de expectativas e de cargas. E isto não configura uma relação, mas uma situação, ou seja, como se tem dito, o estado de uma pessoa frente à sentença judicial”.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, nota 43, p. 45.

<sup>45</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, nota 41, p. 88; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Op. cit.*, nota 42, p. 128.

<sup>46</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, nota 42, pp. 19-20. Neste tópico, segundo ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (“Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso” in **Estudios de teoría general e historia del proceso**. México: UNAM, 1992, p. 383), Kisch seria precursor da teoria de Goldschmidt, quando afirmava que as partes não detinham obrigações processuais, mas apenas “cargas”.

<sup>47</sup> COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 71.

E indo mais além, não violaria qualquer dever o juiz que interpretasse erroneamente a norma (salvo os casos de prevaricação, corrupção etc.), vez que representa poder soberano.

As partes, portanto, possuiriam mera expectativa de sentença favorável ou desfavorável, ainda quando o ordenamento parecesse claro ao lhes estabelecer direitos subjetivos.<sup>48</sup>

O processo se assemelharia, portanto, à guerra: “em tempo de paz o direito é estático e constitui algo assim como um reinado intocável (...). Contudo, deflagra-se a guerra e então todo o direito se põe na ponta da espada: os direitos mais intangíveis restam afetados pela luta e todo o direito, em sua plenitude, nada mais é que um conjunto de possibilidades, de cargas e de expectativas”.<sup>49</sup>

Embora alguns tópicos dessa teoria tenham sido adotados por vários autores, não foi acolhida *in totum* por nenhum tratadista,<sup>50</sup> o que Eduardo Couture credita ao fato de que Goldschmidt “não descreve o processo tal como dever ser tecnicamente, mas tal como resulta de suas deformações na realidade”.<sup>51</sup>

### **2.3 O INÍCIO E A ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL**

Como afirma o mestre espanhol Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, não se sabe exatamente o que é o processo, mas se sabe onde ele está.<sup>52</sup> Seus termos inicial e final, no caso brasileiro, constam expressamente da legislação, radicando-se nos arts. 263, 267 e 269, do Código de Processo Civil.

Em relação ao Código de Processo Civil de 1939 (“Baptista Martins”), o atual Código inova ao suprimir a menção ao vocábulo “instância” e ao deslocar o termo inicial do processo, fixado em 1939 no ato de citação válida, para o despacho de recebimento da inicial ou, existindo pluralidade de órgãos jurisdicionais competentes, para a distribuição.

<sup>48</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Op. cit.*, nota 42, pp. 48-9.

<sup>49</sup> COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 70.

<sup>50</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Op. cit.*, nota 46, pp. 379-380.

<sup>51</sup> COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 71.

<sup>52</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Op. cit.*, nota 42, p. 103.

O conceito de instância, embora defendido por autores como Costa Carvalho, sofreu as pesadas críticas expostas por Machado Guimarães em seu ensaio “A instância e a relação processual”, que o substituiu pelo conceito de “relação processual”.<sup>53</sup>

Com relação ao momento de início do processo, o sistema utilizado pelo Código de 1939 não discrepa da doutrina de Chiovenda, para quem a relação processual apenas se constitui com a comunicação da demanda judicial à parte ré, “porquanto não se pode estatuir sem que se haja ouvido ou citado a parte contra quem se propôs a demanda”.<sup>54</sup>

Pontes de Miranda, porém, embora não desdenhe o conceito de “instância”, utilizando-o como equivalente de “demanda judicial”,<sup>55</sup> não economiza críticas ao sistema do Código revogado, entendendo que o processo se inicia com a apresentação da petição inicial ao juiz. A citação apenas completa a angularidade da relação, existindo, inclusive, processos em que não ocorre tal angularização, em virtude de sua “morte prematura”.<sup>56</sup>

Alguns autores preferem afirmar que a formação do processo não ocorre por um ato simples, mas mediante um ato complexo, sendo uma “formação gradual”.<sup>57</sup> Em verdade não se afastam do entendimento exposto por Pontes de Miranda, pois entendem que com a apresentação da demanda já existe a relação processual, embora ainda *in fieri*. Não há diferenças substanciais em se dizer que a citação exaure o *iter* de formação do processo ou que aperfeiçoa a relação processual.

