

# SUBSÍDIOS PARA O ESTUDO DO DIREITO DE INTERVENÇÃO (\*)

Pelo DR. JOÃO DE CASTRO MENDES

## CAPÍTULO I

### ACÇÃO

#### 1 — Um pouco de história

No direito que nós, Latinos, nos habituámos a venerar como o ancestor comum de todos os nossos, o Direito Romano — nos seus mais antigos tempos, pelo menos — todas as situações jurídicas eram concebidas como o que hoje diríamos direitos e deveres processuais. «Em Direito Romano, não se pergunta se se tem um direito, mas se se tem uma acção. Em tal circunstância, *indicium dabo*, diz o pretor no seu édito» (1). Para se saber, portanto, se certo interesse era juri-

---

(\*) Trabalho elaborado para a Cadeira de Direito Processual Civil do ano lectivo de 1949-50 da Faculdade de Direito de Lisboa (Regência do Prof. Doutor Galvão Teles).

(1) René Morel, *Traité Élémentaire de Procédure Civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Sirey, 1949, pág. 7, nota. É pelo menos o que sustenta uma das teorias sobre o *actio romana*, devida a Windscheid. Sabe-se como esta foi contradita por Muther, Bekker e outros. Ver Biagio Brugi, *Azione (storia)*, no *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, págs. 109-110.

dicamente protegido, não se perguntava se se dispunha de um direito, mas se duma *actio*, duma acção — se se podia agir, reflexo de tempos de justiça privada não muito recuados (2).

Foi preciso que no direito pretoriano se encontrassem outros meios que não a velha *actio* para tutela dos cada vez mais complicados interesses humanos — as *condictiones, restitutiones in integrum, interdicta* — para que o admirável senso jurídico dos Romanos intuisse que todos esses meios não eram mais do que reflexos, diferentes conforme as circunstâncias, de interesses de índole material que podiam ser estudados em si, independentemente da sua garantia pelos órgãos do Estado. Mas tal intuição conduziu não apenas a uma reacção ou evolução — conduziu a uma sobre-reacção ou sobre-evolução. Agora que haviam encontrado o direito substantivo (que parece segregado, como dizem Maine e Milland para o caso paralelo do Direito Inglês, nos interstícios do processo), e levados pelo seu unitarismo jurídico (ou sincretismo jurídico inicial, para empregar uma expressão vulgar na Filosofia), os Romanos, ou melhor, os juristas que lhes seguiram as pisadas, atribuíram a esse direito substantivo todo o conteúdo de interesses e de relações; e para o Processo nada mais ficou do que o desinteressante relato dos actos que constituem o meio de exercer e garantir em juízo tais interesses e relações — a *ordo rerum in iudicio proponendarum* de Richeri (3), a acção como um meio e não um direito (4). Tudo o que é interesse, tudo o que é relação, tem contudo de se buscar no direito substantivo, nomeadamente no Direito Civil.

---

(2) Se é que ultrapassados, Vallimaresco, (*La Justice Privée en Droit Moderne*, Paris, 1926, *passim*) considera as *legis actiones* um caso de justiça privada solene ou formal, ao lado da justiça privada anárquica (a justiça privada selvagem de Bacon) e da subsidiária, forma moderna. No seu seguimento parece ir o Sr. Prof. Paulo Cunha (*Lições de Processo Civil e Comercial*, publicadas pelos alunos Quina Ribeiro e Almeida Eusébio, ano de 1935-36, págs. 75-80).

(3) Richeri, *Universa Civilis et Criminalis Iurisprudentia*, §§ 178.º e 174.º, cit. na *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1930, pág. 196.

(4) (*Actio est*) «remedium legitimum persequendi in iudicio iura» Heinneccius, *Element. Iure. Secund. Ord. Inst.*, § 1.126.º. No seguimento de Heinneccius vai a maioria dos escritores medievos e post-medievos: por exemplo, Pothier (*Traité de la Communauté*, pág. 70) e Delvincourt. Ver Prof. José A. dos Reis, *Processo*, I, pág. 103.

Esta ordem de ideias foi bem aceite pelo individualismo formalista dos Germanos; e é ela a culpada do desdém e atraso em que — sempre com excepções — caíram os estudos processuais. Sendo um conjunto de actos, melhor, um conjunto de formas e tempos, o Processo estuda-se melhor em um escritório de advogado, com os práticos, «entre um formulário e um calendário», como ainda hoje dizem certos juristas franceses (5). Não merece as honras de um estudo científico — e Chiovenda conta-nos como o jurista medievo Alciato se indignou sobremaneira por lhe atribuírem falsamente a paternidade de uma obra de Processo: não tanto por usarem o seu nome, mas por suporem que ele, o grande Alciato, se iria preocupar com assunto tão mesquinho (6).

Foi necessária, como diz Chiovenda, «a renovação dos estudos de Direito Público que, por causas de ordem histórica, cultural e política, se determinou no princípio do Séc. XIX, e que levou os estudiosos a considerarem o Processo como campo de uma função e de uma actividade estadual» (7), para que o Processo fosse elevado à dignidade, que sem dúvida merece, de matéria de uma verdadeira Ciência Jurídica. Tal consagração, preparada por Hegel e pelo discípulo da Escola Histórica, Augusto Bethmann-Hollweg, pode considerar-se definitivamente estabelecida em 1868, data da publicação do fundamental livro de Oskar Bülow, *Tratado das Excepções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais* (8).

Desde então, a Ciência do Processo tem vindo crescendo em dignidade e prestígio científicos, a ponto de se poder hoje considerar, sob este aspecto, *pede aequo* com o próprio Direito Civil. Porventura ainda alguns (a maioria da Doutrina francesa, por exemplo) se afer-

---

(5) Cf. René Morel, *ob. cit.*, pág. 8.

(6) Ver Chiovenda, *Saggi di Diritto Processuale Civile* (1900-1930), vol. I, Roma, 1930, pág. 4.

(7) Chiovenda, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Nápoles, 1933, pág. 18. Na ed. espanhola, trad. Gomez Orbaneja, vol. I, Madrid, 2.<sup>a</sup> ed., 1948, pág. 21.

(8) Esta fixação é feita, por exemplo, por Goldschmidt, *Teoria General del Proceso*, trad. Leonardo Prieto Castro, Labor, pág. 14; e por Bellavittia, *Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1935, pág. 43.

ram ao passado, ou, como Ricca Barberis (9), lançam à vigorosa Ciência do Processo o prudente «Ter! Ter!» que nós conhecemos bem. Mas nada a consegue deter.

E até, dando uma certa confirmação à teoria de que todas as evoluções (ou, pelo menos, a cultural), se fazem segundo um processo cíclico, com um periódico «eterno retorno» às mesmas formas, surgem já autores que pretendem ressuscitar, no Direito moderno, a ideia romana da acção como o direito principal: Alessandro Pekelis e Binder, por exemplo. Para o primeiro, «a acção é o único direito subjectivo, de que o direito subjectivo material não é senão um reflexo» (10).

Contudo, se isto prova alguma coisa quanto às tendências das evoluções, então prova que estas se fazem, como dizem outros autores, em espira — regressa-se de facto à mesma ideia mas de um ponto de vista mais alto, de que se disfrutam mais largos horizontes.

Seguir com sincera admiração, embora de muito longe, o brilho dos cultores do Direito Processual, tal é o propósito do presente trabalho.

---

(9) Esta acusação faço-a no seguimento de Carnelutti, na *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1930, 2.<sup>a</sup> parte, pág. 198; e Chiovenda, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1931. O crime de Ricca Barberis é não aceitar por «infecundo» o conceito de relação jurídica processual e preferir-lhe o de alguns juristas italianos antigos (ver *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1930, 2.<sup>a</sup> parte, pág. 191). Se se notar o paralelismo entre a evolução do prestígio do direito processual e a do conceito de relação jurídica processual (também preparada por Hegel na sua *Filosofia do Direito*, esboçada por Bethmann-Hollweg, e deli neada por Bülow) compreender-se-á em que é que isto representa um retrocesso na Ciência do Direito Processual Civil.

(10) *Il Diritto como Volontá Constante*, 1930, cit. em Mercader, *La Acción, Su Naturaleza dentro del Orden Jurídico*, Buenos Aires, 1944, pág. 58. A parte citada é de Mercader. Sobre Pekelis, ver ainda o seu artigo *Azione*, no *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, págs. 92 e segs., traduzido em português para a *Revista da Ordem dos Advogados*, ano I, n.º 3, págs. 92 e segs., e ano I, n.º 4, págs. 621 e seguintes.

