

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Daniela Boito Maurmann Hidalgo**

**DA IDEOLOGIA À AUTENTICIDADE NA COMPREENSÃO DOS PRESSUPOSTOS  
DO ACONTECER DO DIREITO MATERIAL NO PROCESSO: UMA APOSTA  
PARADOXAL NA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL COMO CATEGORIA  
HERMENÊUTICA**

**São Leopoldo**

**2008**

**Daniela Boito Maurmann Hidalgo**

**DA IDEOLOGIA À AUTENTICIDADE NA COMPREENSÃO DOS PRESSUPOSTOS  
DO ACONTECER DO DIREITO MATERIAL NO PROCESSO: UMA APOSTA  
PARADOXAL NA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL COMO CATEGORIA  
HERMENÊUTICA**

**Dissertação apresentada ao Programa de  
Pós-Graduação em Direito da Área das  
Ciências Jurídicas da Universidade do Vale  
do Rio dos Sinos, para obtenção do título de  
Mestre em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva**

**São Leopoldo**

**2008**

Ficha catalográfica

H632d Hidalgo, Daniela Boito Maurmann

Da ideologia à autenticidade na compreensão dos pressupostos do acontecer do direito material no processo: uma aposta paradoxal na ação de direito material como categoria hermenêutica / por Daniela Boito Maurmann Hidalgo. – 2007.

239 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

“Orientação: Prof. Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva, Ciências Jurídicas”.

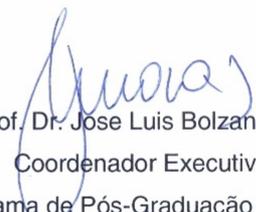
1. Direito material. 2. Processo 3. Ação de direito material.  
4. Hermenêutica filosófica. I. Título.

CDU 340.1

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “*Da Ideologia à Autenticidade na Compreensão dos Pressupostos do Acontecer do Direito Material no Processo: uma aposta paradoxal na ação de direito como categoria hermenêutica*”, elaborada pela aluna Daniela Boito Maurmann Hidalgo, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 08 de abril de 2008.

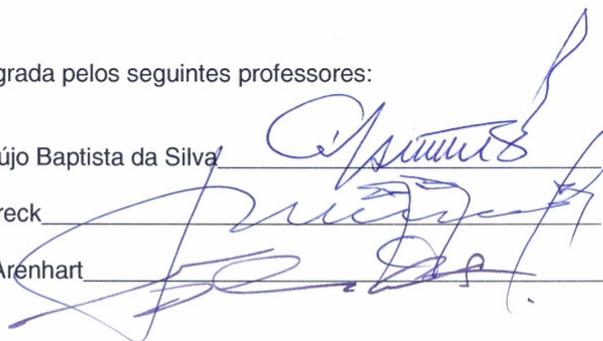
  
Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,  
Coordenador Executivo  
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Sérgio Cruz Arenhart



*Dedico ao pote de ouro,  
que encontrei no fim do arco-íris,  
meu tesouro sagrado, razão de tudo,  
minha filha Isabela.  
Dedico ao meu marido, Mauro, por tudo,  
absolutamente tudo,  
e, sobretudo, por todo o amor.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva cuja obra e ensinamentos foram a inspiração – desde o início de meus estudos na área da pesquisa, quando foi orientador da monografia de especialização que apresentei no Curso de Especialização em Processo Civil da PUCRS – para o caminho que passei a trilhar. Desde que o curso foi finalizado, a decisão de ingressar no curso de Mestrado e novamente solicitar sua orientação havia sido tomada. Isso me trouxe à UNISINOS, pelo quê o agradecimento deve ser creditado, também, a ele, já que, aqui, encontrei, definitivamente, o amor pela pesquisa e pela vida acadêmica. Agradeço ao Professor Ovídio, ainda, por ter aceitado essa nova orientação, por ter respeitado minhas idéias, por ter sido sempre crítico e, ao mesmo tempo, compreensivo. Agradeço a ele, então, por ter marcado aquilo que será o meu futuro, mas não apenas por isso, porque todos sabem que o futuro do processo e, como dito aqui tantas vezes, do direito material, está definitivamente marcado por sua obra. Esse futuro, que acredito seja inexorável está cada vez mais perto, pois as sementes desse conhecimento continuam a se espalhar.

Agradeço, ainda, ao Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho, por suas aulas, sempre tão abertas e, por isso, tão produtivas; pela orientação no estágio de docência; pelo apoio; pelas palavras de estímulo; pela confiança.

Agradeço ao Prof. Albano Marcos Bastos Pepe, pelo modo como ingressou nas nossas vidas, pelo modo como nos ensinou a arte de ensinar, pelo modo como permanecerá em nossas vidas.

Agradeço aos colegas Rafael Tomaz de Oliveria, Luis Fernando Moraes de Mello e Elisa Scheibe, pelo companheirismo, pelas conversas, pela troca de idéias, pelo compartilhamento das ansiedades, que fizeram com que esses dois anos passassem tão rápido, deixando saudades.

Agradeço, especialmente e acima de tudo, a três pessoas fundamentais. Minha mãe, Elenice; meu pai Solon (*in memoriam*); e meu avô, Antônio Boito Sobrinho (*in memoriam*), que meio sem querer, meio sem saber, foi também meu pai.

Agradeço, enfim, a Deus, por esse lindo campo de margaridas que é a vida.

*“Gostaria pois que a fala e a escuta que aqui se trançarão fossem semelhantes às idas e vindas de uma criança que brinca em torno da mãe, dela se afasta e depois volta, para trazer-lhe uma pedrinha, um fiozinho de lã, desenhando assim ao redor de um centro calmo toda uma área de jogo, no interior da qual a pedrinha ou a lã importam finalmente menos do que o dom cheio de zelo que deles se faz.”*

Roland Barthes

## RESUMO

O presente estudo trata dos problemas concernentes à relação entre direito material e processo, procurando demonstrar que a negação, pela doutrina majoritária, da ação de direito material, considerada mero *slogan*, é a grande fonte da subtração do mundo prático e, por isso, da inefetividade do processo e da conseqüente não-concretização dos direitos (pretensões) de direito material, que dependem do processo para realizar-se. Para tanto, busca, na (des) construção da pré-compreensão dessa relação, delinear o modo como essa relação se desenvolveu até a completa autonomia entre direito material e processo, demonstrando que esse alheamento não foi superado. Analisa, em seguida, como o paradigma da modernidade, como era da técnica, se projeta nessa relação, transformando o direito material em produto do processo, em que a essência do direito material, o que ele é, não é considerada. Procura, a partir disso, buscar os elementos que levam à possibilidade de aniquilação do direito material pelo processo, em que o direito material não é o que ele é, mas o que diz dele o processo, o que só é possível porque a força do direito material – a ação de direito material – fora negada. Nesse contexto, o objetivo é demonstrar que a negação da ação de direito material subtrai as possibilidades/pressupostos do acontecer do direito material no processo. O desiderato final é fundamentar a tarefa hermenêutica da ação de direito material. O embasamento teórico está, no que concerne à defesa da ação de direito material, na doutrina de Pontes de Miranda e Ovídio Araújo Baptista da Silva. A leitura hermenêutica que se propõe busca, fundamentalmente, em Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, as condições de possibilidade de desvelamento da ideologia que está à base da negação da ação de direito material e a projeção de uma visão autêntica da relação entre direito material e processo, em que a ação de direito material é a fonte de irradiação de efeitos e fala ao processo como o modo-de-ser do direito material. Por fim, projetam-se os efeitos desse novo modo-de-ver tal relação e de fazer direito sobre alguns dos institutos processuais mais discutidos do processo civil.

**Palavras-chave:** direito material; processo; ação de direito material; pré-compreensão; ideologia; técnica; exceção; fenomenologia hermenêutica; hermenêutica filosófica; compreensão; autenticidade; concretização de pretensões.

## ABSTRACT

The present study deals with problems concerning the relation between substantive law and process, aiming at showing the denial, by the majority doctrine, of the action of the substantive law, considered mere slogan, is a great source of subtraction of the practical world, and therefore the ineffectivity of the process and the consequent non- concretization of the rights (pretensions) of substantive law, which depend on the process to be achieved. We aim at, in the (de)construction of the pre-comprehension of this relation, delineating how this relation has developed to the complete autonomy between the substantive law and process, showing this alienation has not been surpassed. Then, we analyze how the paradigm of modernity as the age of technique is projected in this relation, transforming the substantive law in the product of the process, in which the essence of the substantive law, what it really is, is not considered. We seek for elements which lead to the possibility of annihilation of the substantive law by the process, in which the substantive law is not what it is, but what the process tells it is. It is possible because the strength of the substantive law – the action of substantive law – has been denied. In this context, I aim at demonstrating the denial of the action of the substantive law subtracts the possibilities/presuppositions for the substantive law to take place in the process. The final desideratum is to fundament the hermeneutics task of the substantive law action. The theoretical basis is, concerning the substantive law action, in the doctrine of Pontes Miranda and Ovídio Araújo Baptista da Silva. The hermeneutics reading which is intended seeks, fundamentally, in Martin Heidegger and Hans-Georg Gadamer, the conditions of the possibility for unveiling the ideology which is the basis for the denial of the substantive law and the projection of an authentic view of the relation between the substantive law and process, in which the action of the substantive law is the source of irradiation of effects and tells to the process, like the mode of being of the substantive law. Finally, the effects of this new mode of viewing this relation and making law over some most discussed procedural institutes of the civil procedure is projected.

**Keywords:** Substantive law, process, substantive law action, pre-comprehension, ideology, technique, exception, Hermeneutics Phenomenology, Philosophical Hermeneutics, comprehension, authenticity, concretization of claims

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 A TRADIÇÃO .....</b>	<b>15</b>
2.1 A (DES)CONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO: UMA DIGRESSÃO HISTÓRICA.....	17
<b>2.1.1 Esclarecimento introdutório.....</b>	<b>17</b>
<b>2.1.2 Em busca das origens de uma polêmica .....</b>	<b>19</b>
2.1.2.1 As fontes romanas .....	20
2.1.2.1.1 <i>Das fontes antigas ao período clássico .....</i>	<i>21</i>
2.1.2.1.2 <i>O predomínio do Direito Imperial no mundo moderno .....</i>	<i>26</i>
2.1.2.2 A antiga polêmica.....	28
2.1.2.2.1 <i>A origem da sistematização da relação entre direito material e processo .....</i>	<i>29</i>
2.1.2.2.2 <i>O desenvolvimento de teorias com pré-compreensões distintas a respeito da ação e da “ação” .....</i>	<i>32</i>
2.1.2.2.3 <i>Da impossibilidade de fusão de horizontes .....</i>	<i>37</i>
2.1.2.2.4 <i>Em busca de um sentido perdido.....</i>	<i>41</i>
2.1.2.3 A introdução de uma nova polêmica .....	42
2.1.2.3.1 <i>A negação da ação de direito material, “substituída” pela “ação” e sua sustentação .....</i>	<i>43</i>
2.1.2.3.2 <i>A afirmação da ação de direito material e da “ação” processual: duas categorias inconfundíveis.....</i>	<i>47</i>
2.1.2.3.3 <i>Exposição Crítica dos Desdobramentos da Polêmica: uma investigação destinada ao desvelamento dos sentidos que serão objeto da análise em direção à sustentação da ação de direito material como categoria hermenêutica .....</i>	<i>49</i>
2.2 UM ENCONTRO COM O SER DO ENTE A SER INVESTIGADO: A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL .....	64
<b>2.2.1 Sobre as três posições em vertical: a compreensão do conteúdo da ação de direito material.....</b>	<b>64</b>
<b>2.2.2 A delimitação do âmbito em que serão investigadas .....</b>	<b>66</b>
<b>3 A QUESTÃO DA TÉCNICA .....</b>	<b>72</b>
3.1 DA TRADIÇÃO A UM NOVO PRINCÍPIO EPOCAL E DESSE EM DIREÇÃO A UMA NOVA CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE .....	72

3.1.1 Do pensamento grego à modernidade, a formação do pensamento humano e da compreensão do mundo da idéia à época da imagem do mundo .....	73
3.1.2 A era da técnica como época da imagem do mundo.....	80
3.1.3 A pré-compreensão inautêntica imposta pela técnica como princípio epocal .....	84
3.2 A EFETIVIDADE BUSCADA NO SEIO DO PARADIGMA .....	85
3.2.1 De como autonomia e instrumentalidade coincidem como reflexos da moderna dimensão da técnica.....	87
3.2.2 Da concepção moderna da técnica à essência da técnica .....	91
3.2.3 A instrumentalidade do processo em relação ao direito material.....	95
3.2.4 Uma reflexão em direção à compreensão autêntica da vinculação do intérprete à Constituição.....	106
3.3 DE DIFERENTES HORIZONTES DE SENTIDO E DA IMPOSSIBILIDADE DE RECONSTRUÇÃO OU “CONCERTO” DA TRADIÇÃO .....	113
3.3.1 Na inovação conceitual criativa, a homogeneidade de pensamento no seio do paradigma e a aparência de efetividade .....	113
3.3.2 De como a técnica moderna conduz à prevalência da exceção e da necessidade da viravolta na compreensão da relação entre direito material e processo .....	118
4 A ANÁLISE DA EXCEÇÃO.....	122
4.1 O PAPEL DO POSITIVISMO NA PRODUÇÃO DA EXCEÇÃO E O (NÃO-) LUGAR DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL NO SEIO DESSE PARADIGMA.....	122
4.1.1 Sobre o ‘lugar’ da negação da ação de direito material no paradigma de pensamento que tem a exceção como normalidade .....	123
4.1.2 De como são várias as concepções sobre a ligação entre o direito material e o processo .....	129
4.1.3 Jurisdição Declaratória & Jurisdição Constitutiva: diferentes formas de (não) compreender o fenômeno jurisdicional .....	131
4.2 ENTRE A ANOMIA E A AUSÊNCIA DE ANOMIA.....	143
4.3 A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL COMO FORÇA REALIZADORA DO DIREITO: UM RETORNO AO MUNDO PRÁTICO .....	148
5 A FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA.....	156
5.1 A (DES)CONSTRUÇÃO DA TRADIÇÃO: UMA COMPREENSÃO DA IDEOLOGIA A CAMINHO DA AUTENTICIDADE:.....	156
5.1.1 Uma introdução do embasamento teórico da viragem em direção ao mundo prático.....	156

<b>5.1.2 Da ideologia à autenticidade.....</b>	<b>163</b>
<b>5.2 UMA COMPREENSÃO A PARTIR DA TRADIÇÃO EM DIREÇÃO A UMA NOVA POSSIBILIDADE DE SENTIDO .....</b>	<b>168</b>
<b>5.2.1 A introdução da necessidade da viravolta da compreensão em direção ao modo-se- ser do direito material no processo .....</b>	<b>169</b>
<b>5.2.2 Da superação da idéia de método científico e único em direção à diferença projetada pelo sentido .....</b>	<b>172</b>
<b>5.3 A TAREFA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA .....</b>	<b>177</b>
<b>5.3.1 Do que se mostra numa primeira aproximação ao que se desvela no fenômeno... 178</b>	
<b>5.3.2 O limite de sentido, ou de onde começa o desdobramento do ser da ação de direito material como categoria hermenêutica.....</b>	<b>183</b>
<b>5.3.3 A compreensão da ação de direito material e uma analogia, identidade-diferença, com o princípio .....</b>	<b>187</b>
<b>5.3.4 O método como projeto .....</b>	<b>195</b>
<b>5.3.5 O problema da certeza e da definitividade como limite negativo à tarefa hermenêutica que se dá no processo .....</b>	<b>202</b>
<b>5.3.6 A concepção do procedimento a partir do direito material posto em causa.....</b>	<b>211</b>
<b>5.3.7 As repercussões da compreensão da ação de direito material no princípio da demanda e na compreensão da coisa julgada .....</b>	<b>214</b>
<b>5.4 DO PENSAMENTO, FONTE DE ALHEAMENTO, À LINGUAGEM, POSSIBILIDADE DE COMPARTILHAMENTO .....</b>	<b>217</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>221</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>227</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a projetar uma visão autêntica do processo em sua relação com o direito material.

As diferentes correntes doutrinárias que constroem a epistemologia do Direito Processual e, portanto, teorizam essa relação fornecendo a matriz de pensamento em que ela se desenvolve o fazem no plano meramente apofântico, sem perguntar pelo sentido do ser do processo e pelo sentido do ser do direito material. Com isso, projetam uma imagem de ambos e da relação que os deveria unir, que é produzida apenas pela necessidade dogmático-científica de manter a autonomia e a dignidade de cada ramo como ciência. A forma de fazer direito observada no dia-a-dia da atividade jurisdicional recebe os reflexos desse discurso e não oferece respostas reais, prevalecendo a atuação normativa que, ao invés de integrar direito material e processo, os alija, com o que a possibilidade de transformação da realidade social, por meio da concretização das pretensões legítimas de seus titulares, resta comprometida.

O presente estudo tem por objetivo investigar tanto o modo como a relação entre direito material e processo foi (des) construída, com o paulatino abandono do real, como a projeção de uma virada em direção à relação autêntica entre direito material e processo: da ideologia à autenticidade na compreensão do acontecer do direito material no processo.

No primeiro capítulo, reconhecendo-se a importância do que se antecipa na pré-compreensão do intérprete, buscar-se-á a reconstrução histórica, ou, o que seria o mesmo, a desconstrução dos pré-juízos da tradição<sup>1</sup>, para desvelar o horizonte do qual parte o intérprete quando ele se depara com a pergunta pela tarefa de realização do direito material no processo. Para tanto, buscou-se compreender o desenvolvimento da história dessa relação, recuperando os modos como essa história produz os seus efeitos toda vez que compreendemos-interpretamos-aplicamos o direito material e o processo hoje. Essa reflexão busca as raízes romanas em suas diferentes fases e retoma as antigas polêmicas que envolvem o instituto da *actio* romana, que, universalizada, universaliza: 1. o procedimento ordinário, que dicotomiza conhecimento e execução; 2. a cognição plenária; 3. a eficácia condenatória como forma de

---

<sup>1</sup> Quando se fala em tradição, tem-se em mente o que foi tematizado por Gadamer, do qual se extrai: “*O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento. [...]. É isso, precisamente, que denominamos tradição: ter validade sem precisar de fundamentação.*” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. v. 1. p. 372.

tutela suficiente para satisfação dos direitos; 4. a supressão da tutela interdital, que atuaria diretamente no fato, não-normativamente, apenas; 5. a conversão dos direitos no seu equivalente em dinheiro; 6. a concepção que atribui à jurisdição tarefa normativa e irresponsável, que não se compromete com a concretização das pretensões. Essas características, que passam a compor o conteúdo do modelo básico de jurisdição e do modo como o senso comum teórico pensa a relação entre direito material e processo, tem em comum o abandono do mundo prático, projetando-se sobre as discussões mais atuais – a renovada polêmica, iniciada por juristas deste Estado do Rio Grande do Sul – que propõem diferentes formas de pensar a relação que é a base da reflexão que será aqui empreendida. Desse modo, o capítulo primeiro tem o objetivo de demonstrar a forma como foram conduzidas a antiga e a nova polêmica e quais são os pressupostos das escolhas dos juristas, chegando à temática central: a negação da ação de direito material pela doutrina dominante e sua defesa pela corrente capitaneada por Ovídio Araújo Baptista da Silva.

O presente estudo busca, a seguir, aprofundar as conseqüências dessas escolhas que, centradas na negação/afirmação de uma única categoria – a ação de direito material - podem levar a resultados imensamente diversos no modo de ver a relação entre direito material e processo.

No capítulo segundo, busca-se, a partir das análises de Martin Heidegger, especialmente sobre a modernidade como época da imagem do mundo e a questão da técnica, a compreensão de como a negação da ação de direito material está inserida no paradigma metafísico da modernidade. Para tanto, buscou-se desvelar, para os fins desse estudo, a ontologia da tradição, na busca das raízes formadoras do sujeito solipsista da modernidade, que é quem faz e para quem é feito o Direito e a Justiça estatal, representada pela atuação do Poder Judiciário, a fim de reconhecer esses modos de (não) compreender o Direito e, com isso, subtrair-lhe a sua essência. Esclarece-se, desde já, que, quando se fala em essência, nos limites desse estudo, o termo é utilizado no sentido heideggeriano<sup>2</sup> e, com ele, se pretende retomar o que o ser é, e não uma qualidade que está no ente e que se poderá extrair dele, tampouco uma qualidade a ser a ele acoplada, o que seria a negação da proposta hermenêutica fundamental, que é a base da busca da compreensão que se pretende empreender. Essa investigação desvela os componentes que determinam a época atual, como a era da técnica, e a atribuição de sentidos, simbolicamente impostos e veladamente indiscutidos, que transmuta

---

<sup>2</sup> Conforme o estudo “A questão da técnica” In: HEIDEGGER, Martin. **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 11-38.

o ser em um ente, cujo sentido é petrificado para atender aos ideais de sistematização e de afirmações e verdades e certezas por meio do método.

Desvelados os limites da (ausência de) ontologia da tradição, o estudo pretende refletir acerca do modo como a técnica que caracteriza a modernidade inverte a essência das coisas, dando prevalência ao processo de fabricação em detrimento do ser dos entes, o que se reflete na relação investigada – entre direito material e processo - resultando em uma jurisdição que aprisiona o ser do direito material no conceito e atua, desse modo, o conceito, contentando-se com uma correspondência que se limita a adequar o processo ao direito material abstratamente previsto. Essa adequação limita, ainda, a tarefa do juiz ao plano jurídico, sem que o processo dê realidade ao direito material concreto. Essa inversão da essência das coisas, que transmuta o direito material em algo que ele não é, é o pressuposto filosófico que permite que a história da relação entre direito material se desenvolva, como foi desvelado no primeiro capítulo, de modo a que, na modernidade, as características antes apontadas sejam reconhecidas como características “naturais” da atividade jurisdicional.

No terceiro capítulo, busca-se desvelar o modo pelo qual essa inversão do ser do direito material pelo processo se fez possível. Para empreender essa busca, buscou-se, por meio das reflexões de Giorgio Agamben, trazer à relação aqui investigada, entre direito material e processo, a reflexão que sustenta a exceção como normalidade, em que o estado de exceção é o espaço da anomia, do vazio de direito. Para empreender tais reflexões, buscou-se auxílio no desvelamento do positivismo, como normativismo e decisionismo, feito nos estudos de Carl Schmitt, sem pretender, com isso, perfilar suas posições, sabidamente antitéticas nas diferentes fases de sua vida e obra. O que se mostrou interessante é a forma clara com que ele traça o diagnóstico do positivismo, o que, de um outro modo, e sobre um outro enfoque, também é abordado por Lenio Luiz Streck, em seu “Verdade e Consenso”.

À correspondência entre essa forma de o positivismo atuar, ora afirmando a normalidade e a suficiência ôntica do ordenamento jurídico, ora suspendendo o ordenamento e reconhecendo espaços de anomia, refletiu-se sobre a aproximação entre essa visão e as diferentes formas de conceber a jurisdição – declaratória ou criativa – sempre desvinculada do direito como laço que une a todos.

Essa possibilidade de afirmação de espaços de vazio do direito, onde impera a anomia, exige um direito conceitual e equiparado à lei, em sentido amplo, mas dissociado da realidade, do contexto, do mundo prático. Por meio dessa reflexão, pôde-se compreender por que a negação da ação de direito material responde a um imperativo do positivismo, que necessita transformar o ser no conceito, *i.e.*, aprisioná-lo no ente. A ação de direito material, como

forma de recuperar o mundo prático, no qual todos estamos jogados, não tem lugar nesse paradigma. Sua negação, já consumada no dia-a-dia do desenvolvimento da relação entre direito material e processo, ademais, foi um passo necessário para que a técnica dissesse qualquer coisa sobre o ser, para que o processo dissesse, e para que continue dizendo, qualquer coisa sobre o direito material, invertendo sua essência.

Após as análises feitas nos capítulos precedentes, em que a relação entre direito material e processo foi desvelada com os contornos em que se apresenta à pré-compreensão do intérprete - desvelando, com isso, o que, segundo se crê, é o modo como a ciência passa por cima da vida, sem questionar sentidos, reconhecendo sentidos unívocos, dados *a priori*, derivados da abstração da dicotomia entre fato e direito, entre texto e norma, que possibilita o velamento do sentido do ser do processo e do direito material, encobrando a possibilidade de transformação social, de desvelamento do sentido ontológico - no quarto capítulo se passa a abordar a possibilidade de uma virada na direção da autenticidade.

Surge a necessidade de enfrentamento em busca do que se poderia chamar de despertar do *Ereignis*<sup>3</sup> (o acontecimento, o Evento), o novo, a superação efetiva, na relação entre direito material e processo, das suas impossibilidades de realização do verdadeiro sentido do ser do Direito. Esse novo, baseado na filosofia heideggeriana, é tomado, aqui, como a necessidade de recuperação de uma categoria, condenada, pelo senso comum teórico, à pena da proscricção do mundo do direito e do mundo da vida: a ação de direito material. Essa proscricção – verdadeira manifestação velada do estado de exceção e do império da técnica – se deve à possibilidade de, afirmando-a, recuperar sentidos perdidos na relação entre direito material e processo, porque, se a ação de direito material estiver na pré-compreensão do intérprete, a tarefa interpretativa será sempre *applicatio*.

Recupera-se, assim, resgatando o mundo prático, a condição de possibilidade de realização do escopo que anima a construção dessa relação: a concretização das pretensões de direito material, tarefa que foi entregue ao processo e que, no paradigma neo-constitucionalista, é, acima de tudo, concretizar direitos e, com isso, construir a transformação da sociedade, reconhecendo a responsabilidade de todos na construção do bom e do melhor, conceitos comunitários, o que exige, por fim, a construção da intersubjetividade.

Parte-se da ideologia, desconstruindo-a, para construir a autenticidade na compreensão da relação entre direito material e processo, afirmando, paradoxalmente, a ação de direito material, como categoria hermenêutica capaz de desvelar esse sentido.

---

<sup>3</sup> AGAMBEM, Giorgio. **Infância e história**. Belo Horizonte: UFMG, 2005. p. 175. (glossário do tradutor).

## 2 A TRADIÇÃO

O presente trabalho parte de uma compreensão filosófico-hermenêutica (Heidegger) e hermenêutico-filosófica (Gadamer) do direito. Essa compreensão reconhece a necessidade de apreensão da tradição filosófica como condição de possibilidade do existir e do pensar. Segundo Ernildo Stein<sup>4</sup>, embora a tradição tenha sido recuperada por Gadamer, Heidegger reconhecia a impossibilidade de filosofar sem haver uma apropriação da tradição filosófica e o fez desconstruindo a metafísica. Sobre as bases da metafísica cartesiana, são lançadas as bases de toda a metafísica moderna, até Nietzsche. Por isso, segundo Heidegger,

“Descartes solo es superable a través de la superación de aquello que él mismo fundamentó, a través de la superación de la metafísica moderna o, lo que es lo mismo, de la metafísica occidental. Per superación significa aquí cuestionamiento originario de la pregunta por el sentido, es decir, por el ámbito del proyecto y, en consecuencia, por la verdad del ser, pregunta que se desvela al mismo tiempo como pregunta por el ser de la verdad.”<sup>5</sup>

A tradição filosófica traz consigo pré-juízos, autênticos e inautênticos, o que faz necessário reconhecer, com Gadamer, a necessidade de que

“Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’ [...]. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das idéias que lhe ocorrem.”<sup>6</sup>

Para evitar esses desvios, sempre presentes, é preciso desvelar a tradição para traçar a compreensão sobre como a história produziu os tempos atuais e, além disso, projetar, de forma autêntica, a revolução do pensamento, possível e em curso, a partir do reconhecimento de que as filosofias do passado são insuficientes nos tempos atuais e de que o reconhecimento dessas insuficiências é condição de possibilidade para um novo agir na construção de uma

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, as obras do autor indicadas entre as obras consultadas.

<sup>5</sup> HEIDEGGER, Martin. La época de la imagen del mundo. In: \_\_\_\_\_. **Caminos de bosque**. Madrid: Alianza, 1996 Disponível em: <<http://www.heideggeriana.com.ar>>. Acesso em: jun. 2007.

<sup>6</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. v. 1. p. 356.

nova história, de luta contínua, na busca do que Charles Taylor chamou de ética da autenticidade<sup>7</sup>, num projeto em que a compreensão não pode ser tomada por meio de um método que, findo, dá-se por tarefa terminada. É um processo sempre necessário e a ser sempre revisado.

Partindo desses pressupostos, a busca pela maneira como a história percorreu os caminhos e chegou à realidade das modernas concepções a respeito do direito material e do processo é uma forma de desvelar os sentidos ideais ou representativos das imagens que fazemos do mundo e, nele, dessa relação fundamental entre direito material e processo, em uma superação de um modo de pensar que assegura “*la primacía del método por encima de lo ente (naturaleza e historia), el cual se convierte en algo objetivo dentro de la investigación.*”<sup>8</sup>

No âmbito do presente estudo se impõe, então, como condição de possibilidade da real efetividade dos direitos, a compreensão da relação entre direito material e processo em que a imagem do direito que se projeta a partir do processo não seja uma imagem produzida pela racionalidade científica, despregada do mundo como linguagem.

A idéia é de superação do ideal científico, em que “*naturaleza e historia se convierten en objeto de la representación explicativa*” em prol de uma concepção em que se retome “*la fuerza originaria del proyecto*”<sup>9</sup> em lugar das sistematizações abstratas, que construíram a pandectística do século XIX e, com ela, a nova ciência que nascia: o Direito Processual Civil como técnica destinada a substituir o direito material e sua eficácia.

Nessa dimensão, está centrada a importância da retomada da ação de direito material, como *aletheia*, no sentido de que ela seja recuperada como categoria hermenêutica que apresenta as bases da relação entre direito material e processo, mas que não nega a técnica, apenas a impede de alterar a essência do direito e sua própria essência<sup>10</sup> (a essência do processo), permitindo a autenticidade da compreensão ao desvelar os sentidos realizadores do direito material por meio do processo.

---

<sup>7</sup> TAYLOR, Charles. **La ética de la autenticidad**. Barcelona: Paidós, 1994.

<sup>8</sup> HEIDEGGER, Martin. La época de la imagen del mundo. In: \_\_\_\_\_. **Caminos de bosque**. Madrid: Alianza, 1996. Disponível em: <<http://www.heideggeriana.com.ar>>. Acesso em: jun. 2007.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Fala-se em essência com referência ao sentido do ser do ente, o que ele é, e não a partir de uma visão idealizada de uma essência presa nas coisas, a ser dela extraída. Contrapõem-se aqui, então, a concepção de essência a partir da filosofia grega e sua compreensão a partir do que afirma Heidegger. HEIDEGGER, Martin. **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006.

## 2.1 A (DES)CONSTRUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO: UMA DIGRESSÃO HISTÓRICA

Parte-se, em um primeiro momento, à investigação e compreensão do direito material, do processo e, especificamente, da ação de direito material, em seu desenvolvimento histórico, buscando os desvios de sentido e uma nova forma de compreensão.

### 2.1.1 Esclarecimento introdutório

A afirmação, objeto do presente estudo, não só da existência da ação de direito material, como de seu fundamental lugar na relação entre o direito material e o processo, pressupõe a diferença entre essa - a ação - e a “ação”. À base dessa diferença, está a idéia de que ao direito subjetivo material, categoria estática, poder da vontade, corresponde, em um dado momento, a sua exigibilidade, pretensão, que é o poder de exigir de outrem a satisfação do direito, momento dinâmico, porque o titular do direito pode movimentar-se, legitimamente, de modo a exigir o que lhe é devido e, por fim, a possibilidade de efetiva exigência, quando surge a possibilidade de um agir do titular do direito. Segundo Pontes de Miranda, “*rigorosamente, há três posições em vertical: o direito subjetivo, a pretensão e a ação, separáveis*”<sup>11</sup>. E, mais adiante, afirma: “*Não há exigibilidade sem pretensão. O Direito Subjetivo pode ser inexigível*”<sup>12</sup>. A terceira posição, segundo Pontes, é a ação de direito material, que surge quando o direito é violado ou ameaçado de violação e permite que o titular aja, agir esse, no entanto, que, salvo casos excepcionais, foi vedado pela proibição da autotutela. Citando, novamente, Pontes, “*onde há pretensão há, se ocorre óbice, a ação respectiva*”<sup>13</sup>. Leia-se: ação de direito material.

No processo, as categorias se repetem e, no entendimento aqui esposado - cujas bases teóricas são Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva -, não anulam umas às outras, e também não se confundem.

No processo, há o direito subjetivo à tutela jurisdicional (tutela do direito à inafastabilidade da jurisdição de que são titulares autor e réu), há pretensão processual e ação

---

<sup>11</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 68.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 123.

processual. Pontes de Miranda diferencia “ação (em direito material) e ‘ação’ (em direito processual)”<sup>14</sup>, dizendo que “a ação exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou.”<sup>15</sup>

E Ovídio acrescenta, lembrando, na assertiva de Pontes, a expressão “principalmente”, dizendo que, “certamente, esse agir para a realização do próprio direito raramente é facultado ao respectivo titular sem que se lhe imponha a necessidade de veiculá-lo por meio da ‘ação’, processual, sob invocação de tutela jurídica estatal.”<sup>16</sup>

Nesse contexto, necessário analisar uma questão fundamental que exsurge da afirmação da ação de direito material e da “ação” processual como categorias independentes, pertencentes às duas esferas: direito material e direito processual, respectivamente. Trata-se da discussão doutrinária e extremamente relevante para a análise que se fará no presente estudo, sobre as cargas eficaciais, que são consideradas pela doutrina processual como oriundas de classificação normativa das “ações” e das sentenças. Essa classificação, como é notório, é dividida, na forma tripartite, pela doutrina tradicional, em “ações” declaratórias, constitutivas e condenatórias. A discordância fundamental com relação à doutrina majoritária, fundamentada essencialmente nos trabalhos de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva, se deve ao fato de que uma categoria abstrata não pode ser classificada quanto ao seu conteúdo. Isso impõe o reconhecimento das ações de direito material, essas, sim, dotadas de sentidos diferentes em conformidade com o modo-de-ser do direito material, isto é, o seu conteúdo que se revela na pretensão e ação de direito material e que exige sua concretização por medidas de diferentes caracteres. Assim, classificando as ações de direito material, teremos cargas eficaciais diferentes, no direito material, adotando a doutrina de Ovídio Araújo Baptista da Silva, que nisso se diferencia de Pontes de Miranda, ao reconhecer, no direito material, ações declaratórias, constitutivas, executivas e mandamentais e reconhecendo a executividade material das ações que envolvem direitos obrigacionais reconduzidas pelo processo à efetivação por meio da técnica da condenação.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 124.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> SILVA, Ovidio A Baptista da. Direito subjetivo, pretensão, direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 20.

<sup>17</sup> As variadas vertentes classificatórias, quer sigam afirmando que a classificação pertine ao direito processual, quer reconheçam que se tratam de diferentes características das ações de direito material não serão tratadas, especificamente, dada a dimensão das divergências e diferentes posições, preferindo-se fazer referência a elas nos momentos em que a temática será tratada no decorrer da análise.

## 2.1.2 Em busca das origens de uma polêmica

Como afirma Carlo Gioffredi,

“solo risalendo alle origini, di un istituto si possono intravedere le caratteristiche piú genuine quali esso mai perderà nel corso della sua evoluzione e alle quali talvolta occorre riferirsi per comprenderne la funzione attuale, deformata o deviata dal tempo; per dimostrare che solo studiandolo nei suoi variabili aspetti, su cui le diverse condizioni di ambiente si riflettono, di un istituto potrà darsi la definizione piú vera, tale da rettificare o completare anche la piú elaborata, ma sempre unilaterale definizione moderna.”<sup>18</sup>

A história da atual polêmica em torno da ação de direito material tem suas origens no episódio que contrapôs Bernard Windscheid e Theodor Muther, iniciada nos anos 50 do século XIX. Antes dela, especialmente antes de Windscheid, como afirma Pugliese em sua “Introdução à Polêmica” (que não se confunde com a polêmica atual),

“la doctrina se daba por satisfecha prácticamente con la definición de Celso (D. 44, 7, 51) nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persecuendi; y se limitaba por lo general a intentar simples paráfrasis respecto de ella. La posibilidad de una divergência entre lo que los romanos consideraban actio y lo que los modernos entendían por acción (Klagerecht) no se planteaba seriamente.”<sup>19</sup>

No contexto do século XIX, em que surge a primitiva polêmica, as discussões em torno do Direito Processual, que, então, conquistava sua autonomia, se desenvolvem com seu paulatino desprendimento do Direito Material.

A controvérsia entre Windscheid e Muther põe o foco no instituto romano da *actio*, consolidando a concepção de jurisdição a partir de tal instituto. Como afirmou Pugliese, o conceito de *actio* sofreu inúmeras mutações no decorrer de sua história, nos diversos sistemas processuais, todavia,

---

<sup>18</sup> GIOFFREDI, Carlo. **Contributi allo studio del processo civile romano**: note critiche e spunti ricostruttivi. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1947. p. 45, nota 53.

<sup>19</sup> PUGLIESE, Giovanni. Introducción da polemica sobre la ‘actio’. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la ‘actio’**. Buenos Aires: Europa-America, 1974. p. 12.

“nadie había pensado em poner en duda ni la substancial afinidad entre la figura de la actio – delineada com referencia a una u outra época histórica – y la figura moderna de la acción, ni la legitimidad de subsumir ambas em una definición comprensiva.”<sup>20</sup>

Essa falta de dúvida sobre a equivalência entre a *actio* e a “ação” molda todas as discussões posteriores, não restando dela, livre, sequer o iniciador da polêmica, Windscheid. Retroalimentada, a polêmica resulta, a cada dia, mais acirrada, e sua importância é crucial, pois evidencia a defesa do paradigma positivista dominante, de um lado, e uma tentativa de construção de um novo sentido para a relação entre direito material e processo, de outro, construção essa a que o presente trabalho pretende alinhar-se.

Daí, portanto, a necessidade que se pôs em investigar, ainda que em breves linhas, dada a dimensão da controvérsia, as origens da compreensão da categoria que é objeto da presente dissertação – a ação de direito material - confrontando-a com as investigações cientificamente rigorosas caracterizadoras da modernidade, para buscar o desvio de sentido que subtrai a função de realização da justiça.

Em que momento e de que forma o processo se tornou o instrumento abstrato que hoje é parece ser premissa de investigação irrefutável para a retomada do sentido da relação entre direito material e processo em seu estreito vínculo direcionado à realização da justiça no caso concreto.

#### 2.1.2.1 As fontes romanas

Ovídio Araújo Baptista da Silva vem, há bastante tempo, alertando para o fato de que o paradigma da compreensão moderna de direito é o Direito Romano do período Imperial<sup>21</sup>, que se diferencia dos períodos precedentes, seja em face da mudança da compreensão e da forma como o Direito era criado e aplicado, seja em face da introdução das máximas cristãs pelos Imperadores convertidos à nova religião. Essa concepção é corroborada pelo romanista Biondo Biondi, quando diz que “è sulla base del diritto giustiniano, che si formò quella

---

<sup>20</sup> PUGLIESE, Giovanni. Introducción da Polemica sobre la ‘actio’. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la ‘actio’**. Buenos Aires: Europa-America, 1974. p.12.

<sup>21</sup> Várias são as obras do autor que veiculam esse alerta, das quais se destaca, especialmente, a obra *Jurisdição e Execução na Tradição Jurídica Romano-Canônica*.

*tradizione giuridica da cui sbocciarono le moderne codificazioni.*”<sup>22</sup> E, no que tange especificamente ao processo, adverte que “*il sistema processuale contemporaneo, nelle sue linee fondamentali, trae origine da quel processo extra ordinem, che è tutta creazione della legislazione imperiale.*”<sup>23</sup>

Observa-se que o Direito Romano do chamado período final passou a conceber o Direito de forma absolutamente divorciada do período precedente. Não se pode deixar, então, de buscar algumas distinções acerca dos diferentes períodos da evolução do Direito Romano, no que pertine aos institutos de defesa dos direitos, com o sentido que lhe emprestou cada período histórico: o clássico e o final do Direito Romano.

#### 2.1.2.1.1 *Das fontes antigas ao período clássico*

No período mais remoto do Direito Romano, o período das *legis actio sacramento*, caracterizado pelo extremo formalismo, este apresentava um número limitado de fórmulas, conhecidas e guardadas pelos sacerdotes, o que se afirma com apoio em Francesco de Martino, com base no seguinte trecho de sua obra:

“Ignoriamo naturalmente il rito col quale si sarà svolta la funzione giudiziaria dei pontefici, ma certo esso era pieno di solenità, un che di suggestivo e di profondo, tale da piegare i contendenti all’osservanza della lite giudiziaria, come al comando di un dio. Le parti non avranno compreso o conosciuto le form del rito, nè le parole solenni pronunciate dal sacerdote: se le avessero conosciute non ci spiegheremmo il segreto gelosamente mantenuto dal collegio pontificiale.”<sup>24</sup>

Nesse período, a atividade jurisdicional era requerida por aquele que havia sofrido uma ação (de direito material), *i.e.*, a execução por parte de quem se afirmava titular de um direito. A tutela era requerida a fim de provocar a manifestação do poder jurisdicional no sentido de afirmar legítima ou não a fórmula, correspondente ao agir daquele que se afirmava titular do direito contra o obrigado. A jurisdição intervinha, pois, para afirmar a legitimidade ou ilegitimidade de uma ação que já fora realizada pela parte, como afirma Arangio-Ruiz, citado por Ovídio Araújo Baptista da Silva: “*l’intervento del magistrato si reduce, almeno*

<sup>22</sup> BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1972. p. 3.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>24</sup> DE MARTINO, Francesco de. **La giurisdizione nel diritto romano**. Padova: Cedam, 1937. p. 51.

*nell'età piú antica, al controllo dell'ativitá delle parti.*"<sup>25</sup> Assim, como afirma o autor, na verdade, a primitiva "ação" processual era uma reação à ação, agir do titular do direito, a qual mais tarde viria, paulatinamente, a ser substituída pela alegação da ação na "ação".

Com a superação do caráter eminentemente divino da aplicação do Direito e a passagem a um novo período em que à magistratura foi entregue o *ius dicere*, que perde seu caráter sacramental, passa-se ao período das *legis actiones*. Essa transição, segundo De Martino, não deixa de ter um caráter revolucionário, pois, segundo ele,

"il fatto stesso che i pontefici avevano il monopolio della giurisprudenza induce a ritenere che essi mantessero gelosamente segreti i rituali delle azioni. Di conseguenza è bem ammissibile la notizia che fu necessario un gesto quase rivoluzionario, per divulgare il ius e le actiones."<sup>26</sup>

Além disso, a fórmula se inverte. Com efeito, não é mais o obrigado que sofreu a ação quem busca proteção da jurisdição, mas o titular do direito que a requer para que seu direito seja realizado, depois por meio da concessão de um interdito pelo pretor. Todavia, ainda aqui, as ações eram limitadas e a liberdade de criação do pretor também o era. Até então, o Direito Romano compreendia o Direito de forma desvinculada da realidade. Fórmulas genéricas eram aplicadas de modo que a proteção aos direitos se dava limitadamente, sem garantia de efetividade, à semelhança de como o direito processual é construído modernamente. As ações da lei não eram construídas para o caso, mas elaboradas previamente, primeiro pelos sacerdotes, em rituais que incluíam o desconhecimento dos leigos acerca dessas *actiones* e, depois, pelos magistrados, mas sem possibilidade de construção de soluções justas e adequadas às situações de vida. Pode-se admitir que a superação do período formal das *legis actiones*, em que as *actiones* eram limitadas, o que, conforme Villey limitava também o número e espécie de direitos que recebiam proteção judicial<sup>27</sup>, foi ocasionada pelas necessidades das novas relações de uma sociedade já mais complexa, e essa mudança trouxe consigo o período mais fértil do Direito Romano.