<sup>53</sup> COSTA CARVALHO, Luiz Antônio da. “Instância e relação processual” in *Revista jurídica*, a. 19, n. 124, jan/mar. Rio de Janeiro : Instituto do Açúcar e do Alcool, 1974, pp. 174-182; MACHADO GUIMARÃES, Luís. *Op. cit.*, nota 41, pp. 70-5.

<sup>54</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, nota 33, p. 81.

<sup>55</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 41, p. 420. Observe-se que Cândido Dinamarco, embora ressalve a acepção utilizada por Pontes de Miranda, que remonta aos antigos processualistas lusitanos, prefere definir a demanda como “ato inicial de provocação ao exercício do poder e consubstanciado na denúncia, queixa-crime, petição inicial ou mesmo formulação verbal (reclamação trabalhista, juizados especiais cíveis)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, t. 1. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000, pp. 105, 168). No mesmo sentido: WAGNER, Maurílio. “Da formação do processo” in *Revista forense*, a. 77, v. 274, abr/jun. Rio de Janeiro : Forense, 1981, p. 386.

<sup>56</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 41, pp. 419-20. Em face do Código em vigor, o mestre alagoano ressalva o início da relação processual quando da distribuição, em locais onde houver mais de uma vara (p. 424).

<sup>57</sup> MONIZ DE ARAGÃO, E. D. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 2. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 335; WAGNER, Maurílio. *Op. cit.*, nota 55, pp. 387-8.

Questão mais tormentosa diz respeito à estrutura da relação processual, se angular ou triangular.<sup>58</sup> Em outros termos, se há relações diretas entre o autor e o réu, ou apenas relações entre cada uma dessas partes e o Estado-juiz.

A triangularidade é acolhida, entre outros, por Eduardo Couture, para o qual “a idéia de uma relação angular é insuficiente, já que exclui nexos e ligações processuais como as que surgem entre as partes em função da responsabilidade processual. Por exemplo, da condenação em custas surgem direitos de restituição, especificamente processuais, das partes entre si”.<sup>59</sup>

Consoante Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em sua conhecida obra de Teoria Geral do Processo, esta teoria prevalece na doutrina brasileira, aos argumentos de que: “a) as partes têm o dever de lealdade recíproca; b) a parte vencida tem a obrigação de reembolsar à vencedora as custas despendidas; c) podem as partes convencionar entre si a suspensão do processo (CPC, art. 256, II)”.<sup>60</sup>

Com efeito, é a tese acolhida, entre outros, por José Frederico Marques, Moacyr Amaral Santos e Costa Carvalho.<sup>61</sup>

No polo oposto, Pontes de Miranda afirma que os “contatos entre as partes é que criam entre elas relações e situações jurídicas particulares (e. g., a respeito de prazos)”, sendo necessário que “não se confundam a relação jurídica processual, o processo, e as diversas relações e situações processuais nascidas durante o processo”.<sup>62</sup>

Como afirma Calamandrei, porém, o exame dos direitos e obrigações provenientes da relação processual somente é possível “sobre a base con-

---

<sup>58</sup> Não se olvida a teoria de Kohler, pela qual o processo possui estrutura linear, ensejando relação apenas entre as partes. Contudo, trata-se de tese superada, digladiando-se a doutrina atual em torno das duas outras mencionadas visões.

<sup>59</sup> COUTURE, Eduardo J. *Op. cit.*, nota 30, p. 69. Neste sentido, o professor Moura Rocha defende o caráter processual das sanções decorrentes da sucumbência e da litigância de má-fé, negando sua natureza civil (MOURA ROCHA, José de. “As sanções no processo civil” in **Estudos sobre processo civil**. Recife: UFPE, 1982, p. 170).

<sup>60</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, nota 35, pp. 289-90.

<sup>61</sup> MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, nota 41, p. 83; COSTA CARVALHO, Luiz Antônio da. *Op. cit.*, nota 53, p. 179; SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, nota 41, p. 417.

<sup>62</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. XX. No mesmo sentido: VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 190.

creta do direito positivo”.<sup>63</sup> A estrutura da relação processual, portanto, é contingenciada pelo sistema jurídico-positivo em referência, não existindo um modelo obtível por generalização, universalmente aplicável.

### **3 A RELAÇÃO JURÍDICA PRÉ-PROCESSUAL.**

#### **3.1 O DIREITO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS (ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)**

Consoante Cândido Rangel Dinamarco, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, comporta dois poderes: o “direito à administração da Justiça” e a ação, propriamente dita.

