

REVISTA DA FACUL-
DADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



VOL. XV

1961 - 1962

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

COMISSÃO DE REDACÇÃO

INOCENCIO GALVÃO TELLES

Director da Faculdade de Direito
Presidente do Conselho do Instituto Jurídico

RAUL VENTURA

Director da Secção de História do Direito

COSTA LEITE (LUMBRALES)

Director da Secção de Ciências Económicas

MARCELLO CAETANO

Director da Secção de Ciências Políticas

PAULO CUNHA

Director da Secção de Ciências Jurídicas

ÍNDICE

	Pág.
DOCTRINA	
<i>Subsídios para a História das Cortes Medievais Portuguesas (Comunicação apresentada ao Congresso Histórico de Portugal Medieval em Braga, no mês de Novembro de 1959), pelo Prof. MARCELLO CAETANO</i>	7
<i>Apontamentos para a História do Direito das Sucessões Português, pelo Prof. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES</i>	39
<i>Le principe du bon voisinage en Droit International, pelo BARÃO VON DER HEYDTE</i>	279
<i>Breve história da cláusula de continuação da sociedade com os herdeiros dos sócios, pelo Lic. NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA</i>	293
TRABALHOS DOS ALUNOS	
<i>O problema do processo sem lide no Direito Processual Civil português, por JOSÉ FERREIRA DE ALMEIDA</i>	315
VIDA INTERNA	
<i>Relatório do Director da Faculdade (1959-1960)</i>	413
<i>Regulamento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>	461
<i>Anteprojecto de Estatutos da Associação dos Antigos Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>	467

O PROBLEMA DO PROCESSO SEM LIDE NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL PORTUGUÊS^(*)

Esta tentativa de estudo sobre o processo sem lide no Direito Português é o fruto das leituras e da meditação a que durante alguns meses consagramos todas as horas livres de outras prementes obrigações escolares.

Chegaram essas horas para arrumarmos ideias. Mas para lhes dar expressão sentimos grande falta de tempo: tanta que às vezes nos não permitiu ser mais breve, e sempre nos impediu o necessário trabalho de correcção e apuramento da forma.

Se a finalidade prática deste estudo era incompatível com a observação do preceito horaciano segundo o qual os escritos devem aguardar na gaveta dez anos a hora de publicação, não o era, em princípio, com mais cuidada revisão. As circunstâncias, porém, não a permitiram. Resta-nos, assim, confiar na indulgência de quem ler.

(*) Ao arquivar nas páginas da *Revista* o presente trabalho escolar do aluno José Ferreira de Almeida, que pelo seu merecimento se considerou digno de publicação, a Faculdade de Direito de Lisboa presta homenagem muito sentida ao que foi seu aluno muito distinto e se impôs à consideração de todos, mestres e discípulos, pelas suas virtudes intelectuais e morais, morto na Guiné em 9 de Fevereiro de 1961 em missão de soberania pouco tempo depois da sua licenciatura.

O referido trabalho foi elaborado no ano lectivo de 1957-58, para a Cadeira de Direito Processual Civil, do 4.º ano jurídico, confiada à regência do Professor Palma Carlos.

I

AS PREMISSAS DO PROBLEMA

- 1) Pluralidade de acepções do termo «lide»
- 2) Pressupostos do conceito de lide segundo Carnelutti
 - A) Conflito de interesses
 - B) Interesse na composição dos conflitos
 - C) Direito objectivo
 - D) Relação jurídica
- 3) O conceito carneluttiano de «lide»
 - A) Definição
 - B) A lide como conceito pré-jurídico
 - C) Elementos da lide
- 4) Função do conceito de lide na construção teórica de Carnelutti
 - A) Lide e função do processo
 - B) Lide e conteúdo do processo
 - C) Lide e direito de acção

1. *Pluralidade de acepções do termo «lide»*

O termo «lide» é frequentemente usado, por práticos e teóricos do processo, em sentido indeterminado e variável.

Na Comissão Revisora do Projecto do actual Código de Processo Civil italiano, invocou-se esta indeterminação de significado como argumento contra a adopção do termo no Código.

Calamandrei aponta como acepções mais usuais as de «controvérsia», «causa», «processo», «juízo», isto é, vocábulos ge-

ralmente empregados na prática para referir ora o processo, ora a relação material *sub iudice* (1).

Mas, mesmo quando os autores emprestam à palavra um sentido determinado, estabelecido em obediência a preocupações de rigor científico, não o fazem todos nos mesmos moldes.

Assim, para Betti, lide é o conflito entre duas apreciações unilaterais de uma situação jurídica concreta que se fazem valer em juízo (2). Para Carnelutti, lide, em sentido amplo, é um conflito intersubjectivo e actual de interesses (3). Dentro deste conceito lato, insere-se outro, estrito ou próprio, que é a pedra angular da construção processual do genial jurista italiano. E ainda outras definições se poderiam referir (4).

Para precisar os termos em que se põe o problema do processo sem lide, parece indispensável, antes de mais, dizer o que se entende por «lide». Ora, perante tal multiplicidade de acepções do termo, mais ou menos rigorosas, por qual delas optar?

Só aos olhos de um autor — Francesco Carnelutti — o conceito de lide assume a importância de base de toda a teoria do processo (5). Com efeito, os sentidos comuns ou impróprios do

(1) Piero Calamandrei, *Il Concetto di Lite nel Pensiero di Francesco Carnelutti*, em *Studi sul Processo Civile*, pág. 380.

(2) *Diritto Processuale Civile Italiano*, 2.^a ed. (1936).

(3) *Istituzioni del Processo Civile Italiano*, 5.^a edição (1956), vol. I, pág. 6.

E é corrente basear apreciações à construção de Carnelutti neste conceito genérico de lide (ver Nicola Jaeger, em *Corso di Diritto Processuale Civile*, ed. 1956, pág. 192).

(4) Ver: *O Direito de Acção Judicial* pelo Sr. Dr. João de Castro Mendes, págs. 242-243.

(5) Importância que, como adiante se explicará, diminui um pouco nas *Instituições*.

Nesta obra, o autor afirma (prefácio da 1.^a ed.) ter podido rectificar a teoria da lide, cuja primeira formulação reconheceu excessiva.

termo são de desprezar para uma sistematização científica. E as acepções de lide usadas por outros processualistas de forma definida e precisa estão longe de ter função primacial nas suas construções doutrinárias. Assim, referindo-se à lide tal como a entende, Betti afirma:

«Tal conflito de apreciações, actual ou ao menos virtual... é normal no processo de «acertamento». Possível, mas não normal, no de execução...» (6).

É, porém, tal a importância da figura da lide na construção de Carnelutti que, em face desta, constitui sério problema a possibilidade da existência de processos de que a lide esteja ausente.

Quer dizer: perante a teoria deste autor é que a questão do «processo sem lide» reveste significado específico.

Por isso se vai procurar definir o conceito carneluttiano de lide, indicando os pressupostos necessários à compreensão da figura, os elementos de que ela se compõe e a relevância que assume.

2. *Pressupostos do conceito de lide segundo Carnelutti*

A) *Conflito intersubjectivo de interesses*

Toda a Teoria Geral do Direito — e, portanto, do Processo — de Carnelutti baseia-se na ideia de interesse, que, para este autor, é a posição de um homem perante um bem, favorável à satisfação de uma necessidade (7).

Só o indivíduo pode ser sujeito de um interesse, porque

(6) *Ob. cit.*

(7) *Sistema del Diritto Processuale Civile*, vol. I, págs. 7 e segs.. *Teoria Geral do Direito*, págs. 78 e seguintes.

este é definido como posição de um homem. Quando há um conjunto de interesses de vários indivíduos, tendo por objecto o mesmo bem, interesses de tal forma ligados que a satisfação de um é inseparável da de todos os outros, diz-se que há interesse colectivo. Usando a expressão de Carnelutti, a situação favorável à satisfação da necessidade só pode determinar-se em relação a todos os indivíduos — os que são sujeitos do interesse.

A satisfação dos interesses colectivos não pode, como facilmente se compreende, ser alcançada por homem isolado: impõe a formação de grupos sociais cujas dimensões são determinadas pelo âmbito dos interesses a satisfazer, e cujas coesão e solidez resultam do número e importância desses interesses.

As relações entre interesses diferentes podem ser de solidariedade ou de conflito. O conflito surge quando uma situação favorável à satisfação de determinada necessidade exclui outras situações favoráveis à satisfação de outras necessidades. Se o conflito se dá entre interesses de sujeitos diferentes, verifica-se um *conflito intersubjectivo de interesses*.

O conflito de interesses deve entender-se em sentido objectivo, em harmonia com a noção objectiva, que se deu atrás, de interesse (8). Convém ainda aqui acentuar a distinção, em que Jaeger (9) insiste, e que parece corresponder à ideia de Carnelutti, entre *interesse* e *juízo* sobre ele formulado (que envolve uma comparação valorativa do interesse com outros). Não per-

(8) Usamos aqui o termo «objectivo» referido a interesse, apenas no sentido de «independente da apreciação que sobre ele se realize». Não, portanto, na acepção de o identificar como bem jurídico, que é própria de certos autores como Jellinek e Jhering, cuja posição o Sr. Dr. João de Castro Mendes traduz com estes termos: «sentido objectivo de interesse» (em *Do Conceito Jurídico de Prejuízo*, separata do *Jornal de Foro*, 1953) — reconhecemos que a designação se presta a dúvidas: mas é difícil encontrar outra que se adapte à ideia.

(9) *Ob. cit.*, págs. 9-10.

tencem ao conceito de interesse (e por isso ao de conflito) as apreciações acerca dele. Portanto, sempre que a situação favorável à satisfação de uma necessidade excluir idêntica situação de outro sujeito, dá-se um conflito de interesses, haja ou não conflito de apreciações.

B) *Interesse na composição dos conflitos*

O conflito pode ser solucionado pela violência de um dos sujeitos, que imponha pela força a prevalência do seu interesse. E é susceptível de composição pacífica por iniciativa das partes: por renúncia (inspirada em razões éticas ou económicas) ou por contrato. Finalmente, pode ser resolvido por arbitragem, isto é, pela intervenção de terceiro estranho ao conflito e com força para impor a sua decisão. Mas nenhuma destas formas de composição exclui a possibilidade de vir a recorrer-se à violência.

Ora o emprego desta para solução dos conflitos não permite a convivência em sociedade, e impede, portanto, a satisfação dos interesses colectivos.

Surge assim novo interesse colectivo, condição de todos os outros, porque está para com eles numa relação de instrumentalidade: é o interesse colectivo na composição eficaz dos conflitos, *interesse colectivo externo*, assim denominado porque exterior aos próprios conflitos.

C) *O Direito Objectivo*

O meio encontrado para dar satisfação a este interesse colectivo externo foi a formulação de uma *regra*, de acordo com a qual todo o conflito deve ser solucionado, e a imposição de tal regra por um *comando jurídico*. O interesse colectivo externo é assim a causa do Direito Objectivo.

Este aparece constituído, portanto, por dois elementos: regra e comando. A *regra* define-se em função da Justiça, a qual é exactamente o conjunto de regras que se revelam com maior ou menor perfeição através da consciência de cada homem e que lhe indicam o comportamento a manter em face dos conflitos de interesses. A atitude de um conjunto de homens perante os conflitos traduz a Justiça Social, que é a fonte da norma, isto é, que lhe fornece a matéria.

A imposição da regra aos indivíduos realiza-se através do comando, que actua pela cominação de «medidas jurídicas», preventivas, repressivas (como a restituição e a pena) ou de carácter intermédio. Se o comando impõe a regra em toda a sua extensão, torna-a completamente jurídica — e surge a *norma* ou *comando geral*.

Se o comando faz directamente simples aplicação da regra a caso individualizado, apenas a torna jurídica nessa medida — e está-se perante um *comando concreto autónomo*.

Dirigindo-se a uma generalidade de indivíduos e situações, o comando geral encontra certa dificuldade em ser obedecido, sobretudo pela incerteza do seu conteúdo formulado em termos abstractos. Daí a necessidade de se fazer obedecer por comandos *concretos* dele emanados. Estes comandos são *concretos*, mas distinguem-se dos atrás referidos (autónomos) visto serem fundados noutra comando e não representarem aplicação directa, mas tão só mediata, da regra de Justiça pré-jurídica. Por isso se dizem *complementares* ou *dependentes*.

O comando impõe portanto a cada titular dos interesses em conflito uma conduta conforme à regra de Justiça. Essa conduta consistirá, para o titular do interesse protegido, na satisfação ou possibilidade de satisfação do seu interesse, e, para o sujeito do interesse sacrificado, em consentir no sacrifício.

D) *Relação Jurídica*

Quando composto pelo Direito, o conflito de interesses torna-se relação jurídica.

Esta aparece assim como conflito de interesses composto pelo sacrifício de um interesse e pela prevalência de outro, sacrifício e prevalência ordenados pelo Direito através da cominação de medidas jurídicas. Se o sacrifício de um interesse se obtém por meio de sanção, que vincula a vontade do titular, há uma obrigação. Se a prevalência do outro interesse depende da vontade do respectivo titular, a qual tem o poder de obter ou não satisfação, há um direito subjectivo. Mas se o interesse não é renunciável, isto é, se a sua protecção perante o outro interesse com o qual se encontra em conflito é imposta ao próprio sujeito, trata-se de *puro interesse protegido*.

Esquematizada a relação jurídica, tal como a entende Carnelutti, a lide surge como um conceito paralelo, visto ter por elemento material também uma situação de interesses em conflito.

3. *O conceito carneluttiano de lide*

A) *Definição*

Na situação de conflito de interesses, pode um dos sujeitos exigir a subordinação do interesse que se opõe ao seu, através de uma manifestação de vontade. A manifestação de vontade que contém tal exigência chama Carnelutti *pretensão*. Pode acontecer que o outro sujeito satisfaça a pretensão, que foi assim suficiente para resolver o conflito. Mas também é possível que a pretensão não obtenha satisfação, por encontrar uma *resistência* traduzida numa *contestação*, numa *lesão* pura e simples do interesse ou numa *lesão e contestação*.

Em sentido próprio, específico, lide é para Carnelutti «um conflito (intersubjectivo) de interesses qualificado por uma pretensão resistida» (10).

Importa, para o estudo que nos propomos, examinar esta noção.

B) *A lide como conceito pré-jurídico*

Antes de mais, deve notar-se que «lide» é conceito pré-jurídico e social, como afirmou Betti (11).

Existe independentemente da regulamentação jurídica (12), que pode faltar — e falta, por exemplo, no processo chamado por Carnelutti «dispositivo»; aí o juiz compõe o conflito, que é lide, através de um comando *concreto e autónomo* (já atrás definido). É o que sucede quando a norma de Direito substantivo não disciplina o conflito, mas se limita a atribuir ao juiz o poder de o fazer, vinculando-o só à equidade, quer dizer, a uma regra de Justiça pré-jurídica. Isto se verifica em matéria de fixação judicial de alimentos, por exemplo.

Deste modo não pode aceitar-se como inteiramente correcta, isto é, válida para todos os casos, a definição de lide contida no art.º 87.º do Projecto do Código de Processo Civil italiano, da autoria de Carnelutti (13): «Duas pessoas estão em lide quando uma pretende que o Direito tutela imediatamente o seu interesse

(10) *Istituzioni...*, pág. 7 (vol. I).

(11) *Osservazioni sul Proggetto di Codice di Procedura Civile presentato dalla Sottocommissione per la Riforma*, em *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 1928, citado por di Serego (*Il Processo Senza Lite*, 1930), que discorda da conclusão extraída por Betti, de que a lide é por isso «injuridicalizável», discordância que me parece absolutamente fundada.

(12) *Sistema...*, pág. 40.

(13) Definição que o próprio Carnelutti mais tarde reconheceu incorrecta e abandonou em *Litis y Proceso*, publicado em *Estudios...*

em conflito com um interesse de outra, e esta contesta a pretensão, ou, embora a não conteste, não a satisfaz». E incorrecta é, pelo mesmo motivo, a definição de lide dada pelo discípulo de Carnelutti que é Cortesia di Serego (14).

Não deve considerar-se, portanto, elemento necessário da lide a regulamentação jurídica.

Mas, normalmente, tal regulamentação existe (os casos de processo dispositivo são raros). E então a lide pressupõe uma relação jurídica em que a disciplina prescrita pelo Direito não foi observada pelas partes, subsistindo, por isso, um conflito de interesses não solucionado.

Resumindo: pode haver lide sem relação jurídica (processo dispositivo); relação jurídica sem lide (quando as partes procedem de harmonia com o preceituado pelo Direito); e lide e relação jurídica (quando as partes se não conformaram com a disciplina jurídica que a relação traduz).

C) *Elementos da lide*

Carnelutti classifica os elementos da lide em *genéricos* e *específicos* (15). Os primeiros, comuns a todas as situações de conflitos intersubjectivos de interesses, são: duas pessoas (sujeitos) e um bem (objecto). Os elementos específicos só existem na lide e são: a pretensão e a resistência.

Já atrás se definiu *pretensão* como o acto de exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio. No campo do Direito a simples exigência mostra-se ineficaz: para alcançar eficácia tem que se justificar, tem que se indicar o seu fundamento, a *razão da pretensão*. A razão, nos casos em

(14) *Il Processo Senza Lite*, pág. 3.

(15) *Sistema...*, pág. 342 (vol. I).

que a lide se encontra já regulada pelo Direito, só pode consistir na «afirmação da conformidade da pretensão ao Direito Objectivo».

A *resistência* é a não adesão à pretensão. Pode consistir numa contestação ou numa lesão.

A *contestação*, declaração de vontade, traduz-se na recusa de subordinação do interesse próprio a um interesse alheio. Também a sua eficácia reclama uma razão, que consiste na negação da que fundamenta a pretensão. Quando uma afirmação, compreendida na razão da pretensão ou na da contestação, se torna duvidosa e tem que ser verificada, surge uma *questão*.

As questões são, no dizer de Carnelutti, as raízes da lide (16), e o elo de ligação, uma espécie de soldadura, entre lide e processo (17). Com efeito, a lide de pretensão contestada nasce de uma ou mais discrepâncias das partes acerca da regulamentação do conflito. Tais discrepâncias são as questões que é preciso resolver para compor o conflito.

A segunda forma de resistência — a *lesão da pretensão* — é uma conduta, uma actuação de vontade. Pode cumular-se com a contestação; nesse caso, além de se negar a prevalência do interesse alheio, não se permite a sua projecção no plano dos factos. E pode a lesão da pretensão surgir isolada: não se nega então que o interesse em conflito deva ser respeitado, mas procede-se de forma a desrespeitá-lo.

Até agora procurámos desenhar os contornos principais da figura da lide como ela aparece no pensamento de Carnelutti, quer dizer, procurámos mostrar *o que é* a lide.

Segue-se indicar qual a função desempenhada por este con-

(16) *Litis y Proceso em Estudios de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1952), vol. II, págs. 26-27.

(17) *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. IV, pág. 11.

ceito na teoria do processo civil construída por Carnelutti, isto é, dizer *para que serve* a noção de lide.

Mas, antes de passar adiante, e a título de curiosidade, não deixaremos de notar que a «lide», tal como foi definida por Carnelutti, parece um conceito novo e inteiramente original deste autor.