Com efeito, a mudança do período das *legis actiones* para o período formulário, na época clássica, se deve às necessidades sociais crescentes e se caracteriza pela abertura à

<sup>25</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Ação de imissão de posse**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 18.

<sup>26</sup> DE MARTINO, Francesco de. **La giurisdizione nel diritto romano**. Padova: Cedam, 1937. p. 31.

<sup>27</sup> Segundo Michel Villey, textualmente: "Para intentar um processo qualquer, é preciso poder introduzir a sua pretensão numa destas fórmulas admitidas pelo costume e aceitas pelo pretor. Este não aceita senão um certo número de fórmulas; isto significa, em linguagem moderna, que o antigo processo não reconhecia senão um número limitado de direitos." VILLEY, Michel. **Direito romano**. Porto: Rés, 1991. p. 41.

atividade criadora pelo pretor, que, a partir disso, transformou o rol limitado de *actiones* iniciais em um ilimitado número de *actiones*. E, o mais importante, essa atividade criadora, agora possível, não estava limitada nem por fórmulas divinas, nem tampouco pela lei ou pela idéia abstrata de Direito, que caracterizam a modernidade.

Nesse período, chamado clássico ou formulário, ao pretor incumbia criar a norma para o caso concreto, a partir do *mores maiorum* – a tradição dos antigos ou costume –, levando em conta as circunstâncias do caso e a necessidade de adequar a tradição à evolução das relações humanas em sociedade. Incumbia ao pretor criar o *ius*, que era o conjunto de soluções para as relações entre privados. A *lex*, em Roma, durante o mesmo período, tinha um sentido e uma utilização diferente daquela que, a partir do período imperial e especialmente na modernidade, caracterizam a construção da norma jurídica e, por derradeiro, o positivismo, em suas variadas feições. Consoante afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva:

“Ao Pretor, porém não cabia a criação de normas gerais, como o faz o legislador moderno, ou como começaram a fazer os Príncipes e depois os imperadores romanos. A *iurisdictio* pretoriana criava um ‘vínculo jurídico concreto’ entre as partes litigantes (*ius*), nunca um norma abstrata, semelhante a nossas leis.”<sup>28</sup>

Como afirma Biondo Biondi, “*per tutta l’ epoca repubblicana lex non è quello che noi moderni chiamiamo legge*”<sup>29</sup>. A abstração, que caracteriza a legislação moderna, não fazia parte do modo próprio com que os romanos do período clássico construam o direito que regulava as relações privadas. O *ius* era criado, pelo pretor, diante das necessidades do caso que se lhe apresentava à apreciação, a partir do *mores maiorum* sempre adaptado às novas exigências sociais derivadas da evolução das relações sociais e a partir do conceito do que era a *ars boni et aequie*, portanto, em efetiva realização do que na Grécia, por Aristóteles, foi teorizado como *phronesis*, a prudência.

Esse período do Direito Romano em que se desenvolvia o Direito inspirado na noção da *phronesis* grega, em contraposição à *epistemè* e à *technè*, no sentido de prudência

<sup>28</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A Jurisdictio Romana e a jurisdição moderna*. In: **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 270.

<sup>29</sup> *Lex* tinha o sentido de norma destinada à regulação das *civitas* e das relações entre essas e os cidadãos romanos que, propostas por iniciativa do magistrado, o qual era investido do *ius agendi cum populo*, porque o poder de agir era titulado pelo povo, deviam ser aprovadas por esse em *comitia* e ratificados pela autoridade do Senado. Assim, a *Lex* veiculava matéria de regulação das cidades, mas não normas abstratas de conduta para o povo em suas relações privadas. As relações privadas eram reguladas pela atividade jurisprudencial com base no *mores maiorum*, sendo tarefa destinada a criar a norma para o caso concreto. BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1972. p. 13.

direcionada ao conhecimento de como agir, na ação e para a ação, de acordo com os valores do *bonum* e da *aequitas* - em que *Aequitas* “*é a igualdade, o equilíbrio, a proporção*”<sup>30</sup> e o “*Bonum é aquilo que é conveniente (‘bom para algo’) não só para os envolvidos em uma lide, mas para toda a coletividade. É a atenção ao bem comum que deve acompanhar a decisão do caso singular*” -, parece ser uma inspiração notável.

A criação e a atuação do Direito respondiam às necessidades específicas do caso. Com base no *morus maiorum*, construía-se uma fórmula que era dada, sob condição, pelo pretor, na fase *in iure* do procedimento, encaminhando-as pela fórmula que continha o direito que deveria ser aplicado, caso confirmada, pelo *iudex*, na fase *apud iudicem*, a veracidade das alegações feitas perante o pretor. A fórmula, pois, que continha a norma do caso concreto, era criada concretamente, e não, previamente dada, como ocorre com a norma dada pelo positivismo, que é uma abstração criada para regular universalmente casos que não se repetem no mundo da vida, mas que são tidos por universais e iguais pelo conceitualismo-sistemático, que teve impulso gigantesco com as construções dos Pandectistas alemães nos séculos XVIII e XIX. Eles edificaram sua sistematização sobre a base de um Direito Romano diferente daquele descrito até aqui, porque o Direito Romano legado à modernidade, como se disse inicialmente, é o Direito Romano Imperial, em que a vontade do imperador substituiu a atividade criadora do direito, caracterizadora do *ius*, como fonte primária do Direito, como adverte Ovídio Araújo Baptista da Silva: “*Enquanto no direito clássico a lei era apenas uma fonte secundária do direito, ao tempo de Justiniano, não apenas tornara-se a lei a sua fonte exclusiva, como o Imperador era seu único intérprete.*”<sup>31</sup>

Além dessa forma de criação do direito e do procedimento específico da *actio*, criada para atuação de direitos relativos, o Direito Romano do período clássico atuava imperativamente no mundo da vida, reconhecendo formas específicas de atuação, para diferentes direitos, como no caso de direitos absolutos, sua proteção pelos interditos, fundados em juízos de verossimilhança, ao contrário do procedimento da *actio*, que se fundava em juízos plenários. Ambas as dimensões foram perdidas, ainda que o procedimento da *actio* tenha sido mantido e universalizado, porque o foi não na dimensão autêntica de construção do direito, mas apenas na sua formulação básica em que à *obligatio* deveria corresponder uma *comndenatio*, a qual poderia se seguir a execução, em que o direito passou a ser ditado a

---

<sup>30</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. Prudência e jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudência romana a partir de Aristóteles. In: **Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo, UNISINOS, 1998-1999. p. 183.

<sup>31</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A *Jurisdictio* Romana e a jurisdição moderna. In: **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 264.

*priori* pelo “Estado” e por ele interpretado, iniciando-se, com isso, seu distanciamento do mundo da vida. Com a supressão dos interditos, motivada pela paulatina transformação da *aequitas* em *humanitas*, já que se tratavam de procedimentos de forte rigor, a *actio* foi universalizada e, com ela, os juízos plenários.

O Estado Moderno, que concebe sua jurisdição a partir das fontes *giustinianeas*, assume a paternidade do Direito que outrora não tinha feição estatal e, embora destinado a regular relações privadas, detinha caráter público, como afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva: “A *iurisdictio* do direito clássico era tão pública, como autêntica expressão do *imperium*, quanto poderá sê-lo a expressão moderna. Ela não era estatal, como hoje, como uma expressão da soberania do Estado romano, mas era pública, tanto quanto a nossa.”<sup>32</sup> Passou de pública à estatal, em direção ao controle do Homem Artificial.<sup>33</sup>

A construção do direito, para o caso concreto, não é, todavia, a única fonte de realização do direito material, que deve servir de fonte de inspiração em uma reabertura cognitiva do direito à sua expressão autêntica de transformação da realidade. Conforme vem advertindo, em inúmeras obras, Ovídio Araújo Baptista da Silva, “*havia em direito romano dois institutos de proteção e defesa dos direitos, capazes de ser invocados perante os magistrados: a actio e os interdicta, além de outros meios extraordinários como os últimos [...]*”<sup>34</sup>, que eram formas especiais de proteção em que, mediante juízo sumário a respeito das alegações do requerente, o pretor (não o magistrado) determinava ao acionado uma conduta. Esse poderia obedecer ou não ao comando, conforme sua concordância com os fatos que foram trazidos e fundamentaram o comando do pretor. Caso desobedecesse, ao requerente da medida desobedecida incumbia a proposição de uma *actio ex interdicto*. Esse procedimento diferenciado tinha

“aplicação no domínio do direito público, ou das relações jurídicas de natureza pública, sendo raro o emprego da tutela interdital em questões de direito privado, limitando-se a aplicação deles, nestes casos, particularmente à proteção possessória.”<sup>35</sup>

<sup>32</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A Jurisdictio Romana e a jurisdição moderna*. In: **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 265.

<sup>33</sup> Expressão de Thomas Hobbes, para designar o Estado. CHEVALLIER. Jean-Jacques; GUCHET. Yves. **As grandes obras políticas: de Maquiavel à actualidade**. Portugal: Europa-América, 2004.

<sup>34</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17.

<sup>35</sup> O autor adverte, no que tange à proteção possessória, sobre a natureza evidentemente voltada ao interesse público, enquanto tutela destinada a assegurar a paz social, o que demonstra que os interditos romanos se direcionavam à defesa dos direitos que, à época, gozavam de maior importância e evidência. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 28

Quer dizer: à diversidade de conteúdo dos direitos correspondia a diversidade de sua proteção. Ao conjunto das *actiones* e dos *interdictas* corresponde o que, na obra de Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva, se denomina ação de direito material.

Delineia-se, assim, que o que ora se denomina ação de direito material não se confunde ao que foi immortalizado como *actio*, em virtude dos desdobramentos teóricos que influenciaram a construção do Direito Processual Civil como disciplina autônoma e científica, o qual se abeberou, como antes assinalado, não do procedimento do Direito Romano do período clássico, mas do Direito Romano do período seguinte, que passa a ser tratado.

#### 2.1.2.1.2 O predomínio do Direito Imperial no mundo moderno

O que caracteriza o Direito Romano Imperial, em apertada síntese, é: 1. a supressão dos procedimentos interditaes, com opção pelo procedimento fundado na *actio*; 2. a construção do direito aprioristicamente, pela codificação que marcou essa época e as que se seguiram (o *Corpus Iuris Civilis*); 3. a origem exclusivamente imperial (o que modernamente se poderia chamar de estatal) do direito, equiparado ao texto e à proibição de que os textos fossem interpretados. Essas características marcaram os períodos posteriores. Dizer-se das origens romanas do Direito Continental do qual descende o Direito Brasileiro é, pois, nada dizer, já que as fontes romanas sofreram total mutação da República ao Império. Ou se poderia também dizer, do período pagão ao período cristão, uma vez que são de naturezas tão diversas quanto o concreto e o abstrato.

Quando Giuseppe Chiovenda retrata a mutação ocorrida no espírito do juiz e sua vinculação à causa, embora não faça, nesse ponto, expressa referência às diferenças presentes nessas duas importantes fases do Direito Romano, ele traz a lume essa mutação entre o concreto e o abstrato no decorrer da história. Diz ele que ao juiz romano repugnava o julgamento com base em critérios meramente formais e abstratos<sup>36</sup>, e que “*no se puede*

---

<sup>36</sup> Relata um caso contado por Aulo Gellio em que um juiz, devendo julgar um caso em que um homem reconhecidamente honesto reclamava de outro, cuja fama era contrária, uma dívida, sem apresentar prova alguma, pediu opinião ao jurisconsulto Favorino, que o aconselhou a julgar em favor do homem honesto. Refletindo, esse juiz considerou que devia julgar segundo as provas e não apenas com base em um costume de dar maior valor à palavra do homem honesto e, por isso, não podendo também desconsiderar sua palavra, acabou por prestar juramento e liberar-se do dever de julgar (*sibi non liquere*). O exemplo tem valor histórico e retrata o comprometimento do juiz com a responsabilidade sobre o caso. CHIOVENDA, Giuseppe. La idea romana en el proceso civil moderno. In: \_\_\_\_\_ **Ensayos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Europa-América, 1949. v.1. p. 359-360.

*imaginar un contraste más fuerte que el que nos presenta esta función del juez romano paragonada con la del juez en el proceso germánico de la Alta Edad Média*<sup>37</sup>, porque, então, o formalismo do processo determinava que a decisão do juiz deveria dar-se com base nos juízos de Deus, cuja disciplina reduzia o julgador a expectador a observar e constatar mecanicamente o resultado.<sup>38</sup> E, apesar de Chiovenda, nas mesmas linhas, afirmar que os acontecimentos que levaram à publicização da jurisdição também produziram a retomada daquela visão original da “livre convicção do juiz”, o que se observa é que a recuperação do Direito Romano - tanto em face dos acontecimentos históricos que levaram à Revolução Francesa e às modificações introduzidas por ela, especialmente a publicização da jurisdição como função de Estado, como em face da recepção e sistematização dada ao Direito Romano pela Escola Histórica - não levou à retomada do juiz romano a quem repugnava a apreciação mecânica dos fatos, mas a um Direito Romano já tomado pelo formalismo da *cognitio extra ordinem*, que mais se aproxima do formalismo distanciado dos fatos do que de uma postura realizadora da prudência no caso concreto. É imperioso observar que a Escola Histórica pressupunha a unicidade e a continuidade da história, motivo pelo qual, diante das fontes romanas que lhe estavam à disposição, produziram o desenvolvimento do direito a partir de tais fontes, que são as justinianeas.

O que se observa, então, é que a noção grega da *phronesis*, praticada no período clássico do Direito Romano, como saber direcionado a agir corretamente a partir do que é colhido na experiência - e distinguia-se de outros saberes menos voltados à experiência concreta, como a *tecnè* e a *epistemè* - não é o paradigma do mundo moderno. Como observa Ovídio A. Baptista da Silva, houve transformação do conceito de *aequitas* no sentido clássico (intrínseca ao sistema) durante o período que influencia a modernidade. No Direito Romano do período final, sob a influência do cristianismo, a *aequitas* passa a significar *humanitas*, *pietas*. Essa humanidade, piedade, passa a ser um referencial para a correção do direito positivo, como critério universal, supradireito, como um transcendental.<sup>39</sup>

Com a modernidade, a abstração do mundo da vida trabalhava em prol de verdades constantes e de um método seguro, heranças do pensamento que se desenvolve desde as raízes

---

<sup>37</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. La idea romana en el proceso civil moderno. In: \_\_\_\_\_ **Ensayos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Europa-América, 1949. v.1. p. 361.

<sup>38</sup> Desse argumento resulta a necessidade de se reconhecer absurdas as interpretações que vinculam a sustentação da ação de direito material como categoria existente ao lado da “ação” processual como um retorno aos juízos de Deus. Ao contrário, muito mais próximo desse momento histórico está o formalismo presente no processo ordinário, sua forma de aplicação presente no senso comum teórico dos juristas.

<sup>39</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 81-83.

do individualismo e culmina com Descartes e sua dúvida metódica. Com os inúmeros fatores que se desenvolveram e se aliaram para levar ao positivismo e ao cientificismo sistemático do século XIX, o sentido que era atribuído ao Direito e às *actiones*, mutante no decorrer das eras, bem como a supressão da tutela interdital corrompem o significado da ação de direito material e levam a uma incompreensão do que o instituto representa e das condições de possibilidade de uma nova leitura do direito em contraposição ao cientificismo tecnicista da modernidade.

Partindo-se do pressuposto de que a *actio* é a fórmula entregue pelo pretor no procedimento *in iure*, que se originava no caso concreto, que representa a força viva do direito, e de que, ao seu lado, havia outra forma de tutela, adequada à essência do direito que reclamava proteção, percebe-se que não foi essa a concepção legada às épocas que sucederam ao período clássico - até porque as fontes escritas sobre o referido período ou foram perdidas - a partir das ordens dadas por Justiniano para proteger sua compilação - ou foram descobertas já na modernidade.

A recepção do Direito Romano, conforme estruturado pela sistematização que lhe deu a Escola Histórica, culminou com a afirmação de uma ciência processual autônoma em relação ao direito material e com a conseqüente concepção de uma atividade judicial formalista, que toma por base um fenômeno abstrato, em que o direito é uma solução pronta, dada *a priori*, independentemente do que ocorre no mundo da vida, em operações mecânicas e ao modo lógico-matemático, com as quais o Direito seria mais seguro e sua aplicação, controlável pelo Estado.

#### 2.1.2.2 A antiga polêmica

A Escola Histórica, fundada por Savigny, responsável pela sistematização da recepção do Direito Romano na modernidade, concebeu, por meio da teoria civilista da ação, os passos em direção à controvérsia que alguns doutrinadores entendem seja meramente teórica.

Sobre essa controvérsia é que versará a análise empreendida nos itens subseqüentes.

### 2.1.2.2.1 A origem da sistematização da relação entre direito material e processo

Frederich Karl von Savigny - ao afirmar que

“el derecho de accion entra mas bien en la categoria de los desenvolvimientos y metamorfosis que experimentan los derechos por si mismos subsistentes; y de esta manera ofrece igual carácter que el origen y dissolution de aquellos derechos que no afectan esta condicion sino que son fases de la existencia de verdaderos derechos.”<sup>40</sup>,

para depois dizer que “*la relacion que de la violacion resulta, es decir, el derecho conferido á la parte lesionada se llama derecho de accion ó accion.*”<sup>41</sup> - introduziu uma série de conseqüências na relação entre direito material e processo. Aquela que primeiro importa referir é que, embora Savigny reconhecesse a ação como categoria de direito material, uma metamorfose dos direitos por si mesmos subsistentes, e embora tenha ele advertido, ao início da obra, que a jurisdição, como parte integrante do direito público, não era objeto de sua indagação<sup>42</sup>, ao falar em direito de *acciones*, a leitura apressada e comprometida de sua obra acabou por equiparar sua doutrina, posteriormente chamada teoria imanentista, à teoria sobre a “ação”, fenômeno processual que, por disposição expressa, ele mesmo teria deixado fora de seu debate.

Desde então, a teoria civilista da ação, teoria da ação de direito material, passou a ser perfilada às teorias que debatem a “ação” processual, afirmando-se que aquela fora substituída por essa.

A convicção de que ação e “ação” seriam um único ser é observada em Pugliese, que introduz, como antes assinalado, a polêmica entre Windscheid e Muther, quando afirma que a

“a problemática moderna relativa tanto a la actio como a la acción (Klagerecht) tiene su acta de nacimiento en la publicación de Windscheid [...] tratando de demostrar que el concepto romano de actio era extraño al derecho moderno y no coincidía em absoluto con el de acción (Klagerecht)[...]”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1930. v. 4. p. 8-9.

<sup>41</sup> Ibid., p.10.

<sup>42</sup> Ibid., p.7.

<sup>43</sup> PUGLIESE, Giovanni. Introduccion da polemica sobre la ‘actio’. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la ‘actio’**. Buenos Aires: Europa-America, 1974. p. 13-14.

Essa afirmação supõe que Savigny estivesse a tratar de ação processual em sua teoria imanentista, quando, todavia, falava de um fenômeno de direito material, deixando de fora, expressamente o que pertencia ao campo processual. Supunha, ainda, a referida assertiva, que o direito novo, que nascia da violação fosse a “ação” processual e que Puchta considerava a “ação” como um elemento anexo ou acessório do direito substancial. Falavam tais autores, no entanto, de um fenômeno material. Embora reduzissem ação de direito material à *actio* – fator que se reveste de importante relevância -, não falavam de “ação” processual.

Windscheid afirma que *actio* é uma emanção do direito e que “*actio* és pues el término para designar lo que se puede exigir de outro; para caracterizar esto en forma breve, podemos decir atinadamente que *actio* es el vocablo para designar pretensión”<sup>44</sup>. Logo depois, referiu que

“la expresión: ‘alguién tiene una *actio*’ significa, traducida al lenguaje de nuestra concepción jurídica, que alguien tiene una pretensión, no es menos cierto que *actio* sirve primordialmente para designar, no la pretensión, sino el hecho de hacer valer esa pretensión ante los tribunales.”

Assim, ele mesmo colabora para o desenvolvimento de confusões que permeiam o direito processual civil e para a negação da ação de direito material como elemento meramente conceitual e desnecessário. Como afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva, essas imprecisões de Windscheid, derivadas das próprias fontes, levam a muitas incompreensões:

“A primeira decorre de haver ele identificado a pretensão com a *actio* do direito privado romano, sugerindo que todas as pretensões teriam cunho obrigacional, já que a *actio*, para o sistema processual do *ordo iudiciorum privatorum*, derivava sempre de uma *obligatio*; a segunda deve-se ao fato de sugerir Windscheid que se ‘exerce *actio*’ quando se pede tutela processual.”<sup>45</sup>

Muther, ao polemizar com Windscheid, pretendendo estabelecer o conceito de *actio* como direito de acionar, também não foge da confusão, ao dizer:

---

<sup>44</sup> WINDSCHEID, Bernhard. La *actio* del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la ‘actio’**. Buenos Aires: Europa-America, 1974. p. 12.

<sup>45</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 15.

“Hemos encontrado a la actio una cepción nueva que es por mucho la más frecuente y que significa tanto como: la pretensión a que se confiera una formula. (...) Por conseqüente, quien tenía derecho a que se le confiriera la fórmula debía tener también un derecho subjetivo, que era presupuesto y fundamento del primero.”<sup>46</sup>

Logo depois, deixa claro que “*actio es pues la pretensión del titular frente al pretor a fin de que éste le confiera una fórmula para el caso de que su derecho sea lesionado.*”<sup>47</sup> Ou seja, ele concebe “ação” para quem é titular de um direito, a qual seria o correspondente moderno da *actio*, porque, segundo ele, ainda, na mesma passagem, a pretensão a que seja conferida uma fórmula é própria do período formulário que se manteve, no direito posterior, como idéia, ainda que modificada em seus pressupostos.

Até aqui, então, a ação de direito material era reduzida à *actio* do Direito Romano do período da *cognitio extraordinem* e era tratada como realidade que compreendia a “ação” ou que era compreendida por essa. Não havia demarcação entre direito material e processo, mas o espírito da época supunha a necessidade de o Direito Processual adquirir o *status* de ciência, com principiologia própria.

A essa controvérsia, apenas iniciada com Windscheid e Muther nos anos 1856-1857, sucederam-se estudos que, seguindo a linha inspirada em Theodor Muther, pretendiam afirmar o direito de acionar e construí-lo como realidade autônoma em relação ao direito material.

Desde que Oskar von Bülow definiu o processo como relação jurídica com três vértices, nos quais estão as partes e o juiz, sendo essa uma “*relación de derecho público, que es fundada por la demanda judicial, y que tiene naturaleza formal, de onde el derecho de las partes en la relación procesal tiende a la sentencia, pero no a una determinada sentencia*”<sup>48</sup>, os rumos da relação entre direito material e processo finalmente se separaram. Isso porque, da formulação da existência de uma relação jurídica processual independente e inconfundível com a relação jurídica material, porque não seria direcionado a uma sentença determinada, mas simplesmente a uma sentença, passaram a ocorrer desenvolvimentos e reações.

---

<sup>46</sup> MUTHER. Theodor. Sobre la doctrina de la ‘actio’ romana, del derecho de accionar actual, de la ‘litiscontestatio’ y de la sucesión singular en las obligaciones. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la ‘actio’**. Buenos Aires: Europa-America, 1974. p. 241.

<sup>47</sup> Ibid., p. 246.

<sup>48</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949. v. 1. p. 6.

#### 2.1.2.2.2 O desenvolvimento de teorias com pré-compreensões distintas a respeito da ação e da “ação”

O primeiro desenvolvimento veio com Degenkolb e Plósz, que conceberam o direito de ação como um direito independente da existência de um direito material que lhe servisse de causa. Esse direito seria reconhecido ao autor e ao réu, porque ambos teriam direito a desenvolver a relação jurídica processual para alcançar uma sentença, mas, com Bülow, não uma sentença determinada. Esse direito de “ação” era dito abstrato e não dependia da existência de direito material, tampouco se confundia com ele.<sup>49</sup>

À chamada teoria abstrata da ação, surgiu a reação presente na obra de Adolph Wach, do qual Giuseppe Chiovenda se considera discípulo, porque construiu sua concepção da relação entre direito material e processo sobre a base lançada por Wach, o mestre que não conheceu.<sup>50</sup>

Wach sistematizou o conceito de direito à tutela jurídica frente ao Estado e ao adversário, como um direito a uma sentença favorável e à execução. Esse direito à tutela jurídica pertenceria ao campo do direito público, cabendo ao direito processual a regulação desse direito que, inobstante seja um direito a uma sentença favorável, independe do direito material (então compreendido como direito privado), porque o simples interesse em mera declaração de certeza pode fundamentar o direito de ação. Esse direito de ação, autônomo, consistente no direito à tutela jurídica constituía o objeto do processo, que não estava vinculado a um direito material anterior, porque poderia, então, fundar-se na mera necessidade da certeza da inexistência de uma relação jurídica, o que denunciava que o direito à tutela jurídica se prendia a mero interesse jurídico a uma sentença determinada, à base da qual não estaria, necessariamente, um direito.

Chiovenda filiou-se à teoria de Wach, concebendo-a, no entanto, de modo bastante diferente, mas igualmente oposto à teoria abstrata. Para o jurista italiano, tratava-se de equívoco afirmar um direito à ação aberto a todos, inclusive àqueles que não tivessem razão.

---

<sup>49</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 84.

<sup>50</sup> Sobre Wach, são as seguintes as palavras de Chiovenda: “*Y, entre otros, también yo me siento discípulo de este Maestro que no he llegado a conocer.*” CHIOVENDA, Giuseppe. **Ensayos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949.v. 1. p. 424.

Segundo ele, não existe um

“derecho de accionar, independiente de um efetivo derecho privado, o de un interés que pueda conducir a una sentencia favorable: la mera posibilidad, capacidad, libertad de accionar que corresponde a todos los ciudadanos, no es por sí un derecho, al menos en el sentido riguroso de la palabra, sino mas bien una condición del derecho de accionar, un medio, el uso del cual se convierte en derecho sólo en determinadas circunstancias.”<sup>51</sup>

Ele adverte, logo ao início de seu importante ensaio sobre o tema, que, nos limites de seu trabalho, a ação é compreendida como “*derecho de obrar correspondiente al particular para la defensa de aquel derecho no satisfecho.*”<sup>52</sup>. Nessa sua concepção acerca do direito de ação, pode-se ler a primeira diferença da teoria concretista da ação presente em Chiovenda, em relação à teoria de Wach, pois ele considera que ação não é direcionada contra o Estado e contra o adversário, como sustentara Wach, mas simplesmente

“el derecho de provocar la actividad del órgano jurisdiccional contra el adversario [...] Nosotros concebimos la acción precisamente como un derecho contra el adversario, consistente en el poder de producir frente a éste el efecto jurídico de la actuación de la ley.”<sup>53</sup>

Esse direito de provocar o órgão jurisdiccional contra o adversário foi concebido por Chiovenda como direito potestativo, um direito a uma sujeição, sendo, para ele, a ação, o direito potestativo por excelência, porque “*La acción es un poder frente al adversario, más que contra el adversario. Queremos con esta distinción expresar la idea de que la acción no supone obligación alguna.*”<sup>54</sup>, e, sim, uma sujeição a que se submete o adversário.

À teoria de Wach, ainda que com diferenças, às vezes substanciais, como as que se vê em Chiovenda, é atribuído grande mérito por parcela expressiva da doutrina, por ter, nas palavras de Hellwig, “*aclarado enérgicamente la necesidad de separar netamente los*

---

<sup>51</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. In: \_\_\_\_\_. **Ensayos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949. v. 1. p. 13.

<sup>52</sup> Ibid., p. 6.

<sup>53</sup> Ibid., p. 18-19.

<sup>54</sup> Ibid., p. 18.

*presupuestos substanciales y procesales de una acción fundada.*”<sup>55</sup> Essas palavras parecem expressar o centro dos desencontros que levaram a teoria da ação a encobrir diferenças entre a ação e a “ação”, apagando a importância da relação entre direito material e processo, que se dá pelo conteúdo concreto da primeira, e abstrato da segunda e leva à possibilidade efetiva de afirmação de duas esferas diferentes do ordenamento jurídico e à afirmação do valor dessa dualidade, que se dá em sua identidade e diferença (ontologicamente), para o acontecer do direito material no processo, o que será analisado ao longo deste trabalho.

Quando a “ação” – processual – é concebida como direcionada ao Estado e ao adversário, nesse caso, como direito potestativo a uma sentença favorável, os caracteres que são pertencentes à ação de direito material, categoria pertinente não ao processo, mas ao direito material, se apagam e apaga-se a diferença entre direito material e processo, passando-se à possibilidade que um se torne servo do outro. Toda a teorização do processo aprisiona o direito material e se confunde com ele. Desde então, por isso, concebendo escopos específicos para o direito processual, o jurista e, por influência dele, o legislador e o juiz passam a pensar no processo como o centro de onde se irradiam os direitos. A forma como se passa a pensar o processo em sua relação com o direito material se dá por meio de uma relação desvinculada de laços realmente concretos, porque a ação de direito material deixa de irradiar efeitos, pois foi transformada e levada ao campo do processo (foi substituída pela “ação”), onde o direito à tutela jurídica perde seu real contato com essa fonte de irradiação. O processo, então, passa a ser concebido como método em que, ultrapassadas determinadas solenidades, o direito seria declarado, sem que o direito material pudesse se impor, pois sua potência e força foram subtraídas pela afirmação da autonomia do processo, na qual subsiste a “ação” em lugar da ação. Certamente, não se pode esquecer de que, ao passar a compor a realidade processual, o direito assim concebido, desvincula-se de sua origem e dos fatos de que é eficácia e, como categoria desprendida do mundo, projeção abstrata do que antes fora realidade, perde sua força, deixando, também, de ser a categoria cambiante que é, no mundo, quando passa pelas vicissitudes de sua real inefetividade. O processo, então, não cuida dessas vicissitudes, e passa a trabalhar com um conceito dado, que é investigado apenas em sua existência ou inexistência, e não em suas particularidades ou necessidades.

Essa confusão entre o que é do direito material e o que é do processo permanece sendo tematizada no seio desse paradigma, e o desenvolvimento seguinte – na esteira da confusão

---

<sup>55</sup> Chiovenda cita a obra *Anspruch und Klagerecht* in CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. In: \_\_\_\_\_. **Ensayos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949. v. 1. p. 12.

entre ação de direito material e “ação” processual em que essa absorve algumas características da primeira, de modo generalizante – se dá por meio da teoria eclética. A teoria eclética - que, ao contrário do que se pensa, não engendra apenas a construção de Liebman - concebe condições para essa “ação”, cujas características são aquelas tomadas de empréstimo do que deveria ser a ação de direito material, que, nesse entendimento desapareceu por que foi substituída. Por força dessa teoria, cuja variante liebmaniana o Direito Brasileiro mantém, subsiste a antiga polêmica, sempre renovada pela necessidade de delimitar as fronteiras da autonomia processual, centrada na necessidade de reconhecer caráter publicístico ao direito processual.

À teoria eclética adere Gian-Antonio Micheli,<sup>56</sup> o qual afirma que

“No me parece exacto, en cambio, ni desde el punto de vista historico ni desde el dogmático, contraponer la acción concreta, a la acción abstrata, considerando esta última como expresión de una concepción del Estado rígidamente autoritario y colectivístico, mientras que la primera sería expresión de la concepción liberal e individualística del Estado mismo. [...]La acción abstracta puede ser considerada, desde este punto de vista, como una institución menos exacta que la outra opuesta, pero representa la aspiración a dar formulación jurídica al derecho cívico correspondiente a todos de acudir a los jueces para la tutela de los propios derechos e intereses.”<sup>57</sup>

Em suma, refuta a ação concreta como resquício liberal-individualista e adere à teoria abstrata, impondo à “ação” assim considerada condições para obter o provimento jurisdicional.

Piero Calamandrei, cuja importância e proeminência no campo do direito processual não parece estar exposta a dúvidas ou cogitações, por exemplo, fala da “ação” como categoria processual, invocando o descabimento de tratá-la como um momento do direito substancial, que é por ele tratado como direito subjetivo. Diz ele que

“El interés individual es, sin duda, el dominante en aquel concepto de acción, tan querido por los civilistas del siglo pasado que CHIOVENDA llama mixto o improprio: el concepto según el cual la acción no sería más que un aspecto o un momento del mismo derecho subjetivo substancial, un poder inmanente de reacción

---

<sup>56</sup> Embora divirja de Enrico Túlio Liebman no que tange à enumeração das condições da ação que, para Micheli, são a legitimidade para agir, o interesse para agir (no qual insere a possibilidade jurídica do pedido) e a competência (jurisdição). MICHELI. Gian Antonio. Jurisdicción y acción: premisas críticas al estudio de la acción en el proceso civil. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1970. v.1.

<sup>57</sup> Ibid., p. 180-181.

contra la sin razón, o, como se acostumbraba a decir con circunloquios tan pitorescos como poco comprometedores, el derecho subjetivo ‘en pie de guerra’.”

E conclui:

“Pero estas frases tan vagas y tan poco concluyentes en sí mismas, que representan la acción como una sombra fugaz proyectada por el derecho subjetivo sobre la lucha del proceso, son en realidad la expresión muy significativa de aquella concepción liberal del Estado que situaba en el centro del sistema jurídico la idea, sentida fuertemente, del derecho subjetivo.”<sup>58</sup>

Ora, nem a doutrina que sustenta que existem duas ações – a “ação” e a ação – pretende reduzir o direito material à sua manifestação privada e individual, nem se pode considerar que, com isso, a doutrina tradicional poderia conceituar a “ação”. É certo que essa confusão é derivada da origem como as categorias foram sustentadas na polêmica original entre Windscheid e Muther e os desdobramentos das teorias sobre a ação. A polêmica, ademais, restou alimentada pela necessidade de isolar o campo processual de interferências que criassem óbices à afirmação de sua autonomia. Ao contrário do que propaga a doutrina tradicional, no entanto, reconhecer a ação de direito material não afeta o caráter publicístico do processo, porque todo o direito está impregnado pela força transformadora da Constituição e porque os direitos materiais devem ser compreendidos a partir da matriz constitucional, motivo pelo qual seu caráter meramente privado não tem mais lugar nesta quadra da história. Não se nega a autonomia processual com isso; apenas se pretende reconhecer um liame concreto entre direito material e processo, desamarrando os óbices à compreensão de ambos que resultou da indevida simbiose entre “ação” e ação pela qual é responsável a teoria concreta.

Não se trata, como acusou Calamandrei, de transformar a “ação” em uma sombra fugaz projetada pelo direito subjetivo. Antes, o contrário, pois se trata da proposta de reconhecer a existência e o valor original da ação de direito material como o “sol” do sistema, não no sentido de centro, mas de fonte de irradiação de efeitos. Com isso, e reconhecendo que o direito material não se confunde, nem se restringe ao direito subjetivo<sup>59</sup>, o que se faz é reconhecer o caráter publicístico da relação entre direito material e processo, não apenas o

---

<sup>58</sup> CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. p. 142.

<sup>59</sup> O direito material, a partir da fonte embebedora da Constituição, é igualmente “público”.

caráter publicístico do processo. Trata-se da releitura desse caráter publicístico como constituidor de direitos e transformador da realidade a partir da matriz constitucional. Na verdade, a partir de uma visão constitucionalizadora do Estado Democrático e Constitucional de Direito, todo o direito passa a ter feição publicística.

Afirmar o conceito de “ação” no processo, consolidando-o como categoria abstrata, é providência necessária não só à autonomia do processo, mas à defesa do direito material em suas expressões dinâmicas. Para isso, impõe-se reconhecer que a teoria concreta da ação sistematiza e confunde a “ação”, com o que, na verdade, é a ação de direito material. Afirmar o caráter abstrato da “ação” e, ao mesmo tempo, defender que ela possa ser condicionada por condições concretas, como fez Liebman, não é, ao contrário do que tem afirmado parte da processualística brasileira, perfilar a teoria abstrata, mas manter o posicionamento, cuja origem está em Wach e Chiovenda. É perfilar a teoria concreta, impondo à “ação” as condições da ação de direito material, que são condições que pertinem ao mérito, ao objeto do processo, e não, à possibilidade de seu desenvolvimento em direção ao mérito. É, pois, unificar “ação” e ação, negando a força impositiva que irradia do direito material.

As diferentes pré-compreensões inquestionadas a respeito do mesmo fenômeno, das mesmas categorias resultam em uma estrutura teórica incapaz de permitir a concórdia, porque os debatedores partem de horizontes diversos na tentativa de compreender o fenômeno da relação entre direito material e processo, mas acreditam estar falando da mesma coisa.

#### *2.1.2.2.3 Da impossibilidade de fusão de horizontes*

É possível concordar parcialmente com Calamandrei quando afirma que

“las várias teorías que todavía luchan en torno al concepto de acción encuentran todas ellas su justificación histórica en el momento presente, en cuanto cada una de ellas debe entenderse como relativa a las diversas fases de maduración de las relaciones entre ciudadano y Estado.”<sup>60</sup>

Concordar parcialmente, porque é certo que as diferentes concepções da ação, como fenômeno puramente material, ou apenas processual, ou híbrido, ou como duas esferas de agir

---

<sup>60</sup> CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. p. 139.

autônomas, certamente prevaleceram em dada época, em virtude dos pressupostos que eram subjacentes às relações entre Estado e indivíduos e podem levar à manutenção de determinada postura em relação à sustentação de uma concepção ou de outra em face dos pressupostos ideológicos que se mantêm entre os juristas do processo. O horizonte histórico, com efeito, é imprescindível para a compreensão, inclusive, do que se abordará adiante, acerca dos pressupostos filosóficos, que sustentam as variadas posições. Não se pode concordar, no entanto, que essa explicação possa relativizar o conceito de “ação”, a qual, para o mesmo autor, a quem Micheli dá adesão<sup>61</sup>, “*es una realidad, que puede determinar las más variadas interpretaciones dogmáticas, pero con la cual no puede dejar de contar quien quiera comprender como está formado, en la civilización contemporánea, el proceso.*”<sup>62</sup>

Certamente, compreender a polêmica em torno da ação é ponto central para investigar as diferentes concepções sobre o processo, no decorrer das fases por que passou, desde sua feição privada, indissociada do direito material, passando por sua afirmação como ciência autônoma, em direção às visões substancialistas ou processuais-procedimentais (ambas ainda ligadas ao esquema S-O) até a compreensão hermenêutica que ora se propõe. Todavia, afirmar que a relação entre direito material e processo possa, na atual quadra da história, assumir variadas interpretações dogmáticas, restando escolha do intérprete perfilar qualquer das teorias sem que isso reflita na realidade da jurisdição, importa desvinculá-la de sua função e despir-lhe dos meios para realização do direito material no processo. Isso porque a escolha não é do intérprete, em um sistema jurídico democrático de Direito. Lenio Luiz Streck insiste “*na importância da relação entre o modo-de-fazer Direito e a concepção de Estado vigente/dominante.*”<sup>63</sup> A visão do direito material como elemento normativo, distanciado da realidade, porque cristalizado e, portanto, anulado, em seu aspecto estático, direito, sem ação/força, não se compraz com a visão transformadora que se apresenta nessa quadra da história.

Essa visão normativa é proposta por todas as correntes que indicam a desnecessidade de ligar-se o direito processual ao direito material de um modo concreto, no mundo, o qual só é possível por meio da afirmação de seu aspecto dinâmico, a ação de direito material, que é o agir concreto, manifestação do direito em sua força e capacidade de realizar-se que, vedada, será alegada no processo. A realização do que, em virtude dela, se impõe, será, por vezes,

---

<sup>61</sup> “*El concepto de acción es verdaderamente una cosa relativa, como había puesto ya de relieve Calamandrei [...]*”. MICHELI, Gian Antonio. *Jurisdicción y acción: premisas críticas al estudio de la acción en el proceso civil*. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970. p. 179.

<sup>62</sup> CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. p. 139.

<sup>63</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 44.

efetuada com o auxílio do Poder Judiciário, a quem incumbe a satisfação dos direitos, ou seja, a concretização das pretensões, no plano social. As correntes que recusam relevância à realidade do direito material, assim concebida, alinham-se com um Estado liberal-individualista, de asseguarção de direitos negativos, em que o Direito do Estado é justo por natureza e qualquer transformação da realidade social, via judiciário, seria ilegítima. Nelas, ao direito material não é necessário reconhecer força transformadora, porque a própria concepção de Estado não se amolda à concepção transformadora da realidade.

Buscar as raízes dessa discussão e ingressar no campo dessas polêmicas a respeito da “ação” ou da ação, ou de ambas, na relação entre direito material e processo, é escolher engajar-se em uma infundável discórdia em que se falam várias línguas diferentes, em que os horizontes de sentido não se fundem, em que os paradigmas são diversos. Disso advém a impossibilidade de diálogo e as crenças sempre renovadas de que a controvérsia findará com as “ferramentas” do próprio paradigma, como demonstra a posição de Eduardo Couture. O jurista uruguaio expõe sua tese - que considera como que o “fim de uma jornada” - de que ação é uma espécie, forma específica do direito constitucional de petição, um poder jurídico processual, para o qual ele considera inadequada a adjetivação de abstrato. Em seu argumento, toma o cuidado de refutar o que ele chama de necessidade de criar um *tertium genus*:

“Que exista um direito, a que chamaremos, por agora, material ou substantivo, o qual assegura ao indivíduo determinados bens da vida, é fora de dúvida. Que exista um poder jurídico de apresentar-se ante os órgãos jurisdicionais para pedir proteção para esses bens da vida, tampouco é discutível. Pois bem: Será necessário criar no sistema dos direitos um ‘tertium genus’, que não seja nem o direito substantivo, nem o direito processual de demandar ante a autoridade? Não nos parece. Se esse novo direito, ao qual se poderia chamar hiperbolicamente ‘ação’, compete aos que têm razão, e só a esses, então confunde-se com o direito material; se, ao contrário, possuem-no tanto os que têm razão como os que não têm, então confunde-se como direito processual.”<sup>64</sup>

O *tertium genus*, ao qual o jurista se refere como ação, seria a ação de direito material. Todavia, pensar a ação de direito material como um *tertium genus*, cuja criação é apontada como desnecessária pelo jurista, é um equívoco, pois a ação de direito material é estado do direito material em atividade, um momento do direito material em ação (a redundância é proposital), que existe ao lado da “ação” processual, sem com ela se confundir e sem apagar

---

<sup>64</sup> COUTURE. Eduardo J. **Fundamentos de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 55.

seu valor como “ação” abstrata. Essa ação, a ser alegada na “ação”, corresponde à órbita do direito material, assim como a “ação” corresponde à órbita do direito processual. Não há um *tertium genus* quando se fala em ação de direito material.

À possível acusação, por fim, de que conceber a ação de direito material como realidade concreta ao lado da “ação” abstrata significa comprometer-se com teorias imanentistas da ação (teorias civilistas), porque estas tratariam a “ação” como categoria imanente ao direito material, quando o que se seria imanente é a ação, não a “ação” (essa necessariamente independente, autônoma, inclusive por determinação constitucional, porque a todos é garantido o acesso ao judiciário que só aberto a todas as pretensões e possíveis ameaças de violação ou violação a direitos poderá ser universal, pois não há como definir, aprioristicamente, quem tem ou não direito), argúi-se que não se trata de imanência, mas de conceber o ente (direito) em seu ser (sentido), porque todo ente só é no seu ser e todo ser é o ser de um ente e porque não há interpretação sem aplicação. Ao lado da “ação”, também por mandamento constitucional, deverá haver um direito potencialmente forte para fazer-se atuar, do que resulta a imposição constitucional de reconhecimento da ação de direito material, a qual será alegada e, por reconhecimento provisório, temporário ou definitivo do direito, deverá ser realizada como decorrência do auxílio do Poder Judiciário na concretização dos direitos (pretensões), sob pena de o processo ser instrumento de abstração, porque, como diz Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>65</sup>, o direito material, só, não vai ao foro, porque é estático e não possui potencialidade suficiente para fazer-se atuar se não for dotado de pretensão e ação de direito material.