O primeiro aspecto da garantia constitucional seria a atribuição de “ação” como faculdade inerente à personalidade, incondicionada portanto. Para não se utilizar do mesmo vocábulo com duas acepções díspares, sugere as denominações tradicionais na doutrina: direito de demandar e direito à administração da justiça. Observe-se apenas que, considerando a ação um poder e não um direito, posteriormente prefere a utilização do termo “poder de demandar”.<sup>64</sup>

Fundamenta-se, neste ponto, em Botelho de Mesquita, que partindo da análise da jurisdição a considera um poder vinculado, pois não há “liberdade estatal no exercício do poder de julgar”. E a partir desta premissa, conclui pela existência de “direito ao simples ato de julgar”, pressuposto do direito de ação, mas que com ele não se confunde. Denomina-o, com base no art. 10, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, “direito à administração da Justiça”.<sup>65</sup>

O segundo sentido da norma constitucional seria a garantia da ação não incondicionalmente, mas tal qual se apresente “segundo as normas e princípios do direito processual”. O ordenamento processual regulamentaria aquela norma constitucional, estabelecendo apenas de “garantia institucional”.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, nota 40, p. 269.

<sup>64</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998, pp. 367-72.

<sup>65</sup> BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Da ação civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975, pp. 93-5.

<sup>66</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, nota 64, pp. 366-74.

A doutrina, porém, não é pacífica a esse respeito. Vicente Greco Filho, por exemplo, acolhe apenas esta segunda ótica do dispositivo constitucional em referência, afirmando que o direito de pedir a tutela jurisdicional não é incondicionado ou genérico, nascendo apenas quando a pessoa reúna as condições da ação.<sup>67</sup>

Nélson Nery Júnior igualmente entende que compete à legislação processual especificar o *modus operandi* da garantia da inafastabilidade, não existindo dois direitos de acesso aos Tribunais. Em outros termos, afirma que o direito de ação é direito cívico e abstrato, uma vez que não assegura pronunciamento em favor do autor. Porém, sem que haja violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, depende do preenchimento de determinadas condições.<sup>68</sup>

Igualmente não há consenso sobre a natureza jurídica das condições da ação. Na teoria de Liebman, seguida por Frederico Marques, Humberto Theodoro Júnior, entre outros, as condições da ação são o elo de ligação entre os planos processual e material, sendo requisitos para o julgamento de mérito (favorável ou não) e para a existência do direito de ação.<sup>69</sup>

Kazuo Watanabe, por outro lado, afirma que as condições da ação não devem ser analisadas tendo-se em vista os fatos concretos que venham a ser apurados, mas *in status assertionis*, ou seja, apenas em face das afirmações do autor. E com base nesse entendimento, vai mais além para conceituar as “condições da ação” como requisitos para o exercício regular da ação, não para sua existência.<sup>70</sup>

Deste modo, quer se reconheça a existência de um direito de demandar, autônomo em relação ao direito de ação, quer se conceituem as “condi-

---

<sup>67</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo : Saraiva, 1989, pp. 7-9.

<sup>68</sup> NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, pp. 96-7.

<sup>69</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. “O despacho saneador e o julgamento de mérito” in **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1947, pp. 139, 143; MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, v. 1. Rio de Janeiro : Forense, 1958, pp. 14, 30; THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Condições da ação” in **Digesto de processo**, v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1982, p. 209. Observe-se que Liebman reconhecia, ao lado do direito de ação, o direito de acesso aos Tribunais, concedido indistintamente a todos ( **Manual de direito processual civil**, v. 1 trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 150).

<sup>70</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. Campinas : Bookseller, 2000, pp. 79-85, 89. No mesmo sentido: TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974, p. 90.

ções da ação” como requisitos para o exercício regular deste direito, alcança-se a conclusão de que há um direito de acesso aos Tribunais inerente à personalidade, concedido pela Constituição Federal.

### **3.2 A EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PRÉ-PROCESSUAL**

De tudo que foi exposto até o momento, podem-se retirar como premissas: a) a incidência da norma jurídica tem como aspecto efectual o surgimento de outra norma jurídica ou de uma relação jurídica; b) do fato jurídico da personalidade emana, entre outros direitos, o de acesso aos Tribunais; c) a relação processual apenas se inicia com o recebimento da inicial ou com a sua distribuição.