Essa originalidade foi impugnada por Calamandrei, que considerou a concepção carneluttiana como «um regresso ao antigo» (18), em retorno à ideia medieval (e romanista) da *controvérsia*. A este ponto de vista parece aderir o Sr. Dr. João de Castro Mendes (19). A observação de Calamandrei (que aliás não pretende ter o alcance de uma crítica) afigura-se-nos, porém, infundada, em virtude das diferenças entre lide e *controvérsia*. Com efeito, esta pode surgir independentemente de um conflito de interesses: há então *controvérsia* e não lide. E a lide pode ser de mera lesão ou de contestação apresentada fora do processo: há em tal caso lide e não *controvérsia*. As diferenças entre os dois conceitos foram acentuadas por Carnelutti (20), em resposta à observação de Calamandrei. A distinção foi ainda desenvolvida por di Serego (21), tanto no aspecto histórico como no sistemático. A ela nos referiremos com mais desenvolvimento.

4. *Função do conceito de lide na construção teórica de Carnelutti*

Escreve Calamandrei (22), referindo-se ao «Projecto» de Carnelutti: «Os institutos processuais, ainda quando mantêm

(18) *Ob. cit.*, págs. 362 e 363.

(19) *Ob. cit.*, pág. 104.

(20) *Litis y Proceso*, *ob. cit.*, págs. 16-17.

(21) *Il Processo Senza Lite*, capítulos II e III.

(22) *Ob. cit.*, pág. 379.

a estrutura do direito vigente, são apresentados por um ângulo de visão diferente do tradicional, uma vez que são todos repensados e orientados em relação à lide». Parafraseando o próprio Carnelutti (23) (que usou esta expressão irònicamente, a propósito do papel da *acção* na Doutrina corrente), pode dizer-se que a lide é para ele uma espécie de «bonne à tout faire»...

Daí resulta, como fàcilmente se compreenderá, que a resenha completa das aplicações do conceito de lide no pensamento de Carnelutti exigiria pràticamente a reprodução de toda a monumental obra do infatigável jurista...

Mas para permitir uma ideia do lugar que tal figura ocupa na construção carneluttiana, bastará, indicar os problemas mais gerais e centrais da Teoria do Processo que nessa construção são resolvidos pelo recurso à noção de lide. É exactamente no âmbito desses problemas gerais e centrais que se insere a questão do *processo sem lide*.

Vamos considerar, por isso, nas alíneas seguintes, as principais aplicações da noção de lide na teoria de Carnelutti:

- a) Lide e função do processo
- b) Lide e conteúdo do processo
- c) Lide e direito de acção.

Note-se, antes de mais, que estes problemas, verdadeiros compartimentos estanques na obra de tantos processualistas, estão para Carnelutti tão estreitamente ligados que, como se verificará, é por vezes difícil distingui-los. Eis uma prova da extraordinária aptidão de Carnelutti para edificar uma Teoria Geral, de unidade compacta e harmónica, sistema impecável de conceitos

(23) *Litis y Proceso*, ob cit., pág. 31.

lógicamente ligados entre si, dentro de perfeito equilíbrio, sem quaisquer ligamentos frágeis ou faces distorcidas. Com razão Carnelutti considerou (24) as suas obras como tentativas para uma nova fase da evolução da Ciência Processual, caracterizada pela preocupação de alcançar uma Teoria Geral do Processò. E o conceito de lide tem como função primacial no pensamento de Carnelutti ser a «chave de abóbada» (25) da Teoria Geral do Processo e talvez o instrumento de integração desta na Teoria Geral do Direito.

A respeito de cada um dos três principais problemas que vamos considerar, parece-nos necessário distinguir duas fases na evolução do pensamento de Carnelutti. Mas antes de delimitá-las queremos acentuar que não referiremos as posições deste processualista anteriores à sua fixação do conceito de lide. Tais posições, como é fácil de compreender, não interessam aqui.

A primeira fase tem por marcos principais as *Lezioni* e sobretudo o *Sistema*, no qual o pensamento de Carnelutti encontrou, segundo cremos, a sua mais perfeita expressão.

A segunda fase, caracterizada por modificação substancial relativamente a matérias das mais centrais, como o fim do processo, surge com as *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, de 1941.

As ideias contidas nesta obra foram desenvolvidas, mas sem profundas alterações, nas sucessivas edições, de que citarei a última que conheço (5.^a ed., de 1956) (26).

(24) Por ex. em *Sistema...*, págs. 4 e 5 (vol. I). Idem, em *Título Ejecutivo y Ciencia del Proceso*, pág. 80; *Estudios...*, págs. 669 e 670.

(25) *Litis y Proceso*, ob. cit..

(26) Do título da obra, nesta última edição, foi eliminada a palavra «Nuovo», sobretudo porque, como diz o autor, o actual Código de Processo Civil italiano já é velho demais para merecer essa qualificação.

A) *Lide e função do processo*

a) *A primeira fase do pensamento de Carnelutti*

Afirma Carnelutti que «não há para a Ciência do Processo problema mais grave do que o relativo ao conhecimento da função judicial» (27).

Numa primeira formulação do seu pensamento, para caracterizar tal função (28) começa por afastar a concepção de que o processo actua no interesse das partes. O interesse destas é ter razão, diz; ora o interesse que o processo satisfaz consiste em dar razão a quem a tenha. Só para prosseguir este interesse o processo utiliza como meio os interesses em conflito. Portanto: o processo funciona mediante o interesse das partes e não para satisfação dele. Dar razão a quem a tenha é compor conflitos, o que constitui objecto de um interesse público — o *interesse público externo*, estranho aos próprios conflitos e dirigido à composição deles.

Este interesse está perante todos os interesses públicos numa relação de instrumentalidade necessária: sem as condições que tornem a sua satisfação possível, será igualmente inviável a dos outros interesses públicos, porque será impossível a vida em sociedade. O processo actua assim no interesse público para a satisfação de conflitos de interesses. Mas de que conflitos?

Apenas daqueles cuja subsistência constitua um perigo de violência e, portanto, um atentado contra as condições de existência da sociedade. Isto é, dos conflitos de interesses qualificados por uma pretensão resistida — *lides*. Se a lide fosse sempre juridicamente regulada (embora a regulamentação não fosse

(27) *Litis y Proceso*, ob. cit., pág. 5.

(28) *Sistema...*, págs. 214 e segs. (vol. II).

obedecida), então seria possível dizer que o fim do processo é de «accertamento» da norma jurídica ao conflito e de execução. Mas não sucede assim, como se viu em face da lide que dá lugar ao «processo dispositivo» (29).

Numa primeira aproximação, o fim do processo é, portanto, para Carnelutti a composição de lide: composição de lide de pretensão contestada, no processo jurisdicional (cognitivo); de lide de pretensão lesada, no processo executivo; de composição provisória da lide, no processo cautelar.

A definição da função do processo, da função do Estado geralmente designada por «jurisdição», é, deste modo, uma definição teleológica, concebida em vista do elemento *fin*.

No pensamento de Carnelutti surge clara a caracterização da jurisdição — que ele prefere chamar «função processual» — em face das outras funções do Estado (adentro da doutrina clássica das três funções, na qual, não obstante lhe parecer em crise, ele afirma acreditar) (30).

No exercício da função administrativa, o órgão do Estado não compõe um conflito de interesses: prossegue um interesse público, cuja prevalência procura assegurar, em conflito com outro interesse; actua, pois, como parte.

(29) Allorio (em *Il Sistema del Carnelutti*, Riv. Dir. Proc. Civ., 1941, parte I, pág. 73) afirma que no processo «dispositivo» não há lide: seria este então um caso de processo sem lide.

Não logramos entender o fundamento da afirmação de Allorio, que se limita a citar uma página do *Sistema...* (pág. 305), onde, muito pelo contrário, só vemos Carnelutti considerar na base desse processo uma lide não juridicamente regulada.

Claro que um processo voluntário pode ser de tipo dispositivo, mas então não terá lide por ser voluntário e não por ser dispositivo. Aliás por «processo dispositivo» Carnelutti refere-se especificamente a uma forma de processo contencioso. Já atrás nos referimos à lide presente no processo dispositivo. Nada temos a acrescentar ao que aí dissemos.

(30) *Litis y Proceso*, págs. 23-24, ob. cit..

Não têm por isso razão aqueles que apontam como característica da jurisdição a substituição do órgão do Estado às partes (31).

O órgão jurisdicional contrapõe-se às partes; o administrativo actua como parte. Este «índice externo» ou critério acessório de distinção entre as funções do Estado (a posição dos órgãos), resulta necessariamente do critério principal — o teleológico.

Por sua vez a função legislativa dirige-se à composição de conflitos de interesses, sim, mas independentemente da sua qualificação como lides.

Só a função processual tem como fim a composição de lides.

Mas para definir integralmente a função processual resta ainda fazer uma especificação.

O fim do processo não é qualquer forma de composição das lides. Ao lado do interesse na composição dos conflitos, o processo visa o interesse da Justiça.

O processo procura, pois, a justa composição da lide (32). Isto demonstra-o Carnelutti por via dedutiva e indutiva. Pela primeira, porque, se a composição da lide não fosse justa, não se alcançaria o fim de pacificação social que com tal composição se pretende. Indutivamente, porque toda a organização do processo se inspira no propósito de justa composição — o que distingue o processo da composição contratual da lide (transacção), a qual não tem necessariamente de ser justa.

Mas qual o preciso significado da palavra «justa», referida à composição da lide?

(31) É a ideia defendida por Chiovenda e a maior parte dos seus discípulos, entre os quais Calamandrei que a sustenta, contra Carnelutti, em *Il Concetto di Lite nel Pensiero di Francesco Carnelutti*, ob. cit., págs. 365 a 367.

(32) *Sistema...*, vol. I, págs. 245 a 248.

Esse significado é o de «conforme à regra», dando a este termo o sentido que atrás se lhe atribuiu.

No caso de a lide ser regulada pelo Direito, a regra encontra-se traduzida em termos jurídicos pelo comando: portanto «composição justa» será a conforme ao comando jurídico. Se a lide existe independentemente de regulamentação jurídica, «justa» quer dizer conforme à regra ainda pré-jurídica, isto é, à equidade.

Para esclarecer este conceito de *composição justa* julgamos útil referir a observação que acerca dela fizeram Giuseppe Chiovenda (33) e Nicola Jaeger (34): ou pelo requisito de «justa» se entende a conformidade ao Direito Objectivo, e então cai-se na concepção chiovendiana da jurisdição como actuação da vontade concreta da lei, ou se entende conformidade a algo de diferente do Direito Objectivo, o que é contrário à realidade, pois o juiz está vinculado à lei. Esta observação não se afigura exacta. Para Carnelutti «justa» significa sempre conforme a um mesmo valor que em certos casos está traduzido no Direito Objectivo e em outros não está, conforme a lide foi ou não juridicamente regulada. A justiça da composição, quando a lide é juridicamente regulada, não equivale à actuação da vontade concreta da lei «tout court»: significa actuação de tal vontade para composição da lide, o que é bem diferente e está longe de se identificar com a posição de Chiovenda. Nos casos em que a lide é desacompanhada de regulamentação do Direito Objectivo, não é contrário à realidade sustentar que «justa composição» significa conformidade a uma regra não traduzida pelo Direito, pois que, não estando este presente na lide, seria difícil afirmar que

(33) *Ob. cit.*, págs. 114 a 117.

(34) *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Madrid, 1936), vol. I, pág. 49.

o juiz está vinculado... à regulamentação jurídica estabelecida para ela.

Como último esclarecimento à fórmula «justa composição da lide», deve notar-se que para Carnelutti ele não exprime o *resultado* do processo: é apenas o *fim* para que este tende. «Porque o processo é um mecanismo construído e movido por homens, deve admitir-se *a priori* um desfazamento entre estes dois termos, e a experiência dolorosamente o confirma» (35).

Explicada assim a posição de Carnelutti perante o problema do fim do processo, compreende-se facilmente que ele considere os processos em que não se compõem lides como «processos impróprios», fenómeno de «promiscuidade de funções e órgãos» paralelo ao das leis impróprias: nos «processos impróprios», adoptar-se-iam formas processuais para o exercício de uma função administrativa, tal como a lei imprópria é uma forma legislativa e representa também uma actividade administrativa.

Eis, nas suas linhas gerais, o pensamento de Carnelutti, exposto nas *Lezioni di Diritto Processuale*, consignado no Projecto do Código de Processo Civil italiano, desenvolvido em numerosos trabalhos, quase todos publicados na *Rivista di Diritto Processuale*, e formulado de modo mais rigoroso no *Sistema di Diritto Processuale Civile*.

b) *A segunda fase do pensamento de Carnelutti*

O eminente processualista parece não ter mantido a mesma posição, quanto ao problema das relações entre lide e fim do processo, na sua obra mais recente, as *Istituzioni del Processo Civile Italiano* (36). E dizemos «parece» porque não trata agora

(35) *Sistema...*, pág. 247 (vol. I).

(36) Rerimo-nos à 5.^a edição (1956).

o problema com a mesma minúcia com que o versou nas obras anteriores: evita, nomeadamente, caracterizar a função processual (37) em face das funções administrativas e legislativa.

Passamos a indicar, de forma resumida, os pontos em que, segundo cremos, se verificam modificações relativamente à construção anterior.

Carnelutti parte agora da definição de processo como «um complexo de actos ordenados à formação ou actuação de comandos jurídicos, cujo carácter consiste na colaboração para tal fim de pessoas interessadas (partes) com uma ou mais pessoas desinteressadas (juiz, órgão judiciário)».

Parece-nos que esta definição não caracteriza a função do processo senão formalmente, como meio de formação ou actuação de comandos jurídicos. Falta a indicação do requisito causal, cuja ausência na teoria que define jurisdição como actuação do Direito foi exactamente criticada por Carnelutti (38).

A verdadeira definição de função do processo só resulta de

(37) Também quanto à designação da função do Estado geralmente conhecida como «jurisdição», Carnelutti abandona em parte a sua posição anterior. Conservando embora a expressão «função processual», considera como seu sinónimo o termo «jurisdição», antes reservado para a função do processo cognitivo.

E justifica-se (a págs. 50 das *Istituzioni*) alegando a inconveniência de se opor a um uso geral, de mais a mais seguido pelo novo Código, e ainda a circunstância de, no sistema das fontes de Direito, por jurisdição se designar um modo de criação de comandos jurídicos comum a todo o processo.

Permitimo-nos recordar que a expressão «função processual» já tinha sido muito criticada, por ex., por Calamandrei e Allorio.

O primeiro notara exactamente o inconveniente de ser contrária à terminologia geralmente aceite. O segundo considerara imperfeição designar a função do processo olhando ao instrumento e não, como nas outras funções do Estado, ao objecto. Jaime Guasp usa hoje, por vezes, a expressão «função processual» (por ex. em *Derecho Procesal Civil*, pág. 16).

(38) *Istituzioni*..., pág. 1 (vol. I).

ulterior classificação funcional de tipos processuais apresentado por Carnelutti: *processo contencioso e processo voluntário* (39). O primeiro tem por fim a justa composição de lides. O processo voluntário dirige-se à prevenção de lides (40). Este pressupõe também um conflito de interesses, que não é, porém, lide e que está colocado em segundo plano. Através dele, o juiz tutela especialmente só um dos interesses em conflito, procurando evitar, através dessa tutela, que o conflito degenerere em lide (41).

Ora a novidade desta mais recente formulação do pensamento de Carnelutti está em considerar o processo voluntário não como «processo impróprio» mas como verdadeiro processo. O grande processualista escreve com efeito:

«Esta (42) pareceu-me durante muito tempo, se não a única, pelo menos a verdadeira figura do processo, por isso que a sua figura complementar (processo voluntário) mereceu ser chamada processo impróprio. Ora, enquanto que mantenho firme a opinião acerca do processo contencioso, admito que ao lado dele o processo voluntário represente outra espécie do género, a qual, se histórica e praticamente tem menor valor, lógicamente está ao lado dele, em perfeita paridade» (43).

Parece não poder, pois, duvidar-se de que Carnelutti atribui natureza jurisdicional ao processo voluntário, e de que para ele o fim do processo passa agora a definir-se como «justa composição ou prevenção da lide».

Em que se cifra, então, a modificação do pensamento de Carnelutti?

(39) *Litis y Proceso*, ob. cit., págs. 9 a 11.

(40) *Istituzioni...*, págs. 4 a 23 (vol. I).

(41) *Istituzioni...*, pág. 176 (vol. III).

(42) Carnelutti refere-se ao processo contencioso.

(43) *Istituzioni...*, pág. 17 (vol. I).

Em admitir um tipo de processo verdadeiro e próprio, sem lide: o processo voluntário.

B) *Lide e conteúdo do processo*

a) *Primeira fase do pensamento de Carnelutti*

A lide é, nesta primeira fase, o conteúdo do processo. O processo reproduz ao representa a lide perante o juiz: ela está no processo, porque este serve para a compor: «O processo consiste antes de mais em levar a lide perante o juiz ou ainda em desenvolvê-la na sua presença» (44). Portanto, não há uma lide material (conflito de interesses directos) e uma lide processual (conflito de interesses instrumentais, que têm por objecto o modo de ser da decisão judicial), realidades que Jaeger (45) crê poder distinguir, considerando a segunda mais própria para ocupar no processo o lugar de conteúdo. Segundo Carnelutti, a lide como que encontra um prolongamento perante o juiz, mas é substancialmente a mesma, quer quando fora do processo, quer quando nele contida. Numa palavra, as relações entre lide e processo podem definir-se como relações de conteúdo para continente.

Carnelutti rejeita expressamente (46) a ideia de que o conteúdo do processo é uma relação jurídica, como sustenta a doutrina corrente, contra ele defendida por Calamandrei (47). Para isso recorre aos argumentos de que nenhuma relação jurídica existe se a lide não estiver juridicamente regulada (caso do processo dispositivo) e de que a relação jurídica se mostra igualmente inexistente no caso de sentença de simples apreciação negativa.

(44) *Sistema...*, pág. 341 (vol. I).

(45) *Ob. cit.*, págs. 192-193.

(46) *Litis y Proceso*, ob. cit..

(47) *Il Concetto di Lite...*, ob. cit., págs. 380 e 381.

b) *Segunda fase do pensamento de Carnelutti*

Em face da modificação acusada nas *Istituzioni*, terá que se aceitar que a lide é só conteúdo de um tipo de processo: do contencioso. Conteúdo do processo voluntário será o «*affare*», isto é, «um interesse ou um grupo de interesses a respeito dos quais se põe, no conflito com um ou mais interesses doutrem, a exigência de cumprimento de um acto pela sua tutela segundo o Direito» (48).

C) *Lide e acção*

a) *Primeira fase do pensamento de Carnelutti*

A acção é, para Carnelutti, um direito subjectivo público a que corresponde uma obrigação do juiz ou, de uma maneira geral, dos funcionários judiciais. Na base deste conjunto de direito da parte e obrigação do juiz — direito e obrigação que constituem os dois aspectos de uma relação jurídica — está um conflito entre o interesse público externo na composição de conflitos e o interesse do juiz em não prestar a actividade necessária a essa composição. Através da acção a parte prossegue não o seu interesse em lide mas o interesse público externo — e actua assim «no exercício privado de uma função pública» (49). Por isso, segundo o Sr. Dr. João de Castro Mendes (50), seria mais próprio que Carnelutti qualificasse a acção como poder funcional do que como direito subjectivo público (cívico).