Em resumo: em toda essa reconstrução, das inúmeras, variáveis, coincidentes ou não, posições sobre a ação e a “ação”, dentre as tantas outras aqui não-examinadas - porque, como afirma a doutrina, parecem existir tantas posições quantos juristas que delas se ocuparam, entre os quais também não há concórdia possível sem a abertura do sentido que se dá na compreensão como aplicação - o principal é, primeiro, desvelar a controvérsia, traçar seus pressupostos e conseqüências, em busca de um sentido capaz de restaurar a compreensão a partir da linguagem, e não, do instrumento, em direção à visão autêntica da ação de direito material e à relação entre direito material e processo adequada ao modelo democrático e social de Direito, nessa quadra da história, pois

---

<sup>65</sup> Dentre outras, as obras: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004; e SILVA Ovídio A. Baptista da Silva. **Jurisdição, direito material e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

“a passagem do Estado Liberal para o Estado Social revelará, constantemente, os limites da ideologia da ‘fidelidade à lei’. A complicada convivência do Estado de Direito com o chamado Estado do Bem-estar Social fica evidenciada pelo necessário recurso a novas categorias cognitivas por parte do intérprete. Caminha-se, assim, da hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de legitimação de aspirações sociais.”<sup>66</sup>

#### 2.1.2.2.4 Em busca de um sentido perdido

As concepções acerca da *actio*, a transposição dessa categoria à jurisdição moderna, como se representasse a totalidade da jurisdição desenvolvida na história do Direito Romano, a visão que equipara a *actio* à ação de direito material, ou seja, a equiparação de um momento do processo romano à atividade concreta, que é manifestação do direito em sua possibilidade de fazer-se efetivo, a afirmação da “ação” como o modo moderno de conceber a *actio*, que antes já fora equiparada à ação de direito material, são os componentes históricos que demonstram como, da função criadora e realizadora dos direitos, que caracterizou o tempo mais próspero da civilização que legou o desenvolvimento do Direito às eras que a sucederam, se caminhou em direção a um direito atrelado à concepção sistemática do direito e à jurisdição de atuação apenas normativa, *i.e.*, como da formulação do direito para o caso concreto - em que a norma, sempre em sua dimensão concreta, era extraída do conjunto do Direito - se involuiu para uma concepção subsuntiva de mera atividade mecanizada a partir de uma vontade ideal e reconhecida como perfeita *a priori*, a vontade do legislador ou da lei; bem como de que maneira da atividade jurisdicional direcionada ao agir concreto se involuiu para a concepção normativa da jurisdição; são reflexões que se tornam imprescindíveis para quem pensa o problema da relação entre processo e direito material.<sup>67</sup>

Como as formulações que retomaram o sentido apenas declarativo da fase *apud iudicem*, submetida ao *iudex romano* para limitar a jurisdição à atividade meramente

<sup>66</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 44.

<sup>67</sup> Desde já, antecipando a crítica, é necessário precisar que a retomada de uma categoria, cuja sustentação e afirmação remonta, na doutrina brasileira, a Pontes de Miranda, não equivale, de modo algum, a sustentar, juntamente com ela, a clássica teoria da subsunção, exposta por Pontes de Miranda, de modo rigoroso, científico e sistemático. Reconhecendo o valor da sustentação de Pontes acerca do que chamou ele de três categorias em vertical (direito, pretensão e ação), a retomada de seu pensamento não se estende à teoria da subsunção, cuja compreensão exige, para realização de um direito vinculado ao mundo da vida, uma releitura aberta à compreensão a partir da tradição e da construção do direito vivo, superando a concepção abstrata do Direito, em direção ao círculo hermenêutico. Não se trata de “jogar fora o bebê com a água do banho”, mas de reter o que de bom pode ser retido em prol da construção de um Direito transformador da realidade, a partir de uma perspectiva autêntica ligada ao Estado Democrático (e Constitucional) de Direito. A posição contrária redundaria em postura maniqueísta, incompatível com uma investigação que pretende desvelar sentidos inautênticos na compreensão do Direito.

declarativa, encobriram a atividade dita criadora e constitutiva do Direito que pertencia ao pretor na fase *in iure*, a quem incumbia a construção da fórmula e o reconhecimento da *actio* adequada a realizar o direito do caso concreto, sob a condição de que houvesse a comprovação, perante o *iudex*, dos fatos que foram objeto da análise do pretor para criar a fórmula? Como, ainda, da possibilidade de transformação da realidade em concreta realização dos direitos – por meios como a tutela interdital – pelo pretor, se caminhou em direção a uma atuação puramente normativa do Direito? São perguntas, dentre tantas outras, que se impõem no desvelamento do que poderá vir a ser uma relação autêntica – produtora de sentido – entre direito material e processo.

Não se trata, pois, de mera investigação histórica ou filológica. Trata-se de investigação destinada a desvelar sentidos em direção a um diagnóstico dos motivos que levam a processualística a recusar a atividade jurisdicional construtiva do Direito. Essa investigação exige um debruçar-se sobre um novo capítulo, uma nova polêmica.

### 2.1.2.3 A introdução de uma nova polêmica

A polêmica recente é herdeira da antiga polêmica, mas com ela inconfundível. Parte-se, primeiramente, do pressuposto de que a “ação” foi equiparada à *actio*, que, anteriormente, já havia sido confundida com a ação de direito material. O desaparecimento dessa última, a ação de direito material, movimenta as discussões atuais, porque, segundo a majoritária doutrina, teria sido substituída pela “ação”. Seus reflexos não restam circunscritos ao campo da ação de direito material, nem tampouco têm efeitos limitados ou inexistentes no campo da compreensão do processo. Assume, de modo paradoxal, lugar central na relação entre Direito Material e Processo.

Muitos são os matizes dessa polêmica: 1) Envolve a questão relativa à classificação das ações, decorrência imediata das posições sobre a existência da ação de direito material, de um lado, e sua inexistência ou seu desaparecimento em face da vedação da autotutela e da conseqüente substituição da ação pela “ação”, no outro vértice da polêmica. Supor que a classificação seja pertinente ao plano processual é o motivo propulsor do aprimoramento da jurisdição a formas de tutela meramente normativas dos direitos (declaratória, constitutiva e condenatória), base da compreensão positivista da atividade jurisdicional que não vai aos fatos. Isso porque se atribuem eficácias conceituais e desprende-se a jurisdição do seu escopo,

que é a concretização das pretensões de direito material; 2) Envolve a questão da própria concepção da atividade jurisdicional, seu conteúdo e sua função, que remete à profunda diferença entre concretizar pretensões (conceber jurisdição a partir da matriz constitucional em um Estado de transformação social) ou regulá-los normativamente (concebendo jurisdição a partir de um ultrapassado modelo liberal-individualista, cujo modo-de-fazer direito está atrelado às metafísicas e, portanto, à contraposição S-O); 3) Envolve, por fim, o tema relativo à relação entre o direito material e o processo e a superação das insuficiências da jurisdição. Todas as matizes apontadas estão, necessariamente, ligadas umas às outras e perpassam a noção mais importante, o desvelamento do sentido do ser do direito material e do processo, noção capaz de restaurar um vínculo concreto e positivo entre as esferas, em direção a uma compreensão autêntica do processo.

O surgimento, por meio do posicionamento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, contrário a Ovídio Araújo Baptista da Silva, da polêmica acerca da utilidade da afirmação da existência da ação de direito material, já que *esse agir para a realização do próprio direito raramente é facultado ao respectivo titular*<sup>68</sup>, é condição para esse desvelamento. Não seria possível pensá-lo sem partir da reflexão sobre os motivos e as conseqüências de tão acirrada controvérsia. A polêmica é sadia e traz, segundo Heidegger, citado por Ernildo Stein, “*a possibilidade de que o pensamento corresponda ao apelo do que deve ser pensado.*”<sup>69</sup>, condição para a subversão de uma ordem imposta pelo positivismo universalizador, atemporalizador e cristalizador de sentidos. Pensar a ação de direito material.

#### 2.1.2.3.1 A negação da ação de direito material, “substituída” pela “ação” e sua sustentação

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira inaugura a polêmica, respondendo a Ovídio Araújo Baptista da Silva, no artigo intitulado “O problema da Eficácia da Sentença”<sup>70</sup> e o faz enfrentando, inicialmente, a questão relativa à classificação das ações. Não apenas a questão relativa às classificações ternária ou quinária e, poder-se-ia acrescentar, quaternária, mas

<sup>68</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 20.

<sup>69</sup> Ernildo Stein traduz e cita passagem de Martin Heidegger no texto “*Für den Herrn Verleger Dr. Phil. H.c. Hermann Niemeyer*”. STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude.** Ijuí: Unijuí, 2001. p. 201.

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

especialmente, o que se reflete nas ditas classificações, a sua circunscrição ao campo material ou processual, base da controvérsia.<sup>71</sup>

Para Alvaro de Oliveira,

“mostra-se inadequado continuar a pensar as relações entre o direito material e o processo em termos de ação de direito material, conceito que só tinha razão quando ainda não estava suficientemente maduro o arcabouço dos direitos fundamentais e a constitucionalização que se seguiu. [...] Trata-se, em suma, de atentar devidamente à noção autônoma e de caráter público da ordem processual, decorrente da necessária monopolização da distribuição da Justiça pelo Poder estatal.”<sup>72</sup>

A questão central, para o autor, é autonomia do processo frente ao direito material, motivo pelo qual a classificação das ações é atribuída ao processo, e não, ao direito material. Diz o processualista, em outro estudo em que se desenvolve a polêmica: *“Tudo na verdade não passa de confusão entre os dois planos, com amesquinamento do plano do direito processual.”*<sup>73</sup>

A concepção defendida está clara ao frisar que

“bem esclarece Lourival Vilanova inexistir relação material entre a relação material e a processual. Poderia haver se a relação substantiva continuasse no interior da relação processual. Mas, esta é cortada: o direito subjetivo de agir, o poder/dever de julgar e o direito subjetivo de contestar compõem relação abstrata. Quer dizer: uma relação tirada (ab é prefixo indicador da separação) ou desvinculada de sua causa (em sentido técnico-jurídico). A ação em sentido de direito material não continua na ação em sentido processual. A pretensão e o dever de prestação continuam, mas, na nova relação, outra pretensão dirige-se ao órgão, que não se sub-rosa no dever de prestar material, mas no poder/dever de prestar a função jurisdicional.”<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> A classificação quaternária das ações de direito material se deve ao estudo de Ovídio Araújo Batista da Silva, intitulado *A ação condenatória como categoria processual*. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Além dessa, pode-se apontar, no estudo de Fábio Cardoso Machado, uma classificação trinária, que não se confunde com a classificação clássica em declaratórias, constitutivas e condenatórias (mais afinada com a concepção que as classifica no direito processual): trata-se da tese exposta pelo autor de que três são as ações de direito material - declaratórias, constitutivas e executivas - porque a real eficácia das ações condenatórias é, de fato, executiva, e a mandamental, por sua expressa utilidade no campo da realização dos direitos, mantém-se no campo da técnica processual, não sendo projeção de uma ação de direito material. MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 157.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.) **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.84.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>74</sup> *Ibid.*

A seguir, o jurista afirma que só o juiz pode declarar, pode constituir, pode condenar, pode mandar.

Necessário comparar essas assertivas do processualista com afirmação que fez anteriormente. No rigor da análise, essa noção de que o juiz não se sub-roga no dever de prestar material, mas no poder/dever de prestar a tutela jurisdicional não parece se coadunar com sua afirmação de que

“não parece possível afastar a ligação com o direito material, em virtude da ínsita instrumentalidade que a função jurisdicional exerce em relação a este, a que servem a ação e o processo, por meio do exercício dos poderes, faculdades e ônus titulados pelas partes. Todo o processo está impregnado de direito material. [...]. Tudo isso demonstra não ser possível emprestar à eficácia da sentença um caráter puramente processual”<sup>75</sup>.

A forma de compreender em conjunto tais assertivas, no que pertine à afirmada relação íntima entre direito material e processo, e, ao mesmo tempo, de que o juiz não se sub-roga no dever de prestar material, é de que o direito material que impregna, nas palavras do jurista, o processo, é efetivamente abstrato. Não apenas compõe uma relação abstrata, como na assertiva de Lourival Vilanova, citada por Álvaro de Oliveira, mas no sentido de que o direito material a ser considerado é abstrato, o direito como lei (texto), Direito Positivo, abstraídos os fatos, que são cortados, continuando, a relação processual, límpida, normativa, em que ao juiz é dado aplicar a norma, declarando sua aplicabilidade.

A adequação entre direito material e processo - para a corrente que, com o importante polemista, recusa valor e, até mesmo, existência à ação de direito material - é abstrata. Trata-se de adequar a norma, não aos fatos da vida, ao fenômeno que deve receber regulação pelo direito, mas à previsão abstrata dos direitos, por isso, em um discurso de fundamentação prévio, o que se confirma com o seguinte trecho, da lavra do autor ora comentado: “*Como bem pondera Liebman, não há dúvida de que o processo é instrumento de realização do direito material, mas tal finalidade é alcançada por meio do agir do Estado, que assegura a efetiva vigência da ordem jurídica.*” O processo realiza, assim, a ordem jurídica, não o direito das partes envolvidas. É o direito dado *a priori*, abstratamente, pelo legislador, que deve ter

---

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.45.

sua aplicabilidade garantida. Não é o direito concreto que deve se realizar. Nesse ponto, é preciso perguntar, afinal, qual a utilidade de se afirmar a vigência da norma jurídica sem realizar o direito concretamente entre as partes? A pergunta poderia ser reformulada da seguinte maneira: Onde se insere a realização da justiça nessa concepção? Garantir o respeito à ordem jurídica, abstratamente, é atividade que não se compromete com a justiça no caso concreto, comprometendo-se, ao revés, com uma noção de justiça, abstrata, é claro, pressuposta na lei e na vontade do legislador, em que o mundo do supra-sensível, ideal, perfeito, é o plano onde existem as normas jurídicas, e o mundo sensível, imperfeito, é onde acontecem os fatos. Norma e fato não se tocam, o processo realiza a justiça em uma relação abstrata de adequação, que pressupõe a possibilidade de separação entre fato e norma, eliminando a contingência. A efetividade derivada dessa concepção é abstrata, pressuposta como decorrência do método, *i.e.*, basta seguir os passos do processo – método, instrumento – e a justiça (abstrata!) será alcançada.

Essa concepção pressupõe que a autonomia do processo frente ao direito material estaria vinculada ao rigor científico da articulação do processo, e sua autoridade estaria ligada à defesa do ordenamento jurídico.

Segundo se compreende, todavia, verdadeiro prejuízo à autonomia entre direito material e processo - que não podem se confundir, como não se confunde a coisa e sua técnica – estará em afirmar que a ação de direito material foi substituída ou transformada em “ação” (em sentido processual), porque tal compreensão certamente acarretará a negação de um dos âmbitos. Ou afirmo que o direito material não interferirá no processo - porque como afirma Alvaro de Oliveira, “*não é possível afirmar a existência do direito antes do contraditório, muito menos se poderá admitir a ‘ação material’ já no início da demanda.*”<sup>76</sup> - caso em que o direito material seria produzido pelo processo. Ou, então, transporto o direito material para o processo, concluindo pela existência de ações processuais e sentenças concretas, ao confundir ação de direito material e “ação” e, em filiação à teoria concretista da ação, nego o plano independente do direito processual. O manejo da negativa da ação de direito material produz, conforme o modo como manipulada, um dos dois efeitos apontados: ou nega o Processo, ou nega o Direito Material.

Ocorre que, no trecho apontado, de Alvaro de Oliveira, está a resposta para o problema, porque, logo após dizer que não se pode admitir um direito ou uma ação material

---

<sup>76</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.41.

logo ao início do processo, também afirma que “*sua existência só poderá ser averiguada ao final do processo, com o trânsito em julgado da sentença, quando então se confundirá com a eficácia da própria sentença.*”<sup>77</sup> Se ao processo cabe averiguar a existência é porque, caso precedente a ação, o direito subjetivo, a pretensão e a ação já existiam, porque foi “averiguada” sua existência. Se não existiam, e o processo se desenvolveu é porque direito subjetivo à tutela jurídica e a “ação” correspondente não se confundem com o direito material e a ação correspondente e, só então, terei dois planos independentes – o direito material e o processo –, cujo vínculo positivo pode ser afirmado.

#### 2.1.2.3.2 A afirmação da ação de direito material e da “ação” processual: duas categorias inconfundíveis

A posição de Ovídio Araújo Baptista da Silva, formulada sobre as bases da proposição de Pontes de Miranda sobre a classificação das ações e não da “ação”, supõe a superposição de três categorias em vertical: o direito, a pretensão e a ação. Segundo Ovídio, o “*direito subjetivo, assim definido, é um status, uma categoria jurídica estática, ao contrário da ação que pode ser esse próprio direito subjetivo em seu momento dinâmico.*”<sup>78</sup> Diferencia, pois, ação, assim grafada no sentido material, e “ação”, no sentido processual, no modo como a ela se referia Pontes de Miranda. Essa concepção reconhece a existência da ação de direito material, que não se confunde com a “ação”, que corresponde ao direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional e se opõe à doutrina que afirma que a “ação”, nos sistemas modernos, teria substituído a ação. Afirma o processualista:

“A primeira confusão, portanto, a evitar-se será aquela que costuma confundir a ‘ação’ com o direito subjetivo público’ de invocar a tutela jurisdicional, ou de suscitar a atividade dos órgãos estatais encarregados de prestar jurisdição. A ‘ação’ não é um direito subjetivo, pela singela razão de ser ela a expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e que a funda.”<sup>79</sup>

<sup>77</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL. Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41.

<sup>78</sup> SILVA, Ovídio A Baptista da. Direito subjetivo, pretensão, direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL. Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 16.

<sup>79</sup> Ibid., p. 17.

Dessa confusão que se busca desvelar, nasce a verdadeira recusa do liame entre direito material e processo e o transporte das cargas eficaciais das ações e sentenças para o plano do processo, o que, segundo o autor, expõe o vínculo dos doutrinadores que afirmam que a classificação das sentenças está no plano processual com a teoria concretista da ação, porque o que é abstrato, como seria a “ação”, não tem qualificação concreta: declaratória, constitutiva ou condenatória.<sup>80</sup>

Ovídio Araújo Baptista da Silva tem procurado demonstrar o comprometimento que a recusa da ação de direito material tem com o normativismo - presente em toda a processualística, que defende que a ação de direito material é um anacronismo. Esse comprometimento, ainda conforme Ovídio A. Baptista da Silva, tem vínculos estreitos com os equívocos cometidos, principalmente, por August Thon, para quem “*o direito subjetivo somente nasceria depois de a norma ser violada*”<sup>81</sup>, e por Bernhardt Windscheid, que “*decorre de haver ele identificado a pretensão com a actio do direito privado romano*”<sup>82</sup>, e, ao mesmo tempo, dito, que “*se ‘exerce actio’ quando se pede tutela processual*”.<sup>83</sup> Essas concepções permitem a confusão das três categorias eficaciais em vertical em uma única categoria, pela doutrina moderna, que não vê motivo em se manter o reconhecimento da existência de uma categoria que representa uma atividade vedada pelo ordenamento jurídico: a ação de direito material. O fato de ter sido vedada, no entanto, supõe sua existência anterior e a criação de um instrumento – a “ação” - para instrumentalizar a possibilidade de universal acesso ao judiciário e potencializar, quando for o caso, a realização do direito material exigível, violado ou ameaçado de violação, em lugar de negar a existência da ação de direito material, ao contrário de lhe recusar valor, pressupõe sua existência no caso concreto.

Nesse passo, verifica-se que a diferenciação entre o Direito Material e o Direito Processual é preservada aqui. A posição contrária, preocupada em manter a autonomia do processo em relação ao direito material, em evidente contrariedade aos seus propósitos, acaba

---

<sup>80</sup> Para expor apenas a teoria ternária da classificação das ações que é dominante, embora se reconheça que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, principal polemista na matéria - junto com Ovídio Araújo Baptista da Silva, ora comentado - filia-se à teoria quinária, em seu ensaio “O Problema da Eficácia da Sentença”, embora afirme que a classificação pertine ao Direito Processual. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54. É preciso lembrar, a essa altura, que Ovídio Araújo Baptista da Silva expõe teoria quaternária no ensaio intitulado “A ação condenatória como categoria processual”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>81</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.

<sup>82</sup> Ibid., p. 15.

<sup>83</sup> Ibid.

por recusar a esfera própria do direito material, quando afirma que a ação de direito material não existe, tendo sido substituída pela ação processual, em face da vedação da autotutela. Ao invés, pois, de afirmar a autonomia do processo, tal construção acaba reconhecendo apenas esse, posição monista, cuja conseqüência é apontada por Ovídio Araújo Baptista da Silva: “A *nosso ver, torna-se evidente que a eliminação das pretensões e ações do campo do direito material, contribui, decisivamente, para a debilitação do direito material, em favor do predomínio do direito processual.*”<sup>84</sup>

#### *2.1.2.3.3 Exposição crítica dos desdobramentos da polêmica: uma investigação destinada ao desvelamento dos sentidos que serão objeto da análise em direção à sustentação da ação de direito material como categoria hermenêutica*

A doutrina em torno da ação e da “ação”, assim no Brasil como no exterior, apresenta tantos matizes quantas são as proposições apresentadas em direção ao acolhimento de uma ou outra posição, mas também engendra posições passíveis de catalogação, como independentes de uma filiação, como é o que pretende Luiz Guilherme Marinoni.

Não é possível a análise criteriosa de todos esses posicionamentos - embora o esforço fosse revelador e profícuo - e, talvez, pela necessidade de aprofundamento e pela extensão do material à disposição, não coubesse nos estreitos limites de um único pesquisador. Um sonho, talvez, de quem se acha premido pela necessidade de fazer um adequado recorte nas investigações.<sup>85</sup>

Essa pesquisa, em torno das opiniões que se formaram a partir da polêmica inicial e continuam se desenvolvendo, com novos matizes, é condição de possibilidade para desvelar muitos equívocos sobre a questão.

Para introduzir o debate, em primeiro lugar, então, é preciso analisar as premissas básicas do trabalho e, desde logo, necessário gizar a correta interpretação da doutrina de Pontes de Miranda, paradigma teórico de onde parte a análise de Ovídio Araújo Baptista da

---

<sup>84</sup> SILVA. Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 125-126.

<sup>85</sup> Esse corte, tentando-se fugir do perigo de fazê-lo arbitrariamente, é efetuado, aqui, para tentar analisar alguns trabalhos específicos de alguns dos principais contendores e de doutrinadores nacionais que se envolveram mais agudamente na polêmica ou cujas proposições influenciam mais agudamente a doutrina brasileira. Desde já, todavia, o próprio critério escolhido confessa um certo arbítrio na seleção dos doutrinadores analisados, em face da extensão em importância e quantidade do que é produzido pelos escritores nacionais.

Silva e motivo pelo qual é estabelecido o diálogo que se viabiliza com a resposta de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

Nesse sentido, cumpre analisar a assertiva de Guilherme Rizzo Amaral, no sentido de que “*a observação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira abre a ferida de que padece a classificação das ações segundo quanto de eficácia, [...]*”<sup>86</sup>.

Pontes de Miranda não desenvolve uma abstrata classificação das ações segundo o *quantum* de eficácia. Pontes de Miranda parte dos fatos, para compreendê-los e a classificação respectiva, dos respectivos fatos, a partir de seus lineamentos, acompanha-os desde seu nascimento por todo o seu desenvolvimento eficaz – direitos, pretensões e ações, todos em sentido material. A elucidação é necessária porque partir do pressuposto de que Pontes classifica ações induz à compreensão abstrata de sua proposição, motivo para compreendê-las, como não poderia deixar de ser, também abstratamente, desvinculando-as de sua relação com os fatos, entrincheirando o processo no campo da abstração, já que classificações sem embasamento concreto - como seria uma classificação de ações, nascidas não se sabe de onde - não têm valor algum. É o primeiro problema, esse, sim, verdadeira “ferida” aberta, não na doutrina de Pontes, mas na compreensão do processo em sua relação com o direito material.

Amaral afirma que não se encontram, no plano do direito material, pretensões de declaração, constituição e condenação e, na sua opinião, imaginando a

“ausência de vedação à autotutela, conseguimos apenas vislumbrar a execução (de mãos próprias) e o mandamento (não no sentido de estatalidade, mas de ordens revestidas de ameaça física ou psicológica) como possíveis ações privadas.”<sup>87</sup>

Ora, ao contrário do que afirma o autor, se uma conduta é proibida é porque, necessariamente, existe. Se uma pessoa não tem autoridade para declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou desconstituí-la sem intervenção estatal, não quer dizer que não tenha a pretensão e a ação de direito material respectiva, cujo exercício apenas lhe foi vedado, em determinadas hipóteses. Basta lembrar que as partes podem declarar, entre si, uma relação jurídica pré-existente, por instrumento particular ou escritura pública, se tal situação estiver na esfera de disponibilidade de seus direitos, e que, se houver acordo no que tange ao

---

<sup>86</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ‘ação de direito material’. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 123.

<sup>87</sup> Ibid.

divórcio, o juiz homologará o acordo, desde que não haja disposição que ofenda o ordenamento jurídico, no que é preciso lembrar o que diz o dicionário, atendendo à concitação de Saussure: Se queres saber o significado de um significante, pergunte por aí!<sup>88</sup> Isto é, se queres saber algo sobre as coisas, pergunte por aí! Sendo assim, diz o dicionário Houaiss que homologar significa decretar, ratificar, confirmar juridicamente, reconhecer algo oficialmente, reconhecer algo como legítimo, dentre outros significados que permitem concluir que se trata de impor autoridade e certeza a algo, porque esse algo existe e a alguém, ou a algum órgão, no caso, o Estado, é dado conferir tal autoridade, porque a ação originária dos envolvidos foi vedada, no todo ou em parte<sup>89</sup>. A esse conjunto de fatores outros elementos se somam: se não há, no direito material, pretensão ou ação constitutivas e desconstitutivas, declaratórias, positivas ou negativas, como se explica 1. a possibilidade de desconstituir extrajudicialmente relações jurídicas relativas ao estado da pessoa, advinda da entrada em vigor da Lei nº 11.441/07; 2. a possibilidade de constituir relações jurídicas extrajudicialmente, como no caso de sociedades e, até mesmo, uniões estáveis. Dir-se-á que são atividades não-jurisdicionais de regulação dos negócios privados, em que não há conflito. Sim, são – porque aplicar o direito não é atividade exclusiva da jurisdição – e não são – porque em tempos de neoconstitucionalismo o interesse público de compatibilidade à Constituição Federal abarca tudo, inclusive, a regulação dos assuntos privados. Ademais, denotam que as pretensões e ações de direito material, cuja eficácia seja potencialmente declaratória ou constitutiva - quer dizer, o modo de realizar-se o direito material é produzindo tais efeitos – existem antes e independentemente do processo, sendo exercidas por meio dele, necessariamente, quando e se vedadas ou inviabilizadas por ato das partes.

É preciso reconhecer que justamente porque a “ação” é abstrata, poder-se-ão explicar sentenças de improcedência, mas se se confundem ação e “ação”, fazendo esta substituir aquela, uma das duas realidades deverá ser reconhecida: 1) ou não houve perda de conteúdo, porque o conteúdo da ação está na “ação”, que já não será abstrata, e não poderá haver acesso à justiça para quem não tem direito, nem sentenças de improcedência, porque todas as ações seriam necessariamente procedentes, já que sempre haveria um conteúdo na “ação” abstrata; 2) ou se admite que tal concepção faz qualquer coisa com o direito material, porque não restou conteúdo algum a preencher o instrumento e o conteúdo já não mais existe, porque não

---

<sup>88</sup> Streck cita Ferdinand Saussure. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 101.

<sup>89</sup> HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1548 (verbetes “homologar”).

mais existe a ação de direito material, que é a manifestação dinâmica do direito, agora despontencializado.

Não sendo comprovada a relação que dá embasamento à solução requerida pelo autor, comprova-se que a “ação”, por ser abstrata, processou-se, de modo a concluir pela improcedência da ação (aqui no sentido material). Confessa-se que não se pode entender por que tanta dificuldade em imaginar o direito como acontecimento, dinâmico, na vida das pessoas. Só isso pode fundamentar porque não é possível ver que o que é entregue à atividade do juiz não pode ser senão algo que está no mundo. Assim, concretizam-se pretensões.

Como diz Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>90</sup>, duas são as tarefas do juiz, não necessariamente nessa ordem: uma, de verificação da veracidade das alegações das partes, produzindo o acerto; outra, de realização material do que o Estado as impediu de realizar sozinhas. Ambas, atividades jurisdicionais. A segunda, realização do que foi vedado ao interessado realizar por suas próprias mãos, mas, porque ação vedada, é ação existente, na consecução da qual intervém o órgão jurisdicional, em atividade substitutiva, que caracteriza a jurisdição<sup>91</sup>.

Outra interessante conclusão, que parece invertida, pode ser apontada no interessante ensaio de Guilherme Rizzo Amaral. Trata-se da afirmação de que o art. 461 do Código de Processo Civil permite ao juiz a escolha entre mandamento ou execução, independentemente do que pedido pelo autor em sua petição inicial. Para o autor, tal equivale à prova de que não se pode definir “*a priori* se a demanda é executiva ou mandamental”<sup>92</sup>. Primeiramente, necessário observar que o autor, ao pedir, em sua petição inicial, está diante de um fato. Optando por pedir uma determinada medida (o que, de resto, não precisa fazer, bastando que genericamente requeira a aplicação do art. 461 ou 461-A do Código de Processo Civil), ou limitando-se a requerer a procedência em um dado sentido (porque não precisa indicar ao juiz os meios a serem utilizados para a realização de seu direito no caso concreto), o que o autor

---

<sup>90</sup> SILVA, Ovídio A Baptista da. Direito subjetivo, pretensão, direito material e ação”. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 21-22.

<sup>91</sup> A concepção da atividade jurisdicional como atividade substitutiva é de grande expressão na processualística, sendo devida a Chiovenda sua formulação: “*Utilizando o que de verdade se contém em todos esses modos de ver, a mim se me afigurou que o critério realmente diferencial, correspondente, em outros termos, à essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição: é – queremos dizer – a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia*”. Cumpre gizar que, aqui, se admite a substitutividade como característica da jurisdição, não como critério que a diferencie de outras formas de atos estatais. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2. p. 10-11.

<sup>92</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ‘ação de direito material’. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 125.

faz é apontar a solução mais adequada naquele momento processual, porque a realização do direito não se dá de modo estático. As situações jurídicas se modificam no curso do tempo, e o processo precisa acompanhar essa mudança. Diante disso, o Código de Processo Civil andou bem ao não estabelecer, estaticamente, nem a obrigação de requerer determinada medida e nem a vinculação do autor ou do juiz a esse requerimento. Com isso, reconheceu que o Direito não labuta no mundo ideal, de formas perfeitas e imutáveis, mas no mundo da vida, em constante movimento em face das contingências que só a realidade concreta explica. Com isso, todavia, se explica o porquê da “abertura” do juiz à construção da compreensão de como deve aplicar o direito, mas não explicita, ainda, de todo, como as ações de direito material poderiam mudar, ao longo do processo e por que a ação de direito material não é uma resposta *a priori*.

É preciso reconhecer, então, que a forma com que a ação de direito material é concebida por Guilherme Rizzo Amaral - e, de modo geral, pelos autores que não reconhecem a ação de direito material, negando-a - como resposta *a priori* - pressupõe que o processo não transpire realidade e vida.

A ação de direito material não é uma abstração imutável que, classificando o direito, não permite que ele, respondendo à contingência dos fatos que são a sua gênese e o seu núcleo, necessite de intervenções de ordens diversas, dependendo, justamente, da alteração da realidade da vida (isso seria a expressão de uma classificação conceitual!).

Tornando-se inócuo o mandamento, o juiz pode determinar medida executiva, porque a realidade lhe mostra como deve agir para cumprir seu ofício jurisdicional, que não é garantir a vigência da norma, mas realizar o direito no caso concreto, único meio capaz de garantir a efetividade do ordenamento jurídico, para além de sua vigência. O fato de o juiz poder optar por medida diferente daquela requerida pelo autor (sem ofender ao princípio da demanda)<sup>93</sup> é derivado, com certeza, de que a ação de direito material não é um conceito abstrato, dado *a priori* - porque a resposta apriorística é sempre uma abstração. Ao contrário, evita que o processo conceba tais respostas, como tem sido o caso de aprisionar as ações processuais na classificação abstrata: declaratória, constitutiva e condenatória, talvez evitando o mundo da vida onde se pode visualizar as executivas e mandamentais, na hipótese lançada por Guilherme Rizzo Amaral. O que é concreto não é imutável e, mudando os fatos - ao menos até que a resposta final seja dada pelo Estado, através da atuação que ao particular incumbiria, naquela situação, naquele momento, considerando todas as vicissitudes por que passam seus

---

<sup>93</sup> O que será analisado no Capítulo 4.

direitos, pretensões e ações até serem realizados – necessariamente a prestação jurisdicional não pode permanecer sendo a mesma. Essa acusação de apriorismo, então, pode ser invertida: apriorística é a visão do direito material e sua relação com o processo com base em uma concepção abstrata, que abriga o direito material em uma “ação” cujo conteúdo é definível pelo aplicador sem vinculação com o mundo dos fatos e com a força que é atributo do direito material. Seria preciso que houvesse, com clareza, o entendimento de que a afirmação da existência da ação de direito material não obedece aos critérios de clareza de distinção que compunham a grade de características do método único proposto por Descartes<sup>94</sup>. Também não atende a tais ideais presentes no purismo-científico das concepções sistemáticas características da ciência moderna. Não se trata de uma ação de direito material com característica una, pura e abstrata. Os fatos da vida jamais apresentaram uma única característica, as ações de direito material têm cargas eficaciais diversas, o que já havia ressaltado Pontes de Miranda<sup>95</sup> e, para não argumentar sozinha, invoco a afirmação de Daniel Francisco Mitidiero, primeiro formulador de resposta ao artigo ora analisado, quando diz: *“Ora, é um dado corrente na processualística brasileira que nenhuma ação é pura, que nenhuma sentença é pura, mostrando-se antes, quaisquer delas, como um plexo de eficácias.”*<sup>96</sup>

Outro equívoco evidente é interpretar a obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva da seguinte forma: *“Em outras palavras, a pretensão que o Estado exerce, para Ovídio Baptista da Silva, é a pretensão de direito material, e não a pretensão à tutela jurisdicional estatal (aliás, essa é exercida pelo autor, e em face do próprio Estado!).”*<sup>97</sup> Ovídio nunca afirmou que o Estado exerce a pretensão de direito material pela parte, disse, ao revés, que, por meio da “ação” que a parte direciona em face do Estado, em virtude de seu direito abstrato de acesso à jurisdição, essa ação é alegada, culminando - caso provados os fatos que embasam tal alegação, com o reconhecimento, definitivo ou não, de que o autor é titular de um direito exigível que foi violado ou ameaçado de violação – com o desenvolvimento jurisdicional dos

---

<sup>94</sup> DESCARTES, Renè. **Discurso do método**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1960.

<sup>95</sup> Ainda que se possa considerar um exagero a formulação de teoria com cargas eficaciais aritmeticamente distribuídas e, ainda, que nem todas as cargas precisam estar necessariamente presentes em todas as ações, a noção de ação de direito material necessariamente não apresentará uma única característica.

<sup>96</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – ‘ação’ processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

<sup>97</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ‘ação de direito material’. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.122.

atos necessários à realização da ação de direito material que o titular não pode realizar privadamente.<sup>98</sup>

Com razão está Fábio Cardoso Machado que, em seu ensaio, em meio à polêmica, afirma, com veemência, aquela que é a grande dificuldade com relação ao tema e, com efeito, acrescentar-se-ia, de todas as dificuldades que poderiam existir, a mais simplória. Trata-se de ler Pontes de Miranda, atentamente, para verificar que ele se refere à ação (de direito material), no campo do direito material, e à “ação” (processual) no campo do processo. Não se trata de levar uma ou outra para lá ou para cá. Trata-se de entender, então, como diz Fábio Cardoso Machado, no estudo citado, que *“só não percebe isto quem insiste em partir da premissa de que o objeto do debate é o conceito de uma e única ação, que sendo única teria inexoravelmente de pertencer ao direito material ou ao direito processual.”*<sup>99</sup>

Duas ações, inconfundíveis, são afirmadas pela corrente capitaneada por Ovídio Araújo Baptista da Silva. Não uma transformada ou substituída por outra. Ao contrário, à ação de direito material é acrescentada - havendo litígio, caso em que o direito material não se realiza espontaneamente – a “ação” como veículo.

Em meio a esse embate, está a posição de Luiz Guilherme Marinoni, que aponta, com razão, que *“justamente por ser instrumento, é que o processo deve estar atento às necessidades dos direitos.”*<sup>100</sup> Com efeito, como dito, a conclusão é perfeita. Todavia, essa noção não pode estar à disposição do próprio Direito Processual e do princípio das tipicidades das formas que *“aceita a idéia de ação atípica, mas vincula a sua realização e desenvolvimento às formas processuais expressamente definidas na lei.”*<sup>101</sup>

A concepção que vincula a realização do Direito Material aos desígnios traçados pelo Direito Processual é conseqüência não da construção da “ação” como categoria abstrata, mas, essencialmente, da confusão entre ação e “ação”, que permanece latente na obra de Marinoni, cujo grande valor, para a processualística brasileira e também estrangeira, parece maculado pela necessidade de negar a ação de direito material, quando, na verdade, acaba por negar a

---

<sup>98</sup> Com eventual antecipação desses resultados como resposta às necessidades da pretensão e da ação de direito material. SILVA, Ovídio A Baptista da. Direito subjetivo, pretensão, direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 22.

<sup>99</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações; sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 156.

<sup>100</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 209.

<sup>101</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 209.

“ação” como categoria abstrata. Marinoni diferencia tutela jurisdicional do direito de tutela jurisdicional, aquela dada ao autor vitorioso, essa dada ao réu vencido, ou a ambas as partes, em caso de improcedência da demanda.<sup>102</sup> Essa diferenciação tem por escopo afirmar o direito à ação adequada, que seria o corolário do direito à tutela jurisdicional do direito (para quem tem razão), já que a tutela jurisdicional genérica seria dada a ambas as partes, mesmo em caso de improcedência. Diz ele que ter

“direito a uma forma de tutela do direito é, simplesmente, ter direito material, pois ninguém tem direito sem ter a sua disposição formas de tutela capazes de protegê-lo diante de ameaça ou de violação. Mas a pretensão à tutela do direito é uma potencialidade, no sentido de que não precisa ser exercida ou reconhecida para ser dita existente. [...]. Porém, para que o sujeito possa obter uma dessas formas de tutela do direito material, deve exercer o direito de ação. O direito de ação não se confunde com o direito e com a pretensão à tutela do direito, pois essa última é uma potencialidade que, para ser exigida, depende da ação, e diante dela pode ser reconhecida ou não.”

O trecho permite observar que o autor faz um corte na teoria de Pontes e Ovídio, mas também não perfila sua tese inteiramente ao lado da doutrina de Alvaro de Oliveira. Superpõe ao direito material o direito e a pretensão à tutela do direito, pois, como afirma em várias oportunidades e também no trecho transcrito, não ter direito à tutela do direito equivale a não ter direito. Sendo assim, há um corte na pretensão e na ação de direito material, potência e força do direito material, as quais são substituídas pelo direito e pela pretensão à tutela do direito, que seriam dependentes do direito à ação adequada, garantida pelo art. 5º, XXXV da CF. Após essa análise da teoria de Marinoni sobre o direito do autor, poder-se-ia dizer que ela não difere, em essência, da teoria que afirma a existência de duas ações, uma material, a outra processual, já que se poderia ver, nesse chamado direito à tutela jurisdicional do direito, a ação de direito material, que tem como consequência de sua vedação o resultado do aparecimento da possibilidade de o seu titular exigir do Estado a tutela adequada. Poder-se-ia, foi dito, não fosse o fato de que o corte produzido por Luiz Guilherme Marinoni atinge justamente o elemento que garante a força e a potência do direito material para se impor, via jurisdicional, em caso de vedação da autotutela, ou extrajudicial, em caso que ela não esteja

---

<sup>102</sup> Diz o autor: “Ou seja, o juiz, ao proferir a sentença, qualquer que seja o seu resultado, necessariamente confere tutela jurisdicional ao autor e ao réu. A sentença de improcedência dá *tutela jurisdicional* ao autor e ao réu. A sentença de procedência presta a *tutela jurisdicional do direito* solicitada pelo autor e *tutela jurisdicional* ao réu.” MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos,. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 229.(Os grifos pertencem ao original).

vedada. O corte atinge a força vinculante do direito material no processo e o mundo prático: a ação de direito material. A norma constitucional reconhece, por meio dessa previsão, o acesso adequado à proteção jurisdicional, mas, mesmo que a garantia eminentemente processual não estivesse expressamente prevista, ou, estando prevista, não fosse adequadamente regulada em lei ordinária, ela decorreria do próprio ordenamento jurídico, visto a partir da força transformadora da Constituição em um Estado de promoção social, que reconhece direitos e veda sua proteção pelo próprio titular, em caso de litígio (autotutela). O contrário seria permitir dizer que, inexistindo método adequado a garantir o direito fundamental que decorre do art. 5º, XXXV da Constituição, os direitos materiais – de matriz constitucional ou infraconstitucional – não teriam força impositiva. E isso é modo-de-fazer direito que aprisiona o direito material em fórmulas processuais universal e abstratamente construídas pelo processo.

A potencialidade do direito de se impor por sua própria força, mesmo necessitando do processo como veículo, é decorrente da própria outorga dos direitos pelo texto constitucional diretamente ou por delegação legislativa a normas infraconstitucionais vinculadas a ele formal e materialmente. Isso porque ter direito sem possibilidade de defendê-lo equivale, de fato, a não tê-lo se houver resistência no seu reconhecimento e concretização. A norma não se confunde com o texto e não seria possível interpretar que o ordenamento jurídico garante um direito sem, ao mesmo tempo, reconhecer sua potencialidade impositiva. O mesmo se pode dizer da Constituição, pois como se poderia afirmar que ela “constitui”, atribuindo posições positivas e negativas, conferindo direitos, se não decorresse da própria norma constitucional, que confere esses direitos - seja por seu próprio texto, seja conferindo legitimidade à norma infraconstitucional para atribuição de direitos, por meio de delegação legislativa, vinculada a ela formal e materialmente – a atribuição dessa força impositiva. Não há necessidade de haver texto legal prevendo a existência da ação de direito material, portanto, porque ela compõe a norma, que não se confunde com o texto da lei material, sendo o conjunto de elementos que compõem a pré-compreensão do intérprete em confronto com a lei e a inserção fática e histórica do intérprete (situação hermenêutica) destinada a realizar um conjunto de valores em direção à concretização dos direitos e à transformação da sociedade. A previsão do art. 5º, XXXV, da Constituição, então, tem o fundamental papel de garantir que a força impositiva que ela mesma outorga ao direito material – a ação de direito material – se imponha por intermédio do Poder Judiciário, que deve construir o sentido do direito no caso concreto, por meio da função jurisdicional – já agora por via da “ação” - concretizando-os, a partir desse

modo-de-ser, que é seu sentido no momento da *applicatio* (compreensão-interpretação e aplicação em um só movimento).