Sobre Binder, ver *Prosess und Recht*, 1927, pág. 257, cit. em Allorio, *Natura della Cosa Giudicata*, na *Rivista di Diritto Processual Civile*, 1935, págs. 225 e seguintes.

## 2 — O mistério da acção

Bem se pode dizer que não há, no mundo jurídico, conceito tão importante nem debatido como o de acção. Importante porque respeita à própria essência do jurídico, a coercibilidade, e estabelece as relações entre esta e cada um dos seres que formam o mundo do Direito. Debatido, talvez por ser verdadeira a afirmação de que, após dezenas de séculos de estudo do Direito, os juristas ainda não estão de acordo sobre o que estudam.

Quanto à acção, bem se pode dizer que não há jurista algum que a conceba de uma maneira inteiramente idêntica à de outro. Não me compete no entanto a mim tentar classificar os diferentes conceitos de acção que têm sido apresentados pela Doutrina. Procurarei apenas esquematizar o mais singela e concisamente que me for possível as conclusões a que me conduziram os ensinamentos dos Mestres que consultei.

E o método que para isso seguirei será este: atacar primeiro o que me parece ser o ponto central do problema: as relações entre a acção e o direito subjectivo. Da posição que tomar quanto a este ponto decorrerão naturalmente as soluções aos restantes problemas da acção: o da sua natureza, o do seu conteúdo ou objecto, o das relações entre acção e relação jurídica processual.

Já atrás disse que a história do Direito Processual está intimamente ligada à história da separação do conceito de acção, do direito subjectivo de que era considerada um mero meio ou instrumento. Hoje, essa teoria separatista encontra-se completada por teses extremas, que sustentam a autonomia completa da acção — ela não é nem direito subjectivo, nem seu elemento, aspecto, ou transformação; nem depende da sua existência. E quem diz aqui direito subjectivo diz qualquer realidade jurídica de carácter material. A acção existe por si; tem perseidade. Esta última tese, (a que se deve chamar teoria da acção como direito autónomo, e não abstracto, como faz o Prof. José Alberto dos Reis), é igualmente sustentada por Degenkolb (numa primeira fase do seu pensamento), pelo húngaro Plósz, pelos irmãos Rocco e pelo mesmo ilustre Prof. José Alberto dos Reis:

Mas, embora eu tenha de reconhecer que a tendência separatista, de que é apogeu a teoria da acção como um direito autónomo, muito fez para elevar a Ciência do Processo ao alto nível em que se

encontra, sou no entanto daqueles que ainda não acreditam nela. Com efeito, quer-me parecer que a teoria da acção como um direito abstracto nasceu do desejo desalentado de renunciar a desemaranhar a trama particularmente difícil de relações que unia direito e acção; e, após ter-se resolvido o problema como Alexandre desatou o nó górdio, cortando-o, deixou-se direito e acção vogando no espaço como dois planetas de que se aprofunda cada vez mais a geografia, mas cujas interferências mútuas permanecem para nós um mistério — havendo até juristas de valor que desesperam de o resolver (11).

Ora é a este abandono pouco científico (ia a dizer — pouco desportivo) que eu me não quero associar. Para mais, porque tenho a certeza de que a prestigiosa Ciência do Processo nada sofreria já, mesmo que se admitisse pacificamente que a acção é um dos aspectos do direito substantivo ou material, ou, pelo menos, de uma realidade substantiva ou material. Na verdade, proliferadas as Ciências pela sua especialização, muitas há que, sem perderem esse carácter, partilham com outras o objecto do conhecimento, contentes de manterem a sua individualidade através do exclusivo de certo aspecto por que o encararam. Assim sucederia ao Processo: manter-se-ia intacto o seu objecto formal, que seria o aspecto da actualização pelo Estado, — no seu aspecto de *Macht* ou força coactiva social organizada, — do direito subjectivo *uno* (já não digo material, porque não haveria *adjectum* a que se opusesse a palavra).

Aliás, creio que a teoria em causa não consegue defender-se da crítica de Coviello. Este autor aponta — e a meu ver com justeza — que, se não se considerar ao direito subjectivo «essencialmente inerte o elemento coacção, que se manifesta em regra por meio da

---

(11) «Entre direito e execução» (tanto vale dizer — acção executiva) «conclui Biondi, há um vácuo que nenhuma fantasia ou esforço conseguiu até agora preencher». Sr. Prof. José Alberto dos Reis, *Processo de Execução*, vol. I, Coimbra, 1943, pág. 3, citando Biondo Biondi, *Prospettive Romanistiche*, págs. 43 e seguintes.

O mesmo pessimismo, apresentado de outra forma mais erudita, trai a afirmação do jurista brasileiro Mendez, que observa que as relações da acção com o direito dão lugar a uma questão metafísica (*sic*), em que se não deve ver mais do que um acidente de substância: Mendez, *Direito Judiciário Brasileiro*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1940, pág. 95.

E não será reflexo também deste desalento a teoria do *Schuld und Haftung* e semelhantes?

acção» (12), nega-se a juridicidade essencial do mesmo direito. Este deve conter em si a possibilidade de ser exercido coactivamente — e essa possibilidade deve-lhe vir duma característica intrínseca, e não reflexamente da mera presença para todos da acção como faculdade abstracta, concepção em que nos aproximariamos de Pekelis.

E a existência duma interdependência profunda entre a acção e o direito subjectivo é postulada pelo nosso Código de Processo Civil actual. O art.º 2.º parece afirmar quase por formais palavras a tese da acção como dependente do direito subjectivo material. Entre os efeitos da citação previstos no art.º 485.º — e a citação ainda se deve considerar exercício da acção, embora através do tribunal — figuram alguns que são efeitos típicos do exercício do direito substantivo, como a interrupção da prescrição (alínea a)), e o vencimento da obrigação (alínea c)). Mesmo no Código de Processo encontramos disposições, que só uma profunda dependência da acção em relação ao direito material consegue explicar.

Assente, portanto, que entre acção e direito subjectivo existe uma interdependência, procurarei então expor a minha ideia acerca das relações que entre eles se estabelecem; sem preocupações de a classificar dentro dos grandes grupos de teorias já delineadas. Problema, reconheço-o, bem difícil de abordar para um inexperiente juristuro — sobretudo num trabalho de âmbito limitado, como este o tem de ser neste ponto.

Ao liberalismo correspondeu uma concepção de direito subjectivo, em que este é encarado como uma esfera da actividade lícita (Savigny), um poder de vontade (Windscheid), tendo por objecto um conjunto maior ou menor de actos do indivíduo. Juristas insignes, entre os quais realça o nome de Ihering, deram-se ao trabalho de mostrar que essa concepção é falsa. Na realidade, o que o Direito protege não é a actividade caprichosa dos homens, mas a realização dos interesses que ele reputa lícitos e dignos de protecção. A medida dos direitos subjectivos, o seu núcleo, não está nos actos, mas nos interesses.

Esta teoria ainda não é por todos aceite; mas o que é mais extraordinário, é que nem os que a adoptam lhe extraem as suas últimas consequências. Mesmo autores que repetem com entusiasmo

---

(12) Coviello, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, Parte Generale, 3.ª ed., Milão, 1924, pág. 495.

que «o direito subjectivo é um interesse juridicamente protegido», em seguida constróem a propriedade ou a obrigação como compostas de uma série maior ou menor de possibilidades de agir, e não como realmente uma série de meios de protecção do interesse. Assim, define-se propriedade muitas vezes como o velho direito de usar e abusar, o clássico direito à prática de todos os actos possíveis sobre a coisa; e mesmo quanto à obrigação, autores que expressamente aderem a Ihering, em seguida dão-lhe como conteúdo o direito a exigir do devedor certa prestação, o direito ainda a uma actividade.

E a verdade é que esta velha ideia tem-se mantido, sendo muito difícil desviar a técnica tradicional, e considerar a obrigação como um conjunto de meios escalonados (a possibilidade de exigir a dívida entre outros) para a satisfação de certo interesse do credor; e o direito real também como um conjunto de meios escalonados para a satisfação de um feixe de interesses (13).

Eu creio no entanto que a velha técnica deve ser quanto possível reformada, e a noção de direito subjectivo construído realmente à volta do conceito de interesse. Para as possibilidades de agir, *facultates agendi*, reservar-se-ia com vantagem o nome disputado de faculdade. A faculdade não seria assim mais do que um elemento de direito subjectivo, e este uma organização concreta destes e doutros meios, em torno dum certo interesse.