Ora, se há a incidência da norma constitucional e o surgimento do direito de acesso aos Tribunais, há necessariamente a instalação de uma relação jurídica, vez que o direito não se externa meramente como uma situação jurídica, mas sim como uma relação intersubjetiva. Esta relação, porém, não pode ser confundida com o processo, cujo termo inicial é bastante preciso.

Neste sentido, preleciona o professor Lourival Vilanova que “a pretensão, como direito público subjetivo, é direito pré-processual, advindo de regra de direito que se tenha posto como regra constitucional”.<sup>71</sup>

E complementa o referido autor: “se aquele que tem o direito à tutela (a *Rechtsschutzanspruch* de Wach), como direito pré-processual – porque distribuído isonomicamente por norma constitucional, ou outra, de direito não-processual -, exerce-o, então dá-se o suporte fáctico da relação jurídico-processual.”<sup>72</sup>

Igualmente Pontes de Miranda reconhece o fenômeno da pré-processualidade, afirmando que o juiz “tem os deveres pré-processuais e os deveres nascidos do estabelecimento e permanência da relação jurídica processual”.<sup>73</sup>

Justamente por ser anterior, lógica e cronologicamente ao processo, recebe, pela doutrina, a denominação de relação pré-processual.

---

<sup>71</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 191.

<sup>72</sup> VILANOVA, Lourival. *Op. cit.*, nota 1, p. 202.

<sup>73</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 62, p. XXII.

Com relação às partes, é nítida a diferença entre o processo e essa relação: enquanto o processo surge entre o autor e o Estado-juiz, mas apenas se aperfeiçoa com a citação válida (que lhe atribui estrutura triangular ou angular, conforme o entendimento adotado), a relação pré-processual não se destina à participação da *altera* parte, mantendo sempre a estrutura linear.

A questão do conteúdo dessa relação, porém, deita maiores cuidados, merecendo uma atenção especial.

### **3.3 O CONTEÚDO DA RELAÇÃO JURÍDICA PRÉ-PROCESSUAL**

Cândido Rangel Dinamarco, embora reconhecendo o direito de acesso aos Tribunais, limita seu âmbito de atuação ao dever de o Estado se pronunciar sobre a existência da ação. Embora subjetivamente universal o direito de demandar, o número de situações jurídico-processuais decorrentes da ação seria substancialmente maior.<sup>74</sup>

Pontes de Miranda parece perfilhar idêntico entendimento, incluindo entre os deveres pré-processuais do juiz os de não poder recusar a recepção das petições, ainda que seja para as rejeitar liminarmente, e de observar as regras de competência.<sup>75</sup>

Bidart Campos, por sua vez, define o direito à jurisdição como “o direito a pedir e provocar a administração da justiça”, tornando-o apenas uma “pretensão introdutória do serviço judicial”.<sup>76</sup>

A prevalecer este entendimento, conforme uma expressão de paternidade desconhecida, utilizada por Walther Habscheid, *the Justice is open to all, like the Ritz Hotel* (“a justiça está aberta a todos, como o Hotel Ritz”).<sup>77</sup>

O acesso à justiça, porém, exige uma mudança de mentalidade, de modo a privilegiar a perspectiva dos consumidores da prestação jurisdicional. Como preleciona Cappelletti, o ponto central para identificação da de-

---

<sup>74</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, nota 64, p. 373.

<sup>75</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. cit.*, nota 62, p. XXII.

<sup>76</sup> Bidart Campos *apud* ROSATTI, Horacio D. **El derecho a la jurisdicción antes del proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 26.

<sup>77</sup> HABSCHEID, Walther J. “As bases do direito processual civil”, trad. Arruda Alvim, *in* **Revista de processo**, a. 3, n. 11/12, jul/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 138.

negação ou da garantia do acesso efetivo é a análise das “possibilidades das partes”.<sup>78</sup>

No mesmo sentido, afirma Carlos Alegre que “o acesso ao direito só se consegue com o cidadão liberto de todas as restrições de natureza econômica, social, cultural e, até, psicológica. E, como o acesso ao direito constitui um estado pré-judiciário (ou para-judiciário) somente a sua realização e eficácia garantirão uma via judiciária ou um direito à justiça em pleno pé de igualdade”.<sup>79</sup>

A relação pré-processual, portanto, apresenta como conteúdo grande parte das medidas tendentes a efetivar o acesso à justiça, exigíveis independentemente de qualquer lide concreta.