Qual o objecto do direito de acção?

(48) *Istituzioni...*, pág. 20 (vol. I).

(49) *Sistema...*, págs. 888 a 900.

(50) *Ob cit.*, pág. 57.

O Sr. Dr. Castro Mendes (51) interpreta o pensamento de Carnelutti como considerando objecto da acção a *justa composição da lide*.

Salvo o devido respeito, não se nos afigura essa a posição do autor italiano. De facto no *Sistema...* (52), expressamente se afirma que o juiz tem obrigação de decidir «secundum jus» ou «secundum equitatem», mas que do querer da parte só depende que o juiz deve providenciar e não como o deve fazer. «Portanto, querendo designar-se o conteúdo do direito de acção, é exacto defini-lo como direito à providência e, em particular, à sentença, não à sentença justa ou à sentença favorável». Há neste ponto um desfazamento entre a área do direito da parte e a da obrigação do juiz, desfazamento imposto pela própria noção de direito subjectivo adoptada por Carnelutti. Com efeito, este considera que só há tal direito quando for renunciável o interesse protegido. Ora, não tendo a parte possibilidade de prescindir do conteúdo justo da sentença, não terá consequentemente direito à justiça desse conteúdo.

Para Carnelutti, portanto, na primeira fase da sua teoria o objecto da acção é só a *composição da lide*.

Desenhada a figura da acção, tal como aparece nessa fase, que abrange as *Lezioni* e o *Sistema*, fica-se habilitado a responder à pergunta: qual o pressuposto da acção?

Diz o art.º 86.º do «Projecto» que «ninguém pode pedir que o juiz se pronuncie acerca de uma questão se dela não depender a decisão de uma lide...».

O pressuposto necessário da acção é, assim, a *lide* (53).

(51) *Ob. cit.*, pág. 230.

(52) Págs. 896 a 898 (vol. I).

(53) Esta ideia está desenvolvida, por ex., em *Lineas Generales de la Reforma del Proceso Civil de Cognición*, «apud» *Estudios...*, vol. I, pág. 75.

b) *A segunda fase do pensamento de Carnelutti*

Nas *Istituzioni* revelam-se duas modificações principais na teoria da acção.

A primeira deriva, em linha recta, da inclusão do processo voluntário no âmbito dos «processos próprios» e cifra-se em admitir uma «acção voluntária». Os contornos desta figura não resultam nítidos, sobretudo porque Carnelutti define genèricamente acção como «o direito subjectivo processual que tem por conteúdo a prevalência do interesse na composição da lide... (54). Da definição parece ficar excluída a «acção voluntária» que, de acordo com a concepção já referida acerca do fim do processo voluntário, deveria ter por objecto a prevenção da lide e não a sua composição. No parágrafo que trata da «acção voluntária» (55) em nada se esclarecem as dúvidas acerca do objecto deste direito.

Afigura-se-nos, no entanto, que o objecto da «acção voluntária» deverá ser, na concepção de Carnelutti, a prática pelo juiz de um acto de tutela do interesse que constitui o «affare» (56).

Mais importante se nos afigura a segunda modificação a que aludimos. Trata-se de um diferente entendimento acerca do pressuposto do direito de acção. Tal entendimento aflora apenas na seguinte frase das *Istituzioni* aliás sublinhada pelo autor: «A verdade é que a acção, ainda que só com efeitos limitados, não pertence já à parte (em sentido material) mas a quem assume a posição de parte, e consequentemente aquilo de que depende é a aparência de ser sujeito da lide ou do «affare», e por isso cabe a qualquer cidadão» (57).

(54) *Istituzioni...*, 5.^a ed., vol. I, pág. 193.

(55) *Istituzioni...*, vol. I, 5.^a ed., pág. 202.

(56) *Idem*, pág. 20.

(57) *Istituzioni...*, págs. 194 e 195 (vol. I).

Se bem que não muito claramente, Carnelutti parece afirmar a ideia de que pressuposto da acção é só a aparência de lide ou a aparência de «*affare*», consoante se trate de acção contenciosa ou de acção voluntária. Com a referência a «efeitos limitados» afigura-se-nos que Carnelutti pretende significar a reduzida eficácia de um direito de acção baseado em simples e ténue aparência de titularidade da lide ou do «*affare*». Trata-se, pois, de uma concepção muito semelhante à adoptada pelo Sr. Dr. João de Castro Mendes (58) acerca dos pressupostos da acção: os «efeitos limitados» e a «aparência de lide» podem pôr-se em paralelo com a «decisão de menor relevância» e as «condições mínimas» de que fala este autor. Haveria, no entanto, lugar a que Carnelutti harmonizasse esta nova posição com a que anteriormente tomara acerca do objecto da acção. E isto falta nas *Istituzioni*.

5. *As críticas à teoria de Carnelutti e o processo sem lide*

Este esboço das concepções mais gerais da Teoria do Processo Civil de Carnelutti, embora procurasse ser sumário, resultou porventura demasiado longo; mas era indispensável para o enquadramento do problema do processo sem lide na teoria carneluttiana, uma vez que, como já foi dito, tal problema só nela tem significado.

A esse enquadramento vai agora proceder-se.

Carnelutti foi muito criticado, em grande parte devido à originalidade e ao vigor com que se afastou de ideias enraizadas por longa tradição.

Não pretendemos apresentar uma enumeração e apreciação exaustivas de tais críticas: para afastar esse verdadeiro tra-

(58) *Ob. cit.*, págs. 230 e seguintes.

balho de Sisifo contribui, além de limitações pessoais, uma razão de equilíbrio, que ficaria comprometido por tão extenso desvio do tema que prometemos abordar (59).

Muitas dessas críticas assentam em deficiente compreensão da teoria carneluttiana. É particularmente frequente a crítica que se baseia na confusão entre lide e controvérsia, confusão a que di Serego chega a chamar «clássica», tão frequente ela se mostra, mesmo em processualistas de primeira plana, como Invrea e Calamandrei.

Pode dizer-se que a maioria dos críticos se empenha em revelar casos de processo verdadeiro e próprio sem a presença de lide que constitua o seu conteúdo e cuja justa composição seja o seu fim, isto é, casos de processos sem lide.

A escola carneluttiana procura negar a possibilidade de verificação de tais casos; ou, ao menos, procura explicá-los de forma a evitar-lhes o significado de desmentidos à teoria da lide.

(59) Entre os processualistas que criticaram, no todo ou em parte, as concepções geral da teoria carneluttiana, ocorre-nos referir:

- Calamandrei, no artigo já citado, e em *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il Nuovo Codice*. E ainda em *Lineas Fondamentali del Processo Civile Inquisitorio* (publicado em *Studi sul Processo Civile*).
- Betti no artigo também citado e em *Diritto Processuale Civile Italiano* (2.^a ed., 1936).
- Allorio em *Il Sistema del Carnelutti* em *Rivista del Diritto Commerciale...*, 1937.
- Chiovenda em *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. espanhola, Madrid, 1936).
- Satta em *Teoria e Prática del Processo* (Roma, 1940).
- Jaeger em *Corso di Diritto Processuale Civile Italiano* (1956).
- Invrea em *Interesse e Azione* em *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928, I.

II

O EXAME DO PROBLEMA

- 6) Razão de ordem
- 7) Processos sem controvérsia
- 8) Processos voluntários
- 9) Processos de condenação sem lide
 - A) Processos de condenação com lide de pretensão insatisfeita mas não contestada
 - a) Posição de Carnelutti e di Serego
 - b) Natureza do processo de condenação com mera lide de pretensão insatisfeita
 - B) Processo de condenação sem lide quer de pretensão contestada quer insatisfeita
 - a) Posição de di Serego
 - b) Natureza do processo de condenação sem lide quer de pretensão contestada quer insatisfeita
- 10) Processos constitutivos sem lide
 - A) Posição de Carnelutti
 - B) Posição de di Serego
 - C) Posição de Calamandrei
 - D) Natureza do processo de constituição sem lide
- 11) Processos de simples apreciação sem lide
 - A) Posição de Carnelutti
 - B) Posição de di Serego
 - C) Natureza do processo de simples apreciação sem lide

6. *Razão de ordem*

Até esta altura fornecemos apenas os dados necessários à compreensão do problema do processo sem lide.

Vamos agora examiná-lo a tentar a sua solução.

Para isso confrontaremos os princípios da teoria carneltiana com certo número de processos em que se discute a existência de lide, tais como aparecem no nosso Código de Processo Civil.

Procuraremos seguidamente extrair uma conclusão: saber se a teoria da lide logrou suportar a prova, ou se através dela sofreu desmentido.

Os casos de processo sem lide que têm sido apontados pela doutrina podem classificar-se do seguinte modo:

- a) Processos sem controvérsia
- b) Processo voluntário
- c) Processo de condenação sem lide
- d) Processos constitutivos sem lide
- e) Processo de simples apreciação sem contestação.

Note-se que afastamos o processo de que a lide é excluída por fraude ou simulação processual.

Trata-se de casos em que as partes usam o processo para fins diferentes dos que a lei lhe atribui. Relativamente a eles, pode pôr-se o problema da escolha dos melhores remédios para os evitar. Mas não pode caracterizar-se uma figura jurídica olhando ao fim para que ela pode ser ilícita ou anormalmente usada. Por isso, as hipóteses de simulação ou de fraude processuais não têm interesse directo para este trabalho (60).

(60) Não obstante, di Serego faz destas hipóteses um estudo cuidado. Aliás, Carnelutti ocupou-se também delas (por ex., *Contra el Proceso Fraudu-*

7. *Processos sem controvérsia*

A distinção entre lide e controvérsia já foi afluada neste trabalho. E, no plano da pura lógica, afigura-se fácil precisar as diferenças que separam as duas figuras. Mas essa facilidade diminui quando se procura estabelecer a distinção em face de casos concretos. Isto explica que processualistas de incontestável valor tenham, expressa ou implicitamente, confundido os dois conceitos e nessa confusão baseado críticas à teoria de Carnelutti.

O pensamento destes autores pode sintetizar-se assim: sendo, afinal, lide o mesmo que controvérsia, as ideias de Carnelutti encontram flagrante desmentido nos casos de processos sem controvérsia ou lide.

Calamandrei confundiu os dois conceitos, ao afirmar que a lide traduz o regresso à noção antiga de controvérsia (61). É a este ponto de vista parece aderir o Sr. Dr. João de Castro Mendes, que acerca do conceito da lide ou litígio escreve: «Não que seja moderno, embora ultimamente Carnelutti o tenha tomado como centro do seu sistema; com efeito, sob os nomes diferentes de «pleito», «causa», «controvérsia», ou «contraste», já é tradicional na linguagem jurídica» (62).

Partindo de tal confusão, Calamandrei sustenta que pode deixar de haver lide no processo penal (63) (ponto fora do âmbito

lento em *Estudios...*, vol. II), mas não em relação ao problema do processo sem lide.

E di Serego, neste ponto, desvia-se sensivelmente do tema que se propôs tratar. Como se diz em crítica à sua obra na *Rivista di Diritto Processuale* (1931, I, pág. 88), ele esquece que a fraude ou simulação processuais são realidades empíricas, sociológicas, que só interessam ao processo «pelo lado de dentro».

(61) *Il Concetto di Lite*, em loc. cit., págs. 262-263.

(62) *Ob. cit.*, pág. 104.

(63) *Ob. cit.*, págs. 372 a 374.

deste trabalho e ao qual, por isso, não nos referimos) bem como no processo de execução (64). De forma semelhante procede *Invrea* (65).

As diferenças entre controvérsia e lide foram, porém, acentuadas por Carnelutti (66), sobretudo em resposta às observações de Calamandrei, e também por Cortesia di Serego (67).

Diz-se que há controvérsia em sentido estritamente processual, o único que interessa aqui, quando entre as partes existe discordância de opiniões acerca do *se* ou do *como* um interesse é ou deve ser tutelado pelo Direito (68) (69).

Do confronto desta definição com a de lide resulta nitidamente a distinção dos dois conceitos.

Em primeiro lugar, a controvérsia pode pôr-se fora do plano do conflito de interesses, quando, portanto, não há lide: respeita então à tutela de um único interesse.

Pode também a controvérsia acerca da composição de um conflito de interesses não dar lugar à lide, por faltar o acto de

(64) *Ob. cit.*, pág. 367. Mas note-se que, na altura em que Calamandrei escrevia este estudo, não estava ainda publicado o 5.º volume das *Lezioni* de Carnelutti, o qual se ocuparia do processo de execução. E só no *Sistema* apareceu uma parte geral, comum aos processos de cognição e execução, com certo desenvolvimento.

(65) *Interesse e Azione*, em *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928, págs. 338 e seguintes.

(66) *Litis y Proceso*, cit.. *Lite e Funzione Processuale*, em *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928.

(67) *Ob. cit.*, capítulos II e III.

(68) Parece-nos esta definição mais rigorosa do que a formulada por di Serego, em *ob. cit.*, pág. 52.

(69) É claro que este é um sentido estrito que interessa ao campo do Processo. Em sentido amplo, controvérsia é uma discordância de opiniões ou sentimentos (*Lite e Proceso*, nota por Carnelutti em *Rivista di Diritto Processuale*, 1941, págs. 358 e seguintes).

exigência, que consiste na pretensão. É o caso do conflito teórico.

Ao lado destas hipóteses de controvérsia sem lide, aparecem casos de lide sem controvérsia. É o que se verifica na lide de simples lesão ou, segundo a fórmula de Carnelutti, de «pretensão insatisfeita». O processo executivo sem controvérsia mas com lide mostra-se, aliás, muito frequente.

Mesmo no caso de lide de pretensão contestada pode deixar de surgir controvérsia. Isso sucede quando a parte que contestou a pretensão é revel no processo.

A confusão entre as duas figuras facilitou-a a longa tradição doutrinária que via na controvérsia o conteúdo necessário e o selo da jurisdicionalidade do processo.

Tal tradição remonta ao Direito Romano onde parece que a discutidíssima «litiscontestatio» tinha a função de apurar a presença da «contentio inter partes» e de impedir, no caso de falta desta, o trânsito da causa para a fase «in iudicium».

Embora em contradição com a realidade processual ao que parece desde o início da Idade Média, a exigência de controvérsia para a existência de verdadeiro processo só foi abandonada pela Doutrina no último quartel do século XIX (70). Já Wach e Dreschler (71) afastaram a controvérsia como requisito indispensável do processo.

Em conclusão: o processo sem controvérsia, pelo simples facto de o ser, não constitui um caso de processo sem lide. Não pode, por isso, apontar-se como desmentido à teoria de Carnelutti que, aliás, distingue as duas figuras em termos bem nítidos.

(70) Di Serego, *ob cit.*, capítulo II.

(71) Carnelutti, *Litis y Proceso*, *ob. cit.*, pág. 17.

8. *Processo voluntário*

No seu desenvolvido estudo sobre o processo sem lide, di Serego não se ocupa do processo voluntário. E o mesmo faríamos aqui se neste ponto o pensamento de Carnelutti não tivesse sofrido modificação radical.

Até à publicação das *Istituzioni*, Carnelutti, seguindo a tendência dominante entre processualistas e administrativistas (72), não manifestou dúvidas acerca do carácter de actividade administrativa da jurisdição voluntária (73).

A exclusão do processo voluntário do campo da função processual resultava logicamente do conceito que desta formulara o eminente autor italiano. Através do processo voluntário o juiz não compõe um conflito de interesses e muito menos uma lide: a sua actividade é ainda determinada por um interesse público — o interesse na boa administração dos interesses privados — mas não visa a composição de conflitos, dirige-se à prossecução e tutela de um interesse interno. É claro que, ao menos em segundo plano, há ainda um conflito. Mas o magistrado não procura agora derimi-lo: assegura apenas a tutela do interesse de uma das partes em opposição ao da outra.

Pode o juiz ser órgão único dessa função tutelar ou colaborar com outros órgãos (o Conselho de Família, por ex.). E pode a sua intervenção variar entre o simples «controle» de legalidade (que procura assegurar a observância do Direito) ou a apreciação de mérito (que fiscaliza a conveniência dos actos pra-

(72) Por exemplo: Wach, Schmidt, Chiovenda, Zanobini, Cristofolini, Mortara, Betti, Liebman, Guasp; entre nós, Prof. J. A. dos Reis e os Srs. Profs. Manuel de Andrade, Palma Carlos e Marcelo Caetano, bem como o Sr. Dr. Marques Guedes.

(73) Assim geralmente denominada, se bem que, no dizer de Mortara, não seja nem jurisdição nem voluntária.

ticados ou a praticar, para o interesse tutelado). Como quer que seja, verifica-se sempre a «participação ou vigilância da autoridade judiciária no exercício de direitos subjectivos ou, genèricamente, de poderes jurídicos» para tutela de um interesse (interno) em conflito com outro. Isto é, o juiz age *como parte* (74). Não se trata assim de uma actuação funcionalmente diferente da de um notário ou conservador. Aliás a escolha do juiz, de preferência a um vulgar funcionário administrativo, deve-se só a razões históricas ou de conveniência. Estas cifram-se nas melhores garantias de preparação técnica e de integridade oferecidas pelo funcionário especialmente categorizado que é o magistrado judicial.

Basta recordar a distinção formulada por Carnelutti entre função processual e função administrativa para concluir que a actividade desenvolvida pelo juiz através do processo voluntário se integra na última. Trata-se de um caso que se enquadra no fenómeno da «promiscuidade marginal e parcial de funções entre órgãos dos diferentes poderes» (75). Por isso o processo voluntário constitui um «processo impróprio», denominação proposta por Carnelutti para tornar nítido o paralelismo com as «leis impróprias», actos dos órgãos do poder legislativo no exercício de uma função administrativa.

Esta posição foi aceite por di Serego, que considerou o processo voluntário caso tão flagrante e evidente de exercício de função não processual que nem julgou necessário abordá-lo no seu exaustivo estudo sobre os processos sem lide (essa evidência resultava para di Serego ainda da diferença de forma entre o processo voluntário e o contencioso).

Como já referimos, Carnelutti não se afastava, quanto ao

(74) *Sistema...*, págs. 238 e 245 (vol. I).

(75) *Litis y Proceso*, ob. cit., pág. 23.

processo voluntário, da tendência geral da Doutrina. E por isso esse ponto foi um dos poucos em que ele escapou a veementes críticas e a enérgicos desmentidos... Calamandrei por exemplo, no estudo em que tentou demolir a construção carneluttiana, exclui expressamente do âmbito dos processos sem lide determinados processos, por constituírem exercício de jurisdição voluntária (76).

O leitor desprevenido de 1936 (77) poderia ser tentado a considerar definitivo o juízo de Carnelutti acerca do processo voluntário: porque estava na lógica da sua teoria; porque era praticamente incontroverso; porque se achava de acordo com a tradição.

Quem assim pensasse esquecia porém a dominadora preocupação de originalidade deste autor e o seu bem evidenciado espírito de contradição...

Foi, de facto, exactamente sobre este ponto que incidiu a principal correcção da teoria da lide quando Carnelutti a reconheceu excessiva (78).