Assim, o direito subjectivo é uma organização concreta de meios com que a ordem jurídica procura assegurar a uma entidade a satisfação de um interesse ou feixe de interesses seus, através de certo bem; e ainda que à custa de interesses opostos inferiores em categoria (14).

---

(13) Quanto à obrigação, não faço mais em rigor que perfilhar a conclusão de Hartmann, «de que se deve excluir do conceito de obrigação o elemento prestação, substituindo-lhe a ideia de escopo» (Prof. Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, pág. 364), desenvolvendo-a segundo a orientação geral do Prof. Gomes da Silva sobre direito subjectivo. Não percebo como se podem considerar verdadeiros dois princípios a meu ver inconciliáveis — o de que a obrigação é o interesse juridicamente protegido a uma prestação, e o de que ninguém é coagido à própria prestação — *nemo potest precise cogi ad factum*.

(14) A fórmula do Prof. Gomes da Silva é «a afectação jurídica dum bem à realização dum ou mais fins de pessoas individualmente consideradas» (*O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, pág. 85).

Um conjunto concreto de meios (ou vias de direito, ou vias legais para usar expressões clássicas) — meios diferentes, aparelhados para servirem consoante as circunstâncias de cada caso.

E estes meios não são somente diferenciados num sentido horizontal, através da lista de actos a que dão carácter de licitude—são-no ainda num sentido vertical. Explicar-me-ei melhor. Pode realmente suceder que a Lei, em presença de interesses incompatíveis sobre o mesmo bem, forneça no entanto a todos eles meios diferentes de protecção—saindo nesse caso vencedor no conflito aquele que se apresentar mais poderosamente armado. Assim, tomemos o exemplo mais característico: a posse formal do domínio de certa coisa, desacompanhada do direito de fundo, corresponde no entanto a um interesse de ordem análoga ao que está na base da propriedade. Ora, se este interesse se apresentar com características tais que mereçam tal atitude, a Lei cerca-o de uma certa protecção; pondo à sua disposição, por exemplo, a presunção de propriedade e os meios possessórios. Isto, contudo, não quer dizer que mais tarde a posse não seja susceptível de ser vencida por um interesse mais pesadamente armado—o interesse do proprietário, que tem no seu arsenal a poderosa acção de reivindicação.

Há, portanto, interesses que gozam de uma protecção incompleta ou imperfeita em relação à protecção normal dos seus iguais. Ou (é a mesma realidade vista por outro prisma) há direitos que são incompletos ou imperfeitos, por não estarem integrados por todas as faculdades ou vias legais que poderiam existir na sua espécie concreta.

Para distinguir esta hipótese, propõe o Sr. Prof. Paulo Cunha, (estudando o caso característico da posse), o nome de «direitos de protecção provisória» em contraste com aqueles que se opõem vitoriosamente a todos os da sua categoria e que seriam «direitos de protecção definitiva» (15). Mas eu prefiro dar-lhes outros nomes, a fim de me não envolver na discussão terminológica a que estes poderiam dar lugar. Direitos são, como todas as organizações concretas de

---

(15) Cfr. Stammer, *La Genesis del Derecho*, trad. W. Rocas, Madrid, 1925, pág. 45.

meios de protecção jurídica em torno de um interesse ; chamar-lhes-ei, muito convencionalmente, «direitos imperfeitos» e «direitos perfeitos».

As relações entre os direitos imperfeitos (de que são casos característicos a posse e a detenção) e os perfeitos são fáceis de estabelecer. Não se deve perder de vista que em todos eles há o mesmo interesse jurídico, só que diversamente «juridicizado», isto é, protegido. E note-se que os direitos perfeitos contêm em si todos os meios que assistem aos imperfeitos e mais alguns, que asseguram a vitória em caso de colisão. Mesmo nos direitos perfeitos, portanto, encontramos a matéria-prima de vários imperfeitos — um interesse igual e os meios com que no imperfeito o protege ; e podemos, conceitualmente, autonomizar e estudar estes últimos mesmo aí.

Assim, quem é proprietário, tem o interesse análogo ao do possuidor *nomine proprio* da propriedade, e normalmente os meios possessórios que o assistem. Na sua propriedade, portanto, está diluída uma posse ; que nós podemos, conceitualmente, dissecar e estudar.

Relacionemos agora isto com o chamado direito de acção.

Dentre todos os meios que integram um direito subjectivo perfeito, têm especial importância e relevo aqueles que asseguram a sua realização pela força coactiva do Estado (16). E a razão profunda disto é simples : é que «a possibilidade do emprego da coacção (coacção directa e independente) é um momento essencial do Direito» (17), ou seja, o traço que distingue o Direito e a ordem jurídica das normas e ordens normativas de outra espécie. Pode-se até discutir — e

---

(16) Não resisto a transcrever, embora nada acrescente ao que disse, uma passagem sugestiva de Louis Jossierand, *De L'Esprit des Droits et de Leur Relativité*, Dalloz, 1927, pág. 54 : «Designa-se sob o nome de «vias legais» os diferentes meios que a Lei põe à disposição dos particulares e das pessoas colectivas com o fim de assegurar, de impor a realização dos seus direitos ; há aqui um arsenal rico em armas jurídicas : acção judicial, defesa, réplica, incidentes, vias de concurso, queixas, vias de execução, todos os meios que constituem, no seu conjunto, a parte realizadora, sancionadora do direito».

(17) Sr. Prof. Paulo Cunha, *Acção judicial e Garantia judiciária*, em *O Direito*, 1933, pág. 102. O Sr. Prof. Paulo Cunha abandonou em seguida esta ideia kantiana da efectiva susceptibilidade da coacção, para aderir à ideia gényana da «vocação para a coacção». Parece-me, contudo, melhor a primeira.

multo se tem discutido — se estas faculdades não são as únicas que integram o direito subjectivo, com desprezo das faculdades simplesmente materiais (18).

Ora bem. Dentre estas faculdades cuja importância salientei, deve-se fazer ressaltar ainda a garantia judiciária. A garantia judiciária, traduz-se no «poder de obter uma sentença de mérito favorável e uma execução que sejam a realização efectiva do direito subjectivo material correspondente» (19). Mas não se traduz só nisto: estes poderes são apenas a parte central ou nuclear da garantia judiciária. Por aplicação do princípio geral de que toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensáveis para o seu exercício, o reconhecimento deste direito a uma sentença favorável envolve o da faculdade de praticar em juízo todos os actos que a Lei ou o tribunal exijam para que a sentença seja favorável. Esta faculdade secundária, ou de segundo grau — o chamado direito de processar — ainda se compreende dentro da garantia judiciária.

Mas — e este é o ponto crítico da exposição — quem se dirige ao tribunal não se deve entender que está a actuar desde logo a garantia judiciária, assim concebida como um elemento do direito subjectivo perfeito. Entender as coisas deste modo, seria incorrer na crítica fundamental de não se saber qual o direito que exerceu uma pessoa que veio a decair no processo por falta do direito subjectivo.

A tese que sustento é que o direito que se exerce ao propor um processo em juízo é um direito imperfeito do tipo da posse, cujo principal elemento é a correspondente posse da garantia judiciária, a que se dá o nome de acção judicial (20).

Na verdade, quem propõe um processo em juízo, tem de se exteriorizar titular do direito cuja actuação pretende. Terá, antes de mais,

---

(18) Veja-se uma exposição concisa do problema no cit. livro do Sr. Prof. Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, págs. 47 e segs., n.º 13; cuja solução sigo.

(19) *Acção Judicial e Garantia Judiciária em O Direito*, ano de 1933.

(20) Até é curioso mostrar que se a acção é por alguns considerada problema insolúvel (Biondi, Mendez, Calamandrei, Kirchmann), e dificultado pela terminologia (Prof. Paulo Cunha), a respeito da posse também há quem o considere insolúvel (Meischer, que concretiza ser o problema do *animus possidendi* tão insolúvel como a quadratura do círculo), e se queixe a respeito dele do estado morboso da terminologia (Bekker, Perozzi).

de se afirmar seu titular — e afirmá-lo já é uma forma de exteriorização, uma exteriorização intelectual embora, mas que é bastante para que o tribunal lhe conceda uma protecção também intelectual — a apreciação e declaração. Mas mais do que isso. Se houver desde logo algum sinal que dê fortes presunções de titularidade, a lei exige desde logo a sua apresentação. Mesmo que se entenda que os casos do art.º 285.º têm carácter apenas fiscal, temos exemplo disso nas acções fundadas em título: este deve acompanhar logo a petição inicial. Além disso, se for evidente, por qualquer forma, que o direito do autor não existe, o tribunal indefere *in limine* a sua petição e fá-lo *ex officio*.