Neste aspecto, sob a influência nítida de Mauro Cappelletti, Horacio Rosatti afirma: “se compreendermos que a administração de justiça é um ‘serviço estatal’, veremos clara a importância de sua preexistência, com a mesma naturalidade com que concebemos a necessidade de um ‘corpo de bombeiros’ antes de produzido um incêndio”.<sup>80</sup>

O direito à jurisdição restaria composto, portanto, de uma exigência “organizativo-geral”, “independente de uma lide concreta”, “apriorística e com efeitos *erga omnes*” e de uma segunda etapa, que denomina “dikeológica-particular”, “referida a um conflito singular com consequências *inter partes*”.<sup>81</sup>

Ambas as “exigências”, no plano constitucional brasileiro, podem ser dessumidas do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o que lhes atribui a imperatividade inerente aos dispositivos constitucionais auto-aplicáveis, por força do §1º, do citado artigo (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

O acesso à justiça, portanto, ao ser interpretado como programa de reformas ou método de pensamento, não significa algo “ideal” ou alheio ao

---

<sup>78</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : SAFE, 1988, p. 21.

<sup>79</sup> ALEGRE, Carlos. **Acesso ao direito e aos tribunais**. Coimbra : Almedina, 1989, p. 10.

<sup>80</sup> ROSATTI, Horacio. *Op. cit.*, nota 76, pp. 19-20.

<sup>81</sup> ROSATTI, Horacio. *Op. cit.*, nota 76, p. 28.

sistema jurídico-positivo. Trata-se de direito público subjetivo,<sup>82</sup> ínsito à personalidade e auto-aplicável, inclusive podendo ser alegado em face das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.<sup>83</sup>

Quanto à sujeição passiva, são correlatas ao direito de acesso aos Tribunais situações jurídicas do Estado enquanto órgão encarregado de exercer a jurisdição (Estado-juiz) e igualmente enquanto órgão legiferante e enquanto Administração, vez que este direito “supõe a prévia obrigação de organizar eficientemente a prestação e de assegurar seu cumprimento concreto de acordo com critérios preestabelecidos”.<sup>84</sup>

Neste sentido, o art. 1º, 1, do Decreto-lei n. 387-B/87, em Portugal, bem define o conteúdo da obrigação estatal decorrente do acesso à justiça: “o sistema de acesso ao direito e aos tribunais destina-se a promover que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão de sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios econômicos, de conhecer, fazer valer ou defender seus direitos”.<sup>85</sup>

### **3.4 ALGUNS ASPECTOS PRÁTICOS DECORRENTES DA RELAÇÃO JURÍDICA PRÉ-PROCESSUAL**

Como afirma José Cichocki Neto, cabe ao Estado retirar as “interferências externas ao processo, que diminuem o nível de acessibilidade desejada pelo ordenamento”, e, para tanto, deve organizar um levantamento

---

<sup>82</sup> O fato de ser embasado em um interesse difuso não retira o caráter subjetivo público do direito ao acesso aos Tribunais, nem esvazia ou diminui sua exigibilidade. Como afirma José Carlos Barbosa Moreira: “desde que previamente se convenha (...) em atribuir à palavra ‘direito’ acepção menos acanhada, quer-nos parecer que não surge aí dificuldade de monta em reconhecer legitimação concorrente aos diversos titulares, isto é, aos co-interessados, quando nada nas hipóteses de indivisibilidade do objeto, a saber, naquelas em que a satisfação do interesse de cada titular implica de modo necessário a satisfação de toda a coletividade” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo” in **Temas de direito processual**, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 34).

<sup>83</sup> No caso americano, diversamente do modelo da Corte de Estrasburgo, não é possível o recurso direto do prejudicado à Corte, embora esse possa acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual detém legitimidade para instaurar a competente demanda.

<sup>84</sup> ROSATTI, Horacio. *Op. cit.*, nota 76, p. 18.