Dir-se-ia que o genial processualista considerava inferioridade da sua teoria qualquer adesão à opinião tradicional. O certo é que ele — contra a opinião corrente e, cremos, em prejuízo da compacta unidade lógica que caracterizava a sua construção —

(76) E Allorio, ao procurar prever a evolução futura da teoria carneluttiana, considerava provável um tratamento unitário do processo administrativo, civil e penal; e, dentro do processo executivo, do processo de falência e da execução penal, a juntar assim à execução civil singular. Desta previsão, feita em comentário ao então recém-publicado 1.º volume do *Sistema*, nada consta acerca de uma mudança de posição quanto à natureza do processo voluntário (*Il Sistema del Carnelutti*, em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. XXXV, parte I, pág. 70).

(77) Data do 1.º volume do *Sistema*.

(78) Em prefácio à 1.ª edição das *Istituzioni*...

veio afirmar nas *Istituzioni* o carácter processual da jurisdição voluntária.

Já atrás, ao procurar o fim do processo na teoria carnelutiana, aludimos a esta mudança de posição. Como do que então dissemos pode concluir-se, tal mudança não resultou de uma diferente caracterização da figura do processo voluntário: foi antes consequência de um alargamento das concepções gerais da teoria do processo, alargamento que permitiu integrar nelas a figura, conservada sem alterações sensíveis.

O processo voluntário tornou-se agora processo verdadeiro e próprio (79). Mas o fim do processo deixou de ser exclusivamente a composição da lide: passou também a ser a sua prevenção, conseguida através da tutela de um dos interesses em conflito. Por isso, conteúdo do processo é não só a lide, mas também o «*affare*». E, ao lado da acção contenciosa, surge a «acção voluntária».

Que pensar das posições de Carnelutti relativamente ao processo voluntário?

Muitos têm sido os critérios defendidos pela doutrina para a destrição entre jurisdição contenciosa e voluntária (80).

Não pode dizer-se com segurança qual o adoptado pelo nosso Código de Processo Civil. A este respeito escreveu o autor do Projecto:

«A delimitação entre jurisdição voluntária e contenciosa é uma questão ainda em aberto; não há uma base segura, um critério preciso que habilite a discriminar os processos que pertencem a uma e outra classe.

(79) Também Nicola Jaeger, continuador, mais do que discípulo, de Carnelutti, reconhece natureza jurisdicional ao processo voluntário. Mas a construção de Jaeger é muito diversa da de Carnelutti.

(80) Expostos, por ex., pelo Prof. J. A. dos Reis, em *Processo Ordinário e Sumário*, 2.^a edição, págs. 46 a 56.

Abstive-me, por isso, muito propositadamente, de inserir no Projecto qualquer definição ou conceito sobre a matéria. No estado de incerteza em que ainda se encontra o assunto, seria rematada imprudência pretender resolver o problema mediante uma fórmula legal era lançar a doutrina e a jurisprudência numa querela fatal, era criar uma fonte inesgotável de controvérsias e questões. Resolvi por isso adoptar o sistema de enumerar taxativamente os processos de jurisdição voluntária. Para efeito de aplicação das regras dos art.ºs 1448.º e 1451.º, processos de jurisdição voluntária são todos aqueles que se regulam nas secções 2.ª a 16.ª do capítulo XVIII (art.ºs 1452.º a 1560.º), e só esses» (81).

Mas, em face desta enumeração taxativa, o critério de Carnelutti parece plenamente válido: em todos os processos que o Código classifica de voluntários o juiz intervém para tutela de um interesse em conflito com outro.

Pelo que respeita à inclusão do processo voluntário na função administrativa ou na função jurisdicional é que a última posição de Carnelutti se nos afigura de rejeitar.

Em primeiro lugar, esta posição não pode adoptar-se sem manifesto sacrifício da unidade da teoria do processo. Basta recordar que *Carnelutti* se vê forçado a dar agora uma noção dupla do conteúdo do processo (lide e «*affaire*»), conceitos que nada têm de comum). Também duplo passou a ser o fim do processo: justa composição da lide e tutela de um interesse em conflito. É claro que, para preservar uma simples aparência de unidade, Carnelutti fala em prevenção da lide». Mas se repararmos em que no processo voluntário a lide não está presente e a actividade do juiz tem por objecto apenas um interesse,

(81) Prof. J. A. dos Reis, *Código de Processo Civil Explicado*, págs. 822 e 823, em nota ao art.º 1448.º.

aparece-nos bem nitidamente a distância que separa as duas ideias: composição e prevenção. Finalmente, ainda a quebra de unidade da teoria se revela quanto à acção: viu-se como a «acção voluntária» aparece insuficientemente caracterizada e se coloca fora dos termos da definição genérica de acção.

Mas não é em simples defeito teórico que incorre a nova fórmula do pensamento de Carnelutti. O reconhecimento da natureza jurisdicional (ou processual) da actividade exercida através do processo voluntário reveste graves inconvenientes práticos, como o apagar das fronteiras entre as funções do Estado — fronteiras cujo preciso traçado fora uma das maiores vantagens da teoria da lide.

Como já dissemos, não cremos que na definição de processo (82) inscrita logo na primeira página das *Istituzioni* deva ver-se determinada a função deste. Mas não deixaremos de notar que tal definição exclui o processo voluntário, porque, quanto a ele, o juiz age como parte, prosseguindo um dos interesses em conflito: é, portanto, um interessado.

Consideremos, porém, como função do processo a composição e a prevenção de lides. Ora que diferença existe entre a prevenção obtida pelo processo e a conseguida pela actuação de um notário ou conservador? Não nos parece que, sob o ponto de vista funcional, exista alguma. E por isso não vemos como poderá Carnelutti distinguir a função do processo da função administrativa, desde que sustente que o processo voluntário é um «processo próprio» (83).

(82) «Complexo de actos destinados à formação ou actuação de comandos jurídicos, cujo carácter consiste na colaboração para tal fim das pessoas interessadas (partes) com uma ou mais pessoas desinteressadas (órgão judiciário)».

(83) *Istituzioni...* (vol. I), págs. 15 e 17.

Creemos que não será alheio a esta dificuldade o facto de nas *Istituzioni*, ao contrário do que sucedia no *Sistema*, o autor não se ocupar da distinção entre a jurisdição (ou função processual) e a função administrativa.

Em pura lógica jurídica, entendemos, por tudo o que fica exposto, que é de manter a afirmação da natureza administrativa do processo voluntário.

E parece-nos ser isto o que melhor se harmoniza com o nosso Código de Processo Civil.

Com efeito, o Prof. J. A. dos Reis, referindo-se ao critério que presidiu à enumeração taxativa dos processos voluntários, escreve:

«É claro que não foi por mero acaso nem por simples capricho que se inseriram aqui estes processos e não outros. No espírito de quem organizou a classificação estava um certo critério doutrinal no tocante à diferenciação entre as duas jurisdições — a voluntária e a contenciosa; e o critério era fundamentalmente este: a jurisdição voluntária implica o exercício de uma actividade essencialmente *administrativa*, a jurisdição contenciosa implica o exercício de uma actividade verdadeiramente *jurisdiccional* (84).

Em conclusão: no processo voluntário não há lide; mas não nos parece que ele possa ser classificado como processo sem lide, porque não é processo: através dele exerce-se antes uma actividade administrativa: trata-se de um «processo impróprio».

Defendo, assim, a posição que Carnelutti sustentou nas *Lezioni* e no *Sistema* e abandonou nas *Istituzioni*. E faço-o, não só por razões de pura teoria, mas porque ela se mostra de acordo com o Direito Positivo Português.

(84) *Ob. cit.*, pág. 823.

9. *Processo de condenação sem lide*

O processo de condenação, na teoria de Carnelutti, declara uma situação de responsabilidade (85). Como para este autor responsabilidade é a sujeição ao poder de aplicar uma sanção, conclui-se que, no processo de condenação, o juiz «accerta» a existência de uma sujeição a uma sanção (86).

É neste campo que surgem casos já muito mais discutíveis de processos sem lide.

Julgamos útil distinguir dois tipos de possíveis processos de condenação sem lide:

- a) Sem contestação mas com lesão
- b) Sem contestação nem lesão

A) *Processos de condenação com lide de pretensão insatisfeita mas não contestada.*

a) *A posição de Carnelutti e di Serego*

No 5.º volume das *Lezioni*, Carnelutti estabelecia assim as relações entre formas de processo e tipos de lide: «Se o contraste se limita à discussão da pretensão sem lesão do interesse, basta naturalmente o processo de cognição; se consiste apenas na lesão sem discussão, é suficiente o processo executivo; mas se à lesão do interesse se junta a discussão da pretensão, a lide só se compõe inteiramente quando operam tanto uma como outra forma de processo».

(85) Só a partir do *Sistema*. Anteriormente a este, condenação era o «accertamento» de um acto ilícito.

(86) *Istituzioni...*, págs. 35 e 36. *Sistema*, págs. 138 e 140.

A mesma ideia exprime aquele autor em outros lugares (87).

Portanto: na execução torna-se necessária a lide de pretensão insatisfeita; na cognição, a de pretensão contestada.

Corresponderá isto à verdade?

A limitação dos documentos com força de título executivo e a necessidade deste para início da execução (art.º 45.º do Código de Processo) impõem o recurso ao processo da condenação sempre que o credor não tem qualquer daqueles documentos e o devedor não contesta a dívida nem a sua exigibilidade, mas se limita a não cumprir (88). Há nessa hipótese processo de condenação com lide de pretensão insatisfeita mas não contestada. Ora, dentro da doutrina de Carnelutti, a lide de lesão de modo algum poderá justificar esta forma de processo.

Como a explicar então?

Trata-se de verdadeiro caso de processo sem lide ou «processo impróprio». Nele o juiz não exerce uma função processual, mas, agindo como qualquer notário, limita-se a fornecer um título executivo. A sua actividade é por isso substancialmente administrativa. Eis a concepção exposta em várias obras do grande processualista (89).

Mas já é, segundo cremos, diferente a opinião que ele adopta no *Sistema*. Aí exclui expressamente este tipo de processo de condenação do grupo dos processos sem lide, com o argumento de que lide, propriamente dita, não falta: só falta

(87) Em estudos como o tantas vezes citado *Litis y Proceso*.

(88) Aliás, o credor pode sempre recorrer ao processo de condenação, ainda que esteja já munido de um título de força executiva e o réu não conteste. Isso resulta do art.º 458.º, corpo e n.º 4, do nosso Código de Processo Civil, que, neste caso, sujeita o autor ao pagamento de custas.

(89) Além da passagem das *Lezioni* transcrita, em: *Lineas Generales de la Reforma del Proceso Civil de Cognición*, publicado nos *Estudios...*, vol. I, págs. 69 a 72; *Litis y Proceso*, ibidem, vol. II, págs. 20 e 21.

uma modalidade de lide (90). Com efeito, evita agora definir a cognição pela presença da lide de pretensão contestada, como anteriormente fizera. Recorre à ideia de *formação* do comando, contrapondo-a à *actuação* deste, que é própria do processo executivo. Nada obsta, portanto a que o processo de condenação sem contestação seja qualificado como processo próprio, dadas a presença de lide de lesão e a existência de uma razão de ordem prática (a conveniência de «accertare» a actuabilidade da sanção antes de a executar (91).

Parece-nos que Allorio não se apercebeu desta mudança de atitude ao afirmar que o facto de a lide de pretensão insatisfeita ser necessária e suficiente no processo de condenação é contraditório com o definir o processo cognitivo por meio da lide de pretensão contestada (92). Efectivamente esse critério de definição fora já abandonado.

A posição de Cortesia di Serego parece-me análoga à do *Sistema*: só considera processo de condenação sem lide aquele em que não exista qualquer das espécies de lide: a de lesão, ou a de contestação (93).

Em *Istituzioni* regressa, porém, Carnelutti à ideia de que é necessária a presença da lide de pretensão contestada na cognição (94).

Regressará também o versátil e genial autor à ideia de que o processo de condenação com lide de pretensão insatisfeita mas

(90) *Ob. cit.*, pág. 236.

(91) *Ibidem*, pág. 139.

(92) *Ob. cit.*, pág. 78.

(93) Ver capítulos X, XI e XII de *Il Processo Senza Lite*, que se ocupam do processo de condenação sem lide.

(94) *Istituzioni*..., pág. 28 (vol. I).

não contestada é processo impróprio e, portanto, exercício de uma função administrativa?

É outra agora a concepção de Carnelutti quanto a este ponto.

Ele sempre sustentara que a possibilidade deste processo constituía uma imperfeição do sistema legislativo, queurgia eliminar.

Com efeito, movimentar o pesado maquinismo do processo cognitivo (concebido para derimir uma lide de pretensão contestada) quando o réu não deduz oposição é fazê-lo funcionar «no vazio» com grave dispêndio de energias e maior gravame para as partes.

Mas evitar esta imperfeição mostrava-se «um verdadeiro quebra-cabeças».

!Não pode iniciar-se a execução sem o «accertamento» da actuabilidade de sanção. Isso faria correr o risco de ser o processo executivo a «funcionar no vazio», se em processo de declaração subsequente se verificasse a inexistência do direito. E então os inconvenientes seriam muito maiores. A solução estaria situada em qualquer ponto entre a primeira hipótese (cognição sem lide) e a segunda (execução sem direito) (95).

Ora o novo Código de Processo Civil italiano (1942) consagrou uma forma de resolver o problema que está de acordo com estas ideias; e é em função da solução legal que nas *Istituzioni* Carnelutti se pronuncia acerca da natureza do processo de condenação com simples lide de pretensão insatisfeita.

A solução do Código de 1942 consistiu em instituir o

(95) Estas ideias podem ver-se desenvolvidas no estudo já citado *Lineas Generales de la Reforma del Proceso Civil de Cognición*, em *Estudios...*, págs. 69 a 72.

chamado «processo injuntivo» (96), ao qual Carnelutti atribui a posição de terceiro tipo funcional de processo, entre a cognição e a execução (97).

«Processo injuntivo» é o processo em que, por não haver oposição daquele contra quem a pretensão se dirige, «o juiz só procede à cognição de modo sumário e, com base nela, toma uma providência que serve de título executivo à pretensão e assim torna possível, para tutela desta, a execução forçada» (98).

Há fundamentalmente a considerar dois tipos deste processo. No primeiro a providência é tomada sem se provocar a contestação da outra parte, que só depois da decisão tem a faculdade de impugnar. No outro o réu é citado para deduzir oposição antes de adoptada a providência, mas basta a não comparencia ou não oposição para que o juiz decida.

Só ao primeiro destes tipos é que o Código italiano chama «processo injuntivo». Mas Carnelutti estende a designação ao segundo, dada a identidade de função. Esta, considerada nas *Istituzioni*, como dissemos, intermédia entre a do processo cognitivo e a do executivo, consiste em seleccionar as lides que devem ser compostas através do processo de condenação (lides de pretensão contestada) e em tornar possível, logo pelo processo executivo, a composição das lides de pretensão insatisfeita não contestada.

(96) Este processo já era admitido, em casos muito restritos e em moldes um tanto diferentes, no anterior Código; era geralmente designado como «processo monitório» (ver *Sistema*, vol. II, cap. XII). Di Serego pronuncia-se «de lege ferenda» por uma admissibilidade geral das formas do processo monitório (ele escrevia em 1930) pretendendo deslocá-lo, muito embora, para o campo da jurisdição voluntária.

(97) *Istituzioni*..., págs. 29, 41 a 43.

(98) *Ibidem*, pág. 42.

b) Natureza do processo de condenação com mera lide de pretensão insatisfeita.

Que pensar da concepção — ou melhor, das sucessivas concepções — de Carnelutti acerca do processo de condenação sem lide de pretensão contestada?

A última, cremos, deve ser afastada logo. Não necessariamente por motivo relacionado com o seu mérito, apesar de a afirmação da natureza diferenciada, embora intermédia, da função do processo injuntivo nos parecer discutível: trata-se, porém, de uma questão de Direito Positivo italiano extremamente delicada e acerca da qual seria grande ousadia pronunciarmo-nos. Mas porque não existe no Direito Processual Civil português nada de semelhante ao processo injuntivo. Com efeito, quem quizer propor uma acção executiva e não dispuser de qualquer dos títulos executivos previstos nos art.ºs 46.º e seguintes do Código só tem um caminho: instaurar processo de condenação, haja ou não contestação da outra parte.

É claro que, se o réu não contestar, colocar-se-á na posição de revel, nos termos dos art.ºs 487.º a 489.º para o processo ordinário, 783.º e 784.º para o sumário, 798.º e 799.º para o sumaríssimo. Os efeitos normais da revelia são, de harmonia com as citadas disposições, o da confissão dos factos, no primeiro caso, e o da confissão do pedido, nos outros dois. Estes efeitos traduzem-se em grande simplificação e abreviamento do processo (art.º 488.º, para o processo ordinário, 784.º, para o sumário, 799.º para o sumaríssimo). Mas isto de forma alguma se pode assimilar ao «processo injuntivo», que é um tipo diferenciado: há, naquela hipótese, processo de condenação, embora simplificado, e nele falta a lide de pretensão contestada.

Por qual das restantes soluções defendidas por Carnelutti se deve optar?

A sustentada no *Sistema* (99) parece-nos de rejeitar. A presença da lide de pretensão lesada não pode, em boa lógica, ser suficiente para afastar neste caso a qualificação de processo sem lide. Com efeito, o processo de condenação sem contestação não compõe lide alguma: só a execução o fará. Considere-se, por exemplo, um processo de condenação em que a pretensão não foi contestada mas só lesada e em que foi proferida sentença favorável ao autor; por qualquer motivo — até por capricho, inércia ou caridade — o vencedor não promoveu a seguir a execução. Qual foi, nesta hipótese, a lide que o processo compôs? Nenhuma. E a mesma resposta cabe mesmo quando à condenação se segue execução, porque estas duas formas processuais são funcionalmente autónomas.

Portanto: o chamado processo da condenação sem lide de pretensão contestada é verdadeiro processo sem lide.

Será então de aceitar a única posição de Carnelutti que falta apreciar?

Ela consiste, como se disse, em classificar este processo sem lide como «impróprio», ou seja, como forma de exercício da função administrativa: a actuação do juiz seria aqui análoga à do notário que fornece um título executivo.

Também esta solução está longe de nos parecer satisfatória. É verdade que estamos perante um processo sem lide. Não cremos, no entanto, que se verifique exercício da função administrativa.

A analogia estabelecida entre a actuação do juiz e a do notário afigura-se-nos inadmissível.

Sem dúvida, o notário, ao lavrar um título executivo, de-

(99) É também, como atrás se notou, a de di Serego.

semprenha uma actividade administrativa tal como esta é caracterizada por Carnelutti. Isto é, prossegue o interesse público da boa administração dos interesses privados, quer dizer, prossegue um interesse interno em conflito com outro. Actua, pois, *como parte*.

O mesmo não pode dizer-se do juiz, no caso da condenação sem contestação. Ele não prossegue um interesse em conflito com outro, não age como parte. Tem perante si dois interesses em conflito, ainda que as vontades dos respectivos titulares sejam concordes. Da concordância de vontades não se pode partir para negar o conflito de interesses: isso resulta da noção «objectiva» de interesse que foi adoptada. (Aqui se mostra a utilidade da insistência com que se sublinhou, logo no início deste trabalho, a diferença entre interesse e juízo sobre o interesse, distinção a que Jaeger dedica especial cuidado). O juiz, ainda que a sua decisão esteja estreitamente vinculada (como no caso de revelia), procede ao «accertamento» de uma responsabilidade — o que resulta, como se viu, da simples definição de processo de condenação. Declara, pois, que certa sanção é actuável, isto é, que se pode aplicar. Ora a cominação da sanção, tem de se entender, faz-se para compor um conflito de interesses: se o juiz tivesse perante si apenas um interesse difficilmente se compreenderia que ordenasse o sacrifício de outro interesse diferente do primeiro. Tudo convence de que o magistrado actua no desenvolvimento do interesse público externo na composição de conflitos.