O autor tem, portanto, de exhibir uma aparência de direito — o direito litigioso; dotado de uma aparência de garantia judiciária — o direito de acção. E este contém em si a energia suficiente para mover o processo até à sentença.

E é até curioso salientar este facto — é que o conteúdo deste direito de acção é justamente aquele poder ou faculdade de segundo grau que há pouco notava que ainda fazia parte da garantia judiciária — o direito ou poder de processar, isto é, de fazer tudo o que a Lei ou o Tribunal exijam para que a sentença lhe seja favorável. Mas o primeiro elemento — o direito à favorabilidade da sentença — tem-no só o direito de fundo correspondente, ou garantia. Encontramo-nos assim perante esta situação curiosa: o indivíduo que põe um processo em juízo, vê reconhecido o seu direito a conduzi-lo e a fazer tudo o que puder para o ganhar — porque pode ter o direito de fundo. Mas não vê, senão no fim, reconhecido o seu direito a uma sentença favorável — porque pode não o ter.

Isto quanto ao lado da acção. Agora quanto ao da defesa.

Nunca nos esqueçamos que processo, relação, contrato, quase todos os conceitos jurídicos não são mais do que a consideração pelo prisma do Direito de aspectos estáticos ou dinâmicos de interesses sociais correspondentes. O processo é um conflito de interesses, no estado particularmente interessante de lide.

Assim, o réu opõe ao autor um interesse próprio, incompatível por qualquer razão com o daquele. Este interesse também se apresenta perante o tribunal como um direito imperfeito — o direito de defesa, contradição, ou acção passiva — ou seja, como exteriorização ou posse judicial da garantia de um direito de fundo contrário ao do

autor, quanto mais não seja, o direito à integridade da própria esfera jurídica, como entende Simoncelli (21).

A defesa, portanto, ainda é exteriorização da garantia judiciária e tem o mesmo conteúdo que a acção — a faculdade de processar. Também não tem só por si direito à favorabilidade da sentença, porque pode apresentar-se de um modo formal, sem que efectivamente lhe corresponda a garantia exteriorizada.

A relação jurídica processual resulta do encontro dum direito de acção com uma garantia judiciária, e, portanto, de duas faculdades de processar, a uma das quais — incógnita — está, contudo, ligado o direito superior a uma sentença favorável. Normalmente, quem o tem, ganha. O jogo é muito simples. A relação processual é, portanto, complexa e bifronte.

Outras peças de jogo deviam ser encaradas — o caso da personalidade jurídica desacompanhada da personalidade civil, o caso dos pedidos de declaração de puros factos, etc. ... Mas isso já transcenderia escandalosamente o âmbito do meu trabalho. Só cito estes problemas para afirmar, que contei com eles ao fazer a exposição.

Agora uma confissão: eu tenho falado até aqui de direitos perfeitos e imperfeitos, mas deve notar-se que um direito só se torna «completamente perfeito», ou «mais que perfeito» se me permitem as expressões, depois de ter sido confirmado por uma sentença judicial transitada e ter assim adquirido uma nova arma jurídica: a autoridade de caso julgado. O caso julgado transforma realmente (para empregar uma expressão sugestiva) o direito, de crisálida em borboleta: até aí, para os tribunais, não havia mais do que uma apa-

---

(21) Cf. J. A. dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário*, I, pág. 113, nota 1. A nota refere a crítica de Chiovenda a esta ideia de Simoncelli, seguida por Ferrara, Castellani e Tea; mas a crítica parece-me improcedente. «Chiovenda observa que a esfera jurídica é um complexo de direitos e, portanto, uma abstracção do nosso espírito, que não pode ser protegida por meio de acção». Mas complexos formados por abstracção do nosso espírito (abstracção dos elementos componentes para considerar apenas o todo) são ainda as universalidades sobre as quais recaem evidentemente direitos. E, com efeito, o Prof. Galvão Teles aceita a esfera patrimonial activa como universalidade, portanto passível de direitos (*Das Universalidades*, Lisboa, 1940, n.º 138, pág. 222, remetendo para os n.ºs 60 e segs., págs. 90 e seguintes).

rência de direito; com o caso julgado o direito adquire poder de entrar no foro como tal, e torna-se indiscutível mesmo perante os tribunais. Neste sentido, todas as sentenças têm efeito constitutivo, como pretendem, entre outros, Bülow e Mortara (22).

E é à base desta consideração que eu creio dever resolver-se o problema das sentenças contra direito. Ver-se-á melhor a solução que proponho com uma hipótese.

A põe uma acção contra B tendente a reivindicar um prédio que na realidade pertence ao segundo. Apesar disto, ganha, e o tribunal declara-o proprietário do prédio. A decisão transita em julgado. *Quid iuris?*

A doutrina divide-se. Para uns, o caso julgado alterou a ordem material existente: extinguiu o direito de B e constituiu *ab novo* a propriedade de A (concepção substancial do caso julgado). Para outros, o caso julgado não tocou na ordem substantiva; sòmente deu origem a um comando concreto que se sobrepõe a esta, comando dirigido aos restantes juizes e que tem por conteúdo impedi-los de julgar válidamente noutro sentido (concepção processual do caso julgado, de que é típica a teoria da consumpção da acção, de Ugo Rocco) (23).

Ora, a meu ver, a verdade reside nisto. Antes da sentença contra direito, transitada em julgado, havia frente a frente dois interesses contrapostos: o de A e o de B. O primeiro era um interesse imperfeito, o segundo, na realidade, um interesse perfeito, propriedade plena. A sentença contra direito não tocou neste último nem o extinguiu; sòmente, deu ao interesse de A, de imperfeito que era, categoria de «mais que perfeito», segundo a minha terminologia puramente convencional. Isto traduz-se em o interesse de B perder todo o valor prático, visto que em toda a futura colisão que houver, pelo menos judicial (e as outras estão proibidas), prevalecerá o interesse agora mais categorizado: o de A.

---

(22) Ver José Alberto dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1928, pág. 202.

(23) O meu informador sobre estas matérias foi sobretudo Eurico Allorio, *Natura Giuridica della Cosa Giudicata*, em *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1935, pág. 215.

### 3 — Teoria de Finzi

Tratarei agora da obra de um autor, de cujas ideias se aproximam bastante as minhas. Refiro-me a Enrico Finzi, de cuja obra consultei apenas o livro *Il Possessio dei Diritti*, Roma, 1915.

Finzi começa por distinguir a posse de coisa da posse de direitos desligando a primeira expressão do seu sentido clássico que a igualava a «posse do direito de propriedade». Tanto quanto pôde entender o confuso livro de Finzi, este autor chama posse de coisa a uma situação de dominação, física ou meramente económica, de uma coisa; e chama posse de direito a todo o «estar de facto em certa relação de direito», para empregar as suas próprias palavras, independentemente desse «estar de facto» se traduzir ou não em tal dominação física ou económica. Esta distinção não representa mais do que bipartir a própria realidade segundo as duas orientações diversas, quer doutrinárias quer legais, sobre posse: aceitando por igual quer a que relacionava o conceito de posse necessariamente com uma posição de facto perante certa coisa (posse de coisa), quer a que desligava a posse da ideia de coisa, e fazia dela antes o exercício de facto de uma relação jurídica (posse de direito). Somente, como logo o título da obra fundamental de Finzi o indica, é este último conceito que o ilustre professor italiano estuda com profundidade (de mais, até), através das 442 páginas do seu livro.

Finzi tenta em seguida a classificação das posses de direito, e chega à distinção destas três realidades distintas:

- a) Posse formal de direitos, correspondendo a todos aqueles casos em que na constituição dos direitos se verificaram todos os elementos formais, mas em que os efeitos se não produziram realmente em virtude de um obstáculo substancial. Tanto vale dizer: (a observação é minha) relações criadas por aparência perfeita de contrato, ineficaz por qualquer motivo oculto. Assim sucede com a nomeação de um incapaz para um cargo público, ou melhor, com os efeitos que daí derivam;
- b) Relações legalmente de facto, ou seja, hipóteses de certo modo inversas das anteriores, em que se verifica um contrato perfeito em tudo, excepto na forma legal que não foi observada.

Teremos exemplo deste facto num contrato regular de compra e venda dum imóvel, celebrado sem ser por escritura pública.