<sup>85</sup> Citado por Carlos Alegre, que comenta: “apesar da vontade do legislador manifestada neste diploma, são muitos ainda os obstáculos que os cidadãos continuam a encontrar na concretização do seu direito de acesso ao direito e aos tribunais” (ALEGRE, Carlos. *Op. cit.*, nota 79, pp. 16-7).

estatístico, “no sentido de se avaliar em níveis de utilização, pela população, dos serviços jurisdicionais ou de suas necessidades”.<sup>86</sup>

Ademais, cumpre observar que o acesso aos Tribunais, como direito pré-processual, coordena-se com a garantia da assistência jurídica integral e gratuita, prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal.<sup>87</sup>

Em primeiro lugar, então, compete ao Estado o dever de prestar informação jurídica, superando as dificuldades culturais dos cidadãos, pois, como atenta Marinoni, “na sociedade contemporânea (...) torna-se muito difícil, principalmente aos pobres, a percepção da existência de um direito”.<sup>88</sup>

Ada Pellegrini Grinover, inclusive, vai mais além, defendendo uma “assistência jurídica, que não é propriamente judiciária, mas é pré-processual, como orientação que o Estado deve propiciar, intervindo como mediador na solução pacífica dos conflitos e assim oferecendo alternativas ao processo”.<sup>89</sup>

Com relação à gratuidade e à integralidade da assistência jurídica, temas que repercutem diretamente na questão do acesso ao direito, José Renato Nalini destaca, com razão, que “na verdade ainda há muita pobreza excluída dos serviços judiciais, diante da inevitabilidade de algum dispêndio: a realização de uma perícia, a obtenção de documentos, compromissos que não serão suportados pelo defensor constituído”.<sup>90</sup> E Marinoni exemplifica, citando o caso da prova de DNA, utilizada nos processos de investigação de paternidade e cujo custo, seguramente, a torna inviável para a grande parte da população.<sup>91</sup>

<sup>86</sup> CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba : Juruá, 1999, pp. 99-100.

<sup>87</sup> Embora descritas em incisos diferentes do art. 5º, da Constituição Federal, as garantias do acesso à Justiça e da assistência jurídica são correlatas e em vários aspectos se imiscuem. Neste sentido, pode-se afirmar, com Luigi Paolo Comoglio, que atualmente se exige uma “interpretação originária e nova das garantias constitucionais, a qual não se limite a analisá-las uma por uma, como entidades em si estanques, decompondo-as e as recompondo novamente em seus respectivos elementos textuais, mas sobretudo colher seu significado (por assim dizer) ‘relacional’ ” (COMOGLIO, Luigi Paolo. “I modelli di garanzia costituzionale del processo” in **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, a. 45, n. 3, settembre. Milano : Giuffrè, 1991, p. 679).

<sup>88</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 64.

<sup>89</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “Assistência judiciária e acesso à justiça” in **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999, p. 245.

<sup>90</sup> NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 61.

<sup>91</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, nota 88, p. 30.

Ora, a partir do momento em que se analisa a relação pré-processual como decorrente da incidência de norma constitucional auto-aplicável, identifica-se o dever do Estado de fornecer todos os elementos necessários para o acesso aos Tribunais. A ausência de políticas públicas, dirigidas a esse fim específico, permite a qualquer pessoa, ou mesmo aos órgãos encarregados da defesa dos interesses difusos (como *primus inter pares*, o Ministério Público),<sup>92</sup> ajuizar demandas destinadas ao saneamento da omissão e à responsabilização das autoridades negligentes.

Não há, do ponto de vista jurídico-positivo, grandes diferenças entre a ausência de serviço médico ou educacional adequado em determinada localidade e a ausência de serviço de assistência jurídica integral. Do mesmo modo, a falta de medicamentos ou de merenda escolar não dista da ausência de materiais ou recursos que assegurem a gratuidade das perícias e demais provas necessárias ao processo.

Indo além da assistência jurídica, também são possíveis (e necessárias, no caso do *Parquet*) ações destinadas a corrigir as falhas na organização da máquina judiciária, como em alguns casos onde se observam a nítida insuficiência de recursos humanos e materiais e, concomitantemente, o dispêndio de recursos públicos com benfeitorias voluptuárias.

O mesmo raciocínio conduz à necessidade de proximidade geográfica entre o órgão jurisdicional e a comunidade. Como afirma Rosatti, “o direito à jurisdição antes do processo é o direito de o cidadão ter acesso próximo, geograficamente imediato, ao serviço da Justiça. Corresponde esse direito à existência (em realidade, preexistência) de normas processual-institucionais que prescrevam uma adequada distribuição geográfica dos tribunais no território nacional”.<sup>93</sup>

Mesmo os Códigos de Organização Judiciária são passíveis de análise de razoabilidade, em sede de controle de constitucionalidade. Se a fixação territorial dos órgãos jurisdicionais não guarda coerência com critérios técnicos e razoáveis, encontra-se eivada de ilicitude, ensejando as medidas cabíveis à sua correção.