Julgamos que o exposto é sufficiente para afastar esta posição de Carnelutti. Poderíamos ainda juntar que, compondo um conflito, a sentença do processo de condenação sem contestação tem a força do caso julgado necessária ao eficaz desenvolvimento da função em que se integra. Essa força não a têm os restantes títulos executivos, exactamente porque não resultam do exercí-

cio da função de composição de conflitos. Não se nos afigura por isso válida a afirmação, feita por Carnelutti, de que para alcançar o fim das partes tanto vale usar o processo de condenação sem contestação como, através de uma actividade extraprocessual, provocar a produção de um título executivo (100).

Concluindo: Estamos perante um caso de processo sem lide e sem natureza administrativa. E estamos perante uma verdadeira insuficiência de teoria carneluttiana.

B) *Processo de condenação sem lide quer de pretensão contestada quer de pretensão insatisfeita*

É ainda possível que no processo de condenação não exista qualquer lide: nem de pretensão lesada, nem de pretensão contestada.

O motivo que nos levou a considerar este caso separadamente do tratado na alínea anterior foi sobretudo a comodidade de exposição.

O caso do processo de condenação sem lide de pretensão contestada mas somente insatisfeita punha o problema de saber se existe ou não lide — problema muito importante, sobretudo em face das posições perante ele tomadas pelo próprio Carnelutti e por di Serego. Mas, no que respeita a outros aspectos, acusa muitas semelhanças com aquele de que vai tratar-se nesta alínea. As soluções sugeridas hão-de traduzir, naturalmente, tal analogia.

Não encontramos na obra de Carnelutti referência clara a esta segunda modalidade de condenação sem lide. Por vezes poderá suspeitar-se que ela é considerada juntamente com a pri-

(100) *Lezioni...*, vol. II, págs. 185 e 186.

meira (por ex., em *Litis y Proceso*, ob. cit., pág. 22). Outras vezes nem isso: é o que sucede no *Sistema*.

Por isso nos limitamos a referir a posição de di Serego.

a) *A posição de di Serego*

Cortesia di Serego considera, no Direito italiano, duas hipóteses de processo de condenação sem qualquer lide.

A primeira verifica-se quando o credor «obtém um título de que — embora não faça, por uma razão ou por outra, uso imediato — pode conseguir, à sua vontade, a execução» (101). É, por exemplo, o caso do credor de uma dívida exigível, que não tem necessidade da prestação, ao menos durante certo período, e, em troca do maior prazo praticamente concedido ao devedor, obtém deste a confissão da dívida em processo de condenação, alcançando assim a vantagem de um título executivo muito sólido com o mínimo de despesa.

A segunda hipótese é a da condenação «in futurum» sem contestação, e constitui a categoria mais típica e importante.

Qual, para di Serego, a natureza do processo de que tratamos nesta alínea?

Que é um processo sem lide resulta da própria definição que dele se deu: processo de condenação em que não há pretensão lesada nem contestada.

A indagação a realizar limita-se assim, para o autor de *Il Processo Senza Lite*, à resposta a esta pergunta: como justificar, em face da teoria carneluttiana, este processo sem lide?

Partindo da ideia de que no processo de condenação há sempre, a par do fim normal de composição da lide, um efeito

(101) *Ob. cit.*, págs. 187 a 189.

constitutivo (102), di Serego assimila o processo de condenação sem lide ao constitutivo sem lide, de que nos ocuparemos adiante.

O fim constitutivo prosseguido pelo processo de condenação sem lide consiste na formação de um título executivo. Mas tal processo distingue-se, para di Serego, dos processos constitutivos sem lide pròpriamente ditos: nestes o recurso às formas processuais é pelo legislador expressamente imposto a quem procurar obter certo efeito jurídico; naquele o recurso resulta sòmente da vontade implícita do legislador, que se limita a recusar às outras formas de actividade a eficácia pretendida pelas partes.

No que respeita à natureza da actividade desenvolvida através do processo de condenação sem lide de contestação nem de lesão, Cortesia di Serego distingue o ponto de vista «de lege ferenda» e o do direito constituído.

O primeiro considera a substância da actividade exercida; e esta deve qualificar-se como administrativa, porque não consiste na composição de uma lide mas na simples formação de um título executivo em tudo análoga à que se obtém de um funcionário administrativo.

No ponto de vista do direito constituído, «é normativa a forma da actividade», porque ela traduz a vontade do legislador. Ora, como este adoptou forma contenciosa para o processo de condenação sem qualquer lide, «de jure condito» deve entender-se que tal processo serve para o exercício da função jurisdicional (103).

(102) Ideia que sustenta apoiado na autoridade da opinião de Carnelutti (*Lezioni...*, vol. II, págs. 54 a 56).

(103) Estas ideias são expostas nos capítulos X, XI e XII de *Il Processo Senza Lite*.

b) Natureza do processo de condenação sem lide quer de pretensão contestada quer de pretensão insatisfeita

Que pensar da posição de di Serego quanto às duas hipóteses de processo de condenação sem qualquer espécie de lide?

Na primeira das hipóteses, a obrigação não está vencida mas é exigível. Então, nos termos dos art.^{os} 711.^o do Código Civil, 485.^o e 662.^o do Código de Processo Civil, a dívida vence-se com a citação, surgindo lide de pretensão insatisfeita caso o réu citado não pague imediatamente. Quer dizer: se a dívida é exigível e o devedor não paga com a citação, cai-se no caso tratado na alínea anterior (lide de mera pretensão insatisfeita); se a dívida não é exigível, a condenação terá de ser «in futurum», de acordo com o art.^o 662.^o, e cai-se na segunda hipótese prevista por di Serego.

Esta diz respeito à condenação «in futurum» sem contestação (104), que é inteiramente possível no Direito positivo português (art.^o 662.^o do Código de Processo Civil). Ao exame dela nos limitaremos, dada a impossibilidade de verificação da primeira no nosso Direito Processual.

Que na condenação «in futurum» sem contestação não há qualquer espécie de lide afigura-se fora de discussão. Serão então de aceitar as conclusões de di Serego? Não o cremos.

Antes de mais, parece-nos inaceitável que na solução «de jure constituto» seja «normativa a forma». Tal afirmação mostra-se inconciliável com a definição de função jurisdicional de que partiu di Serego — a formulada por Carnelutti anterior-

(104) Allorio parece ter-se esquecido da possibilidade de processo de condenações «in futurum», quando afirmou, em crítica a Carnelutti, que a lide de pretensão insatisfeita era pressuposto suficiente e necessário da condenação (*ob. cit.*, pág. 78).

mente às *Istituzioni*. Esta definição é, como acentuámos na devida altura, teológica. Para caracterizar a função jurisdicional, olha-se, nessa orientação, apenas ao *fim* da composição justa das lides (ou também, quando muito, ao *resultado* obtido).

A forma da actividade não é traço decisivo da função jurisdicional. Basta compulsar o índice do *Sistema* para ver que esta era a ideia de Carnelutti, ainda hoje mantida nas *Istituzioni* e já enunciada nas *Lezioni*: à primeira parte, que trata da «função do processo», contrapõe-se uma segunda, que se ocupa da «estrutura do processo». No dizer do grande processualista, a distinção entre estrutura e função informa toda a sua teoria. Ora di Serego parece ter-se integrado na corrente carneluttiana ao procurar para definir a jurisdição o fim da justa composição da lide e não qualquer elemento relacionado com a forma da actividade (105). Cai assim em contradição quando considera a forma contenciosa elemento decisivo para caracterizar a jurisdição. Porquê afirmar que, quando o legislador escolhe esta forma, explicitamente quer significar que a actividade é jurisdicional? Nem se compreende em face de tal afirmação que di Serego considere, de «jure constituto», a jurisdição voluntária como «própria de uma actividade administrativa» (106).

Para tentar resolver o problema da natureza jurídica dos processos sem lide, vamos atender, na sequênciã da orientação que temos seguido, ao fim das actividades a qualificar (di Serego prefere dizer «substância das actividades»), exactamente porque, tendo colocado este trabalho dentro do quadro da teoria carneluttiana da lide, aceitamos a orientação teleológica seguida por essa teoria ao definir a função do processo.

Assente isto, a natureza do processo de condenação «in

(105) *Ob. cit.*, págs. 4 e 9.

(106) *Ibidem.*, pág. 100.

futurum» sem contestação mostra-se idêntica à do processo de condenação com lide de pretensão insatisfeita. Na verdade, existir lide de pretensão insatisfeita ou não existir qualquer lide é o mesmo quanto ao processo de condenação, como ficou atrás demonstrado.

Por isso, se bem que aceitemos a «normatividade da substância da actividade», não acompanhamos aqui Cortesia di Serego, segundo o qual este ponto de vista leva a considerar de natureza administrativa a actividade desenvolvida através do processo de condenação «in futurum» sem contestação.

É certo que este processo, como toda a condenação, tem accessòriamente efeitos constitutivos e é também certo que nele se não compõe uma lide.

Duvidamos porém de que a inexistência da lide importe a exclusividade do fim de produção de efeitos constitutivos, nomeadamente a elaboração de um título executivo, em condições semelhantes ao que resulta da actividade de um funcionário administrativo.

Ainda aqui o juiz se vê perante um conflito de interesses, embora não de vontades, conflito que compõe, e não em face de um interesse a cuja tutela deve prover. Ainda neste caso o juiz age não como parte para prossecução do interesse público interno na boa administração dos interesses privados, mas «super partes», no desenvolvimento do interesse público externo à composição dos conflitos.

E é também válida a consideração de que a sentença condenatória tem a eficácia necessária à função de compor um conflito, o que não acontece com outros títulos executivos: confrontem-se os art.^{os} 813.^o e 815.^o do Código de Processo Civil.

Concluindo: o processo de condenação «in futurum» sem contestação é também verdadeiro processo sem lide, e não constitui exercício de função administrativa. A teoria carneluttiana

mostra-se de novo incapaz de caracterizar ou justificar a existência deste processo.

110. *Processo constitutivo sem lide*

Para Carnelutti há processo constitutivo «quando a existência da relação jurídica declarada judicialmente depende da declaração judicial, que é por isso, facto constitutivo daquela» (107). Quer dizer: neste caso a lei estabelece que de certo facto resulta uma relação jurídica, cuja existência depende, no entanto, de declaração do juiz (108).

A eficácia do «accertamento» constitutivo é assim mais do que meramente processual: projecta-se no plano do direito substantivo.

Carnelutti rejeita a ideia, aceite por muitos processualistas, de que este processo é instrumento para exercício de um «direito potestativo»: o direito de obter a modificação jurídica pretendida.

No processo constitutivo, diz Carnelutti — que não admite a figura do direito potestativo na sua Teoria Geral do Direito —, não se exerce o direito a constituir ou modificar um efeito jurídico: isso seria admitir um direito ao exercício do próprio direito. O que na realidade existe é apenas um direito, a que corresponde um dever e que apresenta a particularidade de só poder exercer-se através da demanda (109). Por exemplo: o cônjuge abandonado só tem o direito, que exerce através do processo, de viver longe do seu cônjuge, que o abandonou.

A lide que está na base deste processo tem, assim, por ele-

(107) *Istituzioni...*, pág. 35.

(108) Conforme os casos, pode a constituição ou modificação ser reservada ao juiz através do processo ou haver equivalentes deste, como o contrato.

(109) *Sistema...*, págs. 145 a 149.

mento formal, do lado passivo, uma resistência que só pode consistir na contestação, porque, devendo ser ordenada pelo juiz a modificação pretendida, não pode a outra parte adoptar uma conduta lesiva.

O problema do processo constitutivo sem lide foi discutidíssimo, sobretudo na polémica entre Carnelutti e Calamandrei. Também Cortesia di Serego se lhe referiu com desenvolvimento, defendendo, nas suas linhas gerais, a teoria carneluttiana.

Creemos que as posições dos três autores fornecem elementos a aproveitar no exame deste novo caso de possível processo sem lide.

A) *A posição de Carnelutti*

A posição de Carnelutti relativamente a certos casos de processo constitutivo sem lide que se verificavam no antigo Código de Processo Civil italiano encontra-se exposta com precisão em artigos integrados na polémica com Calamandrei, sobretudo em *Litis y Proceso* (110), bem como no *Sistema* (111).

Nestas obras, Carnelutti, em vez de definir o processo constitutivo sem lide, aponta alguns casos de tal processo: interdição, opposição de membros do conselho de família a decisões da maioria, anulação de casamento. Mas todos estes casos lhe parecem caracterizados pela ideia de que o fim prosseguido é o de tutela de um só interesse: mesmo quando há controvérsia, debatem-se duas opiniões acerca do modo de tutela de um interesse, não se contrapõem dois interesses diferentes. Trata-se de verdadeiros «processos impróprios», em que se verifica um

(110) Título da trad. espanhola citada.

(111) Embora já aparecessem de forma menos precisa, em *Lezioni...*, vol. II, págs. 182 a 192.

fenómeno de divergência entre estrutura e função: empregam-se formas contenciosas para exercer uma actividade administrativa. São casos funcionalmente semelhantes ao do processo voluntário. Só por uma razão histórica e prática é que se confia ao juiz, e não a um funcionário administrativo, o desenvolvimento da actividade constitutiva própria destes processos (112).

Conformando-se com estas ideias, o novo Código de Processo Civil italiano transferiu para o campo da jurisdição voluntária os casos referidos.

Daí não se encontrar nas *Istituzioni* qualquer alusão a processos contenciosos constitutivos sem lide.

Mas não haverá para Carnelutti qualquer outra categoria de processos constitutivos sem lide, além da formada por aqueles em que o magistrado se limita à tutela de um interesse em vez de compor um conflito?

Se a admite não se lhe refere explicitamente nas suas obras. Mas o art.º 89.º do «Projecto» preceituava: «quando acerca da produção de um efeito jurídico as partes estejam de acordo, mas a lei não consinta que se produza o efeito sem que o juiz se pronuncie, proceder-se-á segundo as normas contidas na parte terceira» (respeitante à jurisdição voluntária). Carnelutti parece admitir, assim, implicitamente, a ausência de lide naqueles processos constitutivos em que falta a contestação, pois pretendia integrá-los na jurisdição voluntária (113).

(112) *Sistema...*, págs. 235 a 238. *Litis y Proceso*, ob. cit., págs. 20 a 24.

(113) Esta intenção fôï confessada em *Lineas Generales de la Reforma del Proceso Civil de Cognicion*, já citado, em *Estudios...*, vol. I (ver págs. 66 a 69). Além disso, pode considerar-se esta hipótese abrangida pelas expressões genéricas usadas por Carnelutti ao falar dos casos em que, desaparecido o fim principal do processo, isto é, a composição da lide, subsistem só fins secundários, como o de constituição de efeitos jurídicos (*Lezioni...*, vol. II, n.º 89). Haveria então mera actividade administrativa.

Este artigo do «Projecto» foi, porém, rejeitado pela Subcomissão presidida pelo processualista senador Mortara, e por isso não passou para o actual Código. Deste modo, fica sem explicação o facto de Carnelutti se não referir hoje aos processos constitutivos em que a ausência de lide resulta unicamente da falta de contestação.

B) *A posição de di Serego*

Di Serego distingue expressamente duas hipóteses de processo constitutivo sem lide.

A primeira abrange os casos já referidos por Carnelutti: aqueles em que a ausência de lide resulta da falta de um conflito de interesses a compor pelo magistrado, cujo papel se reduz à tutela de um único interesse.

A segunda é precisamente a do processo constitutivo em que existe conflito de interesses mas há falta de contestação e, só por isso, de lide.

Assim distingue di Serego entre os processos constitutivos sem lide o «necessário» do «contingente». Para o primeiro é irrelevante a existência de contestação; para o segundo, é condição necessária a ausência de contestação.

Como qualifica di Serego a actividade desenvolvida através do processo constitutivo sem lide?

Parte da afirmação de Carnelutti de que a simples constituição de efeitos jurídicos não é suficiente para caracterizar a função jurisdicional. E, como no processo constitutivo sem lide, não se prosseguindo o fim de justa composição de lides, só resta a constituição de efeitos jurídicos, di Serego assimila tal processo ao chamado *processo aparente*.

Este último consiste no emprego de formas processuais com a finalidade de constituir negócios jurídicos como meio, con-

sentido pelo próprio direito, de suprir as deficiências deste (114). Na discutidíssima «in jure cessio» romana vê-se geralmente um caso de processo aparente.

A maior parte da Doutrina considera, como Chiovenda e Sintenis, o processo aparente «uma figura puramente histórica». Contra isso se manifesta di Serego, no seguimento de Carnelutti (115), ao ver no processo constitutivo sem lide uma forma de processo aparente.

Para determinar a natureza jurídica do processo constitutivo sem lide, di Serego faz intervir a já conhecida distinção entre o critério «de jure constituto», segundo o qual é «normativa a forma», e o critério «de lege ferenda», segundo o qual deve olhar-se à «substância» da actividade.

Quanto ao primeiro aspecto, o facto de a forma do processo constitutivo sem lide ser a contenciosa impõe que ele se inclua na função jurisdicional. «De lege ferenda», a simples constituição de efeitos jurídicos como substância da actividade desenvolvida através deste processo leva a concluir pela sua integração no âmbito da função administrativa (116).

C) *A posição de Calamandrei*

Em *Linee Fondamentali del Processo Civile Inquisitorio*, Calamandrei formulou críticas às ideias de Carnelutti atrás expostas, críticas decorrentes da construção de uma figura que abrange certos casos de processos constitutivos: a figura do «processo civil inquisitório». Teve aqui origem a polémica entre os

(114) Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I, pág. 52 (Madrid, 1936).

(115) *Contra el Proceso Fraudulento*, em *Estudios...*, vol. II, pág. 70.

(116) *Ob. cit.*, cap. VII.

dois autores, qualquer deles figura do alto relevo na moderna Ciência do Processo. O ponto de vista de Calamandrei foi desenvolvido, pouco depois da publicação daquele primeiro estudo, e já com o alcance de uma apreciação dos aspectos mais gerais da teoria carneluttiana, em *Il Concetto di Lite nel Pensiero di Francesco Carnelutti*, que por várias vezes temos citado (117).

Calamandrei parte da ideia de que em processo civil a regra é o «processo dispositivo», tomada esta expressão não no sentido carneluttiano mas para designar o processo em que vigora o princípio da iniciativa das partes. Embora como excepção, existe um grupo de processos em que tal princípio se encontra afastado e substituído pelo da iniciativa do juiz. A esses processos chama Calamandrei «processos civis inquisitórios». Compreendem-se neles todos os processos constitutivos necessários, isto é, os processos contenciosos a que as partes, estejam ou não de acordo, recorrem para alcançar um efeito jurídico que lhes está vedado obter por outra forma (118). A necessidade do recurso ao processo resulta do interesse público na «administração do direito privado», segundo o qual certas modificações jurídicas de especial importância só devem ser possíveis através de um «accertamento jurisdicional». É um interesse administrativo,

(117) Depois desta memorável polémica, Carnelutti e Calamandrei voltaram a defrontar-se mais de uma vez. Por ex., em *Rivista di Diritto Processuale*, 1941, parte I, págs. 365 a 369.