Aqui dá-se a inversa. Existe a realidade, mas a Ordem jurídica não a toma em conta por falta de aparência ;

- c) Relações de puro facto, categoria muito confusamente descrita pelo autor, mas que me pareceu reduzir-se afinal a meros casos de relações morais, cujo objecto poderia ser protegido pelo direito se não fora a sua causa inidónea a ser protegida juridicamente. Finzi exemplifica este grupo (e não faz mais do que exemplificá-lo) com a obrigação para o pai de dotar as suas filhas e a obrigação do que foi injustamente absolvido.

Esta classificação é estranha. O critério não se mantém. Na verdade, a única classificação que se podia fazer era esta : efeitos derivados de actos eivados de vícios substanciais, embora perfeitos na forma e efeitos derivados de actos irregulares quanto à forma, embora possíveis quanto ao conteúdo. *Tertium genus non datur* — a não ser que se considere *tertium genus* os efeitos derivados de actos irregulares quanto ao fundo e quanto à forma.

Não me compete, todavia, apreciá-la em profundidade.

Após ter feito esta classificação, Finzi ocupa-se unicamente da posse formal ; ou seja, daquelas relações exteriormente perfeitas, mas infectadas intimamente de um vício qualquer (24). Aparências perfeitas, mas de seres jurídicos imperfeitos, se assim me permitem. Ao acto que as cria, formalmente impecável mas viciado, dá Finzi o nome de «investidura nos direitos».

Enunciados estes preliminares, passarei agora a expor as ideias de Finzi sobre acção. É agora a altura de não traduzir por palavras minhas as ideias de Finzi, mas antes citá-lo no original. Assim farei.

«Começarei a expor o meu assunto pela mais ampla e típica entre as possibilidades legais de exercer um direito... a acção. Acerca da qual eu ousarei dizer : 1.º) que não há acção onde não há investi-

---

(24) Assim, não percebo o sentido da frase do Prof. Manuel Rodrigues quando diz que «a posse... supõe, em certo modo, deficiência formal do título do direito» *A Posse*, 2.ª ed., Coimbra, 1940, pág. 9. Pode, pelo contrário, supor uma perfeição meramente formal do mesmo título, ao que suponho.

dura num direito (o que me parece evidente); 2.º) que pressuposto da acção é a mera investidura no direito (o que pelo contrário parece absurdo).

Parece absurdo visto que do princípio geral de que a acção não é senão o meio para fazer valer em juízo o próprio direito, se conclui que o pressuposto da acção é, pelo contrário, o próprio direito; isto é tanto verdade que se diz: quem queira fazer valer um direito ou seja, ver acolhida a correspondente acção, deve provar os factos de que faz depender o pretensão direito.

Ora eu ousarei dizer que... na opinião de todos e na realidade dos factos, as coisas não são assim; que, nomeadamente, não se concebe de facto que o pressuposto da acção seja o direito, mas pelo contrário a simples posse de direito (entendida como investidura nele)» (25).

Reduzida a tese de Finzi a este esquema fundamental, vê-se imediatamente que a que eu sustentei lhe é semelhante. Não se pode atribuir, a Finzi, como faz Pekelis (26), a ideia de que a acção é «um direito possessório, ou seja, a posse do direito correspondente», mas sim de que a acção tem como pressuposto este e não um direito completo; o que é muito diferente. A acção liga-se, tal como eu disse, não ao direito em si, mas à sua exteriorização; se esta vem ou não acompanhada da realidade, é a questão a resolver pelo tribunal.

## CAPÍTULO II

### INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

#### 4 — Conceito de intervenção de terceiros

Entre os incidentes da instância que o Código de Processo Civil regula no Cap. III do Tit. I do Liv. III, figura um que tem o nome de «intervenção de terceiros». Sob esta denominação, considera o Código expressamente incluídos seis incidentes distintos: a nomeação

---

(25) *Ob. cit.*, págs. 312-313.

(26) Pekelis, *A acção*, na *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano I, n.º 3, pág. 70.

à acção, o chamamento à autoria, o chamamento à demanda, a assistência, a oposição e a intervenção principal.

Antes, contudo, de apreciar esta enumeração, vou procurar dar uma primeira noção de intervenção de terceiros, considerada em globo. Para isso, examinarei sucessivamente cada termo da expressão.

A palavra «intervenção» tem dois sentidos distintos. Ela quer dizer, antes de mais, a inserção de uma actividade entre outras distintas já existentes. Mas também se chama intervenção à própria actividade inserta. Temos, assim, dois conceitos de intervenção: a que chamarei um pouco convencionalmente a intervenção como acto e a intervenção como actuação ou actividade.

A relação entre os dois conceitos é a seguinte: se a intervenção-actividade pressupõe sempre a intervenção-acto, pelo menos como seu primeiro momento, a inversa, contudo, não é verdadeira. Pode suceder com efeito, que, pelo facto da inserção de uma actividade diferenciada entre outras, ela perca o seu diferenciamento e se confunda com estas, de modo a não poder falar-se já com rigor de intervenção-actividade. Isto sucede na nomeação à acção: um indivíduo, até aí terceiro, intervém numa causa já começada; mas a sua intervenção transforma-o em sujeito da relação processual inicial, e ele deixa de intervir como terceiro: actua, como parte. Fala-se aqui ainda, com rigor, de intervenção de terceiro porque estamos perante uma hipótese de intervenção-acto, no conceito que lhe dei acima.

E como se sabe que a intervenção que nos interessa agora examinar figura entre os incidentes da instância, facilmente se deduz que as «actividades já existentes» que o conceito supõe, são as que se desenrolam num processo já começado. «Como o seu próprio nome indica, os incidentes pressupõem a existência de uma causa pendente. Carecem, pois, de autonomia processual e têm fins limitados» (27).

Mais rico em sentido é o termo «terceiro». Tão rico que a sua análise completa já tem dado livros inteiros, que eu aqui não posso sequer esboçar. Apenas o tratarei na medida em que o conceito que me propus o exigir.

---

(27) Sr. Dr. Eurico Lopes Cardoso, *Manual dos Incidentes da Instância*, Lisboa, 1946, pág. 7.

O sentido geral, podemos dizer aritmético, do termo «terceiro» é definível assim: «algum ser, que não outros dois previamente considerados». Desta noção pode-se já extrair um princípio que será adiante proveitoso: para haver a seriação que ela requer, é necessário que os conceitos seriados se reconduzam mentalmente a uma mesma categoria e sejam examinados no que têm de comum entre si. Para pôr um exemplo prático, ninguém diz: «um automóvel + uma casa = 2», e só por anedota Dickens nos descreve um professor ensinando um aluno a contar por este bizarro método (28). Mas diz-se, (expressa ou implicitamente): «um automóvel + uma casa = 2 coisas», e é este remontar a um (qualquer) múltiplo comum dos dois conceitos, no exemplo o plano do conceito de coisa, que permite a seriação e a soma. Qualquer categoria conceitual em que todas as realidades se encontrem, serve; mas tem de escolher, consciente ou inconscientemente, uma.

No campo das realidades jurídicas, o mesmo se pode dizer; mas deve ressaltar-se desde já que o conceito só a pessoas se aplica tècnicamente. É que, assim como há a possibilidade de se seriar tudo quanto existe pela noção genérica de ser (que usei acima), assim também em Direito é possível apresentar uma noção de terceiro só pela categoria genérica de pessoa. Ter-se-ia assim como conceito jurídico, demasiado vasto mas possível, de terceiro, este: qualquer pessoa jurídica diferente de outras duas previamente determinadas, sejam elas quais forem.

Aqui terminou o auxílio da Matemática; mas a Ciência do Direito precisou mais a noção.

O termo «terceiro» foi importado da Matemática para o Direito em virtude desta simples observação: é que as pessoas jurídicas se consideram constantemente ordenadas em pares, em virtude de algo que as une. São dois os sujeitos de uma relação jurídica, dois os contraentes, dois os litigantes num processo; num grau superior que a todos abarca e resume, duas as partes num conflito intersubjectivo

---

(28) *We have here a toasting-fork, a potato in its natural state, two potlids, one egg-cup, a wooden spoon, and two skewers, from which it is necessary for comercial purposes to subtract a sprat-girindon, a small pickle-jar, two lemons, one pepper-castor, a black-beetle trap and a knob of the dresser-drawer, what remains? Christmas Stories, London, Chapman & Hall, Ltd., 1906, pág. 344.*

de interesses. «Precisamente porque as partes não são mais nem menos que duas, para se indicar quem não é parte emprega-se a palavra terceiro. Aqui se filia a tradicional antítese entre partes e terceiros, o que é o mesmo que dizer, entre partes e não partes.