Quando a teoria de Luiz Guilherme Marinoni, extremamente rica na discussão a respeito da tutela específica, retira do mundo a ação de direito material, ainda que veja na norma constitucional o direito à ação adequada, ele produz um corte na capacidade que o direito material teria de impor a construção – legislativa, doutrinária e jurisprudencial – de meios adequados de defesa, que não tenham sido previstos na legislação processual civil, porque retira do direito material a potencialidade e a força na imposição de sua concretização. Além disso, permite que a norma constitucional seja interpretada abstratamente, desvinculada das necessidades do direito material, em que a simples possibilidade de acesso a uma resposta pelo Poder Judiciário garantiria a realização do escopo constitucional, sem interferir na vida dos envolvidos. Como afirma Pontes de Miranda, “*se o sujeito tem ação e não há remédio jurídico processual nas leis processuais, o defeito é da lei, evidentemente manca.*”<sup>103</sup>, porque, segundo ele, a ação – em sentido material - é o “*sol do sistema*”,<sup>104</sup> que só desaparece nos casos em que o próprio direito material perde sua potência e força, nunca porque o direito processual deixou de prever a tutela adequada. A afirmação da existência da ação de direito material evita que o direito material seja mutilado. O direito material não apenas “promete”<sup>105</sup> prestação de formas de tutela adequadas para o que o processo deve equipar-se. Como diz o autor, ele exige, por meio da ação de direito material. Acreditar-se que o direito material apenas promete formas de tutela adequada é compreensão, evidentemente inautêntica do direito em que, como diz Ovídio Araújo Baptista da Silva, “*o autor não age, implora tutelas*”.<sup>106</sup>

Luiz Guilherme Marinoni acaba, então, negando a ação de direito material, para substituí-la por uma “ação”, única, mas adequada, abstratamente, porque o direito à tutela jurisdicional adequada não equivale às necessidades do direito material, segundo o autor, nem à sua pretensão e ação, negadas por ele. Importante, então, tentar compreender se a ação adequada a que se refere o autor é a “ação” ou a ação, pois, como é sabido, a doutrina

<sup>103</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 272-273.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>105</sup> “O processo deve se estruturar se maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação de *formas de tutela* prometidas pelo direito material.” A afirmação do jurista não deixa de estar correta, devendo-se acrescentar, no entanto, que o direito material não pode ficar adstrito a que o processo efetue essa construção, porque o direito material não promete; impõe. MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 215 (Os grifos pertencem ao original).

<sup>106</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 78.

processual não admite a hipótese de existência da ação de direito material, mas afirma que a “ação” é abstrata, adjetivando-a, no entanto, o que acaba por dar-lhe concreção. Isso foi tantas vezes salientado por Ovídio Araújo Baptista da Silva, incompreendido pela força do paradigma que norteia a discussão: tentar proteger o direito processual da intromissão do direito material, sob pena de mácula à autonomia do primeiro. Acredita-se que a ação adequada de Marinoni acaba por levar ao mesmo resultado da teoria que nega a ação de direito material e concretiza a “ação” abstrata, ao atribuir-lhe conteúdo próprio, porque independente do direito material, ao classificá-la. Enquanto, na posição de Alvaro de Oliveira a “ação” é declaratória, constitutiva *etc*, para Marinoni, a classificação é outra, motivo pelo qual passa a classificá-las tutela específica e tutela pelo equivalente, das quais resultam as demais categorias, que, a rigor, podem ser simplificadas na classificação de Pontes, sem prejuízo algum de ordem concreta.<sup>107</sup>

É interessante a colação de mais uma passagem do ensaio de Marinoni sobre a matéria. Com efeito, diz ele no ensaio referido: “*Trata-se, em outras palavras, de não abrir mão da ação abstrata e atípica, mas a ela acrescentar o plus, também garantido pela Constituição, de adequação à tutela do direito material e do caso concreto.*”<sup>108</sup> Essa passagem demonstra a confusão entre a “ação” e a ação. A negação da ação de direito material impõe a Marinoni a superposição do direito à tutela jurisdicional do direito que dependeria da ação adequada, mas que não seria adequada às necessidades do direito-pretensão-ação de direito material, lembrando que, para ele, as duas últimas categorias não existem, existindo direito e pretensão à tutela jurisdicional. Seriam, essas ações, adequadas ao quê, então? A adequação deve buscar algo que está no mundo; do contrário, permanecer-se-á no campo das idéias.

A adequação, para o processualista, é abstrata, o que se comprova com o reconhecimento, por ele, de espaços de anomia. Essa idéia tem por finalidade legitimar o

---

<sup>107</sup> Assinalando-se que a ação condenatória, inicialmente classificada como ação de direito material por Pontes de Miranda, é reconhecida, aqui, como construção atinente ao processo, justamente porque a forma de exercício da ação de direito material, para os casos em que é cabível a condenatória, foi totalmente vedada pelo Ordenamento, não sendo, inclusive, ao juiz, possível reproduzi-la, por malferimento às garantias constitucionais, motivo pelo qual a construção de tal técnica resultou necessária, ainda que, hoje, possa ser substituída por meios mais eficazes, em alguns casos, sem esquecer que, em muitos, as garantias à liberdade e à incolumidade do indivíduo e sua dignidade resultam na impossibilidade de satisfação material do direito, não porque ele não tenha força impositiva, ou porque a técnica tenha padecido de inefetividade, mas porque ele se choca concretamente com imperativos maiores da vida em comunidade e da proteção constitucional aos direitos fundamentais. É o caso dos direitos creditórios em que o devedor não tem patrimônio executível.

<sup>108</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos,. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 227.

reconhecimento de cláusulas abertas e espaços em branco a serem preenchidos pelo juiz, pois o autor considera que o direito material não pode depender da existência de técnica processual adequada. Se essa não existir, o juiz estará obrigado, diante da mora legislativa, a interpretar a legislação à luz da garantia constitucional para dar efetividade ao direito à tutela processual efetiva. Segundo ele, as “cláusulas gerais processuais” outorgaram ao juiz “espaço de discricção”<sup>109</sup>, devendo o juiz encontrar, mesmo diante de “falta de expressa definição de técnica processual” e de “cláusulas gerais processuais”, forma de prestar tutela jurisdicional harmônica com o direito material, não olvidando, todavia, a “existência de regra processual instituidora de técnica processual”<sup>110</sup>, que não será legítima se contrariar o fim objetivado pela prestação jurisdicional. É evidente que o processualista enxerga espaços de anomia onde, na verdade, eles não existem.

Se reconhecesse a ação de direito material, tal possibilidade seria afastada, mas essa não é a compreensão dominante, sendo produto do pressuposto ideológico que será analisado oportunamente<sup>111</sup>. O que importa, por ora, notar, é que a negação da existência da ação de direito material, tem conseqüências drásticas no campo da relação entre direito material e o processo. Mesmo teses que pretendem inovar em relação à discussão, acabam partidárias desse pressuposto ideológico: subtraem o conteúdo dessa relação, pressupondo esse conteúdo como resultado do procedimento, ou buscando-o na suficiência ôntica do texto ou do que o intérprete pensa sobre o texto.

Nesse diapasão, é interessante analisar o posicionamento de Hermes Zaneti Júnior. O autor defende a instrumentalidade do processo como corrente dotada “*de autoridade suficiente e congruência adequada para justificar a ultrapassagem do problema surgido*”. O problema a que se refere é a relação entre direito material e processo que, no sentir do autor, é apenas aparente, porque, para ele, a característica juspublicística do processo

“projeta sua própria eficácia nas situações jurídicas substanciais por ‘força própria’ decorrente da soberania do Estado-juiz e da legitimação pelo procedimento ligada à ‘pretensão de correção’”.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

<sup>110</sup> Ibid., p. 33-34.

<sup>111</sup> No Capítulo 3.

<sup>112</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 179.

Essa leitura põe a tônica da relação entre direito material e processo no selo posto pela autoridade estatal, em que o processo, por sua força própria, tem todo o arcabouço necessário para, segundo ele, construir um “direito material novo”.<sup>113</sup> Essa posição impõe a seguinte pergunta: o fato de que o significado não pode ser “pré-dado”<sup>114</sup> – o que é, sem dúvida, correto – realmente autoriza a reconstrução do Direito e até sua criação *ex novo* pelo processo?<sup>115</sup> Não seria essa afirmação a exposição da idéia, eminentemente moderna, de que o instrumento – no caso o processo – é uma coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto (S-O), mudando a essência do objeto? Hermes Zaneti sustenta a “*teoria da abstração-criativa da ação ou ‘prospectiva do processo’*”<sup>116</sup>, a qual, segundo sua própria denominação atribui à ação processual a criação do Direito. Quer dizer: o instrumento que utilizo para dar ao direito material a efetividade que não alcançou espontaneamente, em face do litígio, é quem cria o objeto para o qual ele foi criado? O uso do martelo não supõe a existência do prego e da madeira? Certamente, essas noções expostas pelo autor não são adequadas à invocação que faz do círculo hermenêutico, no seguinte trecho:

“Nós defendemos, nesse sentido, a aceitação das eficácias das ações como eficácias processuais sentenciais, tutelas jurisdicionais processuais capazes de proporcionar a adequada e efetiva realização do direito material porque contém em potência os efeitos materiais que deverão alterar as relações e situações jurídicas subjacentes. Esta a característica instrumental do processo, retornar ao direito material, trabalhado em contraditório amplo (juiz e partes), ao *Lebenswelt* (mundo da vida). Uma relação circular, um círculo hermenêutico.”<sup>117</sup>

Veja-se que, quando se admite a criação do direito pelo processo, evidencia-se a contraposição entre sujeito e objeto no universo hermenêutico. A compreensão do que seja o círculo hermenêutico contraria a idéia de criação de um direito material novo pelo processo por meio da força do próprio processo.

---

<sup>113</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 167.

<sup>114</sup> Afirmação que o autor faz com escolha na obra de Humberto Bergman Ávila. *Ibid.*, p. 167, nota 11.

<sup>115</sup> Como afirma Álvaro de Oliveira, citado para corroborar o entendimento de Hermes Zaneti Júnior. *Ibid.*, p. 180.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>117</sup> *Ibid.*

Acerca da análise de Zanetti, invoca-se a afirmação de Lenio Luiz Streck:

“É impossível, ao mesmo tempo, pretender trabalhar com verdades procedimentais (não-conteudísticas) e verdades em que o modo prático de ser no mundo é o lócus do acontecer do sentido. São posições que não se dão ao acaso; são posições que obedecem à inserção em um determinado paradigma. E aqui não se pode fazer sincretismos metodológicos.”<sup>118</sup>

Veja-se que, a rigor, existem várias concepções do círculo hermenêutico. Desde Schleiermacher – cuja concepção circular da interpretação ainda está sujeita ao esquema sujeito-objeto – até a hermenêutica filosófica – que pressupõe que se fale de fenomenologia num sentido privilegiado e de um intérprete lançado no mundo (mundo como existencial, como concreção, no qual o intérprete está projetado), noção que não se coaduna com a abstração da força de um instrumento que pode criar o direito material em face do selo que lhe impõe a autoridade – está-se diante de correntes substancialistas. Quando se fala em legitimação pelo procedimento, o paradigma é outro.<sup>119</sup> Reconhecer apenas as eficácias sentencias no campo processual implica, necessariamente, a abstração do mundo da vida invocado pelo autor, porque supõe a criação da eficácia por um instrumento abstrato, como é o processo (sua categoria essencial é unanimemente reconhecida como abstrata: a “ação”), em detrimento de toda a carga de vida que é trazida pelo fato que, diante do selo da autoridade, parece perder toda a sua força na mencionada teoria<sup>120</sup>.

A adequação, princípio norteador da instrumentalidade, não deixa de ser, então, tratada, como uma substancialização abstrata do processo, numa mixagem paradigmática entre teorias processuais-procedimentais e substancialistas (ainda ligadas ao paradigma metafísico objetificante/assujeitador). A substância não é senão um acoplamento, ao processo,

<sup>118</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 59.

<sup>119</sup> Nota-se que o autor invoca o círculo hermenêutico com um instrumento a ser utilizado na compreensão, o que se distancia, em muito, da proposta gadameriana de simultaneidade e co-originariedade entre interpretação-compreensão-aplicação, e sequer se aproxima da construção heideggero-gadameriana do círculo hermenêutico. Tampouco tal idéia é compatível com a idéia de legitimação pelo procedimento, a qual tem assento em obra de mesmo nome do sociólogo Niklas Luhman. Assim, considerando que, nesse, é o procedimento que confere legitimação e lá, na hermenêutica, as verdades são conteudísticas, a vinculação das teorias – legitimação pelo procedimento e círculo hermenêutico – necessitaria de uma explicação de como se dá a aplicação de ambas, ao mesmo tempo, ao Direito, na visão do autor. E, por fim, apenas para não deixar incompleto o argumento, se o autor pretendia referir-se às teorias procedimentalistas da argumentação, em suas variadas apresentações (como em Habermas e em Alexy), a invocação do círculo hermenêutico também se encontra deslocada, já que, novamente, não se está mais no campo das teorias substancialistas. As referências ao círculo hermenêutico e à legitimação pelo procedimento estão nas páginas 178 e 179. ZANETTI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 177.

<sup>120</sup> O que será abordado em capítulo próprio (Capítulo 3).

de um conteúdo que não é dado pela relação viva, porque as características do direito não estarão, segundo essa teoria, no direito material e na potência, pretensão, e força, ação, dele mesmo. O direito material já não tem força e conteúdo, e isso parece ser projeção perfeita de uma teoria instrumental, ainda abstrata, que pressupõe que o instrumento cria o objeto sobre o qual deveria atuar. É claro que incumbe ao juiz muito mais do que servir de boca da lei, mas também não pode ser autorizado a criar o direito material como se, de fato, sua existência dependesse do processo, o que redundaria na autorização do decisionismo e do uso auto-suficiente da racionalidade abstrata pelo intérprete, o qual não estaria projetado na compreensão do direito, a partir do texto, da experiência, da doutrina, da jurisprudência, da dinâmica dos fatos, da história, do tempo, da cultura, enfim, de tudo que compõe o que se pode chamar de tradição e que deve ser interrogado de modo a desvelar sentidos já projetados no mundo e, por isso, não-propriadamente criados pelo juiz, nem repetidos por ele diretamente da vontade da lei e/ou do legislador, mas compreendidos hermeneuticamente, em relação com o mundo, que caracterizaria a circularidade em que se dá a compreensão (esse, sim, o círculo hermenêutico), no qual se dá a diferença ontológica, que não separa os planos do direito material e do processo, como realidades distintas em relação fictícia, porque abstrata. Ao contrário, aproxima-os e os distancia, em sua identidade-diferença, possibilitando uma relação de mútuas compreensões de modo a servir ao escopo do Direito, dar a resposta adequada, no que se a pressupõe justa, ao caso concreto.

Esse distanciamento entre direito material e processo, proposto pelas teorias instrumentalistas leva à confusão – impulsionada por essa compreensão que nega a ação de direito material e reconhece as eficácias, as qualidades, no processo (que, para tais teorias, seria abstrato!) – entre ação, “ação” e procedimento.

Transcreve-se trecho do ensaio de Hermes Zaneti Júnior sobre o tema ora polemizado:

“A redação do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e do art. 82 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), entre outros novos diplomas legais, evidencia e confirma essa leitura porque, ao contrário do que estabelecia o art. 75 do antigo Código Civil de 1916 (não transcrito para o novo diploma do direito civil) determinam cabíveis todas as espécies de ações (sic. tutelas jurisdicionais processuais) capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos afirmados perante o judiciário. Como corolário, de uma mesma situação de direito material afirmada, surgem diversas tutelas judiciais possíveis, ou seja, a ação não é mais uma ou outra, antes traduz sua potencialidade em diversas eficácias voltadas à efetividade da tutela.”<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 181.

Primeiro, potencialidade que se traduz em eficácias é matéria que remete à ação de direito material que, sim, é alegada e, se existente, também realizada por meio da atividade jurisdicional de satisfação dos direitos, que decorre do exercício da “ação”. Todavia, o autor não aceita tal teoria preferindo ver as eficácias diretamente no processo, o que acaba por fazer com que, no trecho transcrito, negue a abstração da ação processual, quando diz que a ação não é mais uma ou una. Para ser fiel ao seu pensamento – que nega a ação de direito material – e à sistemática processual corrente, não só o autor não poderia ter recusado a abstração da “ação”, que faz dela uma e una, como também deveria diferenciar entre “ação” e procedimento, porque se aquela é una, esses são múltiplos – não apenas porque o direito material, segundo a doutrina recusada pelo autor, por meio de sua força, seu sentido no mundo, a ação de direito material, impõe sua potencialidade no processo – mas, especialmente, porque não se pode confundir o veículo – a “ação – com o itinerário a ser percorrido – o procedimento.

## 2.2 UM ENCONTRO COM O SER DO ENTE A SER INVESTIGADO: A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

A reconstrução empreendida permite a explicitação do que é a ação de direito material na visão que é esposada no presente estudo, bem como do modo como é recuperada, indicando-se, assim, o caminho a ser traçado até sua afirmação como categoria hermenêutica. É o que se passa a fundamentar.

### **2.2.1 Sobre as três posições em vertical: a compreensão do conteúdo da ação de direito material**

A doutrina de Pontes de Miranda trabalha três categorias em vertical, às quais se prefere denominar de momentos do direito material: direito, pretensão e ação, todas em sentido material. Na presente abordagem, não se fala dessas três categorias, como supostas abstratamente, em - lembrando a dualidade platônica metaforicamente demonstrada na

“Alegoria da Caverna”<sup>122</sup> - uma doutrina científica que está relacionada a um mundo ideal em que as formas perfeitas são o modelo da construção de uma teoria também perfeita, como convém a uma verdadeira ciência, desligada do mundo imperfeito das formas sensíveis.

Essa categoria eficaz que Pontes de Miranda denominou de “sol” do sistema – a ação de direito material - assim como, conforme analisado, não se confunde ou foi substituída pela “ação”, também não se confunde com a *actio* de qualquer das fases do Direito Romano. A *actio*, universalizada pela sistematização do direito, destinava-se à defesa dos direitos de natureza obrigacional e, ao seu lado, existiu, no período clássico do Direito Romano, correspondente ao período formulário, a *vindicatio*, que se destinava à defesa de direitos de natureza pública e dos direitos absolutos, cujo conteúdo detinha maior evidência e importância, exigindo, por seu conteúdo, meios mais rápidos, efetivos e imperativos de defesa.<sup>123</sup>

Todavia, essa construção de institutos de defesa adequados ao conteúdo e às concretas características do direito, que tornaram o período clássico o período mais profícuo do Direito Romano, em que o direito era construído concretamente, conforme já assinalado, foi substituída pela abstração que caracterizou os períodos que se seguiram na história do Direito. A essa abstração seguiu-se o paulatino desaparecimento de formas diferenciadas de tutela em direção à uniformização em torno do instituto da *actio*, com o desaparecimento da *vindicatio*, processo iniciado no período final da história romana já cristianizada. Como ressalta Ovídio A. Baptista da Silva, citando Emilio Betti,

“i compilatori tendono non solo a supprimere tutte le vestigia del proceso formolare classico (D. 3, 5, 46 (47), 1), ma anche ad attenuare e quase a cancellare quel netissimo contrapposto che nel sistema del diritto classico esisteva tra la figura dell’actio in rem e la figura dell’actio in personam.”<sup>124</sup>

<sup>122</sup> PLATÃO, A **alegoria da caverna**. Brasília, LGE, 2006.

<sup>123</sup> Não se tratará da discussão sobre se a atividade do pretor, no que tange às ordens e à atuação prática dos direitos, no âmbito da *vindicatio*, a qual pertenciam os interditos, se insere. (GIOFREDDI, Carlo. **Contributi allo studio del processo civile romano**: note critiche e spunti ricostruttivi. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1947), ou não (DE MARTINO, Francesco. **La giurisdizione nel diritto romano**. Padova: CEDAM, 1937), no âmbito da atividade jurisdicional. É necessário, no entanto, ressaltar que a presente análise tem por pressuposto a jurisdição como atividade de *imperium* e sua característica básica a imparcialidade do juízo, entendida como compromisso com a realização dos direitos.

<sup>124</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 56.

A equiparação entre *actio*, destinada à tutela das pretensões nascidas dos direitos das obrigações, e a *vindicatio*, destinada a tutelar as pretensões relativas aos direitos absolutos, então, apenas inicia no período imperial do Direito Romano, pois, novamente citando Ovídio A. Baptista da Silva, “*a contaminação da vindicatio por elementos obrigacionais, no direito romano tardio, limitava-se ainda exclusivamente às obrigações acessórias que gravavam o possuidor contra quem se julgara procedente a reivindicatória.*”<sup>125</sup> A consolidação de tal equiparação dá-se quando se considera correta a regra geral de que “*a acción se ejercita contra adversários determinados ó indeterminados, segun que es in personam ó in rem.*”<sup>126</sup>

A ação de direito material, conforme concebida, aqui, é a realidade do direito em movimento, ação, para fazer-se efetivo, força, que não surge apenas violado o direito, mas que surge quando um direito é, por qualquer modo, ameaçado de violação e se destina a conferir-lhe segurança ou satisfação, por meio do processo, já que sua realização, pelo próprio interessado não é permitida pela sociedade democraticamente organizada. Essa ação de direito material projeta o conteúdo do direito material, porque é o modo-de-ser (efetivar-se) desse direito e de sua exigibilidade, sendo ela inconfundível, portanto, com a *actio*, ou com quaisquer reduções simplificadoras de seu conteúdo mutável e concreto que não se confunde também com o veículo por meio do qual é exercida: a “ação”.

## 2.2.2 A delimitação do âmbito em que serão investigadas

Quando se fala das três posições em vertical, nos limites do presente estudo, pois, se tem em mente três categorias que estão no mundo, três fenômenos que são, no mundo. São colhidas como linguagem, não como “ferramentas” cuja função é retirar de algo o sentido que é pré-dado, não são, pois, categorias teóricas ou abstratas.

Toda digressão histórica levada a efeito nos itens precedentes tem por fulcro demonstrar o estado da questão, a partir de suas origens a fim de, no decorrer da investigação, delinear o desvelamento do paradigma no modo como ele se desenvolve no momento em que o presente trabalho é desenvolvido, em direção a um rumo já sinalizado: a ação de direito material como categoria hermenêutica.

---

<sup>125</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 57.

<sup>126</sup> SAVIGNY. Frederick Karl von. **Sistema de derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora y Compania Editores, 1879. v. 4. p. 24.

Interessante notar que a origem dessas categorias remonta a um momento da vida romana em que o direito era objeto de construção pelo Pretor, por meio da fórmula, e a realidade era transformada pela autorização para que o particular executasse, *addictio*, ou pela determinação imperativa contida nos interditos. Como ficou assinalado anteriormente, o período formulário do Direito Romano é fonte de inspiração não apenas porque o *ius civile* era objeto de construção, por intermédio da tradição – o *mores maiorum* – no caso concreto, mas também porque previa a defesa diferenciada de direitos igualmente diferenciados, o que é uma expressão daquele modo concreto de fazer direito. O significado que historicamente pode ser recuperado é a noção concreta do trato do direito, pretensão e ação, como ato, força e potência, que permitiam a construção de um direito vivo na inserção cultural e de acordo com a realidade fática em que se encontravam os envolvidos. Buscar e retomar esse sentido que detinham, a partir da sua faticidade e temporalidade, recuperando o papel que cumpriam num momento da história – o Direito Romano Clássico do período formulário – é uma fonte rica de inspiração para repensar tais categorias.

Retomar esse significado vivo, presente na concepção grega de *phronesis*, em que o caráter de justiça era elaborado frente ao caso, não como um conceito abstrato, em que o Direito não era uma *technè*, nem se lhe reconhecia o caráter de mera *epistemè*, é o que se pretende aqui construir. Retomar, ainda, a possibilidade de transformação social, não apenas normativa, da realidade, por meio do redescobrimiento da força dos direitos que se impõem, em sua realização, com suas próprias características, não com as características que lhes atribui o processo, abstratamente, tendente sempre a transformar sua essência, por meio da universalização do procedimento e conceitualização cristalizadora do sentido dos fatos jurídicos e de suas categorias eficaciais: direito, pretensão e ação, todos em sentido material.

O reconhecimento dessas categorias, na história do desenvolvimento do Direito, e sua identificação com o período então mais profícuo do desenvolvimento do Direito, agrega-se à busca da origem de sua dimensão científica presente na obra de Pontes de Miranda.

A comprovação de que – embora rigorosamente construída, com conotações abstratas evidentes<sup>127</sup> – a teoria das ações de Pontes de Miranda tem sua raiz no mundo concreto, e não, em proposições abstratas é a forma como ele introduz o tema em seu *Tratado das Ações*. Nessa obra, ao contrário do que afirma a doutrina tradicional, Pontes não propõe mera classificação das ações, mas, sob a forma de uma classificação, uma investigação dos fatos da

---

<sup>127</sup> A cientificidade de Pontes de Miranda, ao modo matemático, que se observa na construção da Constante 15 não compromete sua construção, porque a busca do sentido, no mundo da vida, pode ser identificada no *Tratado das Ações*, conforme se verifica, dentre outros, do trecho citado na continuidade.

vida, donde nascem os direitos e, portanto, uma classificação dos direitos, das pretensões, e, por isso, enfim, das ações, o que virá, ao final, a viabilizar a classificação do conteúdo das sentenças. Confirma ele essa conclusão: “Depois foi descoberto que só faltara o nome aos antigos e que a pretensão é fato do mundo, e não só conceito.”<sup>128</sup>. Diz ele, ainda, o seguinte: “Por aí se vê que tais pesos de eficácia não são, como sempre se supôs, peculiares às ações e às sentenças.”<sup>129</sup>

Essa classificação, por pesos de eficácias – declaração, constituição, condenação, executividade, mandamento – registra a potencialidade de os direitos produzirem efeitos, na vida das pessoas; por isso, não se deve compreendê-la como classificação conceitual. Ao contrário, deve refletir a eficácia que emana dos direitos exigíveis ameaçados de violação ou violados, ao imporem respeito e defesa.

É uma classificação que visa a transmitir o sentido de um direito que exige defesa, não a classificação de instrumentos abstratamente considerados.

A doutrina, no entanto, absorveu tal classificação como depuração abstrata do exercício da atividade jurisdicional e classifica a “ação” (processual) segundo aqueles pesos de eficácia, majoritariamente eliminando aqueles que imediatamente interferem nas relações da vida, transformando a realidade fática, e mantendo as eficácias que não incidem, ao menos não diretamente, sobre essas relações. Daí a rejeição às eficácias executiva e mandamental – o que corresponde à rejeição anterior à tutela interdita – e a manutenção das eficácias declaratória, constitutiva e condenatória – o que, em linhas gerais, pode ser atribuído à equiparação da *actio* (responsável, no Direito Romano, por produzir tais eficácias) à “ação”.

Pergunta-se: como poderia o juiz escolher o peso de eficácia que dará à sentença que prolatará em um caso específico? Onde ele busca, por exemplo - a solução constitutiva – positivo ou negativa – para uma sentença? Certamente não é no direito processual, mas, no direito material.<sup>130</sup> Uma hipótese parece válida: subtrai-se mentalmente toda a doutrina, toda a jurisprudência, todas as leis materiais, enfim, toda a disciplina material dos direitos. Como, então, o juiz saberá qual a eficácia de sua sentença? No direito processual ou no fato da vida que lhe é posto a julgamento? Sobre o que ele disporá para solucionar o litígio? Como saber se se trata de necessidade de execução pela via da coerção obrigacional – a penhora e seus consectários – ou de atividade do juiz que, pela via da atividade do Oficial de Justiça, retira a

<sup>128</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 104.

<sup>129</sup> *Ibid.*, v. 1. p. 25.

<sup>130</sup> Não se confundem Direito Material e Direito Privado. Direito Material é todo direito que regula as situações de vida, envolvendo situações ou relações jurídicas de caráter privado ou público, sempre em uma compreensão constitucionalizada dessas relações.

coisa do patrimônio de alguém para colocá-lo no de outra pessoa? Como saber se se trata de mandado de penhora ou de imissão de posse, cujas conseqüências, é sabido, no campo do processo – e na vida dos envolvidos! - são absolutamente diversas?

O direito processual pode responder sozinho ou ele deve perguntar aos fatos? Não parece crível que a alguém pareça que pode, o processo, responder sem perguntar aos fatos e, ao perguntar, estará perguntando ao direito material, não ao processo - à técnica - que deve servir ao direito material, porque, para isso, foi construído. É o que fazia o pretor que, por meio da *interpretatio* e do *morus maiorum* se inteirava sobre as alegações das partes sobre os fatos e construía a fórmula que consistia na verificação de qual pretensão caberia àquele que alegava a violação ou a ameaça de violação de um direito.

Ressalta-se: qual agir caberia àquele que alegava a violação de um direito, agir esse que, provadas as alegações que informaram a construção da fórmula, seria autorizado por meio da *adictio*, após finda a segunda fase do procedimento? Essa fórmula era a outorga da ação, de como o requerente, provada sua alegação, poderia agir para a restauração de seu direito. Esse agir correspondia à ação de direito material, e não, à ação processual, desconhecida dos romanos, como ressalta Ovídio Araújo Baptista da Silva:

“Nem para os romanos e nem para os juristas modernos, pelo menos até Oscar Bulow e Wach, o conceito de ação pertencia ao direito processual. Ainda em Chiovenda e nos demais ‘concretistas’, o conceito de ação referia-se à ‘ação procedente’, ação de quem, no plano substancial, tinha realmente direito”.<sup>131</sup>

Se se referisse à ação processual que necessidade haveria de o pretor construir, segundo o caso, a solução, se a ação processual é a mesma – do contrário não seria abstrata, mas concreta? Se se tratasse de ação processual, que utilidade haveria na construção do pretor, para cada caso, de uma fórmula que nascesse do direito relatado e que ficava, sua outorga, sob condição da prova das alegações feitas e informadoras da construção dessa fórmula? A fórmula construída pelo pretor não era a “ação” (processual). Como ressalta Giovanni Pugliese, citado por Ovídio Araújo Baptista da Silva, “*l’actio romana non era il*

---

<sup>131</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 31.

*diritto alla pronunzia, né la mera possibilità materiale di compiere atti processuale, bensì il potere di far varle attraverso il processo ciò che spettava in base il diritto sostanziale.*”<sup>132</sup>

Sendo assim – utilizando, num argumento ao gosto científico, aqueles três planos que, *a priori*, não podem ser negados por quem com eles lida no dia-a-dia –, como poderiam as categorias (direito, pretensão e ação), sem antes passar pelo plano da existência, *i.e.*, sem antes serem fatos que exigem do direito uma solução, judicial ou extrajudicialmente, serem dotadas de eficácia? O argumento contrário, de que os processualistas se valem para abstrair o Direito Processual dessas vicissitudes, é desvinculá-lo do mundo, construindo-o como abstração que nem por isso deixa de utilizar as categorias do Direito Material. O que se faz necessário, nesse ponto, é demonstrar tanto a concreção dessas categorias, quanto a diferença entre elas, e, por fim, o modo como se compreende a doutrina de Pontes de Miranda. Dele se extrai o seguinte trecho: “*O conteúdo das pretensões é diverso, de conformidade com o direito de que emanam.*”<sup>133</sup>

O que se quer ressaltar, então, é que a doutrina de Pontes de Miranda é revisitada, aqui, porque o rigor científico com que foi construída está assentado sobre um alicerce concreto e é esse alicerce que se pretende, hermeneuticamente, compreender para retomar, não a necessidade de abstração científica que não apenas diferencia, mas antes separa e isola o direito material e o processo. A autonomia entre as esferas do direito material e do processo é necessária, porque a dogmática jurídica é algo de que se necessita para realizar o direito. Todavia, autonomia, distância, isolamento, são palavras que se encontram em lugares distintos do dicionário e não se confundem, porque seus significados são diversos. Quando se nega a harmoniosa relação entre o direito material e o processo, nega-se também que o que se faz em Ciência Processual é mera defesa da autonomia. Hoje, o que se faz em Ciência Processual não é defesa da relação entre direito material e processo. É o isolamento entre ambos e, quiçá, negação da órbita do Direito Material, como vem alertando Ovídio Araújo Baptista da Silva. Esse, no entanto, é tópico para ser abordado separadamente.

É importante ressaltar, novamente, o que diz Pontes de Miranda que, como sistematizador das ações (no plural, porque em sentido material), cuja doutrina - em face da posição de Ovídio Araújo Baptista da Silva, inspirou a polêmica importantíssima, a partir da resposta de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – é de obrigatória consulta, especialmente na obra em que trata especificamente da matéria: o Tratado das Ações.

---

<sup>132</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 31-32.

<sup>133</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999.v. 1. p. 61.

Como dito, afirma ele:

“Estudos superficiais puseram as pretensões no direito processual. As conseqüências seriam embaraçantes. No direito dos Estados a dois sistemas de direito, a pretensão teria de ficar aos legisladores do direito processual, o que seria absurdo. [...] Portanto, a prescrição seria processual e processuais seriam os prazos preclusivos impostos, solução abertamente contrária aos sistemas de direito. Em tudo isso, a confusão já não concerne ao direito subjetivo, à pretensão e à ação – atinge o remédio jurídico processual.”<sup>134</sup>

Tinha razão. A efetividade do processo – por meio da realização do direito material – é que resta comprometida, pela abstração com que é pensada e esse é o tema-base da presente análise que passa a investigar a relação da abstração da razão auto-suficiente do indivíduo solipsista da modernidade e suas idéias e representações do mundo como fundamento da inversão da compreensão desse direito material em relação à sua técnica: o processo.

---

<sup>134</sup> Ao deparar com a advertência de Pontes de Miranda e ao refletir sobre o que pensa a doutrina processual - que o direito material não é dotado de potência e força, reduzido à sua realidade estática, estando a pretensão e a ação no processo – vem a lume a questão recente relativa ao art. 219, § 5º do Código de Processo Civil, que determina ao juiz o reconhecimento da prescrição *ex officio*. Esse resultado foi professado por Pontes de Miranda na passagem referida e agora o legislador processual legisla sobre pretensões de direito material e o juiz exerce as pretensões das partes – contra a sua vontade, inclusive! O direito material foi definitivamente entregue ao jugo do processo! PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999.v. 1. p. 105 (O grifo pertence ao original).

### 3 A QUESTÃO DA TÉCNICA

A importância do pensamento filosófico não pode ser menosprezada. Sobre as bases de como o homem se compreende, ele constrói a forma de pensamento que domina uma época. A modernidade, construída como a época da imagem do mundo e do predomínio da técnica sobre o ser, projeta sentidos e delimita o campo de possibilidades do homem.

Ao abordar a questão da técnica, investigando esses pressupostos, pretende-se esboçar o modo como a relação entre o direito material e o processo responde aos imperativos da modernidade e, com isso, desvelar os fundamentos da incapacidade de o processo realizar as pretensões de direito material de modo autêntico e, por isso, concreto, nos tempos atuais.

#### 3.1 DA TRADIÇÃO A UM NOVO PRINCÍPIO EPOCAL E DESSE EM DIREÇÃO A UMA NOVA CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE

Como o pensamento humano se desenvolveu de modo a subjetivar a compreensão de um fenômeno cultural e aprisioná-lo em uma essência, que não é o que ele é, mas a forma como é representado, exige a busca das raízes dessa história. A história da formação do pensamento moderno.

O modo como o direito sofreu as influências do pensamento grego, das construções latinas, da revolução representada pelo pensamento cartesiano, dos influxos e refluxos da história é capaz de demonstrar por que o direito perdeu o seu vínculo com a justiça e passou a ser concebido de modo abstrato e sem elo com a realidade concreta. Essa investigação, no que interessa diretamente ao tema do presente estudo, é de fundamental relevância para que se possa compreender como a era da técnica e seu pensamento assujeitador e transformador das coisas em imagens influencia o modo como o direito material (não) é realizado no processo e de como o processo não vai aos fatos, porque foi transformado em método único capaz de revelar a certeza e a verdade, ao guiar a razão. Desse modo, a relação entre direito material e processo passa a ser conceitual, porque parte do pensamento e é guiada pelo método. A estabilização das relações, escopo do Estado moderno, é garantida pela imposição de imutabilidade da solução, não pela justiça. O ideal de segurança jurídica suplanta, paulatinamente, o ideal de justiça e, na relação aqui investigada – entre direito material e

processo –, a satisfação dos direitos é normativa, não precisa mais ir aos fatos. A reflexão acerca disso é o objetivo dos subcapítulos seguintes.

### 3.1.1 Do pensamento grego à modernidade, a formação do pensamento humano, e da compreensão do mundo da idéia à época da imagem do mundo

A metáfora de Platão, transplantada para o lugar de onde deriva a tradição que fundamenta um *a priori* não-questionado, tem fundamental importância na compreensão do pensamento da modernidade. Na medida em que, para “*contemplar a verdadeira essência do Ser*”, o homem precisa sair “*da caverna escura dos negócios humanos para a luz clara do firmamento das idéias*”<sup>135</sup>, Platão concebe e instaura dois mundos. Com efeito, para Platão, “*a razão alcança sua plenitude na visão da ordem maior, que também é a visão do Bem*”<sup>136</sup>; por isso, “*as fontes morais às quais temos acesso por meio da razão não estão dentro de nós*”. E, por isso, “[...] *o processo de nos tornarmos racionais não deve, claramente, ser descrito como algo que acontece em nós, e sim como nossa ligação com a ordem maior em que nos encontramos.*”<sup>137</sup> Não há, todavia, para Platão, como contemplar essa ordem, ou seja, ser governado pela razão, sem que o homem encontre sua plena realização, o que se dá quando acessa as fontes morais que estão fora dele, em um espaço superior (o bem), e essa plena realização exige a sua ascensão para um “espaço” que está entre o mundo das coisas e o mundo do bem (o mundo ideal)<sup>138</sup>. A alegoria da caverna tem, então, uma força pungente, pois, dentre as qualidades necessárias ao filósofo-legislador, está aquela de livrar-se “*das formas sensíveis e mutantes para elevar-se ao verdadeiro ser, às formas das coisas, às idéias.*”<sup>139</sup> Esse modo de pensar, projetando um direito ideal, terá imensa influência, que, segundo Michel Villey, será “*representativa de uma tendência permanente do espírito humano*”.<sup>140</sup>

<sup>135</sup> A autora adverte, em nota de rodapé (19), na página 28, que a expressão traduzida por negócios humanos, *pragmata*, tem a conotação de inquietude e futilidade. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 238.

<sup>136</sup> TAYLOR, Charles. **As fontes do self**. São Paulo: Loyola, 1997. p. 165.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>138</sup> A dualidade interior/exterior não é adequada para descrever o pensamento platônico, porque o homem participava do todo, não havia a noção de indivíduo.

<sup>139</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 31.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 37.

Com o transcurso da história, essa tendência representativa marca a história do homem, dando lugar às construções que habitam a pensar todas as coisas a partir do indivíduo<sup>141</sup> e que opõem sujeito e objeto. Um sujeito com a tarefa de extrair a essência do objeto ou, ainda, de construir uma representação desse objeto, como se essa representação fosse a essência, que seria algo dado e acessível pela razão humana, univocamente. O único modo de acesso para atingir esses objetivos é a elevação a um mundo ideal, abstrato, por meio da *intellectio*.

Essa concepção forma a ideologia que consiste na familiaridade do que não é pensado e fornece os motivos para a inautenticidade do pensamento desarraigado do mundo em sua dimensão fática, histórica, cambiante e autêntica. O certo é que continuamos pensando em dois mundos: - o concreto, onde as coisas são impuras e onde a incerteza, da qual queremos nos afastar, reside; - o abstrato, das idéias, onde as certezas e as verdades moram e para o qual devemos nos reportar.

O indivíduo passa a se conceber, então, com o desenvolvimento posterior dessa idéia, como interior e exterior. O Direito passa a ser por ele concebido como decorrência de seu mundo interior, melhor, mais ordenado e confiável. O indivíduo, agora concebido como interior, não reconhece o mundo concreto, aquele onde estão as coisas e os outros, e transmuta sua condição de indivíduo em individualismo e a construção do justo, do que cabe a cada um, já não é mais possível. O Direito, por sua vez, vai, com isso, transmutando-se em técnica e desviando-se de seu sentido. É o que legará o desenvolvimento das mútuas influências de Santo Agostinho, do nominalismo de Ockham, da descrença que culmina na formulação de Descartes (mas não inicia com ele), da concepção de Estado Hobbesiana: o mundo segundo o paradigma moderno. Não é por acaso que o Direito não se ocupa de sua origem e repercussão no mundo da vida, contentando-se com construções abstratas e com uma efetividade fictícia.

O Direito nem sempre foi concebido dessa forma, assim como a idéia de indivíduo, de um *self*, independente e autonomizado da comunidade, de sua inserção no que veio a ser chamado coletivo, é uma construção do pensamento histórico. A concepção de indivíduo é condição de possibilidade do racionalismo e do direito considerado abstrata e subjetivamente e, também, da idéia de Estado, comunidade artificial, elementos que compõem o mundo moderno.

Santo Agostinho transpõe a dualidade platônica para a concepção do “eu” em termos de interior/exterior e exorta, a partir dos princípios cristãos, o homem a voltar-se para dentro

---

<sup>141</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 233.

dele mesmo: “*Não vá para fora, volte para dentro de si mesmo. No homem interior mora a verdade.*”<sup>142</sup> e essa virada do “*self na dimensão da primeira pessoa*”<sup>143</sup> é um dos fatores cuja relevância é inegável para a inversão ocorrida na escala valorativa dos papéis em sociedade, o redimensionando a que Hanna Arendt denominou *vita activa*<sup>144</sup>. A vida pública, a vida da ação e do discurso, do espaço com-os-outros, cuja relevância na *polis* definia a posição do homem, dá lugar ao âmbito privado, e esse espaço de valores invertidos irá conduzir à era da técnica.

Esta volta do homem para dentro de si mesmo, instaurando uma dualidade interior e exterior, como antes assinalado, inicia o processo que levou ao individualismo, cujas conseqüências transcendem a compreensão do sujeito sobre si mesmo e influencia o nascimento, por meio da construção de Guilherme de Ockham, do direito subjetivo, que, mais tarde, influenciará, ainda, a construção do Estado, por meio das teorias do contrato social.

Guilherme de Ockham considerava que o “*único conhecimento perfeito, verdadeiramente adequado ao real, é o do individual.*”<sup>145</sup> Essa concepção desfecha um dos mais duros golpes no pensamento aristotélico-tomasiano e concebe o direito subjetivo como pilar de toda construção do jurídico. O Direito, concebido a partir do sujeito individual, já contém, em si, o germe do Direito como servo dos indivíduos, assim considerados em seus interesses, “*indo ao encontro do que denominamos o ‘ponto de vista particular’ – a tendência dos particulares a se livrarem dos entraves do direito natural objetivo, a exercer livremente suas atividades*”.<sup>146</sup> O nominalismo sairá vitorioso ao final, ao impor o império da visão do indivíduo como centro da concepção do mundo.

A reforma religiosa e também a contra-reforma, que a ela se opõe, têm papéis de extraordinária importância. Toda justiça e autoridade vêm de Deus, daí que o homem deve submeter-se ao direito secular, não porque seja justo, mas porque ao soberano secular é dada, por Deus, a autoridade de sua soberania, e o Direito, por ele ditado é, então, obrigatório para os homens. E, assim, a

“ontologia do direito moderno (ou, talvez, mais precisamente, a ausência de ontologia do direito da filosofia moderna) está em germe nessa redução do direito a uma técnica de repressão a serviço da ordem e nessa ruptura praticada entre o direito e a justiça.”

<sup>142</sup> TAYLOR, Charles. **As fontes do self**. São Paulo: Loyola, 1997. p. 172.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>144</sup> Segundo a autora, com “a expressão *vita activa*, pretende designar três atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e ação.” ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 15.

<sup>145</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 230.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 280.