(118) Portanto, a expressão «processo constitutivo necessário» usada por Calamandrei, tem diferente significado da de «processo constitutivo sem lide necessário» sugerida por Cortesia di Serego e à qual já nos referimos. Calamandrei usa a primeira para designar os casos em que as partes têm que recorrer ao processo constitutivo para alcançar um efeito jurídico, que não podem obter extraprocessualmente. Di Serego emprega a segunda no sentido de «processos constitutivos, de que a lide está necessariamente ausente pela inexistência do seu elemento material, que é o conflito de interesses».

diferente do interesse jurisdicional na actuação do Direito Objectivo. Na verdade, sempre que o Estado concorre com os indivíduos na constituição de efeitos jurídicos, há uma actividade substancialmente administrativa. Mas, no caso do processo constitutivo necessário, o particular não pode pedir directamente ao órgão administrativo ou ao juiz funcionando como tal (jurisdição voluntária) a actividade pretendida: tem de se munir previamente de um «accertamento» jurisdicional. Há aqui, de modo análogo ao do processo penal, um caso de «jurisdição *a priori*», isto é, necessariamente anterior à actividade administrativa, que, sem aquela, não se exerce.

A «jurisdição *a priori*» traduz-se num «accertamento» dos pressupostos que a lei fixa para o exercício da actividade administrativa.

Esse «accertamento» é assim verdadeiro exercício de jurisdição, que surge para afastar um estado de «incerteza institucional», isto é, determinado por lei; e tem por fim fiscalizar os pressupostos de exercício de uma actividade administrativa. Em favor da natureza jurisdicional deste «accertamento», mobiliza ainda Calamandrei outro argumento — o de que o juiz se substitui ao administrador na verificação dos pressupostos da actividade — aceitando assim a posição de Chiovenda, o qual vê na substituição da actividade do tribunal à de um particular ou de outro órgão uma característica fundamental da jurisdição.

Calamandrei formula a Carnelutti duas objecções que incidem directamente sobre o caso do processo constitutivo (além de várias outras que, por serem de ordem mais geral, excedem o âmbito do ponto agora abordado).

Em primeiro lugar, pergunta como é possível atribuir a um processo natureza jurisdicional atendendo a uma circunstância que é irrelevante no tipo inquisitório, isto é, à existência de contestação?

Por outro lado, afirma que, mesmo perante uma teoria que toma como critério de jurisdicionalidade a existência de um conflito de interesses, é de manter o carácter jurisdicional do processo constitutivo necessário, pois ainda neste está subjacente um conflito entre o interesse na constituição de efeitos jurídicos através do processo e o interesse em obter o mesmo resultado extraprocessualmente.

D) *Natureza do processo constitutivo sem lide*

Expuseram-se as três concepções principais acerca do problema do processo constitutivo sem lide. Duas afirmam a existência de verdadeiros processos sem lide, que ficam fora do campo da jurisdição: a de Carnelutti e, mais atenuada pela distinção entre os aspectos do direito constituído e do «de jure constituendo», a de di Serego. Outra sustenta a jurisdicionalidade de todo o processo constitutivo necessário e nega, portanto, que no campo deste surjam casos «anormais» em que falte o exercício da jurisdição: a de Calamandrei.

Creemos que cada uma destas posições é susceptível de fornecer elementos para uma tentativa de determinação da natureza do processo constitutivo sem lide. Por isso, passamos a uma rápida apreciação crítica das concepções expostas, tendo sobretudo em vista seleccionar o que nelas se nos afigure aproveitável para aquela tentativa.

Por simples conveniência de exposição, começaremos pela de di Serego.

Dela parece fundamentalmente exacta a classificação dos casos de processo constitutivo sem lide em necessários e contingentes. Esta distinção vamos utilizá-la porque corresponde a importantes diferenças entre os tipos que separa.

Mas já se nos afigura menos certo que no processo cons-

titutivo sem lide, excluída a composição desta como fim do processo, reste somente a constituição ou modificação de efeitos jurídicos. Isso é exacto só no caso do processo constitutivo sem lide «necessário», em que o juiz tem perante si um interesse que deve tutelar (embora em conflito com outro). Mas não quanto ao «contingente». Aqui, como o próprio di Serego expressamente reconhece, há, entre as partes e subjacente ao processo, um conflito de interesses que têm por objecto os efeitos produzidos pela constituição ou modificação da relação jurídica. A composição do conflito de interesses subsiste mesmo na ausência de lide de contestação: por isso não tem razão di Serego ao afirmar que, neste caso, só há produção de efeitos jurídicos.

Finalmente, parecem-nos inaceitáveis as consequências que Cortesia di Serego extrai da distinção entre os aspectos do direito positivo e do direito constituendo. São aqui válidas as considerações que fizemos sobre o mesmo assunto, ao tratar do processo de condenação sem lide.

A concepção de Carnelutti afigura-se-nos de aceitar quanto aos processos constitutivos sem lide em que o juiz provê à tutela de um interesse, isto é, «necessários». (São exactamente processos desta categoria os enumerados no parágrafo 80.º do *Sistema*, sob a designação de «processos sem lide»). Cremos, portanto, que a actividade que o juiz neles desenvolve é de natureza administrativa, tal como na jurisdição voluntária. O juiz prossegue agora o «interesse público interno na boa administração dos interesses privados», actua como parte, desenvolvendo um interesse em conflito com outro e não compondo um conflito.

Mas já não nos parece de aceitar a ideia contida no art.º 89.º do «Projecto», que, a ser aplicado, levaria a integrar na jurisdição voluntária também os processos constitutivos sem lide «contingentes». Com efeito nestes, como dissemos a propósito da posição de di Serego, há um verdadeiro conflito de interesses que

o juiz deve compor, o que impede de caracterizar como administrativa a actividade que através deles se desenvolve.

A posição de Calamandrei ao considerar o processo constitutivo necessário como processo inquisitório tem sido criticada, em primeiro lugar, pela deficiência de fundamento da sua principal premissa. Assim, nota di Serego, nada permite generalizar certos casos esporádicos de processos constitutivos em que a iniciativa das partes é, em certa medida, substituída pela atribuição de mais amplos poderes ao juiz (119). Por isso, a categoria do «processo civil inquisitório» é mera hipótese infundamentada de Calamandrei, conclui di Serego. Cremos que só poderá dizer-se que o é ou não em face do regime jurídico-positivo perante o qual se puser problema. Em todo o caso desde já se nota que, para ser aceite, a posição de Calamandrei exige a demonstração da existência do princípio inquisitório em todos os casos de processo constitutivo necessário.

Por outro lado, talvez seja menos legítimo dizer que há actividade jurisdicional no «accertamento» dos pressupostos e actividade administrativa na constituição de efeitos. Poderá realmente aceitar-se a convergência no magistrado das qualidades de julgador «super partes» e de administrador como parte? Não se tratará de qualidades antitéticas, de concentração impossível num mesmo órgão?

Em alguns casos o juiz julga um conflito (processo com lide ou processo constitutivo sem lide «contingente»); em outros, actua como parte (processo constitutivo sem lide «necessário»).

Mas no primeiro caso é tão necessária à composição do conflito a actividade de «accertamento» como a de constituição de efeitos jurídicos.

(119) *Ob. cit.*, págs. 107 e 108.

Não vemos por isso possibilidade de distinguir, quanto à natureza, as duas formas de actividade do juiz: ambas são jurisdicionais.

No segundo caso, não pensamos que o «accertamento» e a constituição de efeitos jurídicos sejam jurisdicionais: na verdade, em que diferem essas actividades das exercidas por um órgão administrativo comum?

Também não julgamos procedente a observação de Calamandrei de que em todo o processo constitutivo há conflito entre o interesse em alcançar o efeito jurídico através do processo e o interesse em obtê-lo por meios extraprocessuais. Nesta observação confunde-se, como nota di Serego, o conflito de interesses pré-legislativo, definitivamente resolvido pela norma que impõe o recurso ao processo, e o conflito que no processo se resolve.

Do «processo civil inquisitório» de Calamandrei há uma ideia que nos parece de aproveitar — até porque lhe corresponde um termo sugestivo. É a de que no proceso constitutivo necessário há uma incerteza «*institucional*» que impõe o recurso ao processo para se alcançar o «accertamento» do facto de que deriva necessariamente o efeito jurídico. A «incerteza institucional» é, sem dúvida, artificial, criada pela lei. Mas isso não obsta a que neste caso, tal como nos outros processos de declaração, tenha de se recorrer aos tribunais para alcançar uma «certeza eficaz». Mostra-se assim possível estabelecer um paralelo entre o «accertamento» no processo constitutivo e o que se verifica nos restantes processos declarativos (paralelo contra o qual di Serego se insurge, alegando a artificialidade do primeiro).

Feitos os breves apontamentos que aí ficam, estamos agora em condições de abordar a questão da natureza jurídica do processo constitutivo sem lide no Direito Positivo Português.

O nosso Código de Processo Civil admite casos de processo constitutivo sem lide, tanto «contingente» como «necessário».

A admissibilidade do tipo «contingente» resulta, de uma forma genérica, da conjugação dos art.^{os} 3.º e 4.º. O primeiro destes artigos afirma que a acção pressupõe um conflito de interesses; o art.º 4.º define, na alínea *d*), acções constitutivas como as que têm por fim «autorizar uma mudança na ordem jurídica existente», não referindo o requisito da contestação. Basta que em um destes processos constitutivos não haja contestação para se estar perante processo constitutivo sem lide «contingente», pois nele existe, como exige o art.º 3.º, um conflito de interesses.

Mas até no campo dos processos especiais se encontram processos constitutivos deste tipo. É o caso da declaração de falência, regulada nos art.^{os} 1135.º e seguintes, processo constitutivo em que a existência de um conflito de interesses entre falido e credores (interesses que têm por objecto os efeitos a que dá lugar o estado de falência) determina a inclusão no tipo «contingente» quando falte a contestação.

Um caso nítido de processo constitutivo sem lide «necessário» é o processo de interdição, regulado na III secção do Capítulo I do Título IV. Como exemplo clássico o apontam Carnelutti e di Serego: não existe conflito de interesses entre o arguido e o requerente da interdição. Toda a regulamentação deste processo é dominada pela exclusiva preocupação de tutelar o interesse do arguido. Ainda quando há divergência de opiniões, estas dizem respeito exclusivamente ao modo de tutela daquele interesse.

Serão os processos constitutivos sem lide dominados pelo «princípio inquisitório»? Nos processos especiais que apontamos, pode descortinar-se um sensível aumento dos poderes do juiz em prejuízo da iniciativa das partes. Mas quando o processo constitutivo seguir os trâmites do processo comum de declaração nada permite afastar o princípio consignado no art.º 664.º. Basta esta simples consideração para excluir a possibilidade de

aceitação no nosso Direito Processual da construção de Calamandrei.

Qual é então, em face do Direito Português, a natureza jurídica de cada um dos tipos de processo constitutivo sem lide?

Pelo que foi dito ao caracterizar o tipo «necessário» e ao identificá-lo no Direito Português parece ser inteiramente válido o que acerca da sua natureza jurídica disse Carnelutti. Trata-se de um «processo impróprio», em que o juiz exerce uma actividade administrativa para tutela de um interesse e não para a composição de um conflito. É um caso funcionalmente análogo ao da jurisdição voluntária.

O recurso à forma contenciosa justifica-se em parte por razões de conveniência: sujeitar à tutela, mais cuidada, do processo contencioso a constituição ou modificação de efeitos jurídicos particularmente importantes (120). Mas a esta «divergência entre forma e estrutura» talvez não seja estranha certa incoerência da lei. Com efeito, segundo uma passagem do Prof. J. Alberto dos Reis já transcrita, a ideia que presidiu à enumeração dos processos de jurisdição voluntária foi a da integração desta no âmbito da função administrativa. Ora no que respeita aos processos constitutivos sem lide «necessários» tal ideia encontrou uma aplicação imperfeita. Não nos repugna aceitar aqui a explicação que se traduz em imputar uma incoerência à lei, porque o próprio Prof. J. Alberto dos Reis escreveu acerca da enumeração dos processos de jurisdição voluntária: «a arrumação é defeituosa porventura; mas tem a vantagem de oferecer à jurisprudência segurança e certeza» (121) À incerteza de um con-

(120) É esta a explicação de Carnelutti para idêntico caso no antigo Código de Processo Civil italiano.

(121) *Código de Processo Civil Explicado*, pág. 823.

ceito abstracto preferiu-se a precisão de uma enumeração taxativa, embora imperfeita — o que parece inteiramente defensável num Código.

No entanto, a Doutrina tem considerado, além de defeituosamente organizado, muito restrito o quadro dos processos voluntários, tal como existe. A aumentá-lo, seria talvez de desejar que se conservasse o critério inicialmente adoptado pelo legislador, e que se aperfeiçoasse a sua aplicação, integrando os processos constitutivos sem lide «necessários» na jurisdição voluntária.

Quanto aos processos constitutivos sem lide «contingentes», já nos parece ser outra a concepção a adoptar. Como atrás se afirmou, há neles um conflito de interesses que tem de ser composto pelo juiz: este não actua então no exercício de uma função administrativa.

Creemos que a actividade desenvolvida nestes processos se integra na jurisdição. São aqui válidas as razões aduzidas para sustentar idêntica conclusão quanto ao processo de condenação sem lide. Mas deve notar-se que o motivo do recurso ao processo pelas partes consiste agora na necessidade de suprimir um estado de incerteza artificialmente criado pela lei, que não permite outra forma de o afastar. É a ideia de «incerteza institucional» de Calamandrei.

Concluindo: o processo constitutivo sem lide «necessário» tem natureza administrativa. A existência deste tipo de processo é talvez produto de uma imperfeição da lei.

No processo constitutivo sem lide do tipo «contingente» há verdadeiro exercício da função jurisdicional. Quanto a este, parece verificar-se, portanto, nova insuficiência da teoria carnellutiana da lide.

111. *Processo de simples apreciação sem lide*

Segundo Carnelutti, há processo de simples apreciação («mero accertamento») quando a existência da relação jurídica declarada pelo juiz é independente da declaração (122); e este processo constitui «a máxima evolução e a máxima simplificação da função jurisdicional», a «pura substância da função processual».

A questão da possibilidade de existência de processos de simples apreciação sem lide é apenas um aspecto do problema dos limites da jurisdição de «mero accertamento» traduzido em termos da teoria da lide.

Para determinar esses limites, a doutrina tradicional usou do conceito de «interesse em accionar», «interesse em agir» ou «interesse processual», isto é, interesse do demandante em recorrer ao processo. Tal requisito assume especial relevância no que respeita ao processo de mera declaração, o qual, constituindo a mais recente aquisição da função jurisdicional, apresenta por isso contornos menos nítidos. Se o interesse em accionar é exigido pela doutrina tradicional para todos os tipos de processo, reveste maior importância perante o de «mero accertamento».

Calamandrei afirmou (123) perante Carnelutti a necessidade do «interesse em agir». Este último rejeitou firmemente o requisito a que chamou «noção híbrida, que constitui uma das mais infelizes aproximações de que se serviu, numa fase felizmente já superada, a ciência do processo» (124).

A atitude de Carnelutti resulta da forma como determina a extensão da função jurisdicional: pela presença de uma lide

(122) *Istituzioni...*, pág. 34. *Sistema...*, pág. 149.

(123) *Il Concetto di Lite...*, em ob. cit., págs. 376 a 378.

(124) *Litis y Proceso*, ob. cit., pág. 29.

(ou melhor, de uma lide «politicamente relevante», requisito em cuja análise não cremos necessário entrar para resolver o problema agora em debate).

Assim, para ele, pode falar-se de «legitimatío ad causam» ou legitimidade, isto é, situação de «contacto material», em regra de titularidade, entre uma pessoa — a parte — e um interesse em lide. Mas não em «interesse processual», no sentido de «necessidade do processo», como o faz Calamandrei.

Quais as consequências, relativamente ao processo de «mero accertamento», desta posição de Carnelutti?

A) *A posição de Carnelutti*

Nas *Lezioni*, Carnelutti, partindo das ideias acima referidas, deduziu a conclusão que elas lógicamente impunham: a de que não há processo de «mero accertamento» sem lide (125).

Mas no *Sistema* já reconhece que razões de direito histórico, de direito positivo italiano e de direito comparado levam a alargar os limites da jurisdição de simples apreciação a situações em que não está presente uma lide.

Assim, a História do Direito Romano, certas disposições do Código Civil italiano nessa época vigente, a comparação com os regimes jurídico-processuais dos outros países (como o § 265 do Código alemão) convenceram Carnelutti de que não é só a contestação actual da pretensão que pode justificar o recurso ao processo de «mero accertamento». O limite do processo de simples apreciação estaria no «perigo da lide». E este existiria sempre que, não sendo contestada uma pretensão, não fique excluída a possibilidade de o vir a ser no futuro (126). Parece,

(125) Vol. II, pág. 183.

(126) *Sistema*..., págs. 149 a 152.

portanto, que nesta fase, para Carnelutti, o processo de simples apreciação não se destina apenas a compor uma lide de pretensão contestada, mas também a preveni-la. É porém de notar que esse processo não aparece incluído nem entre os processos sem lide nem entre os de jurisdição voluntária — o que dificilmente se compreende desde que se considere função do processo a «justa composição das lides».

As *Istituzioni* acusam nova alteração. Aí se diz expressamente que a jurisdição de «mero accertamento» só se verifica, no processo contencioso, para composição de uma lide de pretensão contestada, e se afirma a impossibilidade de ela surgir no campo do processo voluntário (127).

B) *A posição de Cortesia di Serego*

Só no final da sua obra *Il Processo Senza Lite* se refere di Serego à possibilidade da existência de um processo de simples apreciação sem lide. E fá-lo muito esquemáticamente, sem o cuidado e a demora com que trata dos outros casos de processo sem lide.

Considera que o simples «accertamento» judicial embora não tenha força executiva, é objecto de um interesse específico das partes: o interesse em obter a declaração definitiva, com força vinculativa de caso julgado, do modo de ser de uma relação jurídica. Ora esse interesse pode existir ainda quando as partes estão de acordo.

Di Serego exemplifica esta afirmação, citando várias hipóteses, algumas das quais já apontadas por Wach. Uma delas é a de entre duas pessoas ter sido realizado um contrato de empréstimo em forma não válida, estipulando-se certo prazo para

(127) *Istituzioni*..., pág. 34.

o pagamento; podem as partes, posteriormente à celebração do contrato, concordar em obter a declaração judicial da existência da dívida ainda não vencida para evitar futuras contestações por parte dos herdeiros do devedor, caso este venha a falecer antes da data do vencimento.

Quanto à natureza jurídica destes processos de simples apreciação sem lide, di Serego parece manter a orientação adoptada para os outros casos de processo sem lide: em face do direito constituído têm natureza jurisdicional, porque o elemento a atender para a qualificação é a forma, que é contenciosa. No plano do direito constituendo, terão natureza administrativa, porque administrativa é a «substância» da actividade exercida (128).

C) *Natureza jurídica do processo de simples apreciação sem lide*

Que pensar das sucessivas soluções que a este problema deu Carnelutti, bem como da que apresentou di Serego?