Esta terminologia não teria significado se não se tivessem em conta, não tanto as partes, como o número das partes» (29).

Devido a esta origem, o termo foi levado a adquirir um sentido que não tem em Aritmética. Para que haja, em rigor, um terceiro jurídico, é necessário que entre as duas primeiras pessoas se estabeleça um laço de aglutinação a que o mesmo seja estranho. Esse laço de aglutinação pode ser certa relação jurídica, certo contrato, certo processo, certo conflito de interesses: todo aquele que não esteja por qualquer deles ligado, é terceiro.

E até, atingido este grau de desenvolvimento da noção, a sua precisão aritmética desvaneceu-se. Hoje, o termo terceiro pode juridicamente definir-se por esta forma: «alguém estranho a um elemento aglutinador que agrupa outras pessoas jurídicas», mesmo que sejam mais do que duas. O exemplo mais flagrante é a contraposição de «terceiro» a sócios (30).

Depois deste intróito geral sobre a noção de terceiro, apliquem-se agora os princípios formulados ao objectivo em vista: a determinação do conceito geral de intervenção de terceiros.

O terceiro em causa deve estar, como resulta do atrás exposto, unido aos dois «primeiros» por um plano conceitual comum; e desunido por ser estranho a algo que só entre eles se trave.

Este segundo aspecto é fácil de concretizar. O elemento aglutinador que une os dois «primeiros» e a que o terceiro interveniente é estranho, é a relação jurídica processual que se trava entre aqueles e

(29) Carnelutti, *Teoria Geral do Direito*, trad. A. Rodrigues Queiró e Anselmo de Castro, Coimbra, 1942, pág. 95.

(30) Contraposição que a própria Lei faz, por exemplo, no Código Comercial, art.º 108.º e Código de Processo Civil, art.º 28.º, § único. Para maiores desenvolvimentos sobre a noção de «terceiro» em particular, ver Paolo D'Onofrio, *Diritto dei Terzi*, no *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, Parte 2.ª, págs. 15 e segs. e sobretudo a bibliografia aí citada.

Sempre que, no decurso deste trabalho, citar uma disposição legal sem referência, entende-se que pertence ao Código de Processo Civil português, de 1939.

o Tribunal; é, sem preocupações de rigor científico, o processo. Podemos, portanto, definir já os dois primeiros: são as partes de um processo pendente. ««Terceiro» contrapõe-se a «parte»; é terceiro em relação a um processo quem não figura nele como parte (conceito de carácter negativo)» (31). É necessário, contudo, que os dois primeiros sejam verdadeiras partes, com todos os requisitos que a Lei lhes exigir.

Vejamos agora o conceito de carácter positivo—o que os une.

Antes de mais, note-se que se podia apresentar como o plano conceitual procurado, ainda o das pessoas jurídicas. Assim, terceiro seria toda e qualquer pessoa jurídica, excepto as duas partes, e intervenção de terceiros toda a actuação no processo que destas não partisse. E realmente, o Sr. Prof. José Alberto dos Reis aceita esta primeira e lata noção de intervenção de terceiros. Diz o ilustre Professor: «A intervenção de terceiro que constitui o objecto da secção III não deve confundir-se com outras intervenções de terceiro de que também se ocupa a lei processual. Quando uma testemunha é chamada a depor, por exemplo, há certamente a intervenção de terceiro na causa pendente; sucede o mesmo quando um perito dá o seu laudo, quando um técnico ou funcionário especializado presta o seu concurso, quando um intérprete realiza a sua função, quando se requisitam informações, esclarecimentos ou documentos a pessoas que não são partes» (32).

---

(31) Prof. José Alberto dos Reis, *Intervenção de Terceiro*, Coimbra 1948, pág. 5. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vols. XXIII e XXIV. A respeito da frase indicada, o Sr. Prof. J. A. dos Reis cita em nota o livro de Giovanni Nencioni, *L'Intervento Volontário Litis Consorziale nel Processo Civile*, pág. 4.

(32) Prof. José Alberto dos Reis, *ob. cit.* acima, pág. 5. O mesmo Professor acrescenta: «Por outro lado, o patrocínio judiciário dispensado pelos advogados e solicitadores a qualquer dos litigantes implica a intervenção de terceiros no processo». Salvo o devido respeito por opinião de tanta autoridade, creio que isto só sucede nos raros casos em que o advogado ou o solicitador agem no processo por si e em seu nome: por exemplo, quanto à renúncia ao mandato (art.º 40.º). Nos casos normais, a intervenção dos advogados não é juridicamente mais do que a intervenção das próprias partes, através de representantes, não lhes cabendo pois a designação de intervenção de terceiros mesmo no sentido mais lato e agora examinado. Cfr. Carnelutti, *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, Roma, 1942, vol. I, pág. 112.

Este plano é, contudo, vago de mais para ser científico: engloba pessoas com posições tão diversas como a do juiz ou juizes, do pessoal da secretaria, de peritos, intérpretes, etc., dando à noção de «intervenção de terceiros» um significado heterogéneo que não é de forma alguma (como logo a seguir reconhece o Sr. Prof. José Alberto dos Reis) o significado técnico que o Código teve em vista ao epigrafiar a Secção III do Cap. III do Liv. I do Tít. III. Não contesto que se possa manter como significado lato, não técnico, da expressão, porque isso é uma pura questão de palavras. Muito menos contesto, claro, que o termo «terceiro» possa ser usado em Direito Processual Civil fora do significado restrito que tento assinalar-lhe, unicamente para efeito de determinar o conceito de «intervenção de terceiros» (33).

Urge, portanto, buscar um plano mais restrito e mais científico que seja comum às partes e aos terceiros considerados na dita secção. E, na verdade, creio poder apresentar um: o dos interessados.

Quando falo em interessados, refiro-me àqueles para os quais o *eventum litis* final representa uma utilidade ou prejuízo directo e objectivo, ou indirecto quando a Lei o reconheça como base de interesse relevante. Não, evidentemente, a todos aqueles para quem o processo representa um interesse — o interesse filantrópico de ver administrar boa justiça, ou o interesse profissional de administrar ou de prestar nele serviços que fundamentem uma remuneração. Só aos primeiros chamo agora interessados.

O ponto que me proponho estabelecer é, portanto, este: tanto as partes como os terceiros são necessariamente interessados no processo.

Comecemos pelas partes:

O interesse é postulado, quanto a estas, pelo conteúdo de um dos seus requisitos ou pressupostos: a legitimidade. Ora os pressupostos processuais subjectivos são todos eles, segundo creio, elementos essenciais do conceito de parte. O quadro é, portanto, este: sem interesse, não há legitimidade; sem legitimidade, não há partes.

E saliente-se ainda este ponto: é que, pelo facto de uma entidade ter, perante certo e determinado conflito de interesses, uma posição

---

(33) Como a noção dada pelo art.º 1.036.º, § 1.º, para a noção de «embargos de terceiro».

tal (composta da totalidade dos pressupostos que a Lei exige à exteriorização judicial do interesse juridicamente protegido, ou mais protegido) que a Lei lhe permita ser ela a agitar esse conflito em juízo, torna-se por esse facto parte potencial quanto a ele: tem a possibilidade de ser parte. Se em seguida tomar a iniciativa de propor um processo sobre esse conflito, ou for chamado nele a defender-se (ainda que não se defenda), torna-se por esse facto parte actual, ou parte em concreto.

A noção de parte tem, portanto, os seguintes requisitos essenciais:

- A presença de todos os requisitos da posse judicial (acção passiva ou activa): pressupostos processuais subjectivos.
- A efectiva presença no processo.

Nem só um, nem só o outro.

Esta concepção (necessidade lógica de todos os pressupostos processuais quanto ao próprio conceito de parte) tem como principal opositor certo ramo da teoria formal da noção de parte, ramo a que pertencem Betti (34), Calamandrei (35) e Chiovenda (36).

Em face da noção material de parte num processo, que a define como aquela pessoa que é sujeito da reiação jurídica controvertida, ou aquele sobre cuja esfera substantiva terá efeitos o caso julgado, a noção formal «que confirma também aqui a autonomia da acção e a independência da relação processual a respeito da substan-

---

(34) Emilio Betti, *Diritto Processuale Civile Italiano*, Roma 1936. «O que determina a noção processual de parte é—importa insistir—o exercício da acção como tal e não já a sua legitimidade... Não deixa de ser parte aquele que exerce ou contra o qual se exerce uma acção, a respeito do qual outro era legítimo para agir ou para contradizer» (pág. 96).