Tudo isso, enfim, para que o cidadão, quando necessário, possa fazer valer judicialmente seus direitos, conforme a promessa estatal surgida com o monopólio da jurisdição.

<sup>92</sup> Vide nota 82, *supra*.

<sup>93</sup> ROSATTI, Horacio. *Op. cit.*, nota 76, p. 75.

## BIBLIOGRAFIA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso**. 3ª ed. México : UNAM, 1991.
- \_\_\_\_\_. “Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso” *in* **Estudios de teoría general e historia del proceso**. México : UNAM, 1992, 377-452.
- ALEGRE, Carlos. **Acesso ao direito e aos tribunais**. Coimbra : Almedina, 1989.
- BETTI, Emílio. **Teoría general del negocio jurídico**, trad. Martín Pérez. 2ª ed. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1959.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo” *in* **Temas de direito processual**, 3ª série. São Paulo : Saraiva, 1984, 27-42.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves, 1951.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Da ação civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1975.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**, v. 1, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas : Bookseller, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre : SAFE, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**, trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo : LEJUS, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Sistema de direito processual civil**, v. 2, trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo : Classic Book, 2000.
- CASTRO, Torquato. “Fato e situacionalidade jurídica” *in* **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**, a. 27-8, n. 27-8. Recife : OAB/PE, 1984, 9-17.
- CAVALCANTI, José Paulo. **O contrato consigo mesmo**. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1956.

- CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba : Juruá, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, trad. Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “I modelli di garanzia costituzionale del processo” *in* **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, a. 45, n. 3, settembre. Milano : Giuffrè, 1991, 673-741.
- COSTA CARVALHO, Luiz Antônio da. “Instância e relação processual” *in* **Revista jurídica**, a. 19, n. 124, jan/mar. Rio de Janeiro : Instituto do Açúcar e do Alcool, 1974, 174-182.
- COSTA JÚNIOR, Olímpio. **A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito**. São Paulo : Saraiva, 1994.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 2ª ed. Buenos Aires : Depalma, 1951.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do processo civil moderno**, t. 1. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000.
- GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**, trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona : Labor, 1936.
- \_\_\_\_\_. **Derecho judicial material**, trad. Catalina Grossmann. Buenos Aires : EJE, 1959.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo : Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Assistência judiciária e acesso à justiça” *in* **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999, 243-251.
- HABSCHEID, Walther J. “As bases do direito processual civil”, trad. Arruda Alvim, *in* **Revista de processo**, a. 3, n. 11/12, jul/dez. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1978, 117-145.

- HEGEL, Georg Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**, trad. Orlando Vitorino. 4ª ed. Lisboa : Guimarães Editores, 1990.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. “O despacho saneador e o julgamento de mérito” *in* **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo : Sarai-va, 1947, 105-152.
- \_\_\_\_\_. **Manual de direito processual civil**, v. 1, trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- MACHADO GUIMARÃES, Luís. “A instância e a relação processual” *in* **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro : Ed. Jurídica e Universitária, 1969, 33-75.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**, v. 1. Rio de Janeiro : Forense, 1958.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_, v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1958.
- MONIZ DE ARAGÃO, E. D. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 2. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- MOURA ROCHA, José de. “As sanções no processo civil” *in* **Estudos sobre processo civil**. Recife : UFPE, 1982, 169-197.
- \_\_\_\_\_. “Notas sobre a fixação da natureza da relação processual” *in* **Estudos sobre processo civil**, v. 3. Recife : UFPE, 1995, 111-127.
- NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- NERY JÚNIOR, Néelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**, t. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970.
- \_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_, t. 3. 4ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

- ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil**, trad. Mariano Ovejero. México : Cardenas, 1985.
- ROSATTI, Horacio D. **El derecho a la jurisdicción antes del proceso**. Buenos Aires : Depalma, 1984.
- SANTOS, Moacyr Amaral. “Relação jurídica processual” in **Enciclopédia Saraiva do direito**, v. 64. São Paulo : Saraiva, 1981, 414-419.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Condições da ação” in **Digesto de processo**, v. 2. Rio de Janeiro : Forense, 1982, 206-213.
- TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1974.
- \_\_\_\_\_. **A relação processual penal**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1987.
- TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de derecho civil**, trad. Luis Martínez-Calcerrada. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1967.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo : Max Limonad, 1997.
- WAGNER, Maurílio. “Da formação do processo” in **Revista forense**, a. 77, v. 274, abr/jun. Rio de Janeiro : Forense, 1981, 385-389.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª ed. Campinas : Bookseller, 2000.