A possibilidade de existirem processos de simples apreciação sem lide só pode afirmar-se ou negar-se em presença das disposições do Direito Positivo à luz do qual se pretende resolver o problema. Deve todavia reconhecer-se que, como disse Carnelutti no *Sistema*, a tendência mais acentuada no direito histórico e no direito comparado é para admitir o simples «acertamento» mesmo em casos de que a lide de pretensão contestada está ausente (129).

(128) *Ob. cit.*, págs. 222 a 230.

(129) No mesmo sentido, com base também em dados de Direito Romano e Comparado, Chiovenda, *Instituciones*, vol. I, págs. 230 a 238.

Por isso, a afirmação, feita naquela obra, de que o limite do processo de simples apreciação é traçado pelo «perigo de lide», entendido como «possibilidade de a pretensão não contestada o vir a ser no futuro», se nos afigura certa, ao contrário da orientação das *Lezioni* e, por último, das *Istituzioni*.

Embora traduzindo exacta caracterização da realidade jurídica, a posição definida no *Sistema* enfraquece a teoria da lide, na medida em que reconhece um processo jurisdicional com falta desta. Há aqui outra demonstração da insuficiência da teoria carneluttiana da lide que, para se adaptar à realidade, teve de se desmentir.

Também di Serego nos parece fornecer contributo útil para a resolução do problema quando nota que a sentença de «mero accertamento» tem uma eficácia própria e específica, a qual consiste em declarar, de forma definitiva e vinculativa, o modo de ser de uma relação jurídica. Cremos, no entanto, que ao justificar o processo de «accertamento» sem lide pelo interesse das partes em obter certa providência, di Serego está a lançar mão do requisito do «interesse em accionar». Este, como vimos, foi enèrgicamente repudiado por Carnelutti, embora o Código de Processo Civil italiano ao tempo vigente se lhe referisse «expressis verbis».

Feita esta ligeira anotação crítica às opiniões expostas, resta abordar o problema do processo de simples apreciação sem lide no Direito Processual Civil português.

Em face da alínea *a)* do art.º 4.º, parece de aceitar a noção de processo de «mero accertamento» dada por Carnelutti. Mas será possível que este processo exista sem contestação?

Para responder a esta pergunta, afigura-se-nos de repelir qualquer construção tendente a fixar os limites da jurisdição de simples apreciação no nosso direito positivo através da ideia de «interesse em accionar».

Defensor deste requisito é entre nós o Sr. Prof. Manuel de Andrade. Hesitando em classificá-lo entre os pressupostos processuais ou entre as condições da acção (130), pretende aboná-lo com os art.ºs 662.º, § único, 458.º, n.º 4, e talvez com o art.º 327.º, § único, do Código de Processo Civil, ou mesmo considerá-lo incluído no art.º 27.º.

A questão é por demais grave para sobre ela nos pronunciarmos sem dúvidas. Seja-nos, porém, permitido observar com o devido respeito que, se as disposições dos art.ºs 662.º, § único, e 458.º, n.º 4, são explicáveis pela falta de «interesse processual» (é a designação preferida pelo ilustre Mestre, seguindo autores como Calamandrei); então teria de concluir-se que tal interesse nem é pressuposto processual nem condição da acção. Com efeito, no domínio de aplicação destas disposições, a acção, embora exercida quando falta o «interesse processual», dá origem a um processo que chega até à apreciação do mérito da causa e conduz mesmo a uma decisão favorável ao autor. Este só terá de pagar as custas, embora vencedor.

Por outro lado, o art.º 327.º, § único, parece referir-se antes à falta de legitimidade própria dita. De resto, o Sr. Prof. Manuel de Andrade invoca este artigo em termos significativos de dúvida sobre o valor do apoio que ele lhe pode oferecer.

Resta a possibilidade de considerar incluído o «interesse processual» no art.º 27.º. Não é esse, porém, o alcance que a maioria dos autores empresta a este preceito.

Assim, o Prof. José Alberto dos Reis, durante os trabalhos preparatórios do Código, afirmou expressamente, e com referência ao correspondente artigo do Projecto, que «a questão de

(130) *Noções Elementares do Processo Civil* (1956), pág. 74.

legitimidade é essencialmente uma questão de posição das partes em relação à lide», isto é, «quanto à relação jurídica material...». E acentuou que «a segunda parte do art.º 6.º (art.º 27.º do Código) equivale a esta noção» (131). Embora tenha sustentado na Comissão Revisora um conceito diferente de legitimidade, também o Sr. Prof. Barbosa de Magalhães falou, a propósito do mesmo artigo, em «interesse na relação jurídica controvertida» (132). No mesmo sentido se pronuncia o Sr. Prof. Palma Carlos ao interpretar o artigo em causa (133). Portanto, este consigna o pressuposto processual que é a «legitimatío ad causam», consistente, em regra, na titularidade do interesse em conflito. Não o «interesse processual», isto é, a necessidade de a parte recorrer ao processo.

Afastado o requisito do «interesse processual», torna-se logo inadmissível que para fixar o limite da jurisdição de simples «accertamento» se exija, como faz o Sr. Prof. Manuel de Andrade, uma incerteza objectiva e grave, que o autor não esteja em condições de poder derimir solicitando uma providência judiciária de efeito mais enérgico (134), ou ainda que se exija, como fazem Chiovenda e outros, a «necessidade de evitar um dano injusto» (135).

Creemos que os limites da jurisdição de simples declaração

(131) *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, pág. 74.

(132) «Relatório sobre o capítulo 2.º do livro 1.º da parte 1.ª do Projecto de Código de Processo Civil», publicado em *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, pág. 7.

(133) *Código de Processo Civil Anotado*, págs. 132 e 133.

(134) *Ob. cit.*, pág. 80.

(135) *Instituciones...*, pág. 247, vol. I. A declaração proposta por este processualista no Congresso Internacional de Direito Comparado de Haia (1932) e aprovada por unanimidade, exigia «um interesse real e sério na declaração actual do Direito» (*Ibidem*, pág. 250).

só podem ser estabelecidos, uma vez rejeitado o critério do «interesse processual», pela conjugação dos art.^{os} 3.^o e 4.^o do nosso Código. Do primeiro deles resulta a necessidade de haver subjacente ao processo um conflito de interesses. O segundo, na sua alínea *a*), define as acções de simples apreciação como as que têm por fim «obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou facto». Assim, o processo de simples declaração supõe um conflito de interesses e, pelo lado da «resistência», a falta de uma «declaração de certeza do direito ou facto», independentemente da existência ou inexistência de contestação.

Por outras palavras: este processo tem em vista pôr termo a uma incerteza que prejudica o autor (Prof. J. A. dos Reis (136) e Sr. Prof. Palma Carlos (137)). Mas a que incerteza? Do art.^o 4.^o, alínea *a*), só é lícito concluir: a incerteza que resulta da ausência de uma declaração de existência ou inexistência do direito ou facto, isto é, da falta de caso julgado (138).

A conclusão está muito próxima da ideia de Carnelutti quanto ao «perigo de lide», entendido como possibilidade de contestação no futuro: essa possibilidade só desaparece com o caso julgado. E não se afasta muito da de di Serego ao referir-se à eficácia própria da decisão de «mero accertamento», decisão que as partes, embora de acordo, não podem substituir por outro meio, processual ou extraprocessual.

Em face do nosso Direito, a lide não é, portanto, requisito

(136) *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, págs. 21 e 22.

(137) *Código de Processo Civil Anotado*, pág. 69.

(138) Como adiante se verá, o Sr. Dr. João de Castro Mendes considera requisito de todo o processo de declaração — e não apenas do processo de que estamos a tratar — a falta de «certeza proveniente da autoridade de caso julgado».

(*O Direito de Acção Judicial*, págs. 235 e seguintes).

do processo de simples apreciação, porque este não depende da existência de uma contestação.

A teoria da lide mostra a sua insuficiência precisamente no campo que o seu genial autor qualificou como «pura substância da função processual».

III

A SOLUÇÃO DO PROBLEMA

12) *Lide e processo sem lide*

13) *Possibilidade de «adaptação» do conceito carneltiano de lide*

14) *A «adaptação» do conceito de lide pelo Sr. Dr. J. de Castro Mendes*

15) *A lide de pretensão ineficaz no Código de Processo Civil*

16) *Lide de pretensão ineficaz e processo sem lide*

A) *Processo de condenação sem lide*

B) *Processo constitutivo sem lide*

C) *Processo de simples apreciação sem lide*

17) *Conclusões*

12. *Lide e processo sem lide*

O exame dos casos de «possíveis processos sem lide» mostrou que:

a) não é verdade que o processo sem controvérsia seja um processo sem lide;

b) quanto aos restantes pretensos processos sem lide, esta falta efectivamente no processo voluntário, nos processos declarativos (de condenação, de simples apreciação, constitutivos) em que a pretensão não seja contestada e ainda no processo a que di Serego chamou «constitutivo sem lide» necessário (no qual é irrelevante a existência de contestação);

c) dos casos de que a lide está ausente, a teoria carneltiana apenas conseguiu justificar cabalmente o do processo constitutivo sem lide «necessário» e o do processo voluntário (quanto a este último, referimo-nos à posição de Carnelutti anterior às *Istituzioni*). Aceitamos, pois, que ambos são «processos impróprios», através dos quais se exerce uma actividade administrativa;

d) têm natureza jurisdicional os restantes processos em que se pretende não haver lide.

Em face destas conclusões, poderemos considerar satisfatória a teoria da lide, que pretende definir através desta figura o conteúdo e o fim do processo?

Parece-nos que não: a lide não existe em grande número de processos caracterizados como jurisdicionais, processos que abrangem uma extensíssima zona da jurisdição declarativa.

Ainda que não tivéssemos concluído pela natureza jurisdicional de quase todos os processos sem lide, a teoria carneltiana revelar-se-ia insuficiente.

Com efeito, para Carnelutti os processos que ele reconhece sem lide («processos impróprios») são processos de natureza administrativa que utilizam forma jurisdicional. Constituem casos vincadamente excepcionais, como vincadamente excepcionais são as «leis impróprias» (actos de natureza administrativa que utilizam forma de lei). Admitir, com base naqueles casos excepcionais de processo sem lide, que esta não é o conteúdo característico do processo corresponderia a conceder à excepção

o valor de destruir a regra. Seria, acentua Carnelutti, um salto lógico que ele não se presta a dar (139).

Ora, se repararmos na vastidão do campo dos processos averiguadamente sem lide, parece-nos legítimo duvidar e até negar que, em relação aos processos declarativos, a existência de lide constitua a regra. Seria particularmente chocante ter de considerar como excepcional o processo de simples apreciação (pode, como se viu, existir sem lide) que é para Carnelutti precisamente a forma mais perfeita e evoluída da função jurisdicional e a expressão do mais elevado grau de sensibilidade jurídica da sociedade (140). Como nota di Serego no estudo sobre a evolução da função jurisdicional que abre o seu livro tantas vezes citado *Il Processo Senza Lite* e que o seu mestre considerou a parte mais meritória do volume, o «mero accertamento» traduz «a forma mínima de relevância de um conflito de interesses perante a sociedade». Por isso salientámos que assume especial significado a insuficiência da teoria da lide para caracterizar o processo de «mero accertamento».

Em face do que fica exposto, julgamos de rejeitar a teoria carneluttiana da lide, porque, no tocante ao problema objecto deste trabalho:

a) não permite delimitar precisamente as fronteiras da função jurisdicional, uma vez que os processos qualificados como de natureza administrativa são, na sua maioria, verdadeiramente jurisdicionais;

b) o número elevado de processos averiguadamente sem lide e a sua importância excluem a possibilidade de considerar tais processos como excepções;

(139) *Litis y Proceso*, ob. cit., págs. 23 e 24.

(140) Segundo a já citada declaração do Congresso Internacional de Direito Comparado de 1932, declaração proposta por Chiovenda, «a forma mais elaborada e delicada de exercício do poder judiciário».

c) acusa a sua insuficiência precisamente em face do processo que traduz a «forma mais pura» da jurisdição, ou seja, o processo de simples apreciação.

13. *Possibilidade de «adaptação» do conceito carneluttiano de lide*

Deverá então rejeitar-se completamente a teoria da lide? Cremos que não.

Efectivamente, há um sector em que o conceito de lide, tal como foi formulado por Carnelutti, parece resistir às críticas.

Por outro lado, ainda nos casos em que a noção de lide se mostra insuficiente, afigura-se haver nela elementos que saem ilibados de qualquer responsabilidade no insucesso da teoria.

Julgamos, por isso, que vale a pena tentar uma modificação do conceito de lide no sentido de o adaptar aos casos perante os quais se mostrou incapaz de desempenhar as funções que Carnelutti lhe atribuiu.

Passamos a essa tentativa.

Importa, por um lado, separar os sectores em que a teoria da lide provou bem daqueles em que falhou; e, por outro lado, distinguir os elementos do conceito que podem aproveitar-se e os que são de afastar.

No campo do processo de execução, o conceito de lide como conflito de interesses qualificado por uma pretensão insatisfeita parece resistir a todas as críticas que denunciam inexistência de lide em casos daquele tipo de processo. Tais críticas, como a de Calamandrei e Invrea, têm origem na confusão entre a ideia de controvérsia e a de lide, conforme já se notou (141).

(141) Devemos, mais uma vez, acentuar que excluimos do âmbito deste trabalho o processo penal.

Há sempre lide no processo executivo, quer se verifique ou não contestação. Daí a desnecessidade de alterar o segundo tipo de lide a que se refere Carnelutti: a de pretensão insatisfeita.

É quanto ao processo da declaração que se manifesta a insuficiência do conceito carneluttiano. A lide traduzida em conflito de interesses qualificado por uma pretensão contestada é que se mostra incapaz de caracterizar o processo cognitivo em toda a sua extensão.

Mas nem todos os elementos dessa modalidade de lide são de desprezar. Quais?

O elemento material, desde já. Com feito, segundo o art.º 3.º do nosso Código de Processo Civil, a acção pressupõe um conflito de interesses.

Mas, no que respeita ao elemento formal, recorde-se que no pensamento de Carnelutti, ele é constituído por uma pretensão e uma contestação. Ora em parte alguma o nosso Código exige a contestação para o processo cognitivo, como já notámos ao caracterizar cada um dos tipos de processo sem lide no Direito Português. Em compensação, ele consagra a exigência da pretensão, tomado o termo na acepção carneluttiana: veja-se, por exemplo, o art.º 480.º do Código de Processo Civil, em especial os seus n.ºs 4.º e 5.º e § 2.º.

Portanto, perante o Direito Positivo Português, mostram-se aproveitáveis para a construção de um conceito de lide «adaptado»:

- a lide de pretensão insatisfeita;
- na lide de pretensão contestada, o elemento substancial (conflito de interesses) e do elemento formal apenas a pretensão.

E, se recordarmos os casos de processos sem lide, com natureza jurisdicional, que apontámos no nosso Código, temos igualmente de concluir que em todos eles existem conflito de interesses e pretensão.

14. *A «adaptação» do conceito de lide pelo Sr. Dr. João de Castro Mendes*

O Sr. Dr. João de Castro Mendes estudou o comportamento do conceito de lide sobretudo como pressuposto do direito de acção (142). Mesmo nesse plano os casos de processo sem lide, embora considerados na problemática da acção, fazem sentir o seu valor como crítica à teoria carneluttiana. Na verdade, como aceitar com Carnelutti que a lide é sempre pressuposto da acção se há acções que dão origem a processos sem lide? Foi para resolver esta dificuldade que o Sr. Dr. Castro Mendes realizou uma adaptação do conceito carneluttiano de lide.

Deste conceito o Sr. Dr. Castro Mendes aceita o elemento material, isto é, o conflito de interesses: sempre que este falte, estamos perante um caso de jurisdição voluntária, que reveste natureza administrativa, isto sem prejuízo de se reconhecer que é imperfeita a enumeração de processos de jurisdição voluntária no Código.

Do elemento formal da lide, aceita o Sr. Dr. Castro Mendes a pretensão. Mas rejeita a necessidade da contestação, apoiando-se em um caso de processo de condenação sem qualquer lide («in futurum»). A contestação substitui a ideia de incerteza resultante da falta de confirmação anterior da pretensão pela autoridade do caso julgado. Numa inovação de terminologia (143),

(142) *O Direito de Acção Judicial*, págs. 224 a 238.

(143) Parece-nos esta inovação em harmonia com o pensamento do Sr. Dr. Castro Mendes.

pode dizer-se que o elemento formal é constituído por pretensão e «ineficácia» (ausência da plena actuação da pretensão) que substitui, assim, a noção de «resistência». A ineficácia pode consistir em *lesão* ou *incerteza* (falta de certeza só conferida pelo caso julgado), dando a distinção lugar a dois tipos de lide: *lide de pretensão insatisfeita* e *lide de pretensão incerta*.

Em conclusão: para o Sr. Dr. Castro Mendes, lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão ineficaz, isto é, insatisfeita ou incerta.

Já muito próximo deste conceito de lide estava Carnelutti, ao falar da «possibilidade de contestação», quanto ao processo de «mero accertamento»: mas, em vez de alterar o conceito, tal como o formulara, preferiu remeter-se à ideia de «perigo de lide» que, como referi, significa a confissão da insuficiência da sua teoria neste campo.

Vários autores têm apresentado fórmulas não muito distantes da de «lide de pretensão ineficaz», como noções nucleares da teoria do processo. É o caso de Guasp e de Invrea.

Jaime Guasp baseia toda a construção do processo na ideia de pretensão, termo a que atribui um significado diferente do que lhe dá a Doutrina tradicional, sobretudo alemã («Anspruch»). Para ele, «pretensão» é um conceito de origem sociológica que o Direito traduz em termos jurídicos.

A origem sociológica encontra-se na existência de reclamações de cada homem em face dos que com ele convivem, reclamações que podem converter-se ou não em conflitos, mas que devem ser atendidas pela sociedade, cuja missão consiste precisamente em tentar corrigir as imperfeições da natureza humana.

Traduzida pelo Direito, a reclamação transforma-se em «pretensão jurídica», que deve ser atendida pelo Estado. O processo é apenas o instrumento de satisfação de pretensões,

tomado o termo «satisfação» não no sentido de «dar razão», mas no de examinar e decidir acerca da pretensão, e atribuído a esta o significado de «declaração de vontade pela qual se solicita a actuação de um órgão jurisdicional relativamente a determinada pessoa distinta do autor».

Entre pretensão e processo estabelece Guasp uma absoluta correspondência: «todo o processo exige uma pretensão, toda a pretensão traz consigo um processo, nenhum processo pode ser maior ou menor do que a correspondente pretensão ou distinto dela (144). A satisfação de pretensões é, assim, o conteúdo da «função processual».

A analogia entre as concepções de Carnelutti e de Guasp resulta clara.

O primeiro, em crítica à citada obra de Guasp, escreveu na *Rivista di Diritto Processuale*: «a diferença entre a sua teoria da pretensão e a minha da lide é mais de terminologia do que de outra ordem».

Tem de se reconhecer, porém, que outras diferenças se verificam, afora a de terminologia. Assim, Guasp rejeita a ideia de conflito de interesses para base da sua teoria: desta forma rejeita talvez o elemento mais fecundo da construção carneluttiana, o que nos parece ser a sua pedra angular. Falta, além disso, na teoria da pretensão a figura da «resistência».