(35) Calamandrei, *Corso de Istituzioni di Diritto Processuale*, raccolto da E. Brancoli, Florença, 1934. Calamandrei aceita a solução conciliatória de Carnelutti, distinguindo entre «parte em sentido processual «e» parte em sentido substancial». Mas logo afirma que «na realidade, o único conceito que tem importância no nosso curso é o primeiro» (pág. 413).

(36) Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civile*, trad. Gomez Orbaneja, vol. II, Madrid, 1940, pág. 265. Adiante examinarei as ideias deste autor.

tiva», ensina que parte é todo aquele que tomou a iniciativa de propor uma demanda em juízo, ou aquele contra o qual ela é proposta.

Ora, aceite isto, alguns autores vão ainda mais longe: é parte todo aquele que propôs ou contra quem se propôs certa acção, mesmo que para isso carecesse dos pressupostos processuais — carecesse nomeadamente (é o único ponto que geralmente focam tais autores) de legitimidade. É parte quem estiver no processo em cada momento atacando ou defendendo-se, ainda que em certo momento se reconheça que está nele ilegitimamente. Só neste momento o tribunal faz cessar a acção e deixa de haver partes. «Não se deve confundir — afirma Calamandrei — a qualidade de parte com a legitimidade; ainda aquele que não tem legitimidade, e que propõe apesar de tudo ao juiz um pedido respeitante à relação sobre a qual carece de legitimidade, é parte neste processo, não obstante este se fechar com uma decisão que lhe é desfavorável, por carência de direito de acção» (37).

Não creio, contudo, que esta doutrina seja exacta.

De harmonia com as ideias que sustentei logo na Introdução, a relação jurídica processual representa a tradução da posse judicial do direito de fundo. Parte, deve entender-se, é, portanto, o possuidor judicial desse direito; e portanto deve ter: a possibilidade de o ter realmente (personalidade (38)), e de o exercer conscientemente (capacidade) e ainda deve ter um interesse do mesmo tipo do interesse-base do direito de fundo, para o qual o direito de acção representa a protecção jurídica. Ora o reflexo subjectivo deste interesse é a legitimidade.

Ou seja: os pressupostos processuais, entre os quais figura a legitimidade, são necessários para que exista a relação jurídica processual (39). Ora, não existindo relação jurídica processual, não existem

---

(37) Calamandrei, *ob. cit.*, pág. 417.

(38) A personalidade judiciária desacompanhada da civil não representa mais do que a criação dumha ficção jurídica de pessoa que englobe todos os interesses das pessoas irregularmente associadas, ou dos futuros herdeiros, etc. ... ao qual por ficção se consideram imputados os direitos processuais.

(39) Goldschmidt, adversário convicto da utilidade da noção de relação jurídica processual, diz até um pouco sarcásticamente que a respeito desse con-

verdadeiras partes. Aproveitar-me-ei agora das palavras do próprio Betti: «A parte... indentifica-se de um modo rigoroso com o sujeito da relação jurídica processual». Não se formando esta, como se pode pretender que surja aquela?

Levando aos últimos (mas lógicos) extremos esta teoria, teríamos que um ser jurídico a que faltasse personalidade seria parte em juízo enquanto, por negligência ou erro, se encontrasse como parte no processo. A hipótese não é absurda — pense-se no caso de uma herança, cujo titular se encontra já determinado, mas que, desconhecendo o tribunal esse facto, se apresenta em juízo por si; ou o caso de um advogado praticar actos em nome de um cliente falecido. Ora o art.º 5.º do nosso Código de Processo Civil diz expressamente que só quem tiver personalidade judiciária é susceptível de ser parte.

Embora afastando-me um pouco do âmbito do meu trabalho, devo ao grande cultor da Ciência do Processo que foi Giuseppe Chiovenda a homenagem de expor e procurar analisar as suas ideias num trecho à parte.

Depois de ter definido parte como «aquele que pede em seu próprio nome, (ou em cujo nome se pede) a actuação de uma vontade da Lei e aquele defronte do qual ela é pedida», Chiovenda procura afastar o conceito de parte primeiro de qualquer posição em face da relação jurídica controvertida, e em seguida da presença de qualquer interesse. Transcreverei agora um trecho seu na íntegra: «Tão-pouco se chega a uma exacta ideia de parte procurando o interesse por que se está no processo: não só pode haver interessados na lide que permaneçam alheios a ela, mas pode suceder também que se enfrentem num processo partes entre as quais não exista verdadeira opposição de interesses, como sucede no processo de divisão de coisa comum, ou de demarcação e outros semelhantes» (40).

---

ceito, só se sabe que é condicionado pelos pressupostos processuais — mais nada. «Geralmente, admite-se que só se origina a relação jurídica processual quando são satisfeitos determinados pressupostos — os pressupostos processuais. Sobre o conteúdo, porém, da relação processual domina a obscuridade mais absoluta» James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, Labor, 1936, pág. 8.

(40) Baseio-me nas ideias expostas por Chiovenda nos seus livros *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Gomez Orbaneja, vol. II, Madrid, 1940,

Ora julgo estas ideias dignas de revisão. Na realidade, para atacar só os pontos fundamentais, a primeira razão com que Chiovenda afasta o interesse da própria noção de parte, nada colhe: o interesse, melhor, a legitimidade é condição necessária, mas não suficiente; senão, não haveria terceiros no sentido que lhe pretendo dar. E a segunda razão nem sequer é correctamente apresentada. Com efeito, só seria razão o apresentarem-se processos em que as partes não têm interesse — o que reputo impossível. Mas Chiovenda não faz isso: apresenta-nos processos sem *conflitos de interesses* (*opposizione d'interessi*) o que é coisa muito diversa.

Aliás, a divisão de coisa comum, a demarcação, e os restantes processos a que se referia o prestigioso Professor de Roma são processos de jurisdição voluntária (como todos aqueles em que não há conflito ou lide, desenrolando-se *inter volentes*); e por isso não são, mesmo para Chiovenda (41) matéria de Direito Processual, mas de Administrativo. Não se podem, portanto, indeferir deles princípios para o verdadeiro Processo.

Nestes termos, e nos mais de Direito, julgo a ideia apresentada por Chiovenda improcedente.

Continuo, portanto, a crer que não basta a mera presença formal no processo (muito embora aceite e pacífica) para assegurar a qualidade de parte. É necessário ainda que concorram na pretensa parte todos os pressupostos processuais (42).

Dentre estes interessa-nos agora o interesse, ou seja, a expectativa de uma vantagem que influa objectivamente na vida jurídica do indivíduo.

n.º 213 (a começar na pág. 263, sendo o trecho citado da pág. 264); e no § 34.º (págs. 578 e segs.) dos *Principii di Diritto Processuale Civile*. De resto, número e parágrafo são iguais *ipsis verbis*.

(41) «A jurisdição voluntária é, pois, uma forma particular da actividade do Estado... e que pertence à função administrativa» *Instituciones*, vol. II, pág. 11.

(42) E por isso é perigoso dizer, como faz Goldschmidt, que «o conceito de parte é, por conseguinte, de carácter formal» (*Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto Castro, Labor, 1936, pág. 190). O conceito de parte não é nem exclusivamente de carácter formal, nem exclusivamente de carácter material. É um conceito intermédio, o que resulta logo da sua posição de possuidor processual do direito substantivo.

Quem tiver — repita-se — todos os pressupostos processuais para certa causa é, perante esta, parte potencial. A sua iniciativa de propor a acção, ou a sua chamada a ela, transforma-o em parte actual.

Ora—é nisto que reside o plano que une partes e terceiros—os terceiros a que se refere a dita secção são também perante a causa partes potenciais. E é por isso que o Sr. Prof. José Alberto dos Reis pode definir intervenção de terceiros como a intervenção que transforma o terceiro em parte (43). Repete-se aqui o fenómeno—de partes potenciais que já eram, a sua entrada no processo transforma-os em partes em concreto.