Sem dúvida, o direito como coerção é uma das tônicas da obra de Hobbes, cujo espírito, ainda que não tenha influenciado reformas em sua terra natal, é reconhecível no direito moderno, porque a “*lei de Leviatã terá a vantagem decisiva de conter sanções.*”<sup>147</sup>

Construção artificial de agrupamento de indivíduos que já não se viam como comunidade e, por isso, não têm condições de construir ideais como o de justiça. A eles o Estado oferece essa garantia abstratamente, prevendo sanções. Não atua para além da norma, a fim de realizar pretensões e transformar a realidade de acordo com o bom e o melhor. O parentesco com a idéia de processo e sua relação com o direito material é evidente. A construção do processo, de modo artificial, distanciado do direito material, porque lhe foi subtraído o mundo prático, permite que a justiça seja substituída pela efetividade artificial da técnica. O processo não está, nessa concepção, vinculado à realização do direito material e da justiça. Prevelece a necessidade de imposição da solução pelo Estado, seja ela justa ou não, realize ela os direitos, concretamente, ou não, porque a estabilização das relações, pela imposição da autoridade do Estado seria, nessa concepção, suficiente para garantir a realização do ordenamento jurídico. Essa efetividade artificial, ditada pela coerção, substitui a justiça, porque o compromisso do Estado não é garantir justiça, mas, sim, segurança jurídica.

A contra-reforma dá sua contribuição a esse novo modo de conceber a justiça. A laicização e a retomada da confiança na razão humana, depositada na vontade do legislador que está contida no texto da lei, ao qual é equiparado o direito, contribuem para a cisão entre justiça e direito. A formação do pensamento moderno recebe a contribuição de Suarez<sup>148</sup>. Segundo Michel Villey, o que

“desapareceu do sistema suareziano das fontes do direito é o papel criador da doutrina ou o controle pelo juiz da justiça da lei. Pois nada mais vem interferir na busca da solução de direito, nem a justiça, nem a natureza, nada além da vontade positiva do legislador. [...] Logo se dará rédea solta à onipotência do Estado.”<sup>149</sup>

Todos esses fatores se desenvolvem e estão à base da relação entre direito material e processo, que chega à modernidade.

---

<sup>147</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 742.

<sup>148</sup> Por não fazer parte da presente investigação, deixa-se de abordar a filiação de Suarez a São Tomás de Aquino. Há discussão a respeito dessa filiação. Villey aponta a infidelidade de Suarez a São Tomás (VILLEY, Michel. Op. cit., p. 393-424). Skinner refere-se a São Tomás como o herói de Suarez. SKINNER, Quentin. **Los fundamentos del pensamiento político moderno II: la reforma**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. p. 143.

<sup>149</sup> VILLEY, op. cit., p. 418-419.

Esse novo período da história, então em gestação, encontra as inquietudes provocadas pelas novas descobertas da ordem cósmica. Quando “*Galileu estabeleceu um fato demonstrável onde antes havia somente especulações inspiradas*”,<sup>150</sup> são destruídos os alicerces das certezas científicas até então vigorantes, e surge a dúvida cartesiana. A partir dela, Descartes formula o que chamou de primeiro princípio da filosofia que procurava: se penso, então há algo de que não posso duvidar, existo (*cogito ergo sum*).<sup>151</sup> Essa compreensão, de confiança apenas de sua própria realidade como razão, deslocou a compreensão do sujeito, definitivamente, para dentro de si mesmo porque, segundo ele, “*nunca nos devemos deixar convencer senão pela evidência de nossa razão. É bom que se note que eu digo de nossa razão e não de nossa imaginação e de nossos sentidos.*”<sup>152</sup> Assim, constrói-se a auto-suficiência de um sujeito para o qual tudo o que pode conhecer está dentro dele mesmo, desde a compreensão das ciências, até as fontes morais, bastando que o homem se entregue ao controle racional. Esta concepção mantém o dualismo platônico – *res cogitans* e *res extensa* – e concebe o sujeito, o *cogito*, a partir da noção de substância, como o que está à base, preenchendo, assim, o sujeito, pois o concebe como “*a substância de todas as nossas representações.*”<sup>153</sup>

A dúvida cartesiana, base dessa “*escola de suspeita*”<sup>154</sup>, dá lugar a uma nova concepção do homem e de sua relação com o mundo que foi, paradoxalmente, o motivo pelo qual a certeza passou a ser o valor básico da modernidade e insiste em aprisionar o pensamento do homem da pós-modernidade. A concepção do homem em primeira pessoa, o “*fato de ‘sujeito’ visar a algo assim como auto-relação, reflexividade e egoidade*”<sup>155</sup>, que pressupõe a concepção da dualidade interior/exterior, em que as fontes morais, as idéias, a consciência, o pensamento, tudo, está dentro de mim, e o que está dentro de mim é aquilo em que posso confiar, prepara o terreno para o individualismo massificado da era da técnica, como novo princípio epocal. Essa nova época, a era da técnica, encontra-se, não obstante,

---

<sup>150</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 273. As formulações de Galileu Galilei já eram objeto de especulação e, segundo Ernst Cassirer, já apareciam na obra *De docta ignorantia* de Nicolau de Cusa, muito antes da morte de Giordano Bruno e da formulação de Galileu Galilei. CASSIRER, Ernst. **Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 62.

<sup>151</sup> Segundo Descartes, “nossa imaginação e os nossos sentidos nunca nos poderiam dar certeza de cousa alguma, sem a intervenção de nosso pensamento.” DESCARTES, René. **Discurso do método**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1960. p. 98.

<sup>152</sup> Ibid., p. 101.

<sup>153</sup> GADAMER, Hans-Georg. Subjetividade e intersubjetividade, sujeito e pessoa. In: \_\_\_\_\_. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 12.

<sup>154</sup> Como a denominou Nietzsche, citado por ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 273.

<sup>155</sup> GADAMER, op. cit., p. 11.

inserida no modo-de-pensar da metafísica da modernidade, como época da imagem do mundo, porque toda a “*metafísica moderna, incluindo Nietzsche, se mantendrá dentro de la interpretación de lo ente y la verdad iniciada por Descartes.*”<sup>156</sup>

A idéia da necessidade de busca de certezas, que caracterizou a virada filosófica de Descartes, tem profundos reflexos na formação do modo de compreender o direito. Se só o que posso confiar está em mim, e se o mundo sensível é o mundo das incertezas e das ilusões criadas pelos sentidos, então, somente posso confiar na certeza do próprio pensamento. A certeza e, pois, a verdade não será encontrada no mundo das aparências (o escuro da caverna platônica). Ao contrário, exige o abandono desse mundo de sombras, em busca da luz que está fora, acima, no supra-sensível que, em Descartes, é a consciência, o pensar do homem que, por isso, existe. É possível, então, visualizar por que a dicotomia entre certeza e aparência é tão presente no pensamento humano da modernidade e por que a necessidade de certezas – que já não são mais possíveis no limiar da pós-modernidade – são perseguidas como se fossem a forma de converter-se as coisas do mundo em um universo de imutabilidades seguras, o que se sabe ser impossível, embora não haja o reconhecimento de tal impossibilidade. Mantém-se a crença na dualidade platônica e, se cada um dos mundos platônicos é o oposto do outro, “*todos os predicados que atribuímos a um temos de necessariamente subtrair do outro. Todas as características das idéias são derivadas por antítese das características da aparência.*”<sup>157</sup> Onde há mera aparência, então, não há segurança, o que, como já tantas vezes alertado por Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>158</sup>, tem inúmeras conseqüências na relação entre o direito material e o processo.

As significações que estão ligadas à concepção platônica, no entanto, não são apenas essas, já que a esfera de dois mundos e as dualidades daí oriundas manifestam-se, no mundo do direito, por um ideal de constância, porque a “idéia”, tal qual é concebida por Platão na recepção de suas obras, feita pela escolástica medieval, que foi legada à modernidade, “*é caracterizada e totalmente determinada pelo postulado da constância do sentido, o mundo dos fenômenos sensíveis se subtrai a todo e qualquer tipo de determinação*”.<sup>159</sup> É com base nessas considerações que se pode afirmar que, desde a metafísica clássica e suas essências, até a metafísica moderna e suas representações, cristalizam-se sentidos, o que é resultado da

---

<sup>156</sup> HEIDEGGER, Martin. La época de la imagen del mundo. In: \_\_\_\_\_. **Caminos de bosque**. Madrid: Alianza, 1996 Disponível em: <<http://www.heideggeriana.com.ar>>. Acesso em: jun. 2007.

<sup>157</sup> CASSIRER, Ernst. **Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento**. São Paulo: Martins Fontes: 2001. p. 28.

<sup>158</sup> Consoante se observa em suas obras indicadas, entre as obras consultadas para a presente investigação.

<sup>159</sup> CASSIRER, op. cit., p. 28.

dificuldade do sujeito da modernidade de haver-se com a administração das contingências históricas e de suas próprias contingências como ser mortal.

A certeza, que se opõe à aparência, impõe uma atitude de programação e controle de resultados, em nome da segurança pretendida, que opta pelo positivismo, certamente por uma falsa idéia de que o modelo positivista garantiria respostas *a priori*, seguras e justas, já que trataria a todos de modo igualitário. Nada além de uma falsa compreensão provocada por um dogma arraigado no pensamento de que às coisas do mundo, meramente aparentes, mas incertas, pode ser agregada a certeza pretendida. Todavia, são justamente essas respostas *a priori* - que não deixam o mundo superior das idéias para se imiscuir nos negócios humanos - que permitem a insegurança e a incerteza de um mundo de subjetividades arbitrárias.

Enquanto se diz que o Poder Judiciário deve revelar a “vontade concreta da Lei”, diz-se dele que é a boca que pronuncia a vontade da Lei e que, portanto, não está agindo subjetivamente. Quando se fala em vontade da Lei, no entanto, o subjetivismo assujeitador do positivismo já está presente. O dogma de que essa revelação traria segurança, por meio de certeza, vela, no entanto, a arbitrariedade que é o seu pressuposto.

O autodomínio da razão se desenvolve e fundamenta um novo passo da formação do pensamento humano – do indivíduo. Da fusão entre a filosofia cartesiana e as idéias que levaram à internalização das fontes morais, nasce o indivíduo desprendido da modernidade. É, segundo Gadamer, por meio de Locke, que o *cogito me cogitare* assume validade universal.<sup>160</sup> A racionalidade instrumental e hedonista de Locke fundamenta o subjetivismo exacerbado, que culmina com o sujeito solipsista da modernidade, desvinculado de tudo o que não sejam os seus sentimentos, interesse, comodidade, despregado do “Outro”, irresponsável, incapaz de reconhecer na face do outro uma fonte de sua própria liberdade, de sua responsabilidade e incapaz, por fim, de desenvolver qualquer idéia de comunidade, de comunhão, e, como decorrência, de qualquer concepção que envolva o reconhecimento dos indivíduos como coletividade comprometida. Sendo assim, incapaz de construir uma idéia coletiva do bom, do justo.

Essa é a história da tradição filosófica, que formou o universo de sentido da metafísica da modernidade, e esse ente, que somos nós mesmos, não se pode desligar do acontecer da história do ser e da metafísica, porque a tradição filosófica é um existencial do *Dasein*. Compreendendo-se mergulhado na tradição e sabendo que a cada fase da história um princípio marca os fenômenos da época (princípios epocais) - que não escolhemos, nascemos

---

<sup>160</sup> GADAMER, Hans-Georg. Subjetividade e intersubjetividade, sujeito e pessoa. In: \_\_\_\_\_. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2007. p.12.

dentro deles e somos limitados em nossas opções paradigmáticas por esses princípios e vivemos sob o império desses princípios – o *Dasein* precebe-se limitado pelos sentidos – autênticos ou inautênticos – lhe impõe a tradição.

Dessa forma, a tradição é de onde parte a compreensão e, não-questionada, transforma-se em poder ideológico. Esse modo de pensar é velado pelo conteúdo de violência simbólica que contém. Como afirma Bourdieu, é

“próprio da eficácia simbólica, como se sabe, não poder exercer-se senão com a cumplicidade mais subtilmente extorquida – daqueles que a suportam. Forma por excelência do discurso legítimo, o direito só pode exercer a sua eficácia específica na medida em que obtém o reconhecimento, quer dizer, na medida em que permanece desconhecida a parte maior ou menor de arbitrário que está na origem do seu funcionamento.”<sup>161</sup>

O desencobrimento desse modo ideológico de pensar permite o desvelamento do modo-de-fazer direito e de pensar a relação entre o direito material e o processo, demonstrando que o processo, como técnica que serve a um fim, traz consigo uma concepção inautêntica, que vela o significado autêntico dele mesmo, como técnica e também transforma o direito material, que perde suas características para ser imagem de como é representado pelo processo, sem qualquer correspondência entre o que ele é e essa imagem. O processo precisa apenas chegar a seu termo, método que é. A realização do direito material, sua satisfação social, cumprido o rito, já não é perquirida, porque, como é corrente na doutrina processual, já não é atividade jurisdicional; afinal, o sensível e o supra-sensível são mundos opostos.

### 3.1.2 A era da técnica como época da imagem do mundo

Os princípios epocais são os modos de acesso ao ente que provocam o esquecimento do ser desse ente. A análise da tradição e de seus diferentes princípios epocais – a idéia em Platão, a substância em Aristóteles, o *ens creatur* na Idade Média, o *cogito* em Descartes, o espírito absoluto em Hegel, a vontade de poder em Nietzsche - permite a reconstrução de como, e sob quais fundamentos, o século XIX elaborou a sistematização da ciência. Desde a idéia em Platão, até o dispositivo, na era da técnica, esse encobrimento é um erro, porque a

---

<sup>161</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 242.

compreensão do mundo a partir do dispositivo, em relações de instrumentalidade, observa o mundo e a natureza como algo que pode ser transformado, porque é mera representação.

Essa é a relação do homem com o mundo na era da técnica, o século XX, em que tudo é meio, inclusive ele, o homem, cuja essência, no sentido do que ele é, deve estar apto a ser transformado.

Para Heidegger, o princípio que domina o século XX é a continuação de uma tradição metafísica de encobrimento do ser dos entes que se inicia com os pós-socráticos, mais especificamente com Platão e a idéia. Esse princípio epocal é a técnica que nos tira do mundo, por força da objetivação operada pelo dispositivo. A figura na qual impera o ser na era da técnica é o dispositivo. O dispositivo é a essência da moderna concepção da técnica que converte em objeto a coisa. Uma essência inautêntica, porque apenas representativa do arbitrário que engendra a compreensão que não pergunta pela verdadeira essência das coisas, que, em Heidegger, é aquilo que a coisa é, em sua dimensão já-junto-das-coisas, e não, uma qualidade (metafísica) acoplada ao ente que deve ser dele extraído, tampouco a imagem que arbitrariamente fazemos dele. Daí por que o século XX é um século de obscurecimento, de encobrimento. Vale, como ilustração, a imagem metafórica de Heidegger, na qual

“o próprio Reno aparece, como um dis-positivo. A usina hidroelétrica não está instalada no Reno, como a velha ponte de madeira que, durante séculos, ligava uma margem à outra. A situação se inverteu. Agora é o rio que está instalado na usina. O rio que hoje o Reno é, a saber, fornecedor de pressão hidráulica, o Reno o é pela essência da usina.”<sup>162</sup>

Uma transformação inumana, artificial, tendente a realizar as necessidades também artificiais de um mundo presentificado como espaço de fabricação e de consumo, não de relações humanas. O espaço humano é transformado. De espaço de relações entre os homens, para espaço de fabricação de coisas e necessidades para esses homens. A dimensão do humano deixa de ser a palavra, a relação sintática com o outro, para ser o espaço do *homo faber*. Essa visão de mundo, em que tudo é destinado à transformação fabril, traz consigo o perigo, sempre presente e atuante, e sempre realizado, do mau uso da técnica, e a dimensão de sentido em que se pode superar essa modernidade-técnica é a viravolta proposta por Heidegger, um retorno à dimensão dos seres, que se dá no mundo que é linguagem. Enfrentar a questão da técnica é pressuposto do repensar a questão ética. Ambas as dimensões - a virada

---

<sup>162</sup> HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: \_\_\_\_\_. **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 20.

em direção à fenomenologia existencial e o reconhecimento do Outro como dignidade e como condição de possibilidade do exercício dos direitos e limite desse mesmo exercício, como responsabilidade – são imprescindíveis para a superação da era da técnica e da respectiva visão do mundo em direção à virada do pensar a dimensão do homem como ser humano. Uma é pressuposto da outra.

O racionalismo da modernidade, responsável pelas diversas correntes do positivismo jurídico - incluídas as posturas argumentativas, procedimentalistas, substancialistas (ainda vinculadas ao pensamento assujeitador), desde a jurisprudência de conceitos à jurisprudência de valores, abrangidas as tantas variantes de sua reformulação dentro da tradição da racionalidade metafísica<sup>163</sup> - não pensa a coisa em seu ser e a converte sempre em objeto. Para Heidegger, segundo Stein, quando “*a técnica, e, por isso, a ciência, converteu a coisa em objeto e assim em dispositivo, a coisa deixou de acontecer como mundo, e então a técnica se tornou nosso destino*”.<sup>164</sup>

A técnica, como princípio epocal, é enfrentada, por Martin Heidegger, em um caminho do desvelamento do que ela representa até a possível virada em direção a uma superação desobjetificante do mundo. O ponto de chegada, que se converterá em eterno ponto de partida, é uma dimensão de compreensão autêntica do mundo e a criação de um espaço em que os sentidos partem do mundo, do fenômeno, em que não há um princípio epocal, mas uma constante busca do sentido. Essa construção parte do desvelamento da relação com os entes, em direção à superação da interpretação objetificadora do mundo que cristaliza sentidos. É um resgate do sentido do ser dos entes, um resgate de sua dimensão fenomenológica e transformadora do mundo. A relação sujeito-objeto tende ao encobrimento do ser, para que somente o ente se faça presente, e é isso que impede a realização dos sentidos e permite as vozes unívocas atemporais, universalizantes de sentidos.

Esse desvelamento se traduz no modo-de-fazer direito que se dá na relação (ou falta de) entre direito material e processo. A advertência de falta de efetividade do processo fez surgir inúmeras propostas de alterações nessa relação que permanecem, sempre, no plano apofântico e não resultam em uma pergunta sobre o como hermenêutico dessa relação. Continua-se a tentar encontrar, no paradigma epistemológico vigente, algo que não está nele e que, por isso, logicamente, não pode fornecer. As construções da dogmática processual civil,

---

<sup>163</sup> O presente trabalho não pretende abarcar a descrição dos diferentes positivismos e as doutrinas que se destinaram a corrigi-lo, sem, no entanto, superá-lo, consistentes nas teorias do discurso ou da argumentação jurídica, que cindem fundamentação e aplicação.

<sup>164</sup> STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2000. p. 100.

em suas investigações cada vez mais modernas (em duplo sentido), buscam a efetividade na afirmação do processo como instrumento do direito material. Todavia, como ressalta Ovídio Araújo Baptista da Silva, “*a utilização de alguma coisa como instrumento pressupõe uma atividade humana orientada a um fim. O agente que se serve do instrumento pode usá-lo para finalidade muito diferente daquela para a qual ele fora criado.*”<sup>165</sup>

O processo mantém, assim, a aparentemente insuperável dimensão de crise de efetividade e, em decorrência, de legitimidade, sendo utilizado como instrumento que não se liga concretamente ao seu fim e, por isso, nega o referido fim, o que culmina com a alteração da essência do direito material quando necessita da intervenção do processo para sua realização, o que inclui a necessidade de assegurá-lo e satisfazê-lo, em tempo, pois, ao contrário do que diz a máxima, justiça que tarda é justiça falha.

As correntes que sustentam a legitimação pelo procedimento não logram melhor resultado. Ao sustentar que o ato jurisdicional se legitimaria pela produção do direito material a partir do seu modo de produção – devido processo legal –, tais teorias rompem a relação entre direito material e processo, fazendo com que esse se sobreponha àquele.

A necessidade de uma viravolta na compreensão da relação entre direito material e processo está, dessa forma, fundamentada no perigo, sempre concretizado de mau uso da técnica. Essa viravolta exige a transformação do imaginário jurídico por meio da pergunta pelo ser da ação de direito material, que a desvele como sentido do ser<sup>166</sup> do direito material, que se pretende realizar por meio do processo. Para isso, bastaria deixar que o direito material e o processo fossem compreendidos a partir da dimensão do cuidado, em que a responsabilidade do intérprete-aplicador o vincula à concretização real das pretensões trazidas à apreciação do Poder Judiciário. Com efeito: “*‘Teoria’ e ‘práxis’ são possibilidades de ser de um ente cujo ser deve ser determinado como cuidado.*”<sup>167</sup> A atuação democraticamente responsável da jurisdição está vinculada ao cuidado e à constante vigilância hermenêutica da técnica. Para tanto, é preciso analisar como a técnica mecanizada da modernidade e seu método matemático impedem a real compreensão do direito como fenômeno cultural e

---

<sup>165</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de processo civil**: . Processo cautelar (tutela de urgência.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 39.

<sup>166</sup> Não se trata de aderir a teorias imanentistas da ação, embora, como já advertido anteriormente, Savigny não considerasse a “ação” imanente ao direito, mas a ação. SAVIGNY, Frederick Karl von. **Sistema de derecho romano actual**. Madrid: F. Góngora, 1879. v. 4. E não há nenhum absurdo nisso, porque a ação é manifestação do direito material em seu aspecto dinâmico.

<sup>167</sup> STEIN, Ernildo. Teoria do conhecimento e ser-no-mundo. In: \_\_\_\_\_. **Seis estudos sobre ‘ser e tempo’**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 24.

impõem uma visão instrumental que opõe o sujeito e o objeto da compreensão, impondo, a esse, a imagem projetada dele na mente do sujeito.

### 3.1.3 A pré-compreensão inautêntica imposta pela técnica como princípio epocal

A ciência - divorciada da filosofia, que começa a se desenvolver com a descoberta de Galileu Galilei, mas que tem raízes mais profundas em sua compreensão e que ganha sistematização, inclusive do âmbito no direito, com a Escola de Savigny e seus desdobramentos - funda a necessidade de progresso sobre a questão da técnica. Esse progresso fundado na questão da técnica inaugura a era do dispositivo e da disciplina em que a confiança no progresso científico parece trazer certezas aos homens e afastá-lo dos infortúnios de sua finitude. É certo que esse modelo é objeto de reavaliação, especialmente em virtude da impossibilidade de a técnica fazer frente às catástrofes mundiais, como analisou Hannah Arendt.<sup>168</sup> Todavia, nos tempos de mudança, os fatores de transformação não estão institucionalizados, permanecem nos limites do não-dito, entre as fronteiras das posições institucionalizadas, no caso da relação entre o direito material e o processo, entre o positivismo-legalista e o positivismo pragmático-estratégico, que mantêm, em seu aparente distanciamento, uma proximidade escandalosa: a necessidade de negação da ação de direito material, condição de possibilidade da desvinculação do jurista com o mundo e de sua irresponsabilidade radical para com os resultados de suas posições abstratas e individualistas em que o outro não é reconhecido em sua existência, em sua dignidade, é apenas um instrumento, não é mais um fim como pretendia Kant.

A técnica como encontro-provocado com o ente, como modo de interpretação-representativa do mundo, em que sujeito e objeto se opõem em uma relação significativa artificialmente construída, serve como instrumento, como “*Ge-Stell*”<sup>169</sup> (dis-positivo), que domina a natureza e provoca sua alteração. Essa técnica dominadora, que é o processo pensado pelas mentes do racionalismo, no qual estão incluídas também as construções dos instrumentalistas e dos procedimentalistas (compreendem-se, aqui, as teorias processuais-procedimentais), altera a essência do direito material de modo a fazer dele um apêndice do processo, mera substância a ser acoplada. “*Enquanto representarmos a técnica, como um*

---

<sup>168</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

<sup>169</sup> HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: \_\_\_\_\_. **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 20.

*instrumento, ficaremos presos à vontade de dominá-la. Todo nosso empenho passará por fora da essência da técnica.”*<sup>170 171</sup>

### 3.2 A EFETIVIDADE BUSCADA NO SEIO DO PARADIGMA

Como afirma Lenio Luiz Streck,

“Com efeito, preparado/engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender às especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa (J.E. Faria).”<sup>172</sup>

E acrescenta:

“Visivelmente há uma crise que, antes de mais nada, precisa ser descoberta ‘como’ crise. Essa crise ocorre porque o velho modelo de Direito (de feição liberal – individualista-normativista) não morreu, e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda.”<sup>173</sup>

O modelo liberal-individualista de fazer direito - que poderia ser considerado suficiente para um momento histórico em que o paradigma da autonomia da vontade era aceito, e o Estado não era concebido como transformador da realidade, em que a dimensão do cuidado com os Outros não assumia um lugar cimeiro na vida em sociedade, justamente porque a palavra comunidade fora substituída pela idéia de indivíduo - permaneceu com a mudança da sociedade e da função do Direito, mas entrou em crise.

---

<sup>170</sup> HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: \_\_\_\_\_. **Ensaios e conferências**. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 35.

<sup>171</sup> A “*essência de alguma coisa é aquilo que ela é. Questionar a técnica significa, portanto, perguntar o que ela é*”. Ibid., p. 11.

<sup>172</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2.

<sup>173</sup> Ibid.

Como afirma Alasdair Macyntyre, em qualquer momento,

“pode acontecer a uma pesquisa constituída pela tradição que, por seus próprios padrões de progresso, ela deixe de progredir. Seus métodos de pesquisa, até então confiáveis, tornam-se estéreis. Os conflitos sobre respostas opostas a questões fundamentais não podem mais ser racionalmente estabelecidos. Além disso, pode, de fato, acontecer que o uso dos métodos de pesquisa e das formas de argumentação, através dos quais o progresso racional tinha sido feito até então, comece a ter efeito de, cada vez mais, revelar novas inadequações, incoerências até então desconhecidas, e novos problemas, para cujas soluções não parece haver recursos ou recursos suficientes no tecido de crenças já estabelecido. (...) Esse tipo de dissolução de certezas historicamente fundadas é a marca de uma crise epistemológica.”<sup>174</sup>

Nesse contexto em que o paradigma resume o mundo concreto a uma imagem abstrata e impõe à história e à natureza a mesma metodologia cristalizadora de sentidos, todas as construções que visam à superação da crise se mantêm na busca de depuração conceitual dentro do mesmo paradigma, o que impõe concordar com o diagnóstico de Macyntyre, antes transcrito, e dele divergir quando admite a possibilidade de que “*uma inovação conceitual imaginativa*”,<sup>175</sup> dentro dos limites do próprio paradigma, seria suficiente para superar a crise. Antes é preciso acompanhar Thomas Kuhn quando diz que paradigmas “*não podem, de modo algum, ser corrigidos pela ciência normal*”<sup>176</sup> e que “*as crises debilitam a rigidez dos estereótipos e ao mesmo tempo fornecem os dados adicionais necessários para uma alteração fundamental de paradigma.*”<sup>177</sup>

A partir dessa concepção é que é preciso, além de investigar os antecedentes históricos que levam à negativa da ação de direito material e seu papel na ligação entre direito material e processo, desvelando o paradigma, buscar os rumos que essa relação tem tomado, na modernidade, como ela reflete aqueles pressupostos que compõem o horizonte de sentido no qual habitam os seus defensores, bem como o que a ciência do processo produziu e sua relação com a manutenção da crise mesmo após tantas tentativas de, por vias legislativas, dotar o processo de maior efetividade. Com isso, colhem-se os dados essenciais para alteração do paradigma.

As correntes instrumentalistas do processo, em suas inúmeras variantes, e, do mesmo modo, as correntes que advogam a legitimação pelo procedimento, estão inseridas no contexto

---

<sup>174</sup> MACYNTIRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991. p. 388.

<sup>175</sup> Ibid., p. 389.

<sup>176</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 160.

<sup>177</sup> Ibid., p. 121.

paradigmático em crise e tentam realizar aquilo que Alasdair MacIntyre considerou, conforme antes apontado, a forma de superação da crise epistemológica: “*uma inovação conceitual imaginativa*”.

Essa inovação conceitual se mantém, no entanto, nos estreitos limites do domínio paradigmático e, por isso, não é possível falar da afirmação da ação de direito material sem percorrer os rumos instrumentalistas do processo, porque, neles há, predominantemente, uma constante, a negação da ação, que teria sido substituída pela “ação” ou eliminada por ela.

Não é suficiente a imaginação conceitual; é preciso romper com o modo de pensar assujeitador da modernidade, redescobrimo o sentido do ser dos entes cristalizados em uma imagem arbitrária.

### **3.2.1 De como autonomia e instrumentalidade coincidem como reflexos da moderna dimensão da técnica**

A corrente instrumentalista do processo é considerada a terceira fase de desenvolvimento do processo em sua relação com o direito material.<sup>178</sup> As três fases ou momentos metodológicos, como refere a doutrina de um modo geral, seriam a fase privatista, em que o processo se confundia com o direito material, por não ter, ainda, conquistado autonomia científica; a fase autonomista, em que o processo, em prol de sua própria identidade científica, se distancia do direito material; a terceira fase, a instrumental, que, em breves linhas, pretende retomar o vínculo perdido com o direito material em prol de escopos vários, dentre eles, mas não principalmente, a realização do direito no caso concreto. Essa síntese apertada, acerca das três fases antes relatadas, aponta que há um reconhecimento da necessidade de retomada da ligação entre direito material e processo.

A leitura do que essa relação representa em direção à efetiva realização do direito material no processo e da concretização de direitos (pretensões) e, por fim, mas não menos importante, da significação da construção do conceito de “ação” em relação à ação de direito

---

<sup>178</sup> Importante salientar que a obra de Cândido Rangel Dinamarco aborda a corrente instrumentalista do ponto de vista do processo genericamente considerado, em linhas que não cabem na presente investigação, a qual se limita a investigar o campo das relações do processo civil com o direito material (ressalvando-se que, aqui, direito material não se confunde com direito privado). DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

material, produzida nas diferentes fases doutrinárias apontadas, está fundada no paradigma investigado, um modelo em profunda crise.

No campo da relação entre direito material e processo, o desenvolvimento científico foi direcionado a partir da autonomização do processo, medida imprescindível para garantir, ao último, *status* de ciência no sentido moderno. Autonomia, abstração, conceitos, sistematização, busca de certeza e segurança estão na origem da formação do processo como ciência. É sua genética, uma genética que, como se verá, acompanha sua compreensão pelo senso comum teórico dos juristas, mesmo quando a idéia de instrumentalização do processo conquista lugar de palavra de ordem.

A cientificação do Direito engendra a recepção do ideal metódico de busca da certeza. O lugar da certeza é o lugar platônico, do mundo das idéias, do belo, da abstração, onde tudo está em ordem. Não é o mundo, esse lugar de incertezas, do inesperado, das vicissitudes da vida, da finitude da existência e, pois, do que é desconhecido. Sua autonomia exige método próprio e seguro de busca da segurança e da certeza por meio do Estado, indivíduo artificial, também abstrato, que permitiu o abandono do estado de natureza e ordenou o mundo. Um ideal de segurança fundado no método exige o totalizante reconhecimento da univocidade de sentidos, sem a qual não há segurança e certeza possíveis e não há viabilidade de construção de um método moderno-científico. E, sem esse método, via de consequência, o processo não adquire seu bilhete de ingresso no campo científico e não oferece ordem às coisas inseguras do mundo sensível.

A autonomia, cultivada com carinho pelos cientistas do Processo, não é abandonada quando a idéia de instrumentalidade é reconhecida pela comunidade científica. Ao contrário, como solução para os males do processo, a instrumentalidade se reconhece como realizadora dos ideais de justiça e guardiã do ideal de autonomia. Pretende-se, com ela, substancializar a relação entre direito material e processo. Todavia, essa substancialização nada mais é do que um novo nome para a velha abstração.

O instrumentalismo proposto e dominante no processo civil brasileiro é concebido a partir da visão do direito processual como um todo sistemático, coordenado pela teoria geral do processo, por generalizações indutivas com particularidades dedutivas em um edifício sistemático,<sup>179</sup> à maneira do método único, que lembra a auto-suficiência da razão e remete a pensar no direito material como a imagem representativa do que o intérprete pensa acerca dele. Isso é inconcebível em uma concepção democrática e transformadora do Direito, que

---

<sup>179</sup> Segundo o que expõe DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 71.

tem um compromisso com o poder transformador da Constituição como documento a ser interpretado como compromisso do Estado e do Direito com o bem comum, para o qual o bem de cada um é pressuposto necessário e indivisível.

Essa instrumentalidade a que se propõe a nova fase metodológica se encontra vinculada à metodologia unitária do direito processual, que, ao contrário do que sustenta Cândido Rangel Dinamarco, impõe homogeneidade de soluções. Compreender o direito em um método único significa, sim, racionalizar o direito na abstração científica que marcou a fase autonomista que, segundo se acredita e se sustenta aqui, não foi deixada para trás.

Quando o jurista diz que o processo é *“um instrumento, sim, mas não a serviço exclusivamente do direito substancial; sua missão mais elevada é a que tem perante a sociedade, para a pacificação, segundo critérios vigentes de justiça e para a estabilidade das instituições”*,<sup>180</sup> ele parte do pressuposto de que o direito substancial e o processo possam ser vistos e aplicados em uma dimensão puramente jurídica e de que há escopos sociais, políticos e jurídicos cindíveis no direito, sendo possível realizar um, sem realizar os demais. Trata-se, pois, de duas visões muito diferenciadas do que seja o direito. No presente estudo, a compreensão do direito não é um fenômeno simplesmente jurídico, pois não existe o exclusivamente jurídico, senão em teoria pura<sup>181</sup>. A compreensão do jurídico envolve uma visão em que o social, o político e o jurídico - para falar das esferas de escopo relacionadas pelo autor de *“Instrumentalidade do Processo”* - são incindíveis porque a compreensão não se dá por etapas - a jurídica, a social e a política. O jurídico é também social e político e dizer, então, que a busca pela concretização do escopo jurídico - realização do direito no caso concreto - é um dos escopos, mas não o mais importante do processo, é também dizer que o direito, estritamente o jurídico, é uma ciência pura, na qual a intervenção do social e do jurídico só se dá porque eventualmente são escopos específicos que se colocam a ele. Essa cisão é, evidentemente, necessária para marcar uma ciência pura, cujo método é único e cuja autonomia é o bem sempre posto em eterna vigilância contra as intromissões dos fenômenos não-jurídicos. Essa ciência é a ciência do processo.

Disso resulta a necessidade da ruptura paradigmática, para que exsurja a possibilidade de satisfação dos direitos pelo processo o que, como ressalta Ovídio A. Baptista da Silva, não pode ser identificado com o conteúdo meramente normativo de um provimento definitivo apto à produção de coisa julgada. Afirma o jurista: *“Nossa compreensão do que seja a satisfação*

---

<sup>180</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 42.

<sup>181</sup> E a separação das órbitas entre o político, o social e o jurídico, não pode deixar de lembrar o normativismo kelseniano. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

*de um direito corresponde rigorosamente ao entendimento do senso comum, para o qual satisfazer um direito é realizá-lo no plano social.*<sup>182</sup> A diferenciação entre satisfação puramente normativa e satisfação real, apontada pelo autor, sugere a compreensão da forma de fazer direito para o senso comum teórico dos juristas<sup>183</sup>, que não se confunde com o senso comum que expressa o modo como as coisas são, elas mesmas, na realidade social. Quando se admite que a jurisdição não se comprometa com o resultado fático de um processo, quer dizer, quando ao juiz satisfaz proclamar o direito para o caso, sem se preocupar com a real obediência à ordem que emitiu (em caso de sentença, liminar ou definitiva, mandamental), quando não se ocupa da efetivação do conteúdo executivo de uma decisão igualmente provisória ou definitiva, e já ocorreu de esquecer-se, no próprio dispositivo da sentença, de emitir a ordem de execução - do que fomos testemunha no dia-a-dia forense - isso desvela o seu modo de pensar e fazer jurisdição. O mesmo se dá quando, ainda, se contenta com proferir provimentos (decisões) de antecipação de tutela, bastando-lhe isso, sem se comprometer com sua real efetivação (do que também fomos testemunhas: o descumprimento de mandados, sem que se obtenha do próprio magistrado prolator da decisão qualquer providência real tendente a viabilizar o cumprimento, por meio de medidas coercitivas ou executivas em substituição; ou ainda, a afirmação de desnecessidade de determinação de auxílio de força pública ao Oficial de Justiça, para cumprimento de mandado executivo, com a justificativa de que não cabia ao juiz deslocar a referida força para esse efeito, entre tantas outras). Certamente, nessa compreensão da função jurisdicional, insere-se a preocupação normativa com a realização, portanto, meramente fictícia dos direitos, sem que seja necessário chegar aos fatos. Tal ordem de idéias se alinha com a afirmação de que o escopo da jurisdição é, primeiro, realizar a paz social, sendo escopo de menor importância a necessidade de concretização dos direitos. Isso porque a jurisdição que se limita à “satisfação” dos direitos no plano puramente normativo continua desligada de sua real efetivação e a paz social, então advinda, é meramente fictícia (a ficção da coisa julgada como ideal da jurisdição).

---

<sup>182</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da **Curso de processo civil**: Processo cautelar (tutela de urgência.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 26.

<sup>183</sup> A expressão “*senso comum teórico dos juristas*” foi cunhada por Luis Alberto Warat. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral do Direito II**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

### 3.2.2 Da concepção moderna da técnica à essência da técnica

O campo do direito processual está impregnado pela idéia de domínio da técnica que a vê como instrumento e não pergunta o que ela é. Isso faz do direito processual um espaço totalizante que aniquila o ser do direito material, já não sendo o direito processual criado em função do direito material, mas esse criado em função daquele. Como disse Heidegger, o “rio que hoje o Reno é, a saber, fornecedor de pressão hidráulica, o Reno o é pela essência da usina.”<sup>184</sup> O direito material é, hoje, o que lhe determina a essência moderna, distorcida, do processo, que altera a essência do direito material a ponto de tornar o usurpador devedor em virtude do processo<sup>185</sup>.

Disso resulta que as características e o conteúdo do direito material são apagados quando ingressam no processo, respondendo a uma característica essencial da técnica com o sentido que se cristalizou na modernidade, a partir da filosofia da consciência: a necessidade de a razão (suas construções intelectuais) dominarem a natureza, o mundo onde as coisas se dão, agora, como simples imagens. Esse paradigma epistemológico domina a doutrina processual civil. O processo é considerado técnica a serviço do direito material, mas essa técnica é concebida ao modo da modernidade, em que predomina “a insistência de considerar todas as coisas como resultado de um processo.”<sup>186</sup>

As correntes instrumentalistas, que se inserem no panorama das teorias substancialistas, controem o instrumento como uma coisa que, ao se interpor entre o sujeito e o objeto, concebe arbitrariamente o objeto. A mesma oposição é flagrada nas correntes que advogam a legitimação pelo procedimento, não-conteudísticas. Ocorre que, ao contrário do que sustenta o senso comum teórico dos juristas, as características ou qualidades do direito material e dos momentos eficacias que lhe seguem – possibilidade de exigir e exigência, possibilidade de agir e ação – não são dados pelo processo.

Não se trata, pois, de negar que o processo seja uma técnica; trata-se de buscar o que é a técnica em uma visão autêntica. A virada copernicana em direção à idéia de que o domínio do método leva à objetificação (entificação) e, pois, à universalização dos sentidos exige a

---

<sup>184</sup> HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: \_\_\_\_\_. **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 20.

<sup>185</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 59.

<sup>186</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 318.

superação da era da técnica e a compreensão de que “*conhecimento é sempre um modo de ser do estar-aí na base de seu já-estar-junto-do-mundo.*”<sup>187</sup>

A técnica, é bem verdade, tem suas próprias características, como instrumento, mas é vazia *a priori*. É interessante perseguir essa compreensão buscando, na análise filosófica da “coisa”, em Heidegger, novamente, uma metáfora. Como receptáculo destinado a receber o conteúdo de algo para o qual foi construída, ela precisa ser vazia, *a priori*, pois todo “*receber necessita do vazio, como recipiente.*”<sup>188</sup> Heidegger analisa, no contexto de uma análise mais abrangente, a coisa, o *ges-tell* (dispositivo), e o perigo em direção ao desvelamento da técnica em uma nova condição de possibilidade de ser, à viravolta.

Às coisas elas mesmas, não como entes, mas como o que simplesmente é, *i.e.*, como sentido, como ser. Assim, a “coisa”, para Heidegger, necessita ser pensada: “*Pensar a coisa, como coisa, significa deixar a coisa vigorar e acontecer em sua coisificação, a partir da mundanização de mundo. [...] No sentido de reunir e recolher numa unidade, coisificar é aproximar mundo.*”<sup>189</sup> Em lugar da representação das coisas, que permite que a mente humana projete uma imagem da coisa que não está comprometida com o mundo, que atribui, por esse desprendimento, qualquer sentido à coisa, a proposição de voltar às coisas mesmas exige o desvelamento do sentido desse ser, para que, ao que permanece entificado, *i.e.*, cristalizado, se substitua o ser das coisas como elas são. Esse desvelamento permite a concepção de que a idéia que se faz da coisa, sem vínculo com o mundo (mundo como linguagem), petrifique o sentido, substituindo o sentido cambiante e histórico da coisa, que lhe determina a cambiante condição humana, pela aceitação da imagem que a modernidade projeta por meio das construções científicas. É o que ocorre com o direito material, cujo ser é transformado pelo processo, objetificado como ente, cujo sentido é cristalizado e atemporal. Como adverte Hannah Arendt, em lugar do “*conceito de Ser, encontramos agora o conceito de Processo*”<sup>190</sup>. A mesma constatação, no sentido de que, em lugar do conceito do ser do direito material, está a técnica, o processo, sugere a metáfora de Heidegger, quando, meditando a “coisa-jarra”, afirma que a “*ciência faz da coisa-jarra algo negativo, enquanto não deixar as coisas mesmas serem a medida e o parâmetro.*”<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> Ernildo Stein cita, neste trecho, a obra de Martin Heidegger contida no § 20 do volume 20 das obras completas. STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ‘ser e tempo’**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 30.

<sup>188</sup> HEIDEGGER, Martin. A Coisa. In: **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Vozes, 2006. p.149.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p.158.

<sup>190</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 309-310.

<sup>191</sup> HEIDEGGER, op. cit., p.148.

A técnica, desse modo, inverte ou cria uma imagem para a essência das coisas que não é o que elas são. Na relação entre direito material e processo, a metáfora da jarra ilustra essa situação, pois a jarra, como recipiente, técnica, destinada a realizar algo (no caso da jarra receber e doar), tem, no vazio, na ausência de conteúdo – “*o nada na jarra*”<sup>192</sup> – a característica de sua possibilidade de ser, “*enquanto receptáculo, que recebe. [...] É o vazio da jarra que determina todo tocar e apreender da pro-dução. O ser da coisa do receptáculo não reside, de forma alguma, na matéria, de que consta, mas no vazio, que recebe.*”<sup>193</sup> Essa é a essência da técnica. Seu ser não consta da matéria de que foi feita a técnica, mas da possibilidade de receber e, por isso, doar aquilo que recebeu. Concebendo o processo e o direito material, nessa visão que pretende retornar às coisas como elas são – técnica e conteúdo – poder-se-ia dizer que o sentido do ser do processo é poder receber, sem alterar a essência, o conteúdo que lhe foi destinado. O Direito Material, esse conteúdo, então, poderia ser doado, sem alteração de sua essência, ao mundo, pelo que ele é. Diz Heidegger:

“A doação da vaza pode ser uma bebida. Então ela dá água, ela dá vinho para beber. Na água doada, perdura a fonte. Na fonte perdura todo o conjunto das pedras e todo o adormecimento obscuro da terra, que recebe chuva e orvalho do céu. Na água da fonte, perduram as núpcias de céu e terra. As núpcias perduram no vinho que a fruta da vinha concede e no qual a força alimentadora da terra e o sol do céu se confiam um ao outro. Na doação da água, na doação do vinho perduram, cada vez, céu e terra. A doação da vaza é, porém, o ser-jarra. Na vigência da jarra, perduram céu e terra.”<sup>194</sup>

Como se disse ao início: o conteúdo e as características do direito material o acompanham ao processo. Não é isso, todavia, o que ocorre na prática inspirada pelas construções teóricas dos processualistas modernos, no que se poderia chamar de autonomia-instrumental em voga. Nem tampouco o que pretendem as teorias processuais-procedimentais que fazem do direito material um produto incondicionado do processo. E isso é uma decorrência do processo histórico que, por obra das ordens direcionadas à proteção da compilação de Justiniano, universalizou, como antes analisado, o Direito Romano do Período Final, por obra da pandectística, que predominou no século XIX, justamente quando o Processo Civil caminhava a passos largos em direção à sua autonomia científica que o afastou do direito material.