## SIGILO BANCÁRIO(\*)

**Joana Carolina Lins Pereira**

*Juíza Federal (Substituta) da 9ª Vara da SJ/PE*

*SUMÁRIO: 1 - Atualidade do tema. 2 - Natureza jurídica. Direito à privacidade ou à intimidade? A questão do sigilo de dados. 3 - Razão de ser do instituto. 4 - Evolução legislativa. 5 - O 145, § 1º, da Carta Magna. 6 - Quebra do sigilo bancário por ordem judicial. Imparcialidade e interesse público. 7 - CPI's do Congresso Nacional e das Assembleias Legislativas. Autorização constitucional somente quanto àquelas. Exigência de fundamentação. 8 - Ruptura do sigilo bancário pela Receita. A Lei Complementar nº 105/01. 9 - Quebra do sigilo pelo Ministério Público. O artigo 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 73/85.*

### **1 ATUALIDADE DO TEMA**

Diante da necessidade de combater o crime organizado, a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro e a corrupção na Administração Pública, o sigilo bancário é um tema de indiscutível atualidade. Interessado no aumento da arrecadação e no combate aos sonegadores, o Governo Federal editou a Lei Complementar nº 105/2001.

A constitucionalidade da aduzida lei, no entanto, já é objeto de três Ações Diretas no Supremo Tribunal Federal: de nº 2.386, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio, de nº 2.390, movida pelo Partido Social Liberal, e de nº 2.397, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria.

Rogamos perdão, desde já, pela ausência de uma pesquisa do assunto no direito comparado, o qual poderá oferecer – é certo – importantes subsídios para o desenvolvimento da temática no direito positivo e na jurisprudência pátria.

(\*) Trabalho apresentado no Curso de Preparação de Magistrados.

## 2 NATUREZA JURÍDICA. DIREITO À PRIVACIDADE OU À INTIMIDADE? A QUESTÃO DO SIGILO DE DADOS

A natureza jurídica do sigilo bancário já foi objeto de algumas teses, como a que defendia se tratar de uso, costume arraigado na vida dos bancos e dos seus clientes; a que defendia se tratar de característica da relação contratual entre o cliente e o banco; e a que defendia constituir o sigilo bancário uma das espécies de segredo profissional, como aquele que também é próprio das atividades do advogado, do médico, do psicólogo ou do padre.

Atualmente, ao menos no direito brasileiro, pacificou-se, mormente face à dicção do artigo 5º, inciso X, da atual Carta Política, o entendimento segundo o qual constituiria o sigilo bancário uma extensão dos direitos fundamentais.

A Constituição da República, no indigitado artigo 5º, inciso X, prescreve, com efeito, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O sigilo bancário, segundo se diz, estaria compreendido no direito à privacidade.

Poderíamos, empregando maior rigor à linguagem, conceituar o sigilo bancário como uma *garantia assecuratória* do direito fundamental individual à privacidade, valendo-nos da conhecida distinção entre garantias e direitos fundamentais.

As garantias, é cediço, constituem os “meios, instrumentos, procedimentos e instituições” destinados a assegurar o respeito, a efetividade e a exigibilidade dos direitos fundamentais, aos quais se encontram ligados nestes incisos do artigo 5º<sup>1</sup>. O sigilo bancário, destarte, é tido como um dos instrumentos para assegurar a efetividade da fruição do direito fundamental à privacidade.

Tércio Ferraz<sup>2</sup> ratifica o entendimento aqui defendido, ao afirmar constituir o sigilo um “instrumento fundamental”, cuja essência é a assessoriedade.

---

<sup>1</sup> V., a propósito, José Afonso da Silva, in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 366.

<sup>2</sup> In “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”, *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 1, outubro/dezembro de 1992, p. 144.