E, se não me prendo sequer a demonstrar que os terceiros intervenientes devem ter todos os pressupostos processuais outros que a legitimidade, da mesma forma é tarefa fácil demonstrar que eles devem fundar a sua intervenção num interesse, base de legitimidade. Com efeito, percorrendo as disposições da dita secção que se trata da intervenção de terceiros, vê-se que o terceiro interveniente deve ter sempre interesse no julgamento que será proferido — o único interesse real, por vezes, em face do interesse aparente da parte inicial (nomeação à acção); ou um interesse indirecto (chamamento à autoria, assistência); ou, na maioria dos casos um interesse idêntico ao das partes iniciais (intervenção principal, chamamento à demanda, opposição); mas sempre interesse.

Proponho, assim, a seguinte definição de intervenção de terceiros, na qual julgo condensarem-se todos os princípios que referi :

Intervenção de terceiros é a actuação ou entrada num processo já começado de pessoas que não as componentes das partes iniciadas, em ordem a prosseguirem um interesse jurídico na causa (44).

Apreciarei agora algumas outras noções de intervenção de terceiros.

---

(43) J. A. dos Reis, *Intervenção de Terceiros*, Coimbra, 1948, pág. 6. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vols. XXIII e XXIV.

(44) René Morel, definindo intervenção voluntária, emprega uma fórmula semelhante e que suponho que se pode alargar correctamente a todos os casos de intervenção, voluntária ou forçada : «Pela intervenção voluntária, uma pessoa reúne-se a uma instância na qual ainda não era parte, com o fim de salvaguardar os seus interesses que podiam ser comprometidos pelo julgamento a pronunciar» Morel, *Traité Élémentaire de Procedure Civile*, Sirey, 1949, pág. 298.

Em primeiro lugar, a do Sr. Prof. José Alberto dos Reis: «A intervenção que se propõe transformar o terceiro em parte». Melhor dizendo: a intervenção que transforma o terceiro em parte.

Como atrás expliquei, pode na realidade empregar-se esta fórmula. O terceiro, como mostrei, tem todos os pressupostos que o constituem em parte potencial, e transforma-se sempre, pela sua entrada no processo (muito embora aceite e pacífica) para assegurar a qua-

Mas a fórmula é, talvez, inferior à que escolhi, primeiro porque define o instituto não pelo seu mecanismo, mas pelos seus efeitos; segundo porque toma logo posição perante o problema de saber se em todos os casos de intervenção de terceiros nasce uma verdadeira parte e não pode, por isso, ser aceita pelos que, como Chiovenda, sustentem a negativa.

É também muito vulgar na Doutrina uma outra fórmula: intervenção de terceiros é a entrada no Processo de uma nova parte. É a fórmula de Carnelutti (45), Antonio Segni (46) e Betti (47).

Esta fórmula também é infeliz, porque há um caso em que a intervenção de terceiro representa a substituição de uma pessoa por outra na qualidade de parte, e não a junção de uma nova parte às partes iniciais: é o caso da nomeação à acção.

Urge agora, para conseguir uma maior precisão de conceito, compará-lo com outra figura, com a qual se poderia confundir, — a integração.

(45) «... a intervenção, isto é, a entrada de outra parte num processo já pendente...» *Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano*, Roma, 1942, vol. I, pág. 103.

(46) «A lei processual italiana designa com o nome de intervenção instituto entre si substancialmente diferentes, com uma característica formal comum: a junção (*l'aggiungersi*) de uma nova parte a um processo pendente», vol. VII, Turim, 1938, pág. 94 do *Intervento in Causa*, no *Nuovo Digesto Italiano*.

(47) Betti admite uma figura geral de «acessão de uma nova parte» dentro da qual distingue duas sub-hipóteses: a acessão necessária, de que é caso típico (e cremos que único) a integração; e a acessão voluntária, que se reduz fundamentalmente à intervenção de terceiros. Quanto a esta, já procurei mostrar porque se não pode falar sempre em acessão, junção ou entrada de nova parte. Quanto à integração, também julgo que não é a acessão de nova parte, mas sim a entrada de mais uma pessoa ou sujeito a fim de assegurar a legitimidade (e, portanto, na minha ideia, a constituição) da parte inicial. Cfr. Betti, *ob. cit.*, págs. 495 e seguintes.

O conceito de integração é daqueles que ainda senão encontra perfeitamente fixado na Doutrina Processual. Não nos esqueçamos de que a Ciência do Processo mal acaba de sair do caos inicial; e grande parte dos seus conceitos ainda se encontram no estado de nebulosas, e será preciso discussões e renovações para eles adquirirem uma (sempre relativa) fixidez.

Assim, o ilustre jurista italiano Gino Zani (48) parece entender por integração toda a entrada de uma nova pessoa jurídica no processo, para aí desempenhar funções de parte; seja qual for o mecanismo a que se deva essa entrada. Neste conceito manifestamente se inclui todas as hipóteses de intervenção de terceiros, como o próprio autor expressamente declara.

Mas o sentido mais espalhado de integração (e, atrevo-me a dizer, o mais conforme com a sua raiz etimológica e ideia corrente, e o mais proveitoso cientificamente), aceite, por exemplo, por Betti (49) e pelo Sr. Prof. José Alberto dos Reis (50), é outro. Por ele, integração quer dizer: entrada no processo de novas pessoas jurídicas, necessárias à legitimidade das que já estão no processo em posição de partes.

A hipótese liga-se aos casos de litisconsórcio necessário, figura em que certa lide só pode ser agitado em juízo por ou contra (51) uma pluralidade de pessoas e não uma só. Em tal caso, só quando se encon-

---

(48) *Integrazione del Giudizio*, no *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VI, pág. 1189: «A integração representa o completamento dos sujeitos da relação jurídica processual; completamento umas vezes inevitável, não sendo de outro modo actuável a cognição por parte do juiz (como em todos os casos de litisconsórcio necessário), outras vezes sòmente possível, como nos casos de intervenção facultativa, a seguir a constituição do juízo». E mais adiante, pág. 1190: «A integração do juízo por iniciativa do próprio terceiro que sustente ter interesse na causa, seja próprio, seja comum, com uma das partes, dá lugar à intervenção principal e à adesiva; a intervenção forçada ocorre todas as vezes que a integração é efeito da citação da parte ou de ordem do juiz».

(49) Ver nota a págs. 184.

(50) *Intervenção de Terceiros*, pág. 6.

(51) Creio não ter razão o Sr. Prof. Manuel de Andrade quando afirma que «nunca é necessário o litisconsórcio activo, pois não faria sentido obrigarem-se várias pessoas a vir a juízo conjuntamente, dado que da inércia ou fraude de algum deles resultaria injusto prejuízo dos outros» (*Lições de Processo Civil* com a colaboração do Dr. Alexandre Mário Pessoa Vaz, coligidas

trarem todas reunidas há uma parte legítima; isto é, segundo a opinião que exprimi, há uma parte. Se o autor se apercebe de que a pluralidade de pessoas exigidas pela Lei para investir válidamente a função de réu, está incompleta, pode em certos termos indicados no art.º 269.º, fazer citar para a causa as pessoas que faltam. A entrada destas no processo constitui a figura da integração (52).

Do que acabei de dizer, conclui-se facilmente qual a diferença entre a integração e a intervenção de terceiros. Na primeira, não há antes uma parte, que só aparece quando se reúnam todas as pessoas jurídicas que a têm de compor; na segunda, existe antes uma verdadeira parte em juízo, ou antes, desde logo as duas partes iniciais, «com todos os requisitos que a lei exigir», para me citar a mim próprio mais atrás; e a entrada das pessoas jurídicas no processo vai, segundo os casos, ou criar partes novas ou substituir os suportes pessoais iniciais da qualidade de parte.

---

por T. Moreno, Sousa Seco e P. Augusto Junqueiro, em harmonia com as prelecções do Prof. Doutor Manuel de Andrade, Coimbra, pág. 367).

Pelo contrário, o art.º 28.º revela que pode haver casos em que a Lei exija a intervenção de todos os interessados para propor a acção. De resto, tal «falta de sentido» não ocorreu aos Profs. José Alberto dos Reis, *Processo Ordinário e Sumário*, vol. I, 2.ª ed., pág. 308, e Paulo Cunha, *Da Marca do Processo — Processo Comum de Declaração*, apontamentos de Artur Costa e Jaime Lemos, ano lectivo de 1939-40, tomo I, 2.ª ed., Braga, 1944, pág. 308. Sòmente, a violação de litisconsórcio activo é insanável no nosso direito, que não admite a integração *jussu iudicis*.

(52) Só há, pois, modificação da relação jurídica processual na intervenção de terceiros, não na integração. Isto contra o Sr. Prof. Manuel de Andrade, *ob. cit.*, pág. 144.