---

<sup>192</sup> HEIDEGGER, Martin. A Coisa. In: **Ensaios e conferências**. Petrópolis: Vozes, 2006. p.147.

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> Ibid., p.150.

O Direito Romano do período final, como já citado anteriormente, apenas contém o embrião do fenômeno que, na modernidade, se concretiza: a universalização do instituto da *actio*. Essa universalização transforma o direito material em um direito obrigacional, relativizando direitos absolutos ou universalizando direitos obrigacionais, como afirma Ovídio A. Baptista da Silva, no campo do processo. Tal constatação é feita com base nas obras dos pandectístas do século XIX, que investigam o instituto como fonte da compreensão do processo civil emergente como ciência. A concepção do processo a partir do instituto da *actio* romana, ligada às relações obrigacionais, já contém em si a subtração da essência do direito material (o que ele é), para que o processo passe a ditar seu conteúdo. A *litiscontestatio*<sup>195</sup>, como momento essencial do procedimento da *actio*, dá fundamento a essa inversão, porque foi concebida pela majoritária doutrina do séc. XIX, como novação<sup>196</sup> da relação obrigacional originária, pela instauração do processo e estabilização da instância.

A compreensão de que o processo pode alterar o direito material, com fundamento na noção de novação, ditada pela pandectística, fundamenta o pensamento inquestionado acerca do processo como técnica, que dita a natureza do direito material, a ponto de fabricar seu conteúdo e dar-lhe nova essência a partir do acoplamento das eficácias sentenciasais (que são desligadas do direito material) ao direito que agora é outro direito, o fabricado pelo processo, porque, com o processo, a relação original se transforma e cria para o autor o direito de

---

<sup>195</sup> Acerca da *litis contestatio*, ensina Ovídio A. Baptista da Silva, citando Vittorio Scialoja: “ ‘En el período formulario, la *litis contestatio* coincide con el momento en que, mediante el decreto del pretor que emite la fórmula y la aceptación de ésta por parte de los litigantes, se establecen los términos fundamentales en que habrá de desarrollarse el juicio; lo cual se realizaba, en el procedimiento de las legis acciones, mediante la solemne invocación de los testigos. Con la diferencia, naturalmente, de que en la *litis contestatio* del procedimiento formulario no hay ya formas solemnes ni la solemne invocación de los testigos. ‘El pretor, a continuación de todo el desarrollo del procedimiento in yure, nombra el juez para el procedimiento in iudicio y establece el contenido de la acción y eventualmente el de las excepciones, réplicas, etc. fijando los términos en la fórmula, que hemos dicho que es la instrucción escrita dada a este efecto al juez.’ (Procedimiento Civil Romano, trad. Espanhola de 1954, § 29, p. 231). a) Se pudésemos establecer una equivalência entre la *litis contestatio* romana e a estrutura do processo civil moderno, poderíamos sugerir que este instituto correspondesse ao ato através do qual se encerrava a fase postulatória, com a conseqüente estabilidade da instância, resultando estabelecidos pelo pretor os limites da controversia, seja pela fixação do conteúdo da ação, seja, eventualmente, pela admissão das exceções suscitadas pelo demandado.” SILVA, Ovídio A Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 61.

<sup>196</sup> A concepção majoritária da *litiscontestatio* como novação foi objeto da crítica de Windscheid e elemento que compôs sua polêmica com Muther. Inobstante isso, a divergência parece ser apenas gramatical, já que Windscheid, defendendo sua posição de que a *actio* não era consumida pela *litis contestatio*, afirmou, também, que a *actio* e a respectiva *obligatio* eram absorvidas pelo *iudicium* (que se instalava por força da *litiscontestatio*) e “En realidad, el acreedor no obtiene lo que dice la *obligatio*, sino lo que se le asigna en el *iudicium*.” WINDSCHEID, Bernhard. La “*actio*” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p. 89. Já Muther sustentava que, com a entrega da fórmula e a nomeação do iudex, extinguem-se a *actio* e a *obligatio*, nascendo uma nova relação entre autor e demandado (*contrahitur iudicio*). MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular en las obligaciones. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974. p. 277.

submeter o réu a uma condenação, e ao demandado, a obrigação de suportá-la. Usurpador e vítima são transformados em devedor e credor. Os meios de tutela se universalizam como se a todos os direitos correspondesse uma verdadeira relação jurídica obrigacional, na qual o bem está licitamente na posse e patrimônio do devedor, ao contrário das relações de direitos absolutos, em que, por exemplo, a coisa está ilegitimamente no patrimônio do ofensor.

Essa forma de conceber o processo e sua relação de direito material é própria das correntes instrumentais, que ligam as técnicas de tutela à previsão abstrata do direito material, conforme se verá adiante, como também às correntes que lhe fazem a crítica. Sejam elas correntes substancialistas (ainda ligadas ao esquema S-O) ou procedimentalistas, o que permanece é o paradigma e sua tentativa de correção, e não, de superação.

O direito material não é, nessa visão, a medida e o parâmetro do processo.

### **3.2.3 A instrumentalidade do processo em relação ao direito material**

A construção da instrumentalidade do processo como principiologia fundamental na relação entre direito material e processo tem sido pautada pela relação de adequabilidade abstrata, em que o processo como instrumento é algo dado, e o direito material, um conceito universal, também aprioristicamente concebido em uma dimensão ideal-normativa. Um instrumento abstrato que será substancializado. Substancializar é, nesse caso, buscar um elo, também, abstrato, nos três escopos – jurídico, político e social –, genericamente considerados, em que o processo serviria a um direito material também como imagem dada, pré-concebida. Esse processo é dado nas mãos dos juízes e, pois, do Estado, para fazer efetivo o direito material como pura abstração. Não há um reconhecimento das coisas no mundo, como fenômeno privilegiado, em que as coisas acontecem e têm uma dimensão que a técnica não pode reduzir. Não há fatos. Ao contrário, o papel da técnica é reduzir à disciplina os fenômenos e suas soluções, sempre presentes e dadas a partir de um mundo de ordem garantida pelo método. Por isso, os conteúdos dos fatos que originam os direitos, pretensões e ações de direito material podem ser atribuídos à “ação” (abstrata!) e às sentenças<sup>197</sup>, as quais serão arbitrariamente acopladas aos fatos. Esse acoplamento permite a afirmação da desnecessidade de reconhecer sentenças conforme o conteúdo dos direitos. São técnicas

---

<sup>197</sup> Isso ocorre quando a doutrina insiste em classificar a “ação” processual e as sentenças e recusar qualquer liame entre essa classificação e o direito material.

construídas sem vinculação com as necessidades do fim para o qual foram criadas: a realização/concretização das pretensões. O conteúdo da sentença seria determinado pelo pedido da parte, mas sem levar em consideração o direito que reclama proteção e satisfação: mero acoplamento instrumental mecanizado.

Essa efetividade, em si, é uma abstração pressuposta. E, na mesma esteira, o “princípio” da efetividade da tutela jurisdicional é acoplado, como um dispositivo, à tutela jurisdicional, em que a resposta pelo uso da instrumentalidade já está previamente dada, sem qualquer comprometimento com os fatos, com o mundo da vida. Esse acoplamento garante, para o senso comum teórico que, cumprido o método, por uma visão instrumental, não haverá como falhar a efetividade. Essa crença, ao mesmo tempo, serve ao positivismo-legalista e ao pragmatismo, num paradoxo difícil de aceitar e vivenciado todos os dias. Essa efetividade abstrata serve a um interesse que põe, em mãos da autoridade superior (seja o Estado e/ou a classe que o governa), a totalizante aniquilação do direito material pelo processo em uma visão de unidade do ordenamento jurídico, que será analisada, no presente estudo, sob a ótica da exceção (Capítulo 3).

A visão instrumental-abstrata e tida como substancializadora, por acoplamentos, é flagrada em todas as correntes instrumentais do processo, já que esse é um instrumento da modernidade, uma ferramenta, não um modo de compreensão. Por esse motivo, a doutrina processual desenvolvida até hoje, passando pela autonomia e, inclusive, pela instrumentalidade ou instrumentalidade moderna, como a sustenta José Roberto dos Santos Bedaque<sup>198</sup>, trilhou caminhos que servem ao estrangulamento/aniquilação do direito material pelo processo.

Ao retirar a ação de direito material do mundo, porque nega sua existência, a efetividade da tutela jurisdicional fica condicionada pela previsão de meios processuais. Essa efetividade, compreendida em relação à previsão “normativa” do direito material, concebe meios cuja adequação não perquire fatos e que se dá *a priori* em discursos de fundamentação também apriorísticos. As teorias instrumentais (e todas as suas variantes) propõem um discurso de adequação prévio, em que a tutela é adequada abstratamente à previsão normativa, sem preocupação em voltar ao mundo prático. Se, no entanto, a ação de direito material for afirmada como um momento do direito material em ação no mundo, será preciso reconhecer um fenômeno inegável: a existência do próprio direito (sempre compreendido em sua faticidade, sua realização concreta, desta perspectiva) dita a necessidade de sua efetivação e

---

<sup>198</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. Idem. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

desautoriza a pensar a tutela jurisdicional sem que, na sua compreensão, esteja ínsita a efetividade, sem necessidade de adjetivação, em que discursos de validade/fundamentação e discursos de aplicação não são cindidos<sup>199</sup>. Isso porque o próprio direito informa a imperatividade de sua satisfação, haja ou não norma processual que contemple adequadamente esse resultado, haja ou não previsão legal de instrumento específico para sua tutela. É a própria força impositiva da Constituição que exige essa virada em direção à afirmação da ação de direito material, porque ela retoma a força impositiva do direito material, impedindo interpretações inautênticas sobre o direito, que passa a ter poder transformador, exigência do neoconstitucionalismo. Por isso, não se trata, registre-se, de menosprezo ao direito legislado e à Constituição; ao contrário, permite a compreensão de que, se a Constituição ou a legislação infraconstitucional instituem direitos, já está garantida sua efetivação por meios adequados, sob pena de virarem literatura, pois, como diz Ovídio Araújo Baptista da Silva, direito “(*pretensão*) *sem ação é poesia, certamente de má qualidade*”.<sup>200</sup> Também não se trata de irracionalismo e de se permitir ao intérprete livre disposição dos meios e do direito. Ao contrário, o limite de sentido é dado pelo direito em concreto, que necessita de intervenção para realizar-se ou para não ser violado ou ameaçado de violação.

Como sustenta Marinoni, o “*elo de ligação*”<sup>201</sup> entre o direito material e o processo “*é também um ‘elemento de legitimação’*” porque a “*‘técnica processual’ somente pode ser considerada legítima, perante tal direito fundamental, quando capaz de dar ao juiz o poder de prestar tutela jurisdicional efetiva*”.<sup>202</sup>

A fundamentação desse elo de ligação na previsão constitucional de direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige a afirmação da ação de direito material, pois não há visão autêntica possível do direito material se lhe for retirada a força impositiva. A negação da força impositiva do conteúdo do direito material, sua capacidade de realização e efetivação, permitindo que a previsão de meios de tutela reste escolha da doutrina processual, segundo critérios puramente científicos, o que tem ocorrido, é caudatária de um modo-de-fazer direito própria da ultrapassada máxima do *lasse-faire*, no qual a Constituição permanece como documento retórico, em sua real inefetividade. Essa é a realidade que se tem

---

<sup>199</sup> É preciso perceber que nos movemos “*numa impossibilidade de fazer coincidir discursos de validade e discursos de adequação*” e é “*nesse ponto que se dá o embate entre a hermenêutica (filosófica) e as diversas teorias discursivas*.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006. p. 8.

<sup>200</sup> Conforme Ovídio Araújo Baptista da Silva. *Ações e sentenças executivas*. In: **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 253.

<sup>201</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 34.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 34.

testemunhado nos dias que correm: previsto o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a doutrina, que nega a existência da ação de direito material – e com ela a força impositiva dos direitos – permanece construindo um método único e, por isso, abstratamente adequado, contentando-se em tutelar normativamente os direitos, porque não há nada que o vincule à realidade social. Assim, a relação entre direito material e processo acaba sendo diminuída a uma abstração em que os direitos materiais, inclusive os fundamentais, jazem como letras mortas sem força de imposição de seu conteúdo, já que a técnica processual não é construída de acordo com esse conteúdo. Dessa forma, subtrai-se do direito material sua força, pois o aniquila fazendo dele fruto do processo.

Esse pressuposto teórico acompanha as construções que pretendem transpor a fase autonomista do processo em direção ao que chamam de “instrumentalidade moderna”, com o fim de superar as limitações do processo e prestar tutela efetiva aos direitos fundamentais. Todavia, a própria hermenêutica constitucional resta comprometida.

Com o escopo de perseguir efetividade, a partir do paradigma teórico apresentado, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>203</sup> apresenta a tese de relativização do binômio direito-processo e a considera um passo adiante à fase instrumentalista. Afirma que a construção científica do processo se deu na fase autonomista, que valorizou demasiadamente a técnica, e que a nova fase – instrumental – exige que os institutos processuais sejam revistos. Para tanto, afirma que se trata

“de tomar consciência de que os institutos são concebidos à luz do direito material. Implica reconhecer que a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da ciência processual.”<sup>204</sup>

O apreço e a necessidade de reafirmar a autonomia científica, tão ao gosto cartesiano, agregados à idéia de que uma reaproximação, aparentemente apenas ôntica entre processo e direito material, sem necessidade de alteração do paradigma epistemológico e da compreensão da técnica, inviabiliza, à ciência, a realização de sua legitimidade, a saber: oferecer base epistêmica para uma compreensão adequada da técnica, em que esta deixe de ser o centro das possibilidades, para dar lugar à compreensão de que o direito material, que

---

<sup>203</sup> Doutrinadores como Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, José Carlos Barbosa Moreira, Humberto Teodoro Júnior, dentre tantos outros.

<sup>204</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 13-14.

não logra satisfação no mundo prático, precisa do processo para ser compreendido e, desse modo, realizado concretamente.

Dinamarco insurge-se contra “*o preconceito consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado.*”<sup>205</sup> Essa visão da técnica, como instrumento neutro – no qual, portanto, caberia qualquer visão ideológica, qualquer opção autoritária ou democrática de Direito e de Estado – é, no entanto, característica dos juristas que negam o vínculo concreto entre processo e direito material (que não se confunde com direito privado!) e que confundem as opções ideológicas do Estado – a Lei – com o Direito.

Na permanente indistinção que a doutrina faz entre “ação” e ação, indistinção que produz o distanciamento entre direito material e processo, pois, negada a ação de direito material, fenômeno concreto, e considerada a “ação” processual como categoria abstrata (o que reconhecidamente é), o vínculo entre direito material e processo reduz-se a um fenômeno puramente idealizado, pois não há liame concreto de ligação entre ambos. O vínculo passa a se dar com o direito material objetivo e os ditames abstratos do ordenamento, sem retorno aos fatos, já que esses foram isolados no mundo dos fatos e não têm possibilidade de atuação no processo. A potência e a força do direito material foram cortadas pela preponderância da técnica sobre o ser do direito material, cortadas ao ser proscrita a ação de direito material. Como adverte Hannah Arendt, nesse contexto, em “*lugar do conceito de Ser, encontramos agora o conceito de Processo.*”<sup>206</sup> Desse modo, acrescenta, “*do ponto de vista do homo faber, era como se o meio, o processo de produção ou de desenvolvimento fosse mais importante que o fim, o produto acabado.*”<sup>207</sup>

A compreensão do direito que está à base desse pensamento é aquela em que a técnica é método abstrato, em que apenas se reconhece que a racionalidade não pode ser apenas formal, mas também material, contentando-se com uma mudança dos métodos a serem utilizados pelo processualista para rever os conceitos de sua ciência<sup>208209</sup>. Isso, segundo Hannah Arendt, se dá porque o “*cientista criava apenas para conhecer, não para produzir*

<sup>205</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. pág. 41.

<sup>206</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 309-310.

<sup>207</sup> Ibid.

<sup>208</sup> Considera o autor, em sua visão instrumentalista, que a “precisão conceitual é necessária a qualquer ciência.” “Apenas”, segundo ele, “não se pode transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal da ciência processual.” Com isso, condena o processualismo e a “*excessiva autonomia do processo frente ao direito material [...]*”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.p 17.

<sup>209</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 15.

*coisas; estas eram meros subprodutos ou efeitos colaterais.*”<sup>210</sup> É o campo da abstração científica, em que a realização concreta do direito material é apenas um efeito colateral ou subproduto das construções teóricas dos juristas e dos acoplamentos realizados no campo do processo. Continua-se, assim, subtraindo do processo o mundo prático, que nele entraria pela porta da racionalidade material, o que conferiria “*o sucesso da empreitada*”.<sup>211</sup> Para Bedaque, o juiz não atua com o objetivo de concretizar direitos (ao menos não precipuamente), mas com o de “*atuar a lei*.”<sup>212</sup> Isso responde à pergunta sobre o motivo pelo qual ele é levado a afirmar que a “*técnica processual deve adequar-se, portanto, àquelas situações abstratamente previstas pelo legislador material, para cuja efetivação seja necessária a intervenção jurisdicional*.”<sup>213</sup> Dinamarco, por sua vez, considera que o juiz não tutela direitos, mas pessoas,<sup>214</sup> o que abstratiza a relação entre direito material e processo, desvinculando o julgador de sua responsabilidade com o caso concreto, porque há um escopo de pacificação social, na sua opinião, maior e superior à realização do direito no caso concreto, que é dada por alcançada com a entrega da prestação jurisdicional, porque as partes envolvidas “*sabem que, exauridos os escalões de julgamento, esperança alguma de solução melhor seria humanamente realizável*”<sup>215</sup>, com o que não se pode concordar. Essa assertiva lembra a proposta procedimentalista de matriz habermasiana em que a verdade é consenso ou aceitabilidade racional (pois esperança alguma de solução melhor seria humanamente realizável!). Vale lembrar, aqui, o que Ovídio A. Baptista da Silva denuncia ao afirmar a diferença entre essa concepção, de satisfação abstrata, da satisfatividade como realização dos direitos no plano social. Essa advertência é adequada em relação ao que a doutrina da instrumentalidade costuma denominar de supremacia do escopo político em relação ao escopo jurídico, sendo aquele a paz social e esse a tutela dos direitos entre as partes. Isso porque essa escala valorativa pressupõe a satisfatividade na afirmação da solução no plano normativo, por meio da composição da lide processual, que se realiza com a prolação da sentença. Esse é o pressuposto lógico que parece ser invencível: conceber jurisdição como tarefa de aplicação/atuação (*rectius*: declaração) da lei, é uma terrível e temível abstração que desliga o

<sup>210</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 310.

<sup>211</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 15.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>214</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 183.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 195. A afirmação parece fazer coro com o conhecido trecho de voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, colacionado por Lenio Luiz Streck, do qual se extrai o seguinte trecho: “*Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico uma imposição da Constituição Federal*.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2006. p. 165.

juiz de sua tarefa constitucional - a concretização dos direitos e a transformação da realidade social em direção ao ideal de vida boa presente na Constituição - e o autoriza a ser irresponsável.

Dessa forma, impõe-se a pergunta: Considerando que Habermas propõe a fundamentação prévia dos atos do mundo prático, produzida por um discurso ideal de fala, para o qual é suficiente a própria norma, independentemente de sua aplicação às situações concretas, poder-se-ia reconduzir as teorias instrumentais ao discurso ideal de fala habermasiano? Partindo da análise de Streck sobre a obra de Klaus Günther (cujo paradigma é habermasiano, embora tente recuperar a razão prática), é possível responder afirmativamente. Streck, a respeito da proposta de Günther, diz que há uma “aposta na formação prévia de discursos e procedimentos que venham a assegurar a validade numa perspectiva universal, para uma posterior aplicação, a partir do princípio da adequabilidade (ou teoria da adequabilidade)”.<sup>216</sup> As teorias instrumentais do processo sustentam o estabelecimento de escopos *a priori*, dentre os quais tem a primazia a paz social, e o escopo de realização/concretização de direitos não pode, nem deve ser o fim essencial da jurisdição – o que, na visão de Dinamarco, seria ultrapassado. O fundamento da atividade jurisdicional, então, seria dado por um escopo definido *a priori* (discursos de validade/fundamentação independentes da aplicação) como fundamento da melhor resposta possível na generalidade dos casos. A adequação, em uma perspectiva mais “moderna”, é direcionada à adequação apriorística, como ficou claro em análise anterior.

Assim, ao contrário da hermenêutica, em que fundamentação (compreensão e interpretação) e aplicação não são cindíveis, nas teorias processuais-procedimentais, a aplicação virá após a fundamentação, com o que se substitui – assim como no procedimentalismo habermasiano – a razão prática pela razão comunicativa, o que implica

“o sacrifício do mundo prático, o sacrifício da contudística, que somente entra em campo depois ‘das regras do jogo estarem previamente fundamentadas’, através dos discursos de aplicação; daí o papel contrafático dos discursos de fundamentação, que transcendem o fático, isto é, os fatos se realizam no contexto do discurso de fala ideal.”<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 56.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 32.

Veja-se que Bedaque afirma a necessidade de a técnica adequar-se às situações abstratamente previstas em discursos em que o fundamento é previamente dado, desvinculado da aplicação, mundo da vida. A substancialização da relação entre direito material e processo é abstrata (a substância é uma imagem que se faz da coisa). Essa concepção, apegada ao seu pressuposto ideológico, reafirma a cisão ocorrida com a autonomização do processo, porque a instrumentalidade proposta é do método à idéia. Quando Bedaque afirma que o “*direito substancial constitui elemento integrante de todo o direito processual, pois é parâmetro para o exercício da ação e da jurisdição*”<sup>218</sup>, ao que parece, parafraseando Fazzalari, ele busca a retomada de um vínculo, que sabe deve ser retomado, mas que não chega a recuperar em face de que permanece reconhecendo a necessidade de adaptar o processo a situações “concretas” que, para o jurista, são as espécies normativas cuja vontade concreta não foi atuada. Permanece, então, distante da riqueza das situações da vida. Essa postura será marcada, em sua obra mais recente<sup>219</sup>, pela seguinte afirmação: “*Não se tratará dos mecanismos destinados a tornar efetivas as várias modalidades de tutela jurisdicional. Limitar-se-á ao campo da técnica processual.*”

Sua concepção de “moderna instrumentalidade” - segundo ele, um passo à frente à instrumentalidade conhecida - impõe alterações no uso da técnica, para atribuir-lhe eticidade, quando voltada aos escopos do processo que, para ele, é um “*método de trabalho desenvolvido pelo Estado para permitir a solução dos litígios.*”<sup>220</sup> Novamente deve ser lembrada a lição de Ovídio A. Baptista da Silva, quando adverte sobre a concepção de satisfatividade como composição da lide, solução dos litígios ou atuação da vontade concreta da lei, no plano meramente normativo, sem ir aos fatos, *i.e.*, a confusão/ equiparação entre satisfatividade e definitividade.<sup>221</sup>

Para tal instrumentalização da técnica, Bedaque registra a necessidade de adoção dos princípios da adequação<sup>222</sup>, da verdade jurídica objetiva, da elasticidade processual, da efetividade, da celeridade, da economia processual, da ausência de prejuízo, da operosidade, da instrumentalidade das formas, da fungibilidade dos meios, do contraditório e da ampla defesa, para alcançar os valores da segurança, da efetividade,

---

<sup>218</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** - influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 56.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>221</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: Processo cautelar (tutela de urgência.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p.34.

<sup>222</sup> BEDAQUE, *op. cit.*, p. 62.

da justiça e da paz social.<sup>223</sup> Ou seja: inovações processuais, construções teórico-científicas que não vão aos fatos. Tal proposta de instrumentalização da técnica para atender às necessidades do direito material se origina do reconhecimento de que o direito à tutela jurisdicional é direito fundamental a ser tutelado, o que incumbiria o legislador, de um lado, e o juiz, de outro, de viabilizar o exercício do direito por meio de técnicas adequadas que seriam corolários do direito à tutela jurisdicional efetiva e à ordem jurídica justa. Todavia, repete-se, essa adequação permanece sendo adequação às situações abstratamente consideradas, o que supõe sistematização e universalização do(s) sentido(s) do(s) direito(s), numa relação cristalizada, sem necessidade de tratar da diversidade das situações da vida. A realização dos direitos, fundamentais ou não, impõe, segundo o autor, a revisão da técnica para adequá-la aos seus escopos, pois o processo, para Bedaque, é a técnica (método) da qual se vale a jurisdição para alcançar o resultado de atuação da vontade concreta da lei.

Essa adequação, que é abstrata, porque não vai aos fatos, está ligada a uma preocupação implícita com a lógica interna da ciência processual, que pode ser percebida no trecho de Humberto Theodoro Júnior, que se transcreve:

“Quando se classificam as sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias, sempre se levava em conta o objeto (o conteúdo do ato decisório). Já quando se cogitou das sentenças executivas ou mandamentais, o que se ponderou foram os efeitos de certas sentenças. Não pode, como é evidente, uma classificação ora lastrear-se no objeto, ora nos efeitos, sob pena de violar a comezinha regra de lógica: toda classificação deve compreender todos os objetos do universo focado e deve observar um só critério para agrupar as diversas espécies classificadas. Pode haver, portanto, classificação por objeto e classificação por efeitos. Não pode, todavia, admitir-se como correta uma classificação que utiliza, para formação de alguns grupos de elementos, o critério do conteúdo e, para outros, o dos efeitos. Isto levaria, fatalmente, a superposições e conflitos entre as espécies irregularmente agrupadas.”<sup>224</sup>

No trecho colacionado, percebe-se que a classificação é remetida à exigência de precisão conceitual, e não, à necessidade da diferenciação entre os diferentes fatos da vida que são alegados no processo como diferentes pretensões e ações de direito material, cuja ausência de realização espontânea dá sentido à necessidade de construção do arcabouço processual.

---

<sup>223</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 40, 45, 50 e 99.

<sup>224</sup> THEODORO Júnior, Humberto. As vias de execução do código de processo civil brasileiro reformado. In: **RDCPC**, n. 43, p. 54, set.-out. 2006.

Trata-se, primordialmente, de preocupar-se com a higidez lógica da classificação, para, depois, catalogar nela a realidade, merecendo a passagem transcrita a crítica de Ovídio Araújo Baptista da Silva, no sentido de que o normativismo não vai aos fatos.<sup>225</sup>

Essa necessidade de catalogar o conteúdo do ato jurisdicional em proposições normativas – declaração, constituição e condenação – presente em abalizada e majoritária doutrina, no entanto, retira do fenômeno jurisdicional tudo o que vai aos fatos.

Compartilhando o pensamento de Theodoro Júnior, José Roberto dos Santos Bedaque considera que de qualquer modo

“a discussão preferida por alguns processualistas nenhum resultado prático produz e em nada contribui para o desenvolvimento da ciência processual. Luta-se por classificações fundadas em critérios heterogêneos, de difícil compreensão para aquele que necessita do processo sem ser, todavia, um profundo conhecedor dos conceitos e idéias restritos a certa corrente doutrinária. E – o que me parece mais grave – perde-se a oportunidade de buscar alternativas para a sua solução do grande problema das sentenças condenatórias e sua efetivação.”<sup>226</sup>

O mesmo se vê em José Carlos Barbosa Moreira que, diferentemente de Bedaque e Theodoro Júnior, que incluem as ações de direito material executivas entre as condenatórias, as inclui entre as modificativas, nas quais estariam como subclasses as constitutivas e a chamada executiva, “*as quais se distinguiriam uma da outra por concernir aquela a direitos potestativos, esta a direitos a uma prestação*”, mas segundo ele, seriam “*modificativas de estado de direito, não do estado de fato.*”<sup>227</sup>

Todos, então, estão atentos à classificação normativa dos conteúdos do ato jurisdicional, porque o processo, como diz Carnelutti, citado por Barbosa Moreira no mesmo trecho transcrito, é “uma ciência de nomes”, o que, ao que parece, envolve um retorno ao pensamento inicial de Hermógenes, em sua disputa com Crátilo, em que aquele diz a Sócrates: “[...] *não sou capaz de me deixar persuadir de que a correção dos nomes seja outra coisa para além da convenção e do acordo.*”<sup>228</sup> Com efeito, se a doutrina majoritária reconhece apenas três nomes, três categorias assim classificadas – declaração, constituição,

<sup>225</sup> Por todas, as obras de SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Idem. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>226</sup> BEDAQUE, José Roberto dos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 558-559.

<sup>227</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença Executiva. **Revista de Processo**, n. 114, p. 162.

<sup>228</sup> PLATÃO. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 44.

condenação - não é necessário encontrar nelas o seu ser. Basta o consenso em torno do que são, o que entifica o ser e apaga a possibilidade de buscar efetiva concretização dos direitos, pois antes vem a Ciência.

O resultado não é outro que aquele da ausência de pergunta pelo que é o direito, sua interpretação despreocupada com o mundo dos fenômenos e seu reconhecimento como ciência, cuja universalização é possível por força de que a consciência é dotada de características que poderiam levar a todos aos mesmos resultados, desde que se seguisse o método adequado. O método lógico-dedutivo, registre-se, aparece defendido como o método a ser utilizado por Dinamarco, cujo esforço em torno de uma Teoria Geral do Processo é sinal do apego paradigmático do jurista à fase científicista do processo. Observe-se que a adequação por ele proposta é operada em um *iter* lógico-axiológico em que cada

“direito, em concreto (ou cada situação em que a existência do direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores, que, no tempo presente, legitimam a disposição, chega-se à vontade concreta da lei”<sup>229</sup>.

Essa metodologia de adequação dos fatos na moldura abstrata está descrita em Hans Kelsen: “*Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.*”<sup>230</sup> Revela isso que o objetivo maior do jurista é permanecer ao abrigo de uma ciência tanto mais pura quanto mais cientificamente segura, um sonho como fora o sonho kelseniano de fazer do normativismo uma ciência pura. O apego ao método, na teoria da instrumentalidade, inclusive na moderna instrumentalidade proposta por Bedaque, reduz o processo a método de trabalho,<sup>231</sup> que deve ser seguro para que seja possível “*revelar o verdadeiro sentido da forma e da técnica processual*”.<sup>232</sup>

O apego ao método como forma de levar a resultados seguros e confiáveis e de manter o arcabouço da ciência está fundado na dúvida sobre tudo o que é concreto, sobre tudo o que é fato e que não seja moldado de acordo com a inspiração idealizada da ciência matemática que sobreviveu à dúvida metafísica cartesiana. Consoante se lê nos escritos do próprio Descartes,

<sup>229</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 48.

<sup>230</sup> KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 393.

<sup>231</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 77.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 90.

havendo um método para guiar o bom-senso, não há porque não considerar satisfatórios os seus resultados. Não há, a partir dessa concepção que molda o modo de pensar metafísico da modernidade, como não considerar satisfatórios os resultados do processo, ainda que eles nada satisfaçam e em nada resultem porque a tutela foi outorgada *in abstracto* e a vida das partes, sua situação concreta, em nada se alterou. A razão depende do método a guiá-la, porque, segundo Descartes, não é verossímil

“que todos se enganem; ao contrário, isso mostra que o poder de bem julgar e de distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente que se chama o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens; e, assim, a diversidade de nossas opiniões não resulta de serem umas mais razoáveis do que outras, mas somente de conduzirmos nossos pensamentos por diversas vias, e de não considerarmos as mesmas cousas. Porque não basta ter o espírito bom, o principal é aplicá-lo bem.”<sup>233</sup>

A *communis opinium*, então, possível a partir dessa visão, e agora por ela fundamentada em sua legitimidade, passa a ditar os rumos do Direito, em que predomina o que Luís Alberto Warat denomina de senso comum teórico dos juristas, para o qual o direito abstrato, desligado, como dito, do fenômeno conferirá a validade universal e a certeza, necessárias a todo empreendimento científico. Esses fatores, aliados ao sujeito individualista e irresponsável da modernidade, são o espelho do modo como o direito é compreendido e fonte de sua inefetividade no campo pesquisado: o processo em sua ligação com o direito material.

### **3.2.4 Uma reflexão em direção à compreensão autêntica da vinculação do intérprete à Constituição**

A afirmação de instrumentalidade, em que o instrumento não se vincula ao objeto sobre o qual deve atuar, e se interpõe entre ele e o sujeito que deve compreendê-lo e atuá-lo, impede que os juristas encontrem a efetividade que procuram e impede o acontecer “constituinte” da Constituição.

Importante gizar que onde a Constituição não condiciona, não cabe ao intérprete condicionar. Sendo assim, as condições da ação, herança liebmaniana, sustentadas pelos instrumentalistas, como Dinamarco e Bedaque, não poderiam ser consideradas válidas. Diz-

---

<sup>233</sup> DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1960. p. 41-42.

se, não poderiam, porque não se trata de condições da “ação” processual e, por isso, abstrata e incondicionada, mas porque se trata de condições da ação de direito material, essa concreta, apenas alegada e, por vezes, realizada por meio do processo. A distinção entre “ação” e ação e, por isso, não apenas a afirmação da ação de direito material, mas também a defesa da abstração da “ação” – e sua pressuposta autonomia – por meio da não-aceitação de seu condicionamento, é imperiosa, pois, só assim, será dada ao processo a investigação sobre a alegada ação de direito material, por intermédio do processo, em todos os casos. Processando-se toda “ação” que ingressar em juízo, poder-se-á garantir efetiva tutela a todas as ações alegadas no processo, realizando as pretensões de direito material não-realizadas espontaneamente, exigindo a realização prática das pretensões relativas a direitos subjetivos ou potestativos, individuais homogêneos, coletivos ou difusos, e dando curso a elas. Não importa, todas requerem efetivação, e sua efetivação não pode ser a mera construção abstrata da solução para o caso. Há de ser a efetiva providência que exige o direito material por meio de sua força dinâmica, a ação de direito material.

Negar, por um lado, a ação significa retirar a força do direito material, como tantas vezes alertado no curso do presente estudo; negar, por outro, abstração à “ação”, impondo-lhe condições que não são suas, mas da ação de direito material, importa impedir o acesso à efetiva prestação jurisdicional de inúmeras causas que, em face da garantia de inafastabilidade da jurisdição, devem ser processadas a fim de viabilizar o julgamento sobre ações que têm de ser atuadas para concretização dos direitos. Duas ordens de direitos fundamentais inalienáveis e inabolíveis são consideradas no que se sustenta aqui: o amplo acesso de todos ao judiciário, como garantia de cidadania e o direito à realização do direito pelo Estado, na exata medida em que essa realização foi por ele vedada ao particular, e a exigência de atuação da ação de direito material em sua concretude fática, que deve ser elevada, o mais possível, à identidade com aquela que teria sido atuada espontaneamente.

Ambas – ação e “ação” - acabam sendo negadas pela estrutura paradigmática em que se inserem as correntes instrumentalistas e todas as correntes processuais-procedimentais e substancialistas ligadas ao esquema S-O. É o que se faz quando se classifica uma única coisa, dita abstrata, a partir de noções eminentemente concretas. Nega-se a abstração da “ação”, ao mesmo tempo em que a concretude é elevada ao plano conceitual, porque se nega, também, o mundo prático, que ingressaria no processo pela ação. Ou seja, as características fundamentais da ação e da “ação” são negligenciadas. Como foi dito antes, a classificação das sentenças (de procedência!) é apenas um reflexo da classificação dos fatos jurídicos *lato sensu*, cuja construção, no Brasil, é devida a Pontes de Miranda. Ao falar, portanto, em classificar

sentenças (já no campo da jurisdição!), o que o processualista faz é buscar características dos fatos jurídicos, no que a dogmática chamaria de plano da existência, características que os acompanham ao chamado plano da eficácia, em que se encontram os direitos, pretensões e ações (de direito material!), características que deveriam ser consideradas no processo, como necessárias à real, e não abstrata, efetividade dos direitos materiais que não se realizaram espontaneamente, e não-transportadas a ele, como se o processo, técnica, pudesse, abstratamente, catalogar o mundo da vida em fórmulas procedimentais, construídas pela razão auto-suficiente, que, bem ordenada, sempre chega à verdade: o fruto nefasto da filosofia da consciência, que tirou o homem do mundo e o devolveu, por meio de suas ciências, ao mundo platônico e belo das idéias. Por outro lado, assim catalogada, a “ação” perde sua abstração e “ganha” condições concretas, positivadas, no sistema brasileiro, no art. 267 do Código de Processo Civil<sup>234</sup>, o que acaba impedindo o real acesso universal à jurisdição e deferindo-a apenas àqueles que têm direito.

Na questão relacionada ao procedimento, a velha dicotomia liberdade das formas e tipicidade das formas não encontra solução adequada pelo princípio da instrumentalidade, porque a proposta instrumental reconhece a impossibilidade de o processo restar atrelado a formas eminentemente típicas e, ao mesmo tempo, atrela-o à mera legalidade (que não se confunde com o Direito) como fiadora dos objetivos a serem cumpridos pelo processo e ao princípio do contraditório e da participação das partes. Essa postura só é necessária quando o processo se mantém desvinculado do direito material porque não há ponto de contato. Dizer-se que um é instrumento do outro, sem contato algum que não seja a lei *in abstracto* é, realmente, temerário, porque permite que a técnica seja manipulada para resultar na expressão de um estado pretensamente neutro. É sobre essa perspectiva de sentido, majoritária na doutrina do processo civil, que Calamandrei adverte, ao comentar o novo Código de Processo Civil Italiano:

“Sobre la naturaleza del oficio del juez (y también, de una manera más general, de los juristas), al que el nuevo código pide que sea ‘el austero asertor de una fuerte y más plena legalidad’, la relación ministerial contiene expresiones que no podrían ser más claras y enérgicas (n.8); y al principio de la legalidad ha querido permanecer fiel el nuevo código también en el campo específico del derecho procesal (relación, n. 16), en el cual se ha rechazado netamente la tendencia, que aflora en las legislaciones de otros países, a confiar al juez el poder de fijar libremente en cada caso, fuera de todo dique de ley, el procedimiento que estime corresponda mejor a

---

<sup>234</sup> Art. 267 – Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: [...] VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

las exigencias concretas de las controversias a decidir. Si esta ilimitada libertad del juez fuese admitida, la función práctica de la ciencia procesal sería en gran parte anulada; como pienso que debería ocurrir en un país en el que se hiciese general aquella disposición que al principio de la guerra ha sido puesta en vigor en Alemania por los *Amtsgerichte*, a los cuales se les ha concedido el poder de determinar discrecionalmente caso por caso el propio procedimiento.”<sup>235</sup>

Ora, lá onde o vínculo entre direito material e processo existe concretamente – onde a ação de direito material é reconhecida –, esse temor seria desnecessário, porque não somente as leis do processo seriam elementos para o regramento do caminho procedimental. A ausência da ação de direito material no modo de pensar dos juristas e aplicadores permite que o procedimento seja estabelecido *in abstracto*, para tutelas jurisdicionais também disciplinadas *in abstracto*, *i.e.*, adequadas aos direitos positivados, mas sem a realidade concreta dos fatos e sua dinâmica. Adequação abstrata defendida por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao dizer:

“Deve-se atender, essencialmente, aos princípios da efetividade e da segurança (este derivado do próprio Estado de Direito e representado pelo conceito de ‘devido processo legal’), ambos com matriz constitucional, e ainda à situação jurídica substancial afirmada. Esses princípios informadores é que determinam as espécies possíveis de tutela jurisdicional *in abstracto*.”<sup>236</sup>

Em uma compreensão hermenêutica da ação de direito material, essa também irradia seus efeitos para a compreensão do procedimento adequado, todavia, ao direito material *in concreto* (sua dimensão dinâmica: ação de direito material), porque compreensão-interpretação-aplicação se dão em um único momento. Não há compreensão sem fatos. Essa concepção, longe de malferir o texto das leis e a disciplina constitucional, os concretiza, ao permitir que o juiz, libertado da tipicidade abstrata das formas, possa amoldar o procedimento - segundo as necessidades que o litígio e os fatos que não congelam com a propositura da ação, exigem – concretizando direitos por meio da atuação real no mundo prático. Nem tipicidade de formas, pois, tampouco liberdade ao juiz para livrar-se delas sem parâmetros. O que se propõe é um procedimento que, disciplinado na técnica processual, seja permeável às exigências do caso concreto, e que, por isso, e apenas por isso, pode dizer que age de acordo com as exigências democráticas de um direito que não é refém dos técnicos e que poderá

<sup>235</sup> CALAMANDREI, Piero. **Los estudios de derecho procesal en Italia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959. p. 100-101.

<sup>236</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51.

realizar-se, realmente, sem mudança em sua essência oriunda da necessidade científica de os juristas do processo manterem o seu campo de poder, entendido esse como o conjunto de

“relações de forças entre as posições sociais que garantem aos seus ocupantes um quantum suficiente de força social – ou de capital – de modo a que estes tenham a possibilidade de entrar nas lutas pelo monopólio do poder, entre as quais possuem uma dimensão capital as que têm por finalidade a definição da forma legítima do poder [...]”<sup>237</sup>

Nesse contexto, aparece a essencialidade da questão da fundamentação quando se tem em mente que a técnica, representada pela “ação” abstrata, após o desaparecimento da ação de direito material, está sujeita às mutações ilegítimas do sistema político, e ao retrocesso social. Não reconhecer a ação de direito material, afirmando um vínculo meramente abstrato entre o direito material e sua técnica de efetivação, permite que se desconheça a força impositiva que advém do reconhecimento de direitos pela Constituição e pelo ordenamento jurídico como um todo, fazendo depender a eficácia dos direitos materiais, fundamentais, ou não, e de todo o ordenamento jurídico, da realidade cambiante de posições políticas, inclusive ilegítimas, deixando, nesse caso, a sociedade e o próprio Judiciário sem alternativas diante da crise, já que permite a construção de instrumentos meramente abstratos para defesa dos direitos, contentando-se com uma aparência de efetividade do processo. Essa aparência de efetividade denuncia a presença de um modo-de-fazer direito próprio do Estado Neutro, que não se compromete com valores, justiça ou verdade, ao buscar a segurança por meio da lei, a qual é reduzido o direito. Lei e Direito, equiparados, passam a ser sinônimos de verdade e justiça, em que as leis são “*as regras do justo e do injusto*”,<sup>238</sup> independentemente de seu conteúdo.

É preciso, então, reconhecer que um

“símile Stato técnico-neutrale può essere tanto tollerante quanto intollerante; in entrambi i casi resta neutrale allo stesso modo. Il suo valore, la sua verità e la sua giustizia sono assorbite dalla decisione del comando legale; l’introduzione de quelle idee nell’argomentazione giuridica creerebbe soltanto nuovo conflitto e nuova insicurezza.”<sup>239</sup>

<sup>237</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 28-29.

<sup>238</sup> Thomas Hobbes é citado por SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 95

<sup>239</sup> Carl Schmidt, neste trecho, é citado por SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 96.