Apesar de tais diferenças, a forte analogia é inegável e torna-se ainda maior quando se adopta, relativamente à lide, em vez da ideia de «resistência» a de «ineficácia». Esta, olhando de forma mais ampla o aspecto passivo do elemento formal da lide, aproxima mais as figuras da lide e da «pretensão».

(144) *Derecho Procesal Civil* (Madrid, 1956), págs. 15 e 16.

Para uma posição ainda mais afim da teoria da lide, na sua modalidade de lide de pretensão ineficaz, se encaminhou Invrea, no já citado estudo *Interesse e Azione* (145).

Em substituição da ideia de «interesse em agir», que rejeita, Invrea aponta três «requisitos para agir»: direito material; não exclusão da acção por lei expressa; causa legítima de agir contra certa pessoa. O primeiro não é, porém, firmemente mantido no decorrer da exposição: Invrea parece renunciar a ele especialmente quando admite a existência de processos do tipo chamado por Cernelutti «dispositivo». Afastado o primeiro requisito, logo o está o segundo. Quanto ao último, Invrea considera que a causa legítima de agir contra certa pessoa oferece duas modalidades fundamentais: violação do direito do autor; necessidade de conseguir uma sentença contra certa pessoa para alcançar plena actuação do direito próprio. A primeira destas modalidades resolve-se na lesão da pretensão (admitida a crítica feita ao primeiro requisito). A segunda não soluciona, por si, o problema: demanda a especificação das circunstâncias em que há necessidade de recorrer à sentença para plena actuação do direito. Segundo Invrea, essa necessidade verifica-se não só nos casos de lesão e contestação mas também sempre que existe um estado de «incerteza» — a qual, para Invrea, no seguimento de Calamandrei, pode ser «institucional» ou «natural».

É grande, embora não salte à primeira vista a semelhança entre a concepção de Invrea aqui esquemáticamente exposta e a noção de lide de pretensão ineficaz. A semelhança com a teoria de Cernelutti já foi notada por Cortesia di Serego; mas torna-se muito mais acentuada mediante a substituição da ideia de resistência pela de ineficácia.

(145) *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928, parte I.

O conceito carneluttiano de lide assim modificado não é, pois, uma inteira novidade na Doutrina: foi o que pretendemos ilustrar com esta breve exposição do pensamento de Invrea e Guasp.

Mas cremos que ele representa expressão mais rigorosa de ideias que, apesar de aceites por muitos autores em casos concretos ou mesmo em sectores restritos da teoria do Processo, não encontraram até agora formulação precisa e genérica.

Será este conceito de lide defensável em face do nosso Código?

15. *A lide de pretensão ineficaz no nosso Código de Processo Civil*

A noção de lide de pretensão ineficaz, assim formulada, só interessa na medida em que encontrar fundamento no Direito Positivo Português.

Cremos que a tal noção oferece base sólida o nosso Código.

Na verdade, parece poder afirmar-se que o legislador de 1939 teve em mente a figura da lide de pretensão ineficaz.

Numa interpretação lógico-dogmática, a essa conclusão conduz claramente o confronto dos art.^{os} 3.º, 480.º, 562.º e 801.º. Perante o art.º 3.º, como já por várias vezes notámos, é pressuposto da acção um conflito de interesses.

Do mesmo artigo e do art.º 480.º resulta, como também já acentuámos, a necessidade de pretensão.

Olhando ao aspecto passivo do elemento formal, ainda no caso de lesão, não é difícil concluir que toda a obrigação exequível se supõe vencida. A mora do devedor é pressuposto necessário de execução. É certo que o art.º 801.º requer que a obri-

gação seja *exigível*. Mas parece que o Código emprega este termo no sentido de «vencida». Assim, o Prof. J. A. dos Reis escreve: «a inexigibilidade da obrigação pode derivar:

.....

b) do facto de o devedor não ter sido interpelado (146);

.....

E diz expressamente que «o que torna exigível a obrigação é o facto do vencimento» (147).

Não será esta a terminologia mais geralmente seguida (148); mas, desde que se estabeleça que o art.º 801.º com «exigível» quer significar o mesmo que «vencida», deixam de ser possíveis certas confusões.

A dificuldade mais séria que suscita a aceitação no Direito Positivo Português do conceito de lide de pretensão ineficaz está em encontrar apoio para a noção de «incerteza», tomado este termo para designar o lado passivo do elemento formal daquela lide no tipo cognitivo de processo.

O Sr. Dr. Castro Mendes — cujo pensamento me foi possível conhecer através de exposição oral — baseia a sua construção, neste ponto, recorrendo ao art.º 662.º

(146) *Processo de Execução*, vol. I, pág. 448.

(147) *Ibidem*.

(148) Normalmente reserva-se o termo «vencimento» para referir «o momento em que a obrigação deve ser cumprida». E usa-se a palavra «exigibilidade» para significar a possibilidade de uma obrigação se vencer em qualquer momento por exigência do credor (interpelação).

Neste sentido, ver, por exemplo, *Manual do Direito das Obrigações* pelo Sr. Prof. Inocêncio Galvão Telles, págs. 130 e seguintes. Não é esta, porém, a terminologia adoptada pelo art.º 801.º

Este artigo, respeitante ao processo declarativo em que se pede uma condenação «in futurum», distingue duas hipóteses: a de o réu contestar, e a de não haver «litígio quanto à existência da obrigação».

Recordando que a lide característica do processo declarativo é, na teoria de Carnelutti, a de pretensão contestada, impõe-se a conclusão de que o termo «litígio» está usado no sentido carneluttiano de «lide».

A segunda parte do artigo ocupa-se da outra hipótese apontada: falta de «litígio», isto é, ausência da lide de pretensão contestada. Mas que alcance reveste esta falta de lide? Não o de qualificar o processo em que ela se verifique como «processo impróprio». A única consequência da falta de contestação é a obrigação para o autor, ainda que vencedor, de pagar as custas do processo e os honorários do advogado da parte contrária.

Isto demonstra a impossibilidade de adoptar, no campo do processo declarativo, a ideia de lide de pretensão contestada.

O único limite, pelo lado passivo, que este artigo admite é a ideia de certeza contra a qual a sentença não pode atentar (repare-se sobretudo na frase «... não obstará a que se conheça da existência da obrigação...»).

Outra demonstração no mesmo sentido se nos afigura possível pelo recurso ao art.º 4.º, alínea a). Como atrás se observou, resulta deste preceito que o único limite posto à declaração de existência de um direito ou facto é a preexistência de uma declaração acerca desse direito ou facto.

No ponto de vista da interpretação dogmático-jurídica, parece-nos provado que o conceito de lide de pretensão ineficaz é perfeitamente aceitável no nosso Direito Processual.

A estes argumentos lógicos pode aditar-se um de ordem histórica, sempre de considerar, por diminuto que seja o valor que se dê ao método subjectivista de interpretação. Tal argu-

mento tende a demonstrar que a lide de pretensão ineficaz era a figura que estava na mente do legislador de 1939 e que ele pretendeu transferir para o Código. Com efeito, as fontes do art.º 3.º do Código de Processo Civil português foram os art.ºs 1.º e 3.º do «Projecto» de Carnelutti; assim o revela o próprio Prof. J. A. dos Reis (149).

No art.º 1.º daquele «Projecto» lê-se: «O juiz decide das lides civis quando as partes o demandem...».

O art.º 3.º do nosso Código preceitua: «O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes...».

É flagrante o paralelismo entre as duas disposições. Mas é igualmente flagrante a rejeição, pelo nosso Código, do conceito carneluttiano de lide; ou melhor, a sua adaptação, uma vez que no próprio art.º 3.º se aproveita já um elemento importante daquele conceito: o elemento material. O sentido em que essa adaptação se orientou é dado pelos argumentos de ordem lógica referidos.

Em conclusão: cremos ter demonstrado que a ideia de «lide de pretensão ineficaz» encontra no nosso Direito apoio sólido.

Resta ainda verificar se ela consegue resistir à prova do exame dos vários processos apontados como carecidos de lide no sentido carneluttiano.

16. *Lide de pretensão ineficaz e processo sem lide*

Chegou o momento de perguntar se a ideia lide de pretensão ineficaz fornece explicação satisfatória a todos os «processos sem lide» que foram enumerados.

(149) *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, pág. 20.

A) *Processo de condenação sem lide*

Não há que distinguir agora as duas modalidades do processo de condenação sem lide, que atrás apresentámos. Tal distinção foi feita, como se viu, só para... reconhecer o seu não fundamento e afastar as posições de di Serego e Carnelutti quanto ao processo de condenação com lide de pretensão sòmente insatisfeita e não contestada. A condenação é indiferente a existência ou inexistência de contestação e, portanto, da lide própria dos processos cognitivos.

O mesmo não sucede se à lide de pretensão contestada se substituir a de pretensão incerta, que é, como se viu, a modalidade da lide de pretensão ineficaz característica do processo de declaração. Agora compreende-se como o credor pode demandar o devedor que não cumpriu mas reconhece a dívida, ou como o credor pode pedir que se condene o devedor, inerte ou de acordo, a pagar em momento futuro.

Para usar a terminologia de Carnelutti, o processo de condenação produz o «accertamento» da actuabilidade de uma sanção.

Produz um «accertamento» isto é, elimina a incerteza que obsta à plena actuação da pretensão do autor. A incerteza existe em qualquer processo de condenação, e é eliminada por uma decisão jurisdicional, que torna a sanção actuável — imediatamente, se a lesão se produziu já, ou quando esta se verificar, na hipótese de se pedir a condenação «in futurum».

Não tem importância, pois, para caracterizar o processo de condenação, o saber se houve ou não contestação.

Acerca da natureza da «incerteza» existente neste processo, cremos poder caracterizá-la como «institucional». Tal qualificação, sugerida por Calamandrei e aceite por Invrea para o

processo constitutivo, parece-nos perfeitamente admissível relativamente ao processo de condenação. Também aqui é a lei que impõe o recurso ao processo — neste caso para que se considere actuável a sanção, isto é, em processo civil, a execução. Pode, em face das circunstâncias, essa actuabilidade ser evidente e não oferecer dúvidas, até porque o devedor concorda com ela (nos casos em que falta a lide em sentido carneluttiano). Mas o facto de a lei dispor que só através da condenação essa actuabilidade pode ser definitivamente estabelecida causa uma incerteza que, mau grado as afirmações de Cortesia di Serego, é semelhante à que reclama, por exemplo, o «mero accertamento». Semelhante, no sentido de que se torna necessária uma declaração judicial para a suprimir.

Não é, pois, a contestação, mas a «incerteza institucional» que constitui o lado passivo do elemento formal do processo de condenação.

De resto, os outros elementos da lide de pretensão incerta estão sempre presentes no processo de condenação: tanto o elemento material (conflito de interesses) como o lado activo do elemento formal (pretensão).

A figura de lide de pretensão incerta leva assim a afastar a qualificação de certos processos de condenação como processos sem lide. Nas hipóteses que a teoria carneluttiana aponta como tais há sempre verdadeiro e próprio processo com lide.

B) *Processo constitutivo sem lide*

Perante o processo constitutivo designado por di Serego como «contingente», o conceito de lide de pretensão incerta leva a resultados sensivelmente semelhantes àqueles a que conduziu em face do processo de condenação.

Com efeito, no processo constitutivo sem lide contingente existem, como atrás se viu, o conflito de interesses e a pretensão. Falta, porém, a contestação.

Do lado passivo, haja ou não contestação, o que se verifica é a necessidade de uma decisão jurisdicional com força de caso julgado a «accertare» os pressupostos da constituição ou modificação jurídica pretendida. Do «accertamento» resultarão necessariamente os efeitos jurídicos constitutivos.

A esta realidade se adapta perfeitamente, como se vê, a figura da lide de pretensão incerta. A pretensão só não é eficaz pela existência de incerteza acerca dos pressupostos da constituição ou modificação. Incerteza que, no seguimento de Calamandrei e Invrea, se pode qualificar como «institucional», porque é causada pela lei, que reserva à decisão judicial o efeito de criar a certeza de pressupostos necessária à constituição ou modificação.

À luz do conceito de lide de pretensão incerta, o processo que di Serego designa por «processo constitutivo sem lide contingente» é um verdadeiro processo com lide.

É o «processo constitutivo sem lide necessário»?

Tudo quanto acerca dele se disse leva a concluir, desde já, que falta neste processo o elemento material da lide: em vez de um conflito de interesses há um só interesse que o juiz deve tutelar.

Será isto um desmentido à teoria da lide de pretensão ineficaz?

Creemos que não, porque a existência deste caso de processo sem lide é susceptível de perfeita explicação.

Note-se que tal processo tem carácter excepcional no nosso Código. Não se trata agora do vício em que incorrem tantas teorias ao considerar excepcionais todos os casos que se não conformam com elas... Neste caso o carácter excepcional do

processo constitutivo sem lide é inegável: resulta do art.º 3.º do Código de Processo Civil, segundo o qual a acção pressupõe um conflito de interesses. Estando o art.º 3.º integrado num título com a epígrafe «Da acção em geral» parece indiscutível que os processos em que se manifesta não um conflito mas só um interesse são excepcionais. Em reforço disto pode ainda alegar-se que são muito raros os casos de processo constitutivo sem lide (não há agora que o qualificar de «necessário», porque está afastada a outra categoria de processos constitutivos sem lide — a dos «contingentes»).

De carácter vincadamente excepcional, o processo constitutivo sem lide — no qual se desenvolve (já o vimos) uma actividade de natureza administrativa — encontra, como salienta Carnelutti, a sua justificação na gravidade excepcional de certos efeitos a atingir por meio dele: tal gravidade impõe que seja um órgão de elevada categoria e oferecendo fortes garantias de integridade (o juiz) a actuar como administrador, através de uma forma especialmente propícia a uma boa verificação dos pressupostos de tal actividade (a forma contenciosa).

Eis a justificação «de jure condito» do caso excepcional que é o processo constitutivo sem lide, o qual deve qualificar-se, com Carnelutti, como «processo impróprio».

Mas, ainda com este autor, cremos que, sob o ponto de vista da política legislativa, há que explicar tal caso por uma imperfeição da lei. Numa aplicação rigorosa do critério que o nosso legislador adoptou ao enumerar os processos de jurisdição voluntária (critério que o próprio autor do projecto afirma repousar sobre a natureza administrativa de tais processos), entre eles se deveriam incluir os actuais processos constitutivos sem lide. Não nos repugna, como já acentuámos, afirmar que o critério legal foi imperfeitamente aplicado, pois é o próprio Prof. J. A. dos Reis o primeiro a admiti-lo.

Em conclusão:

O processo a que di Serego chama constitutivo sem lide «contingente» é verdadeiro processo com lide, desde que se adopte o conceito de lide de pretensão incerta.

O processo a que o mesmo autor chama constitutivo sem lide «necessário» é um «processo impróprio», aliás perfeitamente explicável, quer por ser fruto de uma imperfeição de lei, quer por corresponder a específicas exigências de ordem prática.

C) *O processo de simples apreciação sem lide*

Ao tratarmos do processo de simples apreciação mostrámos que ele não exige que a pretensão seja contestada: pode surgir onde quer que exista um conflito de interesses e a pretensão se revele ineficaz por causa da incerteza originada na falta de decisão com força de caso julgado a compor o conflito.

A tal situação adapta-se perfeitamente a lide de pretensão incerta.

Esta figura permite dar resposta cabal ao problema dos limites da jurisdição de simples apreciação, sem necessidade de recorrer ao empirismo das concepções que se baseiam na ideia de interesse em agir.

De acordo com essa resposta, pode pedir-se qualquer declaração ao tribunal, desde que se verifique um conflito de interesses (existindo todos os pressupostos processuais, de entre os quais se deve destacar a *legitimidade*, situação de «contacto material» entre cada uma das partes e um dos interesses em conflito) e desde que o autor pretenda a prevalência do seu interesse, prevalência que, devido a um estado de incerteza, lhe não é possível alcançar sem a declaração. A incerteza não resulta agora de disposições de lei que condicionem à decisão judicial a produção de efeitos jurídicos ou a actuabilidade de

de uma sanção. Resulta, pelo contrário, das simples circunstâncias: é «natural» em vez de «institucional».

Atente-se, em todo o caso, na grande extensão do campo que a lide de pretensão incerta reconhece ao «mero accertamento».

Para permitir avaliar essa extensão apontaremos um exemplo que o Sr. Dr. J. de Castro Mendes costuma apresentar (150): qualquer pessoa pode pedir a um tribunal que a declare titular de um direito de propriedade sobre um prédio, contra outra pessoa escolhida ao acaso numa lista telefónica... Efectivamente, há conflito de interesses, porque, em relação ao prédio, a posição favorável à satisfação de necessidades, da parte do autor, exclui análoga situação de qualquer outro membro da colectividade; há pretensão do autor, à qual corresponde uma incerteza que só pode ser afastada por decisão com força de caso julgado.

Isto parece indiscutível em face do nosso Código, pois ele não admite que uma acção fundada seja impossível por «inútil» (art.º 458.º).

A solução tem de vencer certa resistência da Doutrina, à qual repugna, como escreve o Sr. Prof. Manuel de Andrade (151), que se possa impor livremente à contraparte «a perturbação e o gravame inerente à posição de demandado — perturbação e gravame que se traduz principalmente em ter ela de deduzir a respectiva defesa, sob pena de a ver precluída».

É esta a objecção geralmente oposta à ideia de que nunca a acção fundada pode ser inútil porque há sempre utilidade em suprimir a incerteza através da força vinculadora do caso julgado.

(150) Exemplo de que tomámos conhecimento através de exposição oral.

(151) *Ob. cit.*, págs. 80 e 81, citando Invrea.

Pode, porém, observar-se aqui:

- não se verifica a injustiça de sujeitar o réu ao pagamento de custas numa acção em que ele não estava «interessado», pois o art.º 485.º, impõe esse pagamento ao autor, se o réu não deu causa à acção nem contestou;
- não se verifica a injustiça de impor ao réu não «interessado» o ónus de se defender: uma vez que ele não está «interessado» nada tem a perder se ficar inerte e for vencido.

Em conclusão: o processo de simples apreciação é sempre um processo com lide desde que se adopte o conceito de lide de pretensão incerta.

17. *Conclusões gerais*

Chegou, por fim, o momento de extrair as conclusões gerais da exposição feita. Cremos que ela permite se considerem fundamentadas as seguintes afirmações:

- O conceito carneluttiano de lide, embora fornecendo elementos de aproveitar para a teoria do processo, não logrou desempenhar-se cabalmente de todas as funções que o seu autor lhe atribuiu.
- É possível, mediante certa modificação desse conceito, levá-lo a suportar a principal crítica (a que de uma maneira ou de outra, todos se reduzem): a crítica baseada na falta de lide em determinados processos.

— A figura da lide que denominamos de *pretensão ineficaz* (tendo por modalidades a lide de pretensão incerta e a de pretensão insatisfeita), sugerida pelo Sr. Dr. João de Castro Mendes, mostrou-se capaz de suportar aquela crítica e tem sólido fundamento no Direito Positivo Português.

Como aditamento a estas conclusões, notaremos que ficou por demonstrar a aptidão do conceito de lide de pretensão ineficaz para (usando a expressão de Calamandrei) através dele serem repensados todos os institutos processuais. Mas isso é tarefa muito superior às nossas forças — tanto pela dificuldade como pela extensão.

JOSÉ FERREIRA DE ALMEIDA