Esse Estado Neutro, descompromissado com a realidade, traduz a necessidade de o processo, como técnica, permanecer neutro. Para que o processo se mantenha neutro, isto é, realizando apenas os fins que não são estranhos à sua própria estrutura, ditados pelo Estado do *laisse faire*, que, no horizonte brasileiro, é o que representa a estrutura do Código de Processo Civil, ele não pode ser invadido pela realidade. Nesse contexto, a ação de direito material, como expressão dinâmica e cambiante de um direito material, que é levado pelos influxos do que acontece no mundo, que não foi realizado e está em constante mutação pelos diferentes reflexos dos acontecimentos – atos ou omissões dos envolvidos, modificações no cenário econômico, político, social, cultural –, deve ser negada pela doutrina que não compreendeu, ainda, o poder transformador de uma nova concepção do sentido do direito e de seu documento fundante: a Constituição em um Estado Social e Democrático de Direito. Quando a doutrina reconhece a manutenção ou assecuração da paz social como escopo fundamental do processo, o que faz a teoria da instrumentalidade, ela pressupõe duas ordens de idéias: de um lado, que a paz social exista, possa ser mantida ou assegurada pela simples solução normativa da controvérsia (sem satisfação real dos direitos, porque não há melhor solução possível para as partes); de outro, que a Constituição, neste Estado Democrático de Direito, especificamente, o Brasil, não seja transformadora de mundo (porque satisfazer normativamente não transforma mundo). Essa concepção remete ao Estado-Neutro Hobbesiano, em que a “*Constituição transforma-se, assim, em um território inóspito (espécie de latifúndio improdutivo), pela falta de uma pré-compreensão adequada acerca de seu papel no interior do novo paradigma do Estado Democrático de Direito.*”<sup>240</sup>

Permanecem, por isso, em meio a uma concepção de Estado, eminentemente liberal, que não conhece valores que não os da neutralidade que intensifica a tendência humana à segurança e estabilidade - porque o “*impulso de retirar-se da complexidade eivada de riscos para o abrigo da uniformidade é universal; o que difere são os modos de agir a partir desse impulso [...].*”<sup>241</sup> - que não são mais possíveis nessa quadra da história, a era da modernidade líquida.

Esse impulso não admite intromissão da cambiante realidade do direito material em ação. Isso exige a negação da ação de direito material e da capacidade de transformação social por meio do processo, cuja importância se torna central no estágio de afirmação democrática. A prevalência de um Estado pretensamente neutro, em que não há visão transformadora da

---

<sup>240</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 18.

<sup>241</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 206.

realidade, transmuta o processo em uma técnica que é distanciada do direito material por sua própria necessidade de construir meios de atuação jurisdicional seguros e, por isso, estáveis.

Foi dito por Micheli que

“y el legislador puede de muchos modos, como lo demuestran también la reciente experiencia de la Corte Constitucional, limitar o suprimir los derechos de la defensa del ciudadano, violar un precepto constitucional, cuya actualidad está precisamente demostrada por las actualmente frecuentes hipótesis en que el ciudadano se ha sentido disminuido precisamente denunciando la ilegitimidad de ellas ante la corte.”<sup>242</sup>

Com efeito, o legislador, seja ele constituinte ou infraconstitucional, não pode fazer isso, mas invariavelmente o faz, deixando, sem solução efetiva, inúmeros casos levados à apreciação do Poder Judiciário. Por que o faz? É precisamente esse, segundo se entende, o âmago da questão. Se a lei é a medida do justo e do injusto, o vínculo entre direito material e processo deve se dar apenas no âmbito das idéias, prevendo o legislador hipóteses abstratas de processo para hipóteses também abstratas de direito, consoante ressaltou Micheli, quando disse que “*mediante el ejercicio, en el proceso, del poder de acción, el sujeto ‘hace valer’, afirma ante el juez una pretensión, respecto de la cual pide una forma, un tipo de tutela jurídica, prevista (en abstrato) por la ley.*”<sup>243</sup>. Se esse é o elo de ligação, então, a adequação entre o processo e o direito material será sempre irrecusável, e não haverá problemas na efetividade da jurisdição que não passem, exclusivamente, pela melhoria do sistema processual, visto, sempre, abstratamente. Essa visão é compartilhada pelas correntes instrumentalistas, em suas várias proposições, o que permite ver nelas um sempre renovado retorno à afirmação da autonomia do processo em relação ao direito material e um renovado contentamento com a possibilidade de melhorar as aparências de efetividade.

É claro que essas insuficiências são sentidas, inclusive, pelos doutrinadores que professam a inexistência da ação de direito material. Foi isso que levou Micheli, onze anos mais tarde, a dizer que todas as “*tentativas de catalogar las acciones humanas, de reconducirlas a módulos racionales, se agotan frente a la infinita variedad de estas*

---

<sup>242</sup> MICHELI, Gian Antonio. La unidad del ordenamiento y el proceso civil. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970. p. 318.

<sup>243</sup> MICHELI, Gian Antonio. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Eurpora-América, 1959. v. 1. p. 35-36.

*acciones*”, mantendo, paradoxalmente, sua opinião inicial sobre a doutrina da ação.<sup>244</sup> Isso porque os problemas do processo em sua relação com o direito material são atribuídos à visão privatística do processo que seriam atribuídas às tentativas de reduzir o processo a uma manifestação do direito subjetivo e privado, aos quais o direito material é reduzido, nessa visão, o que remete à homogeneidade de pensamento.

### 3.3 DE DIFERENTES HORIZONTES DE SENTIDO E DA IMPOSSIBILIDADE DE RECONSTRUÇÃO OU “CONCERTO” DA TRADIÇÃO

O senso comum teórico dita uma forma de pensamento homogêneo, que leva o processo a ser tematizado e aplicado sem que o sentido do ser do direito material nele alegado seja parâmetro para o desenvolvimento do processo. Esse é tematizado e alterado legislativamente, em busca de maior efetividade, por medidas que, ao invés de aproximá-lo do direito material, deixando que este seja a medida e o parâmetro, distancia-o ainda mais. As considerações que se seguem visam a demonstrar como isso se dá, de modo a demonstrar que os diferentes horizontes de sentido de que partem as visões aprisionadas na metafísica, que caracteriza a era da técnica, não têm possibilidade de fundir horizontes com a visão que é proposta aqui. Por isso, não há possibilidade de concerto da tradição, sendo necessário um rompimento com o paradigma dominante para que uma nova possibilidade de sentido aconteça. Isso, todavia, só pode ser feito ao ser amplamente desvelada a força do paradigma dominante e como ele produz o resultado em que a técnica pode mudar a essência do ser, o que encaminha a análise da relação entre direito material e processo sob a ótica da exceção.

#### **3.3.1 Na inovação conceitual criativa, a homogeneidade de pensamento no seio do paradigma e a aparência de efetividade**

Dentre as visões instrumentais, aparecem as formulações como as da chamada visão alternativa do Direito, cujo pensamento retoma, também, a afirmação de insuficiência da

---

<sup>244</sup> MICHELI, Gian Antonio. La unidad del ordenamiento y el proceso civil. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1970. p. 320.

concepção do processo como “*mero instrumento do direito substancial*”<sup>245</sup>, propondo que, ao assimilar “*mais ampla e profundamente sua função pública no seio do Estado contemporâneo, o processo estende seu escopo para o social e o político, em prevalência sobre o jurídico. Enfim, busca justiça sob a égide da efetividade do processo.*”<sup>246</sup>

Nesse momento, é latente a pergunta de como se dá efetividade ao processo tomando o direito como realidade só jurídica. Não é adequada a crítica ao silogismo formal da teoria da subsunção se a realidade continua sendo fatiada e analisada em etapas de interpretação: primeiro observo o escopo social, depois o político, depois o jurídico, prevalecendo os dois primeiros em relação ao último! Conceber diferentes escopos, como se a compreensão tivesse um roteiro, método, é não se distanciar dos erros do positivismo-normativista. Apenas se inverte o objetivo (ou escopo), abstratamente, considerando ser essa a solução para alcançar uma visão transformadora do direito. Inverter a ordem do método é permanecer nele, talvez, agora, libertados os intérpretes das amarras da visão estritamente jurídica e legalista do fenômeno, para abandonar-se às suas próprias idéias do que seja o social e o político e do que seria a tarefa da jurisdição.

É evidente que os escopos ditos sociais e políticos se integram à compreensão da realização do direito material a partir de uma visão transformadora do direito, mas é por meio de sua efetiva realização, considerando os valores eleitos pela Constituição, que norteia a compreensão do direito material, que se realizam todos aqueles escopos que devem, sim, ser reconduzidos a uma compreensão como aplicação, pois não há compreensão e interpretação sem um caso, sem fato, sem *applicatio*. Em direção a uma visão transformadora e autêntica, *i.e.*, no momento de significação do ser desse ente que é o direito, torna-se central a idéia da força impositiva do direito material, que se transforma em força nenhuma com a teimosa e inautêntica afirmação de que visualizar a jurisdição por meio da ação de direito material é sinal de uma visão privatística do processo civil.

A partir do pressuposto teórico vigente, de homogeneidade de posições e efetividade normativo-processual, *i.e.*, a partir do núcleo do paradigma dominante, inúmeras mudanças legislativas são propostas, algumas com evidente poder de quebrar a ordinaryness, como os artigos 273 e 461 do Código em vigor. Todavia, tais soluções surgem no seio do paradigma em crise, na esperança de que tais reformas tenham o condão de fazê-la desaparecer. Ocorre que o modelo de pensar e fazer Direito no Brasil, o *habitus* que se impõe por meio do paradigma dominante, determina que se veja o novo com os olhos do velho.

---

<sup>245</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 106.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 101.

Nesse contexto, indubitavelmente, a idéia predominante é a de que só pode haver paz social por meio de segurança jurídica, essa, por sua vez, umbilicalmente, segundo o paradigma dominante, ligada ao predomínio do método e à consagração da certeza no seio das relações jurídicas. Por isso, muito embora o reconhecimento de direitos materiais, que exigem diferente abordagem material e tratamento processual, a jurisdição permanece atada aos grilhões do direito individual e pessoalizado, do processo ordinarizado, da dificuldade, senão impossibilidade, de reconhecer e aplicar mecanismos que visem à quebra da ordinariedade ou que se fundamentem em verossimilhança ou probabilidade, em cognição sumária, enfim, em tutela sumária satisfativa e autônoma. Em suma, em que haja modificação do mundo dos fatos, satisfação, império, antes da plenária cognição, e mesmo depois dela, de modo a que seja viabilizada a realização das pretensões, no plano social, contra a vontade da outra parte, sem que esse resultado seja condicionado ou inviabilizado pelas regras de processo e pela ideologia que as domina.

Acerca disso, é imperioso relatar o que se tornou evidente com a alteração legislativa ocorrida por meio da Lei nº 11.232/05, que introduziu o art. 475-J, que pretensamente suprime a dicotomia conhecimento-execução, subtraindo a necessidade de citação entre a sentença e o início dos atos executórios. Como era evidente, já que a dicotomia não se encontrava apenas no Código de Processo Civil, mas no pensamento dominante, que se reproduz há décadas, os operadores do Direito não conseguem trabalhar com a dita alteração, e o resultado prático permaneceu sendo, na grande maioria dos casos, o mesmo verificado após a entrada em vigor do art. 461 do Código de Processo Civil, que disciplina a execução, provisória ou definitiva, das obrigações de fazer. Nada de realmente relevante mudou. Permanece havendo necessidade de petição inicial executória, que, todavia, mudou de nome (requerimento). Continuam sendo admitidos e processados embargos, que também mudaram de nome (impugnação), com o mesmo espírito de outrora, i.é, o olhar do operador do Direito sobre os referidos institutos, na hora de aplicá-los, verdadeiro elemento “emperrador” do processo e de seu andamento, bem como da realização de seus escopos, não foi alterado. O devedor/executado continua agindo como se a sentença não contivesse uma ordem, mas fosse mera declaração, como se não contivesse império, sendo apenas uma formulação da vontade concreta da Lei, apta a produzir segurança jurídica por meio da certeza ínsita ao conceito de coisa julgada. A dicotomia persiste, embora a doutrina possa afirmar que a dogmática superou

as objeções que lhe foram feitas, no Brasil, especialmente pela obra de Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>247</sup>.

Alterações periféricas - que não efetuam a quebra da ordinariiedade no intuito velado ou não-percebido de fazer crer que as coisas estão mudando, vão evoluindo, quando tudo se encontra parado e envolto pela poeira de uma terra devastada que, ainda assim, acredita que tudo está em perfeita ordem<sup>248</sup> - têm sido recorrentes no Processo Civil Brasileiro dos últimos anos. É ilustrativo invocar a tentativa de limitação na tramitação de processos no Poder Judiciário Brasileiro, com a criação de óbices, primeiramente, à tramitação de Recursos nos Tribunais Superiores (artigo 38 da Lei nº 8.038/90), após, nos Tribunais de 2ª instância (art. 557 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98) e, por fim, a tentativa de limitação na tramitação de ações que podem ser repudiadas, *ab initio*, pelos juízes de 1º grau (art. 285-A, introduzido no Código de Processo Civil pela nº 11.277/06), tudo mediante a invocação de súmulas e verbetes de jurisprudência dominantes nos Tribunais, em evidente recurso à metodologia universalizante, que atende aos anseios de reprodução de sentidos da ideologia da modernidade, e impede a compreensão do caso e do fenômeno jurisdicional como produtor do sentido dos objetivos do Estado Democrático de Direito.<sup>249</sup>

A sumariedade da cognição<sup>250</sup>, como decorrência do conteúdo do direito, da pretensão e da ação de direito material, defendida por Ovídio A. Baptista da Silva, reiteradamente, em suas obras, tem sido objeto de profunda resistência por parte da doutrina. Vem sendo paulatinamente admitida, por meio de projetos de reforma do Código de Processo Civil, como construções processuais inovadoras, nunca como decorrência do modo-de-ser do direito material. Dessa forma, sua introdução no seio do paradigma não deriva do reconhecimento da necessidade de o processo atender às características do direito material e, por isso, o modo de operar essa inovação permanecerá atrelado ao *habitus* do senso comum teórico e tenderá a ser operada conceitualmente, sem vinculação com os fatos que fazem com que determinada “ação” deva ser desenvolvida de acordo com as necessidades da ação que foi alegada no processo. Como é sabido, necessidades reais não afetam o normativismo. É relevante notar

---

<sup>247</sup> O texto remete a todas as obras do autor citadas nas referências como nas obras consultadas.

<sup>248</sup> Das quais os exemplos mais angustiantes são as alterações na sistemática recursal e a criação das súmulas vinculantes e impeditivas que, a pretexto de “melhorar” a disciplina processual e, particularmente, dos recursos, criam, cada vez, mais óbices ao acontecer do direito material no processo.

<sup>249</sup> Exemplos os mais variados poderiam ser citados, mas, a síntese referida, apresentada em aula do curso Mestrado da UNISINOS, na disciplina de Hermenêutica Jurídica - 2006/2 – pelo Prof. Lenio Luiz Streck e por ele tratada em sua obra, ilustra o que tem sido a realidade da dogmática jurídica no campo do Processo Civil. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006.

<sup>250</sup> Que não se confunde com a sumariedade procedimental construída pelo processo.

que o senso comum teórico e seu respectivo campo são tão fechados em suas representações de sentido que - mesmo com a defesa feita pelo doutrinador<sup>251</sup>, no Brasil, com fundamento na doutrina de Sérgio Chiarloni, de propostas cujo embasamento são o contraditório eventual ou postificado, a sumarização das demandas e o direito substancial à cautela - a recente proposta legislativa a respeito do tema da sumarização da demanda e transformação do contraditório ordinário em eventual nas antecipações de tutela, chamada “*proposta de estabilização da tutela antecipada*”, é atribuída por José Roberto dos Santos Bedaque e pela Comissão constituída pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual a Kazuo Watanabe, em obra desse autor indicada e citada na justificativa do projeto, de 1999.<sup>252</sup> A sumarização das demandas, no entanto, como adverte Ovídio A. Baptista da Silva, não é nenhuma novidade no sistema processual brasileiro, para quem observa o “*conceito de título executivo* (o autor refere-se ao título executivo extrajudicial) –

o grande motor da civilização industrial -, vendo que sua construção sustentou-se no princípio do contraditório eventual, [...] De modo que o direito moderno que produziu a genial criação do título executivo, valendo-se da verossimilhança e da inversão do contraditório, através do qual o estado está disposto a conceder tutela a quem pode não ter direito, recusa-se a empregar a mesma técnica para outras situações que não seja diretamente os interesses dos comerciantes e empresários em geral.”<sup>253</sup>

Dessa forma, duas ordens de preocupações se apresentam: 1. o fato de que a proposta parte do senso comum teórico dominante e está destinada a atuar por meio de agentes inseridos nesse mesmo paradigma, o que motiva o temor de que a modificação poderá não ter as repercussões que deveria, aparecendo apenas como um apêndice ao mecanismo estruturado do processo e padecendo de real efetividade na vida das pessoas que necessitam do processo; 2. o reconhecimento de que, em prol das classes dominantes, a técnica é construída a partir da realidade social. É imperioso notar que a executoriedade do título cambial foi construída pelo processo não porque haveria necessidade de assegurar a paz social, mas para atender à realização concreta dos interesses das classes em favor de quem, em grande volume, os mencionados títulos são emitidos: as classes dominantes.

---

<sup>251</sup> SILVA, Ovídio A Baptista da. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. v. 3. p. 61.

<sup>252</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 84.

<sup>253</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de processo civil: Processo cautelar (tutela de urgência)**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 31.

### 3.3.2 De como a técnica moderna conduz à prevalência da exceção e da necessidade da viravolta na compreensão da relação entre direito material e processo

A afirmação da ação de direito material, insiste-se, não reduz o direito material ao direito subjetivo ou ao direito privado, como também não reduz a ação de direito material à uma ação vista apenas no plano subjetivo-privado. Direito material tem feição ampla, abrangendo direitos subjetivos, reais e pessoais, direitos potestativos, direitos de natureza privada ou pública, fundamentais ou não. Também não reduz o processo a uma face ou vertente do direito privado ou, ainda, material. Fá-lo, apenas, vincular-se, em sua diferença, como técnica, àquilo que deve realizar, o direito material.

Cumprе observar, no entanto, que, assim como não é possível reduzir o processo ao direito material, não é possível reduzir esse àquele. A visão que refuta a ação de direito material, no entanto, produz exatamente isso, cujo fenômeno é tratado, aqui, como permissão à técnica de alterar a essência do ser do direito material. Contra a ação de direito material, chamada por ele de ação-direito, Micheli afirma a esfera processual e os atos que só tem razão de ser no próprio processo, reduzindo o direito material ao processo (em adoção de postura monista que ele pretende refutar). Diz ele:

“Algo más arriba he recordado que, contra el fundamento de la acción-derecho está todo el código de rito que disciplina y regula, desde la demanda, a la sentencia, una serie de actos provenientes también de las partes que tienen su razón de ser en el proceso; actos por consiguiente, que en este último encuentran su justificación estructural y funcional, independientemente de las situaciones de derecho sustancial que, a través del proceso civil, son hechas valer.”<sup>254</sup>

A técnica, concebida a partir da noção de que a “ação” – abstrata, que substituiu a ação concreta, que é a ação de direito material - norteia o processo que se desenvolve, como técnica, em procedimento, apenas instrumentalizando o direito abstrato positivado na lei, é um erro. Esse erro traz consigo o perigo. Perigo na defesa de escopos a serem realizados no campo normativo, porque seu sentido não é direcionado ao caso concreto, uma vez que realizar o direito no caso concreto não seria nem o primeiro, nem o mais importante escopo. Dinamarco sustenta que, neste “*cuadrante da história do direito, já não teria sequer sentido*

---

<sup>254</sup> MICHELI, Gian Antonio. Jurisdicción y acción: premisas críticas al estudio de la acción en el proceso civil. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1970. p. 172.

*cogitar da tutela dos direitos como escopo do processo, expressão de uma visão superada do ordenamento jurídico.*<sup>255</sup> Os reais escopos, então, seriam: eliminar conflitos por critérios justos, educar para o exercício dos direitos, regular o exercício do poder mediante critérios que incluam a participação dos interessados. Esses têm sido os escopos perseguidos pelo processo durante as últimas décadas e as agruras com que lida o processo civil só têm aumentado, justamente porque a ciência do Direito Processual considera intromissão indevida à sua autonomia a pretensão de o Direito Material pretender sua realização como escopo principal do processo.

Para as concepções inseridas nesse mesmo horizonte de sentido, em que a pacificação social é o escopo primeiro do processo, porque a tutela jurisdicional, “*despida de imutabilidade (e por conseqüência da indiscutibilidade) conferida pela coisa julgada ao comando sentencial*” seria mera “*flatus vocis*”<sup>256</sup>, a efetividade não parte do mundo e não se pode admitir a “*idéia de uma norma de conduta que contenha dentro de si o mecanismo de sua própria realização judicial, acaso violada [...]*”<sup>257</sup>. Por esse motivo, não se poderia admitir a existência da ação de direito material, cujo conteúdo é limitado, nessa visão, à mera norma de conduta, o que, efetivamente, lhe reduz o significado e, em tese, justificaria sua recusa.

A viravolta na compreensão da relação entre direito material e processo, que é objeto das presentes reflexões, pretende transpor a concepção meramente apofântica da ação de direito material, reduzida a “*slogan, uma simples idéia platônica*”<sup>258</sup>, o que leva à sua negação, para recuperar sua dimensão de “sol” do sistema, preferindo a forma como Pontes de Miranda a nomina. Parte-se, então, desse “sol” projetando, diante do perigo já concretizado de mau uso da técnica, uma viravolta na dimensão da compreensão, uma autêntica revolução copernicana: esse sol não é mais o centro de todo o sistema, mas a fonte de irradiação de efeitos do direito material para o processo, o que permite a esse, em sua inicial e essencial neutralidade como técnica, ser iluminado precisamente pelos efeitos que irradiam do retorno ao mundo prático, em que o ordenamento jurídico é considerado, sempre, a partir de uma

---

<sup>255</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 216.

<sup>256</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 317.

<sup>257</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50.

<sup>258</sup> OLIVEIRA, op. cit., 296.

visão constitucional transformadora de mundo, de que a Constituição é o centro do sistema, como documento político, social, jurídico, filosófico, que une esses elementos indissociáveis na compreensão hermenêutica.

O processo não pode servir como espaço de dominação. Deve servir como espaço de transformação social em que ao direito material seja dado realizar-se, e não há transformação maior do que essa em um universo onde não se tem acesso ao sentido, mas apenas às coisas em sua dimensão presentificada.

Uma concepção hermenêutica, em que a Constituição, como parte da pré-compreensão do intérprete, constitui sentidos, permite que o processo, como técnica, seja iluminado, justamente, por seus valores, por meio desse “sol” do sistema – a ação de direito material (sentido do ser do direito) – que recupera o mundo prático e une fato e direito, em sua diferença, que é ontológica. Ao processo será possível, então, seguir sua vocação para atender aos valores e princípios segundo o caso concreto, sem ter uma postura valorativa em si, compartimentada em escopos dados *a priori*, de forma genérica – paz social, por exemplo - a serem somados uma ao outro como entes distintos, cuja significação poderia ser até conflitante. Essa concepção compartimentada da tradição permite uma visão distorcida do Direito como um todo e permite o reconhecimento de que o processo poderia alterar o modo de ser do direito material, entificando-o em fórmulas abstratas e realizando-o, assim, apenas normativamente, o que atende ao escopo de assegurar a paz social, segundo o que acredita a doutrina majoritária, mesmo sem mudar a vida dos envolvidos e, especialmente, daquele que reclama a satisfação de seu direito.

O sentido não é um dado. Ele é construído a partir da Constituição, numa compreensão hermenêutica que constrói o significado do ser do direito material, sem reduzi-lo a mero ente, cujo sentido estaria aprisionado no texto ou cujo sentido poderia ser atribuído arbitrariamente pelo processo, o que permitiria ao processo fugir à sua missão, ligando-se de maneira meramente abstrata com o direito material.

É imprescindível reconhecer, com Ovídio Araújo Baptista da Silva que o “*direito subjetivo, isoladamente, jamais me dará ação.*”<sup>259</sup>. Sendo assim, a negação da existência da ação de direito material tem pressupostos ideológicos ligados à manutenção do racionalismo, pois, negando a existência de ações, pretensões e até de direitos no campo do direito material, o normativismo racionalista consegue transportar a certeza presente no direito material consumado, em que as coisas são ou não são, para o direito material não-realizado, em

---

<sup>259</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 48.

mutação, e para o processo, no qual há apenas projeto, não há certezas, apenas possibilidades e alegações, transformando o processo em um campo aparentemente seguro de verdades e segurança, abstraindo-o de seu ser e impedindo-o de exercer suas funções, já que, para isso ele necessariamente teria de trabalhar com o razoável, o provável, o verossímil, contentar-se com menos do que a verdade e a certeza. Tudo isso, como visto, são necessidades imperiosas de quem precisa da afirmação do direito como ciência - nos moldes da modernidade, e, por isso, abstrata - dotada de universalidades não-cambiantes, de abstrações, de dados fixos, sem os quais não haveria ciência. Essa necessidade de negação da existência da ação de direito material retira do titular o poder frente ao Estado, entregando-lhe um instrumento formatado pelo Estado segundo suas próprias necessidades, e desloca a este o poder característico de feição totalitária, em que impera a exceção e em que o espaço de anomia do Direito é considerado espaço legítimo a ser preenchido pelo sujeito assujeitador da modernidade na forma como o pensamento das classes dominantes considerar adequado aos seus interesses. Passa-se a compreender o processo como favor do Estado, ao invés de perceber nele um imperativo, um dever do Estado frente ao reconhecimento de direitos dos quais a ação de direito material é a fonte de irradiação do ser e da força impositiva do direito a ser realizado pelo Estado, por meio da realização do resultado prático equivalente à sua plena realização. Essa negação também atende aos ditames do Estado liberal, pois a lei do mercado - a segurança de menor interferência possível na esfera jurídica alheia e de solução final da controvérsia - exige um processo civil que “despotencialize”<sup>260</sup> o direito material. É o espaço de anomia e de exceção.

---

<sup>260</sup> Parafrazeando SILVA, Ovidio A Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 168.

## 4 A ANÁLISE DA EXCEÇÃO

A análise da exceção parte do reconhecimento de que, se a técnica pode alterar o sentido do ser do ente, é porque esse ser foi retirado do mundo e aprisionado no conceito. É evidente que isso só se dá porque o mundo prático foi subtraído e, em seu lugar, é reconhecida a suficiência do ordenamento, abstratamente construído, ou um espaço de anomia, a ser preenchido, conforme a situação pela vontade do intérprete, em que a lei material já não tem força de lei e onde, por outro lado, há força de lei sem lei. Os subcapítulos que se seguem pretendem projetar essa análise no campo da relação entre direito material e processo, desvelando o seu papel na ausência da possibilidade de o direito material acontecer no processo. Projeta-se tal impossibilidade em direção à viravolta no seio da qual se considera que isso possa se tornar possível.

### 4.1 O PAPEL DO POSITIVISMO NA PRODUÇÃO DA EXCEÇÃO E O (NÃO-) LUGAR DA AÇÃO DE DIREITO MATERIAL NO SEIO DESSE PARADIGMA

A revelação dos pressupostos ideológicos que constituem a base para o predomínio do indivíduo e que levam à definição da modernidade como época da imagem do mundo demonstram os motivos pelos quais a investigação anterior se fazia imprescindível, já que possibilita compreender porque a dualidade entre conceito abstrato e ser concreto, denunciada por Carl Schmitt<sup>261</sup>, leva à subtração do mundo prático, ao predomínio do conceito e à eliminação da ação de direito material do seu lugar como modo-de-ser do direito material, expressão dinâmica que liga direito material e processo. Como afirma Carl Schmidt:

“Con la filosofía de Descartes comenzó la conmoción del antiguo pensamiento ontológico; su argumentación cogito, ergo sum remitió a los hombres a un hecho subjetivo e interno, a su pensamiento, en lugar de una realidad del mundo exterior. El pensamiento científico-natural de los hombres dejó de ser geocéntrico y buscó el centro fuera de la Tierra, el pensamiento filosófico se volvió egocéntrico y buscó el centro en sí mismo. La filosofía moderna está dominada por una escisión entre pensamiento y ser, concepto y realidad, espíritu y naturaleza, sujeto y objeto, que la solución transcendental de Kant tampoco eliminó; esta no restituye la realidad del

---

<sup>261</sup> FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 82.

mundo exterior al espíritu pensante, porque para ella la objetividad del pensamiento consiste en que éste se mueve en las formas objetivamente válidas y alla esencia de la realidad empírica, la cosa en sí, no puede ser aprehendida.”<sup>262</sup>

Indissociados, pensamento e ser permitem a subtração do mundo prático e impõem a negação dos elementos que significam a retomada do vínculo entre direito material e processo. Com isso, o ser – o direito material - perde força impositiva e pode ser aprisionado e constantemente redimensionado pelo conceito, o que já demonstra que o positivismo e suas posturas são o modelo de pensamento que corresponde ao mundo da era da técnica em que o espaço da ação no mundo é negado em prol da otimização dos modos de fabricação de entes padronizados.

É imperioso, portanto, investigar como o positivismo produz a exceção e, com ela, a subtração da força impositiva do direito material, motivo pelo qual a negação da ação de direito material - categoria capaz de restabelecer o elo entre o conceito e a coisa em si e de retomar o vínculo com o mundo prático - está fundamentada na manutenção do paradigma positivista e no individualismo da era da técnica. É o que se pretende abordar no presente capítulo.

#### **4.1.1 Sobre o ‘lugar’ da negação da ação de direito material no paradigma de pensamento que tem a exceção como normalidade**

A negação da ação de direito material responde a um imperativo da era do Direito como técnica de dominação em que a alternativa se dá, consoante salienta Bourdieu, entre o “*formalismo, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social, e do instrumentalismo, que concebe o direito como um reflexo ou um utensílio ao serviço dos dominantes.*”<sup>263</sup>

Múltiplos são os fatores que servem a esse propósito, como se buscou assinalar. O resultado, todavia, que se quer apontar, no presente estudo, é o da dominação do direito material pelo processo, que se dá pela alternância, à disposição do intérprete, entre normalidade e exceção.

---

<sup>262</sup> SCHIMITT, Carl. **Romanticismo político**. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2000. p. 110.

<sup>263</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 209.

Os imperativos que levam à negação da ação de direito material como anacronismo e *slogan* respondem ao pressuposto do sistema jurídico positivista que, na análise de Schmitt, mescla o normativismo e o decisionismo “*e substitui a justiça pelo interesse da segurança jurídica*”<sup>264</sup>. Por meio dessa mescla, o positivista fundamenta, segundo Schmitt, “*o seu ponto de vista primeiramente, em uma vontade (do legislador ou da lei) e depois, contra a sua vontade, sem mediações em uma lei ‘objetiva’.*”<sup>265</sup>

Esse paradoxo resulta na negação, de fato, daquilo que o positivismo busca, a segurança por meio da suficiência ôntica do direito, porque permite que o positivista se apresente, “*de acordo com a situação (Lage der sache), ora como decisionista, ora como normativista.*”<sup>266</sup>

Essa possibilidade de “escolha”, conforme a situação, apontada por Schmitt, leva o positivismo a suprimir, de fato, o ordenamento jurídico, colocando-o como que “entre aspas”, suspendendo-o.

A referida constatação pode também ser encontrada em Lenio Luiz Streck, que denuncia as diversas posturas positivistas, que permitem dizer qualquer coisa sobre o que é o direito,

“que de um modo ou de outro, trabalham com a possibilidade de múltiplas respostas, ou transferindo o problema da indeterminabilidade do direito para os conceitos elaborados previamente pela dogmática jurídica ou deixando a cargo do sujeito-intérprete a tarefa de descobrir os valores ocultos do direito.”<sup>267</sup>

Essa é a forma de o positivista lidar com as insuficiências da dogmática analítica. A aplicação do Direito, relegada à subsunção, não dá conta da diversidade do mundo da vida e, por isso, expõe suas insuficiências, o que é revelado pelo próprio Kelsen, pai do positivismo, quando, ao final de sua Teoria Pura do Direito, afirma que a

“interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da

---

<sup>264</sup> SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 188.

<sup>265</sup> Ibid.

<sup>266</sup> Ibid.

<sup>267</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 251.

plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.”<sup>268</sup>

O que se observa, pois, é que o positivismo jurídico em suas variadas formas de manifestação, buscando a imagem de produtor de segurança jurídica, como legitimador do modo de ser do Direito ligado ao método, produz o predomínio da discricionariedade-arbitrária, deixando ao Poder Judiciário um espaço decisionista, ao lado da hermenêutica normativo-analítica. Essa idéia é, também, a de Herbert Hart, em cuja doutrina está presente a distinção entre casos fáceis - resolvíveis por mera subsunção – e casos difíceis, pois *“haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito.”*<sup>269</sup>

Com efeito, por meio de raciocínios causais-explicativos, a aplicação do direito é entregue ao método subsuntivo-dedutivista, nos casos fáceis e, nos difíceis, a escolha da resposta seria entregue ao arbítrio do aplicador. Essa divisão entre *hard cases* e *easy cases* pelo positivismo reflete a mescla apontada por Schmitt entre decisionismo e normativismo e também a divisão entre jurisdição meramente declaratória e jurisdição criativa ou constitutiva. Conforme Agamben, suspendendo *“a norma, o estado de exceção ‘revela (offenbart) em absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão (Schmitt, 1922, p. 19). Os dois elementos, norma e decisão, mostram assim sua autonomia”*<sup>270</sup>

Ocorre que a decisão, no paradigma individualista, é entregue ao indivíduo, desvinculado do mundo, pois a *“consagração da liberdade individual como princípio civilizatório exigiria, em última análise, a independência do indivíduo em relação a todo conteúdo que se pretenda objetivamente vinculante.”*<sup>271</sup>

O liberalismo, justamente por liberar o indivíduo de todo conteúdo vinculante, permite a suspensão da norma, mas não admite verdadeira decisão. Para o positivismo, a decisão não tem um sentido político, compreendido como noção relacionada à vida em comum e ao destino comum. Nesse sentido desvinculado, a decisão se dá na esfera da autonomia do indivíduo. Trata-se daquilo que o individualismo da modernidade produziu. Não há mais conceitos comunitários, apenas individuais, em que o indivíduo é guindado à medida de todas

<sup>268</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 396.

<sup>269</sup> HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005. p. 336.

<sup>270</sup> AGAMBEN, Giorgio, **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 56.

<sup>271</sup> FERREIRA, Bernardo. **O Risco do político**: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 53.

as coisas. À concepção liberalista acode, como é sabido, o positivismo, como norma ou decisão, no qual a medida da supremacia de uma ou de outra - sabendo-se que a última exige a suspensão da primeira - é o indivíduo. Esse positivismo, que pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, é o lugar onde a

“força de lei (X) sem lei, o imperium flutuante, a vigência sem aplicação e, de modo mais geral, a idéia de uma espécie de ‘grau zero’ da lei, são algumas das tantas ficções por meio das quais o direito tenta incluir em si sua própria ausência e apropriar-se do estado de exceção ou, no mínimo, assegurar-se uma relação com ele.”<sup>272</sup>

Esse estado de exceção, que é o lugar no qual a exceção – a anomia – é a regra, e no qual a norma é suspensa em sua impotência e inefetividade, ainda que válida, movimentada a relação entre direito material e processo em direção a um espaço conceitual, em que o processo produz o direito material e concebe a jurisdição como campo normativo destinado a regular, também conceitualmente, as relações sociais.

A opção pela negação da ação de direito material é manifestação do estado de exceção, em que o direito material não tem força de lei, sendo entregue ao destino que lhe der o direito processual. Como afirma Agamben, para o estado de exceção,

“a aplicação de uma norma não está de modo algum contida nela e nem pode ser dela deduzido, pois, de outro modo, não haveria necessidade de se criar o imponente edifício do direito processual. Como entre a linguagem e o mundo, também entre a norma e sua aplicação não há nenhuma relação interna que permita fazer decorrer diretamente uma da outra.”<sup>273</sup>

E continua, dizendo:

“O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei (X) realiza (isto é, desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma de exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção.”<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 80.

<sup>273</sup> Ibid., p. 62-63

<sup>274</sup> Ibid., p. 63.

A análise de Agamben demonstra que o império da exceção impede a compreensão do sentido da justiça e a construção do sentido autêntico do ser do direito, já que para isso a esfera comunitária deveria ser restabelecida. Não há como superar o positivismo, senão por meio da retomada da intersubjetividade, em uma dimensão hermenêutico-filosófica do direito, único modo de fazer acontecer a viravolta em direção ao acontecer do direito material no processo, pois é preciso reconhecer que

“aquele que compreende não escolhe arbitrariamente um ponto de vista, mas encontra seu lugar fixado de antemão. Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica.”<sup>275</sup>

A escolha positivista entre normalidade e exceção, em que a necessidade – do ponto de vista do intérprete - poderá ditar a suspensão do ordenamento jurídico, em que a lei perde a força de lei toda vez que um caso particular se subtrai, em face da necessidade, à obrigação de sua observância e em que esse paradigma de Estado e de Direito (já que o que impera é a teoria que pressupõe a unidade do ordenamento jurídico) consolida-se a cada dia, torna-se cada vez mais distante a concretização do ser do direito material pelo processo. Como afirma Bercovici, o

“estado de exceção está se espalhando por toda a parte, tendendo a coincidir com o ordenamento normal, no qual, novamente, torna tudo possível. Dessa forma, o estado de exceção está se tornando uma estrutura jurídico-política permanente e o paradigma dominante de governo na política contemporânea, com a ameaça de dissolução do Estado.”<sup>276</sup>

A crise do paradigma dominante, então, parece estar encaminhando o Direito e o Estado a uma solução em que o individualismo se mostra cada vez mais consolidado, o que inviabiliza a virada que se propõe, a partir da hermenêutica filosófica e do paradigma da intersubjetividade. Direciona-se a apropriar-se do estado de exceção e a consolidar a ausência de limite democrático sobre o poder de dizer o que é o direito. Para que isso seja viável, a

---

<sup>275</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. v.1. p. 432.

<sup>276</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004. p. 180.

conceitualização deve ditar a interpretação, porque a retomada do mundo prático impõe uma responsabilidade vinculada à transformação da sociedade que não está nos planos do liberalismo-positivista.

Nesse contexto, a ação de direito material - que desvela uma possibilidade de sentido que recupera a significação do direito material em sua relação com o processo, devolvendo o mundo prático ao direito, bem como a função constituidora da Constituição e sua forma normativa – não é bem-vinda. Sua negação, ao contrário, permite a manutenção do paradigma instituidor da exceção como técnica normal de governo e decisão, que atende à manutenção do *status quo* e que responde ao modelo liberal-individualista, em que a Constituição e, por decorrência, a jurisdição, tem feição meramente negativa, *i.e.*, protetora da esfera do indivíduo (autonomia-propriedade), em que não há laços comunitários a serem construídos e preservados. Não há bem-comum.

É intuitivo, além disso, que, para regular o mundo da vida, por meio do formalismo que exige a conceitualização da realidade, é necessário separar fato e direito em esferas distintas. O mundo da vida passa a ser normativo. O fenômeno jurídico, então, não irá aos fatos, o que impõe reconhecer que, correspondendo - a ação de direito material - a um retorno ao mundo prático, não deve ser vista com surpresa sua negação.

Sem compreensão adequada do Direito Material em sua relação com o processo, a doutrina continua, às custas do mundo da vida, tentando remendar o processo a partir das mesmas bases epistemológicas que fundamentaram a autonomia do Direito Processual em relação ao Direito Material.

Especificamente, então, é preciso trabalhar a compreensão dos motivos que levam a categoria, que é objeto central do presente estudo, a ação de direito material, a ser desenvolvida e, depois, abandonada e até condenada pelos juristas. Contextualizar a constante polêmica de sua defesa, nas obras de Ovídio A. Baptista da Silva, com um senso comum, determinado a recusar-lhe valor, considerando-a mero anacronismo e pensar a forma como a ação de direito material é tratada e recusada pela maioria, possibilitará a compreensão de como essa categoria permite pensar o que deve ser pensado em prol de uma revitalização das condições de possibilidade de uma relação produtiva entre o direito material e o processo.

#### 4.1.2 De como são várias as concepções sobre a ligação entre o direito material e o processo

As intermináveis discussões em torno da ação e, em consequência, da relação entre direito material e processo, trazem à tona duas correntes que, aparentemente, monopolizam as atenções, discussões, conclusões e escolhas dos juristas: as correntes dualista e monista<sup>277</sup> do ordenamento jurídico. Em síntese apertada, a primeira, reconhecendo duas esferas distintas: o direito material e o processo; a segunda, reconhecendo apenas a esfera processual, porque o direito material, antes da intervenção do processo, seria fenômeno meramente sociológico que ingressaria no campo jurídico por obra desse.

Essas discussões demonstram que a polêmica em torno da ação é central no trato da concepção do ordenamento jurídico e, por isso, de sua efetividade real.

No seio desse debate, a incompreensão acerca do que essas opções representam e do que elas condicionam na relação entre direito material e processo é esclarecedora. Incompreendida, a teoria dualista é afirmada pela maior parte da doutrina, ao mesmo tempo em que é negado o pressuposto dessa escolha: a afirmação da ação de direito material. Com efeito, recusar a esfera impositiva, a força normativa do direito material, por meio da categoria que lhe dá dinamicidade e faticidade – a ação de direito material – anula a esfera própria do direito material, fazendo sobejar o processo, que criaria o direito material. Ou, ainda, por outro lado, anula o processo, por concebê-lo à imagem do direito material consumado, repleto de certezas e verdades concretizadas, que necessitariam apenas ser declaradas. Qualquer dessas escolhas é, no entanto, caudatária da unidade do ordenamento jurídico.

Múltiplos fatores inviabilizam a compreensão da discussão. A primeira delas é a já comentada incompreensão da ação de direito material, o que faz com que a teoria monista tenha várias possíveis leituras da unidade do ordenamento jurídico - em virtude das variantes que apresenta - e que a teoria dualista seja inautenticamente professada pela doutrina, em

---

<sup>277</sup> Da concepção monista do ordenamento jurídico, são expoentes, na Espanha, Ramos Mendez (MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho y Proceso*. Barcelona: Librería Bosch, 1979), e, na Itália, Satta (SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Rio- GB; Borsoi, 1973). No Brasil, é expressamente defendida por Darci Guimarães Ribeiro, que afirma: “De ahí que, para nosotros, la comprensión del derecho subjetivo pueda ser descrita de la siguiente manera: *el hecho es traído al proceso a través de la pretensión procesal deducida por el actor; el valor se encuentra ínsito en las leyes que componem el ordenamiento jurídico; y el derecho subjetivo (a saber, la norma individual) es creado por la sentencia del juez a partir de los hechos proporcionados por las partes y de los valores suministrados por el ordenamiento jurídico.*” RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**: hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J. M. Bosch, 2004. p. 48-49.

irremediável confusão que leva alguns doutrinadores a professar o dualismo quando se circunscrevem, inadvertidamente, no campo monista.

O diagnóstico deve ser creditado a Ovídio Araújo Baptista da Silva, que afirma, em sua obra mais recente:

“Interessa, porém, no momento, mostrar, que Chiovenda, tido como um dos principais defensores da doutrina da ‘dualidade’ de ordenamentos jurídicos, conservava-se, na essência, um defensor das doutrinas monistas, embora num sentido oposto ao defendido por aqueles que se auto-proclamam partidários da doutrina da unidade do ordenamento jurídico. Enquanto Salvatore Satta, Ramos Méndez, Carnelutti e os demais juristas catalogados como ‘monistas’, reduzem o direito ao processo, Chiovenda, mesmo insistindo na ‘dualidade’ dos ordenamentos jurídicos, não admitia que o ‘estado de pendência pudesse tornar ‘não evidente’ o direito. Em resumo, o jurista trabalhava com categorias de direito material; o direito era pensado como direito material, ‘absoluto e seguro’. Dir-se-ia que o jurista, como de resto a doutrina inteira, professava um monismo de sentido oposto: somente existe o direito material ‘absoluto e certo’, concebido e tratado como direito material.”<sup>278</sup>

A contraposição entre duas formas de pensar o mesmo modelo de ordenamento jurídico aparentemente não se dá de modo estático, sendo paradoxalmente, na prática, alternadas a supremacia do processo, que pode dizer qualquer coisa sobre o direito material, ou a supremacia do direito material a ser declarado, porque suficientemente previsto no ordenamento, sem necessidade de interpretação.

Assim, pode-se observar, simultaneamente, 1. o modelo operativo, centrado na abstração da incidência normativa, que se apresenta como meramente declarativo de jurisdição, no qual o juiz tem a possibilidade de não se comprometer mais do que com o dizer da norma aplicável; e 2. o modelo que, sob o argumento das insuficiências da lei e liberado por elas, pode criar, sem limites, a norma aplicável, em postura decisionista, que retrotrai suas origens ao individualismo que caracteriza a modernidade. Ambas as posturas, ao contrário do que poderia parecer em uma leitura apressada, se comprometem com a arbitrariedade que lhes possibilita a compreensão do Direito como norma abstrata previamente dada. A compreensão da jurisdição como mera declaração apresenta as marcas do positivismo, porque, sendo abstrata, a incidência da norma permite ao juiz aplicá-la ao caso concreto, sem necessidade de real concordância entre a norma aplicada e a realidade fática posta à apreciação, em evidente postura arbitrária. Do mesmo modo, permitir a criação livre do direito, sem que a

---

<sup>278</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 104.

interpretação seja direcionada pela tradição autêntica (que se manifesta na Constituição, na história, nos costumes, na jurisprudência, na doutrina, nas relações sociais, nos vínculos entre os sujeitos, nos modos-de-vida e nos valores da sociedade, de forma sempre questionadora e vigilante), deslegitima a função jurisdicional, permitindo que se diga qualquer coisa sobre o que é o direito do caso concreto. O campo do arbítrio - preenchido de diferentes formas –, em ambos os casos, não deixa de ser vastíssimo.

Ronald Dworkin, sob as rubricas do convencionalismo e do pragmatismo, elucida a questão. Embora circunscrito, obviamente, ao *commom law*, sua exposição não deixa de demonstrar o que aqui se afirmou, porque o pensamento a que correspondem tem o mesmo sentido. Segundo Dworkin, no convencionalismo, o

“direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política. Esse é o ponto de vista da maioria dos leigos e o hino dos conservadores em questões de direito. [...] Insiste em que, uma vez tomada uma decisão clara por um organismo autorizado por convenção, e que o conteúdo de tal decisão foi estabelecido em conformidade com as convenções sobre a melhor maneira de compreender tais decisões, os juízes devem respeitar essa decisão, mesmo achando que uma decisão diferente teria sido mais justa ou sábia.”<sup>279</sup>

Já o pragmatismo, segundo Dworkin, afirma que,

“para decidir os casos, os juízes devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura [...]. O pragmático pensa que os juízes deveriam sempre fazer o melhor possível para o futuro, nas circunstâncias dadas, desobrigados de qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão.”<sup>280</sup>

#### **4.1.3 Jurisdição declaratória & jurisdição constitutiva: diferentes formas de (não) compreender o fenômeno jurisdicional**

Essas diferentes formas de “olhar” o fenômeno jurídico estão perfeitamente adequadas a um sistema que pretende permanecer pronto a dar respostas segundo a postura ideológica do intérprete. As expressões que as caracterizam – jurisdição declaratória ou constitutiva – estão

<sup>279</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 145-146.

<sup>280</sup> *Ibid*, p. 195-196.

comprometidas com esse imaginário de opção teórica (como sugere Agamben, “a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras.”<sup>281</sup>) que, na verdade, responde a imperativos de ordem prática, consistentes em fazer do direito o que o intérprete autorizado pretende que ele seja, porque é preciso reconhecer, com Bourdieu, que

“o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais [...]”, que se realiza por meio de um “trabalho colectivo de sublimação destinado a atestar que a decisão exprime não a vontade e a visão do mundo do juiz mas sim a voluntas legis ou legislatoris.”<sup>282</sup>

As expressões descoberta e criação do Direito estão, dessa forma, carregadas de sentidos inautênticos. Na investigação sobre a natureza e o conteúdo da jurisdição moderna, diferentes posições se enfrentam e reconhecem diferentes origens à natureza da atividade jurisdicional, divergindo ainda sobre essa própria natureza.

A doutrina tradicional, sustentando a natureza declaratória da atividade jurisdicional, está embasada na discutível distinção entre *imperium* e *iurisdictio* no Direito Romano. A doutrina romanística, da qual é exemplo a obra de Francesco de Martino, recusa jurisdicionalidade às atividades do pretor romano, circunscrevendo o campo jurisdicional à atividades do *iudex*, que não detinha império e exercia suas funções por delegação do pretor, apenas averiguando a veracidade das afirmações das partes e aplicando a fórmula dada pelo pretor. Seria, então, jurisdicional, na posição apontada, apenas essa atividade do *iudex*, na fase *apud iudicem*, que aplicava um direito que era construído pelo pretor, esse, sim, detentor de poder de *imperium*. A atividade do pretor, na leitura que fez dela a modernidade, não constitui jurisdição. O procedimento que substituiu o formulário, com o advento da *cognitio extraordinaria*, certamente, é responsável por essa equiparação da jurisdição à atividade declarativa do *iudex*, pela romanística moderna. O período imperial, em que a lei ganha espaço como fonte principal e depois única do direito – o *ordo iudiciorum privatorum* –, que tornou a jurisdição atividade estatal, manteve a base declarativa da atividade do *iudex*, porque a lei, então, já fora ditada pelo império, não sendo necessária construção da norma por meio da investigação da prudência pretoriana. A jurisdição, nessa fase, passa realmente a ser concebida como atividade meramente declarativa, chegando à modernidade como atividade

<sup>281</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 15.

<sup>282</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 225.

desprovida de *imperium*. Essa concepção, que se identifica com a concepção de Direito da Roma imperial, importalizada por Justiniano, foi desenvolvida pelas escolas de romanistas e serviu aos desideratos da Revolução Francesa - é conhecida a expressão em que o juiz é simplesmente “*la bouche de loi*” - e ao ideal sistemático-cientificista, que se desenvolveu com a pandectística alemã dos séculos XVIII e XIX. Essa forma de conceber a jurisdição, que a limita à atividade intelectual e abstrata, em que o juiz cumpriria o ofício jurisdicional ao produzir o acertamento do direito, está vinculada à expressão descoberta do direito, porque ao juiz caberia apenas indicar o direito aplicável, dado *a priori*, objetivamente, sem necessidade de compreensão da norma aplicável a partir das peculiaridades históricas e fáticas de cada fato apreciado pela jurisdição. A expressão, então, vincula-se a um modelo abstrato de jurisdição, que declara, a partir de uma norma pré-concebida, o direito, sem necessidade de interferência no mundo dos fatos. Esse é o duplo resultado que se apresenta em uma jurisdição que não procura o significado dos fatos e atribui-lhes um sentido que, *a priori*, não demandaria interpretação e que não vai aos fatos, porque pressupõe que a mera declaração normativa esgote o trabalho jurisdicional e que a satisfação do direito seria encontrada pela formação da coisa julgada, garantidora de paz social.

Como afirma Eduardo Couture, pode-se dizer que “*sòmente a partir de fins do século XIX é que se nota uma reação contra essa poderosa corrente de pensamento, que vê na sentença tão sòmente a mera declaração de um direito preexistente ao processo*”<sup>283</sup> que proclama que “*não só a lei, senão a lei e a função judicial é que dão ao povo o seu direito.*”<sup>284</sup> A expressão do pensamento da jurisdição como atividade constitutiva, a qual não deixa de lembrar Couture, é reforçada pela adesão Kelseniana. Para Kelsen, em sua Teoria Pura, uma:

“decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou juris-‘dição’ (‘declaração’ do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo.”<sup>285</sup>

É a vertente que afirma a jurisdição como atividade constitutiva de Direito.

<sup>283</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 227.

<sup>284</sup> Ibid.

<sup>285</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 264.

É verdade que não se pode negar que o mero enunciado normativo, a proposição ou o juízo não são ainda o direito<sup>286</sup>, porque isso equivaleria a equiparar o direito à lei (em sentido lato) e retornar à concepção de jurisdição meramente declaratória.

Com efeito, como afirma Zaccaria, “*La legge altro non è che uno stato necessariamente incompiuto e transitorio, anche se dotato de forza normativa vincolante, del processo di concretizzazione del diritto: un ‘semilavorato’, per usare l’espressione de Adolf Merkl [...]’*”<sup>287</sup> E, continua o autor:

“Perciò l’ermeneutica giuridica è definita teoricamente dal riconoscimento che la norma astratta rivela una struttura necessariamente incompleta, completabile soltanto nel procedimento ermeneutico di concretizzazione della norma giuridica all’interno della decisione di un caso pratico.”<sup>288</sup>

A idéia de uma jurisdição criativa ou constitutiva do direito, então, não pode deixar de ser vista como uma reação à passividade que domina a sistematização do século XIX. A interpretação é necessária sempre, não sendo, pois, uma necessidade apenas em alguns casos, que modernamente poderiam ser chamados de casos difíceis, em oposição aos fáceis, que demandariam mera declaração do conteúdo do enunciado normativo.

Certamente, o direito só é enquanto pode ser compreendido, e não é possível a compreensão sem aplicação. Com efeito, por isso, não se pode deixar de afirmar a concordância com o que diz Calmon de Passos ao atribuir o ser do direito à sua aplicação: “*O Direito, em verdade, é produzido a cada ato de sua produção, concretiza-se com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.*”<sup>289</sup> A afirmação vem ao encontro do que afirma Ovídio A. Baptista da Silva, ao citar Richard Palmer, quando diz que “*o sentido e a significação são, portanto, contextuais, são parte da situação.*”<sup>290</sup> Tal reconhecimento não autoriza, entretanto, a conclusão de Calmon de Passos, que equipara o jurídico ao processo, porque afirma que “*o conflito é pressuposto necessário do jurídico*” e porque afirma que decisões acerca da melhor conduta a seguir, acerca de qual o

<sup>286</sup> Consoante anota Calmon de Passos na seguinte passagem: “*O Direito enquanto apenas formulação teórica, enunciado normativo, proposição ou juízo, ainda não é o Direito.*” CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 67.

<sup>287</sup> ZACCARIA, Giuseppe. **L’Arte dell’interpretazione**: saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea. Padova: CEDAM, 1990. p. 87.

<sup>288</sup> Ibid.

<sup>289</sup> CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 68.

<sup>290</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Verdade e significado. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 269, 2005.

comportamento socialmente adequado em dada situação concreta, ou, ainda, acerca dos meios a adotar para atingir certos fins, são decisões que se encontram fora do campo do jurídico, porque esse “*estaria estritamente reservado para decisões que tenham por objetivo a composição de conflitos de interesses, cuja solução se retirou dos que nele estão envolvidos, ou que por meio deles não lograram solução.*”<sup>291</sup> Sua concepção monista é observada claramente nesses trechos. Esse monismo nega a esfera do direito material, como se o direito não se realizasse espontaneamente, ou, ainda, como se o direito, ao assim se realizar, por prescindir do processo, não fosse direito, mas mero fato (sociologia). Com isso, produz-se a possibilidade de o processo condicionar o produto, afirmada pelo próprio autor, e se produz ainda a possibilidade de alijar, ao final, o direito material produzido pelo processo, do mundo prático, já que, entregue ao sujeito auto-suficiente da modernidade, essa produção não apenas dita o que o direito é, como também lhe retira a força impositiva que emana da realidade do mundo prático, que não admite apropriação de sua essência. A alteração da essência das coisas, pela técnica, pressupõe que as coisas tenham sido subtraídas da realidade intersubjetiva, do mundo da vida. As coisas assim deslocadas da relação com o mundo podem ser conceitualizadas à imagem do que o intérprete pensa delas. Disso resulta que o abandono do mundo e a sua construção a partir da imagem do sujeito da era da técnica são os modos próprios de a modernidade esquecer o ser e colocar, em lugar dele, o processo de sua fabricação.

Na relação entre direito material e processo, o que ocorre é a necessidade de aprisioná-la na dicotomia fato-direito, e isso não seria possível se fosse admitido o vínculo com o mundo prático que a ação de direito material representa. A seguir, o processo pode dizer qualquer coisa sobre o que é o direito, a partir da idéia que faz dele, declarando-a, nos casos fáceis; criando-a, nos difíceis.

Essa realidade, observada no dia-a-dia do judiciário (realidade que, como dito alhures, engloba todos os atores do cenário processual), é a realidade da era da técnica e da exceção, no seio do paradigma moderno de sistematicidade conceitual e de definição apriorística da justiça, no qual casos fáceis e difíceis não chegam a ser casos, porque permanecem alheados do mundo prático e aprisionados na idéia e no pensamento.

A teoria monista ou da unidade do ordenamento jurídico que unifica Direito e Estado, bem como direito material e processo, abriga a concepção do direito material como imagem que o processo dele projeta, impedindo sua realização e impondo o império da exceção, já que

---

<sup>291</sup> CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.28.

a lei (material) não tem força de lei. Sendo, assim, suprimida sua força imperativa, também é suprimido o poder transformador do direito, pois o processo dele dirá “qualquer coisa”. É disso que decorre a afirmação de autoridade da lei processual em detrimento da lei material.

O paralelo com o estado de exceção parece ser inevitável. Embora a análise de Giorgio Agamben sobre o estado de exceção se refira à forma como esse novo paradigma de governo entrega ao executivo poderes para legislar no lugar do legislativo, bem como a forma como suspende o ordenamento jurídico, estabelecendo como normalidade aquilo que deveria perdurar apenas durante períodos de excepcionalidade, não há como não observar os reflexos dessa normalidade da exceção no campo da relação entre direito material e processo e, ainda, como a inexistência de uma compreensão autêntica a respeito coloca o direito material sob o jugo do processo, de modo a que, como afirmou Calmon de Passos, “*antes de o produto condicionar o processo é o processo que condiciona o produto*”<sup>292</sup>.

O jurista, ademais, considera que falar

“em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um.”<sup>293</sup>

Por esse motivo, procurando uma alternativa à instrumentalidade, acaba incorrendo na mesma forma de pensar o processo que caracteriza a instrumentalidade.

Muito embora a teoria da instrumentalidade do processo afirme posição concernente à dualidade do ordenamento jurídico, ao optar, ao mesmo tempo, por afirmar a existência da “ação” como substituta da ação, ela unifica o ordenamento no campo processual que estaria, assim, autorizado a afirmar o direito material de modo abstrato, alterando o que ele é, no mundo prático, e acreditando que a melhor resposta possível é aquela dada pelo processo, cujo imperativo maior é a paz social, como antes explicitado. O direito concreto passa a ser o que abstratamente se construiu para ele.

Colaciona-se trecho da obra de Dinamarco:

---

<sup>292</sup> CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 57, 2001.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 64

“Negar que o juiz crie o direito do caso concreto vale simplesmente como afirmação de que as situações jurídico substanciais declaradas em sentença preexistem a ela. Tal é, em simplicidade, a teoria dualista do ordenamento jurídico, que se apóia rigorosamente no raciocínio dedutivo desenvolvido pelo intérprete a partir da premissa maior que é a norma abstrata contida no direito objetivo material; a premissa menor é a concreta situação de fato e a conclusão reside na afirmação do preceito concreto (nas sentenças judiciais, o *decisum*). Negar que de alguma forma o juiz concorra, em cada caso, a contribuir ou completar o preceito da lei (compondo a lide) não pressupõe o desconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade em que vive.”<sup>294</sup>

Dinamarco, ao sustentar a instrumentalidade do processo, posiciona-se no sentido de reconhecer a existência de duas esferas - o direito material e o processo – optando pela chamada teoria dualista da ação. Todavia, essa dualidade prende-se à idéia de que não se justifica, segundo ele,

“nessa quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais; ou ainda a precisa configuração conceitual do *jus exceptionis* e sua suposta assimilação à idéia de ação.”<sup>295</sup>

De incompreensão da teoria dualista, no Brasil, portanto, é exemplo a obra clássica de Cândido Rangel Dinamarco, que, ao engajar-se nas fileiras da defesa da teoria dualista, nega a existência de duas órbitas do ordenamento jurídico, justamente ao considerar sincretismo ultrapassado a sustentação de duas ações: “ação” e ação.

Esse posicionamento, então, filia-se à noção de superação da ação de direito material, por força do arraigado pressuposto de que teria sido substituída pela “ação”. Seu pressuposto é de que a crença de que a ação estaria no campo do direito material é uma “*natural fragilidade metodológica e científica do direito processual*”,<sup>296</sup> fragilidade que, reconhecida a autonomia do Direito Processual, resta superada, como também a confusão entre as esferas, a ponto de situar-se a ação apenas no campo da “ação”.

Por isso, o autor considera equívoco de Paula Baptista a afirmação de que

“ação e exercício de ação exprimem noções distintas. A ação pertence ao direito civil ou comercial, conforme for a matéria de que se trate com relação à lei; o

<sup>294</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 48.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>296</sup> *Ibid.*

exercício da ação é demanda propriamente dita, a qual já então pertence ao regime judiciário.”<sup>297</sup>

Ocorre que não se trata de confusão, mas de reconhecimento de direito material e processo como esferas distintas, o que resta comprometido com a afirmação da existência da “ação”, apenas, porque, nisso se afirma somente a esfera do Direito Processual, o que resulta na integração do autor à teoria monista, e não dualista. Veja-se que, ao negar o poder de o direito se impor por sua própria potencialidade, o jurista desconhece a potência do Direito Material, o que equivale a desconhecer a própria órbita.

A teoria exposta por Calmon de Passos - ainda que proponha, sob um paradigma filosófico diferente, um novo prisma para compreender o processo, agora como linguagem do direito material, em que ambos fazem um e em que o processo condiciona o produto – envereda pelo mesmo caminho de aniquilação da órbita do direito material. Está, aí, pressuposta a idéia de que o processo pode alterar o ser do direito material, condicionando-o e, para isso, obviamente, a força normativa do direito material deve ter sido previamente eliminada.

Ora, o que se perde no direito material que não se consuma espontaneamente é o que se perde porque a hermenêutica não abarca tudo, não porque o processo possa impor ao direito material um modo-de-ser, uma essência (aquilo que algo simplesmente é no mundo) que não é a sua. Para que esse ser não se perca, no entanto, é preciso fazer-se o resgate do mundo prático.

Ocorre que o positivismo alija do direito justamente o mundo prático.

Enquanto o direito material é mero conceito no mundo jurídico, e mero fato no plano dos fatos, a realidade não toca o sistema - “*Normatividade e facticidade são ‘planos inteiramente distintos’ [...]*”<sup>298</sup> - e o processo (concebido como instrumento ou linguagem) passa a ser uma coisa que se interpõe entre o sujeito da interpretação e o objeto dessa mesma interpretação, em que esse se transmuta em algo que não era, mas passa a ser: o processo que condiciona o produto, o processo que se põe em lugar do ser, como dissera Hannah Arendt.

---

<sup>297</sup> Dinamarco cita a obra *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil*, Rio de Janeiro: Garnier, 1907, § 5º, p. 12, de Francisco de Paula Baptista. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>298</sup> SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 172.

A análise acerca dessa premissa de alteração de essências e aniquilação do direito material pelo processo, por meio da negação da ação de direito material foi objeto dos capítulos precedentes, mas é relevante lembrar, com Fábio Cardoso Machado, que

“àquilo que se chamava actio os modernos passaram a chamar pretensão, e desta forma o termo ação se via livre para ganhar novo significado, mesmo absolutamente diverso do significado originário, já que o termo pretensão tomou o seu lugar. E se pretensão designa o que se pode exigir de outro, o direito subjetivo perde definitivamente aquele aspecto dinâmico que implica a sua realização independentemente da vontade do sujeito passivo. Perde, quer dizer, a potencialidade de se fazer valer à força.”<sup>299</sup>.

Isso, acrescenta-se, porque a ação de direito material, *i.e.*, a ligação com o mundo prático, foi encaminhada ao exílio dos conceitos inúteis.

Nessa vertente, reconhece-se a entificação do direito, em que a lei, que, não por coincidência, é chamada dispositivo, (*Ge-Stell*), é acoplada ao fato sem maiores perquirições, como uma prótese, alterando-lhe a essência. Não se busca compreender. Na relação entre o direito material e o processo, essa atitude leva à submissão do direito material à sua técnica de realização, e a negação da ação de direito material traz consigo o pressuposto ideológico que permite que não se reconheça, no direito material, qualquer potência. Sua potência é dada pelo processo, o que permite dizer que já não há mais direito antes do processo. Sendo assim, o “*‘instrumento’ torna-se senhor do objeto que lhe cumpria apenas tornar efetivo.*”<sup>300</sup> Trata-se de evidente manifestação do estado de exceção.<sup>301</sup>

Reconhecer duas órbitas no ordenamento jurídico não se confunde com negar ao juiz atividade de construção da compreensão do sentido, construção essa que se dá sempre a partir de sua pré-compreensão, a partir da qual se move a atividade interpretativa, o que põe em

<sup>299</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 143-144.

<sup>300</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 121.

<sup>301</sup> Nesse momento, é necessário gizar que várias são as fases do pensamento schmittiano e, no presente trabalho, tanto seu diagnóstico com relação ao positivismo, quanto sua discutida defesa do estado de exceção são utilizados, sem que se tenha a pretensão de, nos limites que aqui se impõem, tratar da intrincada questão da explicitação das bases do pensamento schmittiano ou de como tais apreciações feitas pelo cientista político podem ou não estar interligadas. Nesse sentido, é importante lembrar que Agamben atribui a Carl Schmitt a defesa do estado de exceção. “*O aporte específico da teoria schmittiana é exatamente o de tornar possível tal articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica. Trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica (donde a formulação aporética: ‘Em sentido jurídico [...], ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica’).*” AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 54.

evidência que a pergunta pelo sentido sempre chega tarde. A análise metodológica, ao conceber a interpretação em fatias, de que o contexto é abstraído, desconsidera o que sempre se apresenta à pré-compreensão, além de menosprezar a necessária vigilância dos pré-juízos inautênticos e separar compreensão e aplicação permitindo que, no conceito, o sentido seja esquecido.

O sentido é a construção realizada a partir do compromisso do intérprete que, projetado no mundo, não está isolado dos outros e se considera parte de uma comunidade regida por valores e por um ordenamento jurídico que o vincula.

O sentido não é uma criação do intérprete, nem se dá simplesmente a ele, de maneira pré-concebida, a partir de dados apriorísticos, abstratos. Conceber-se a busca pelo sentido a partir do método cartesiano: único e lógico matemático, e, por isso dedutivo, é jogar o intérprete na armadilha de: 1. negando a órbita do direito material, ao reduzi-lo à sociologia, ou mesmo reconhecendo o direito material, mas negando-lhe qualquer força normativa, ao subtrair a ação de direito material do mundo, onde se dá o sentido das coisas, postular a criação do direito material pelo processo, o que reduziria as correntes ao monismo tradicional; 2. reconhecer apenas o direito material, delegando ao juiz atividade meramente declarativa, o que conduziria o intérprete a um monismo de sinal trocado. Desse modo, assim como as expressões declaração e descoberta do direito carregam em si sentidos construídos por uma compreensão inautêntica da jurisdição, também as expressões constituição ou criação do direito têm vínculos que identificam determinadas correntes de pensamento.

Quando se concebe a jurisdição como atividade declaratória, de descoberta e afirmação do direito, não se pergunta por aquilo que ela realmente é, reproduzindo sentidos que a jurisdição expressou em momentos históricos em que as escolhas políticas e filosóficas refletiam situações anormais, no caso específico, o Iluminismo e as lutas revolucionárias do século XVIII. Da mesma forma, também a expressão constituição ou mesmo criação do direito estão ligadas a momentos de ruptura em que essa visão emprestou fundamento a sistemas revolucionários nos quais a democracia não consistia na escolha política do momento, como no caso dos sistemas jurisdicionais soviéticos. Os movimentos de crítica jurídica também - ainda que preocupados com a realização da justiça -, ao conceberem a possibilidade de um direito alternativo, retratam a desvinculação do intérprete a algo que o precede: o conjunto da tradição histórica<sup>302</sup>. Com efeito, se, de um lado, a atividade meramente declarativa do direito contém em si a afirmação de uma ideologia oculta, por

---

<sup>302</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

outro, a expressão “criação” do direito não é despida de problemas, porque pode identificar a atividade desvinculada da tradição, de criação do direito ao gosto do individualismo moderno, que permite a ausência de fundamentação do direito, que delimita o campo do decisionismo, o qual, em atividade arbitrária, acaba produzindo o mesmo resultado da jurisdição declarativa: a ofensa aos limites impostos pelo neoconstitucionalismo, o que equivale à ofensa à limitação do direito às fontes que o legitimam, bem como a desvinculação com a justiça, porque não se pode admitir justiça onde há ausência de limites<sup>303</sup>. Trata-se de normativismo e de decisionismo que, na análise de Carl Schmitt, circunscrevem os limites do positivismo. Com efeito, cumpre perguntar: Há mais de um direito - um tradicional, outro alternativo - ou Direito só há onde a preocupação do intérprete se dá em direção à realização, em um Estado Democrático de Direito, a partir do texto e em direção a ele, passando pelos valores ditados por sua compreensão política, social, de justiça no caso concreto, sempre perguntando pela visão autêntica da jurisdição, que não aprisiona o intérprete na vontade da lei ou do legislador, de modo irresponsável, nem lhe solta as amarras em direção aos sistemas abertos em que o intérprete diz o que é o Direito, sem um limite de sentido? Perguntar pelo que é o direito não é substituir uma ideologia conservadora dos interesses das classes dominantes, por outra, ainda que evidente seja a nobreza do objetivo do empreendimento.

O que se observa é, de um lado, a omissão acerca do mundo da vida, ditada por uma abstração que legitima a “vontade do legislador” seja ela qual for, limitando a atividade jurisdicional à declaração irresponsável e desvinculada da busca do justo para o caso concreto. De outro, uma atividade que reflete a auto-suficiência do pensamento individualista moderno, que solta as amarras para possibilitar soluções não-razoáveis, sem apoio na Constituição, na Lei, nos limites da tradição, em posição pragmatista e decisionista, fundamentada, muitas vezes, apenas nos valores do próprio intérprete que denomina sua tarefa de criadora do direito, atribuindo-se essa atividade a partir da constatação da insuficiência da lei.

Ocorre que, como afirma Zaccaria, o direito jurisdicional

“configura senza dubbio un’attività produttiva di diritto (e questa considerazione certamente accresce la responsabilità del giurista interprete); ma è importante non dimenticare mai (per le conseguenze politico-ideologiche che una confusione su questo punto potrebbe avere) che la creazione di diritto rappresenta l’esito di

---

<sup>303</sup> No presente trabalho, a expressão “limites” tem o sentido heideggeriano de algo de onde começa o desdobramento do ser de um ente. É um limite também positivo, porque é de onde se parte e, no círculo hermenêutico, também onde se encontra o sentido.

un'attività riferita alle norme legislative e da esse derivata; e che non può pretendere di collocarsi in contrapposizione alla legge, quale fonte, con essa concorrente, di produzione del diritto.”<sup>304</sup>

As duas expressões – declaração ou descoberta e criação ou constituição do direito - circunscrevem o campo de sentidos inautênticos acerca da jurisdição.

A expressão “construção da compreensão do direito”, sempre direcionada às situações da vida que são reguladas pelo direito, ao revés, apesar de não ser livre de críticas, pode melhor circunscrever-se àquilo que se entende por tarefa da jurisdição, que não descobre - porque não há uma essência metafísica esperando para ser extraída do fato - mas também não cria, porque a tradição, como limite de sentido - retratada na Constituição, na prudência, nas leis, nos valores da sociedade, no tempo e nos fatos - não é algo que o intérprete crie para dar solução ao caso concreto.

O longo esclarecimento que se faz necessário, então, compreende a jurisdição como atividade construtiva que, por meio do material que lhe é fornecido pela tradição, da qual fazem parte as três categorias em vertical (direito, pretensão e ação, todas em sentido material), diante do caso concreto, compreende o sentido do direito, construindo a solução que é dada concretamente, não abstratamente, sem pressupor uma ordem superior de idéias, mas apenas projetando-se no mundo, ao qual, consoante se discorrerá, pertence a ação de direito material.

Ao contrário do que entende a doutrina tradicional, essa atividade construtiva não desconhece as fontes. Guia-se por elas, perguntando-se sobre o seu sentido autêntico, construindo a compreensão do ser do direito.

Com isso, pretende-se evitar a vinculação das idéias aqui trabalhadas com compreensões formalistas ou substancialistas, mas igualmente abstratas, da compreensão do direito, subscrevendo um modo de compreender a jurisdição a partir da hermenêutica filosófica, a qual, como afirma Zaccaria,

“liquida simmetricamente da una parte la prospettiva del logicismo (per cui dalle premesse stabilite si giungerebbe alla decisione tramite passaggi logicamente coatti), dall'altra la prospettiva decisionistica (per cui l'applicazione giudiziale costituirebbe

---

304 ZACCARIA, Giuseppe. **L'arte dell'interpretazione**: saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea. Padova: Cedam, 1990. p. 56.

la sede di decisioni meramente creative da parte dell'interprete, con conseguente rifiuto totale della dommatica)."<sup>305</sup>

#### 4.2 ENTRE A ANOMIA E A AUSÊNCIA DE ANOMIA

Os espaços de anomia - cláusulas abertas e espaços em branco - são produzidos pela cisão entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação e pela possibilidade de alternância entre aplicação e suspensão da norma, deixadas à conveniência do intérprete sempre que a norma tiver uma estrutura aberta ou quando sua aplicação demandar maior esforço de compreensão, para atender aos chamados casos difíceis, em que o discurso prévio de fundamentação falha ou abre a possibilidade de sua manipulação pelo intérprete.

No campo investigado, da relação entre direito material e processo, a existência de espaços de anomia e a suspensão da norma material (por meio da negação da força do direito material: a ação) representam a possibilidade de construção do direito processual de modo imponente e de forma a aprisionar o direito material não-consumado nas estruturas processuais construídas pelos juristas do processo, às custas das características e das necessidades que o direito material apresenta.

Esses espaços de anomia, onde a lei não tem força de lei, e há, por outro lado, força de lei sem lei (por meio da atribuição de força normativa a decretos, medidas provisórias ou a súmulas, que se sobrepõem à Constituição e a todo o Direito), são reproduzidos no processo, em que o direito material é suspenso para ganhar as características que o processo lhe atribuir, o que já foi abordado. Interessa, no entanto, ressaltar, nesse ponto, que isso só é possível em face da estrutura positivista antes relatada. No momento em que a lei material é suspensa, deixa de haver um limite para o processo interpretativo e, em seu lugar, não resta nada senão a escolha do intérprete sobre o que é o direito material. Desse modo, o processo pode dizer qualquer coisa sobre ele. Para isso, é necessário alijar o mundo prático, reforçar a força do conceito e desconsiderar a força normativa do direito material. A ação de direito material representa um grave empecilho, senão a extrema impossibilidade de realização dessa tarefa do positivismo. Afirmá-la impõe, por sua vez, recuperar o mundo prático, desmistificar o conceito e reconhecer a força normativa do direito material. Isso porque, sendo, por meio

---

<sup>305</sup> ZACCARIA, Giuseppe. **L'arte dell'interpretazione**: saggi sull'ermeneutica giuridica contemporânea. Padova: Cedam, 1990. p. 88.

dela, compreensível a atividade que deve ser realizada para restaurar o direito material ou impedir sua violação, ela vincula o intérprete/julgador a uma atividade prática a ser atingida, e, por isso, aponta a compreensão da satisfatividade real que o direito deve perseguir. Sendo ela uma categoria que conduz ao modo-de-ser do direito, não pode ser aprisionada no conceito, porque esse é necessariamente atemporal e a-histórico e, por isso, prévio, sem dinamicidade. Reconduzindo ao mundo prático e insuscetível de aprisionamento pelo conceito, ela não tem lugar no sistema. Indica uma idéia de projeto de realização, concretização de valores e diretrizes constitucionais, o que conduz à sua compreensão como força do direito material, que impede a transformação do direito material naquilo que ele não é. Isso porque ela introduz uma diferença irreduzível entre direito material e processo e estabelece o reconhecimento de uma necessária relação entre eles.<sup>306</sup> Não permite, pois, que o processo diga qualquer coisa sobre o que é o direito material e tampouco permite que aquele seja estruturado em termos de satisfatividade normativa, porque exige a realização do direito material pelo processo, não apenas estabilização das relações (paz social ou coisa julgada).

Dessa forma, o panorama do direito material, apresentado nos capítulos precedentes, se mostra como um produto dessa ausência de sua força impositiva.

Com efeito, apenas retirando do mundo a ação de direito material e substituindo-a por uma categoria abstrata – a “ação” –, que, nesse paradigma, não tem relação com o mundo onde as coisas se dão (já que essa ligação é possível por meio da ação de direito material), poder-se-ia construir o processo à revelia do direito material, estabelecendo o conteúdo das sentenças a partir da classificação abstrata e declaradamente conceitual da “ação” processual – em que o uno e abstrato é transformado em três: ação declaratória, constitutiva ou condenatória, sem necessidade de voltar ao direito material concreto para questionar-lhe sobre o seu ser. Esse foi um dos pressupostos para que fosse atendida a garantia liberal da incoercibilidade das obrigações, que passou a converter os direitos em sua reparação pecuniária, para a qual parecia suficiente a construção da eficácia condenatória junto às tradicionais eficácias eminentemente normativas. Esse diagnóstico está em Luiz Guilherme Marinoni, quando afirma que o

“CPC transformou o direito à reparação do dano em direito à obtenção de soma em dinheiro. Isso pelo motivo de que o modelo que foi por ele estruturado para o ressarcimento é completamente inidôneo para a prestação da tutela ressarcitória na

---

<sup>306</sup> Esse modo de conceituar a diferença ontológica está em AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 68.

forma específica, e assim para atender aos direitos que melhor se adaptam a essa forma de ressarcimento.”<sup>307</sup>

Admitir, todavia, que o processo, porque não contém dispositivo específico, *i.e.*, cientificamente estruturado e legislativamente previsto, para tutela de um direito - inobstante seja norma constitucional a tutela dos direitos e princípio milenar que, onde há o direito, deve haver meio para sua proteção, sob pena de inocuidade de todo o ordenamento jurídico – possa alterar a essência do direito material, que seria entregue à sua inefetividade real ou, o que seria o mesmo, que o ser do direito material possa ser convertido em valor de troca, retira toda a força impositiva do direito material, que é relegado à sociologia que se transforma em direito por força do processo. Não se pode admitir que a ausência de norma específica, prevendo o instrumento, impeça a realização do direito material – na forma específica – pelo processo. O que se pode admitir é que a leitura normativista do ordenamento jurídico, que pretende retirar o direito da norma, e não, a norma do direito, levou os juristas a pensarem que a ausência de previsão legal de um procedimento específico poderia impedir o juiz de construir os meios adequados para a realização do direito no caso concreto, com base na Constituição e na lei material e, além disso, no princípio de que, se a lei processual se omitiu, isso não representa um espaço de anomia, porque o direito é resultado da compreensão de múltiplos fatores, um deles, sem dúvida, o texto da lei processual que, se, no caso se omitiu, era inconstitucional – por omissão –, merecendo interpretação conforme a Constituição. Isso tudo porque a técnica não pode mudar a essência das coisas. Parafraseando a forma de expressar-se de Ovídio Araújo Baptista da Silva, ‘tenho de confessar’ a minha total limitação para entender como é possível que se admita essa inversão da técnica para o contrário do que ela representa! Então, o direito material pode ter impedido o acesso à sua realização porque a ciência e a legislação processual – às quais não se limita o direito – esqueceram, ou não quiseram, ou não puderam, prever o instrumento adequado.

Nesse contexto, apenas o conteúdo abstrato dado previamente pela ciência é capaz de responder à pergunta pelo ser já entificado do direito material, que entra no processo e já não é mais evidente ou não-evidente, verossímil ou inverossímil, absoluto ou relativo, é apenas um produto que o processo condicionará. Assim, também foi possível construir e manter o processo ordinarizado, relegando formas de procedimento de cognição sumária às hipóteses elencadas pelo direito processual, sem necessidade de perguntar se o modo-de-ser do direito

---

<sup>307</sup> MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 444.

material requer tratamento diferenciado, por ser evidente, por exemplo, como seria o caso de direitos absolutos, que demandam defesa por ação materialmente sumária e, em decorrência, por procedimento de cognição sumária, com contraditório plenário eventual, justamente porque seu grau de evidência o diferencia de direitos relativos que demandam cognição plenária em procedimento que, por isso mesmo, será mais amplo.

Sendo o direito material, nos chamados *easy cases*, apenas um conceito que delimita a moldura da norma, ao qual o fato se amoldará, ou, sendo, nos chamados *hard cases*, uma criação que depende do processo, em ambos os casos, não há um direito para o caso concreto acerca do qual se buscará o significado, historicamente. Há, apenas, um espaço de anomia, em que o direito material necessariamente seria atuado abstratamente, para realizar o ordenamento jurídico ou, mesmo suspenso, em caso de necessidade, compreendendo-se que, segundo Agamben, a “*teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção (dispensatio) em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da Lei.*”<sup>308</sup>

O paradigma que estabelece a exceção como normalidade - em que a suspensão do ordenamento jurídico, em face da necessidade que vai tomando conta do campo jurisdicional por força de suas insuficiências, retira da norma sua força impositiva para fazer prevalecer o que o intérprete pensa acerca do direito - faz com que a relação entre direito material e processo seja concebida ao sabor dos interesses dominantes. Não se pode esquecer de que o poder ideológico do mercado que, conforme Bercovici, que cita Atílio Boron, vota todos os dias,<sup>309</sup> interfere no modo como o processo atua o direito material, o que propicia algumas formas de tutela diferenciada - que, mesmo sendo, no entendimento da doutrina dominante, incompatíveis com as garantias constitucionais - são introduzidas no sistema, sem maiores óbices, como naturais, a fim de dar mobilidade ao mercado, como é o caso da executividade e abstração dos títulos cambiais. Quando se trata, todavia, de amoldar o procedimento às peculiaridades do direito material, segundo o caso concreto, as soluções diferenciadas - ainda que o fundamento da diferenciação da tutela seja o mesmo - são catalogadas como ofensivas às referidas garantias constitucionais e descartadas, o que se observa, como exemplo, do estudo de Rosemiro Pereira Leal, que considera que “a decisão judicial no direito moderno não se define pela *summaria cognitio*, a não ser nas tutelas de urgência (liminares e

---

<sup>308</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 40.

<sup>309</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004. p. 178.

antecipadas) que, não mais se regendo pela interditalidade, seguem obediência ao *devido processo legal*, como direito-garantia no Estado democrático de direito.”

Essa forma de conceber o direito é herdeira do nominalismo, do epicurismo e do relativismo, que, “*persuadido de que está que as palavras são apenas signos, de que seu uso é convencional, de que os sentidos das palavras são relativos, que eles ‘conotam’ realidades diversas, segundo o ponto de vista do usuário*”<sup>310</sup>, está presente na concepção que se tem do direito e em todas as atitudes pragmático-estratégicas de sua aplicação. Esse imaginário, no qual a lei não tem força de lei e a Constituição não tem força de Constituição, cria (ao mesmo tempo em que é criada por ele) um espaço de vazio jurídico que abre a possibilidade da sustentação de que, nesse vazio, onde se encontra a necessidade, não há lei.

A suspensão do direito material se dá por sua impossibilidade de impor-se por sua força normativa: a ação direito material. Passa a ser apenas conceito estático, porque sua instância de força dinâmica foi cortada e substituída pela “ação” processual, isto é, pelo processo. Afinal, se não há construção processual adequada para tutela, não há o direito. Enquanto o direito material não tem capacidade para se impor, passa a ocorrer o que se apontou no capítulo precedente. O processo se impõe ao ser e o substitui. Pode-se dizer que, assim, o direito material, transmutado em algo que não é, porque foi mutilado em sua força, é imposto aos homens sem poder transformador. Parodiando Hesse, dir-se-ia, então, que seria como “*se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las.*”<sup>311</sup> Não há como haver justiça e paz social em um mundo em que o Direito se impõe pela força da coisa julgada, não pela justiça que constrói. Cada caso será um novo momento de insatisfação, porque o que se obtém com o processo, quando se obtém – já que a jurisdição tantas vezes pára na sua tarefa de produzir satisfatividade normativa – é algo que o direito não é, em que o sujeito da interpretação e o objeto foram contrapostos por algo que impediu a compreensão (uma terceira coisa que entre eles se interpôs).

Dessa forma, é preciso restaurar a ligação do direito material e do processo com o mundo prático e buscar nele a força impositiva do direito material.

---

<sup>310</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 273.

<sup>311</sup> HESSE, Konrad. **Força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 17.

### 4.3 A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL COMO FORÇA REALIZADORA DO DIREITO: UM RETORNO AO MUNDO PRÁTICO

A existência desses chamados espaços em branco, no direito material ou no processo – que autorizariam a suspensão do ordenamento e a vigência sem aplicação – não tem lugar onde o direito material se impõe por sua força impositiva, o que ocorre sempre que se reconhece, na ação de direito material, o elo de ligação entre o direito material e o processo, que retoma o mundo prático. Isso porque a ação de direito material, ao recuperar o direito material em suas características e necessidades, impõe sua realização pelo modo como ele se manifesta dinamicamente, na realidade, fundamentando e legitimando democraticamente a construção de tutelas diferenciadas para diferentes direitos, ainda que o processo não preveja meios específicos.

O paradigma – que se considera em crise e rumando em direção ao agravamento da crise – busca restaurar a ligação entre direito material e processo a partir de construções que se circunscrevem, ainda, na esfera conceitual do processo e na negação da esfera impositiva do direito material. Desse modo, o reconhecimento da necessidade de superar a relação de alheamento entre direito material e processo é sempre tratada em um âmbito que limita a compreensão. Com efeito, como afirma, por exemplo, Andréa Proto Pisani, para que

“sia assicurata la tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio, non basta che a livello di diritto processuale sia predisposto un procedimento quale che sia, ma è necessário che il titolare della situazione di vantaggio violata (o di cui si minaccia la violazione) possa utilizzare un procedimento (o piú procedimenti) strutturato in modo tale da potergli fornire una tutela effettiva e non meramente formale o astratta del suo diritto.”<sup>312</sup>

Todavia, o mesmo autor, logo após, diz que especificando

“quindi, quanto detto poco fa, è possibile ora dire che il diritto sostanziale – sul piano della efetività, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata – esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone

---

<sup>312</sup> PISANI, Andréa Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Eugenio Jovene, 1996. p. 6.

procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazioni di vantaggio affermate dalle norma sostanziali.”<sup>313</sup>

Nessa visão, o direito material permanece dependente do processo. Sem que o processo forneça o arcabouço instrumental necessário para tutela dos direitos, não há realização concreta dos direitos que se remeta para além da satisfatividade normativa, que é a única que pode ser fornecida pelo tratamento apenas conceitual do arcabouço processual.

Proto Pisani, é necessário lembrar, reproduz Satta e com ele concorda ao dizer que os institutos processuais “*nascem, por assim dizer, não apenas com o selo terreno, mas com aquele da eternidade, que lhes é apostado por seu próprio destino de garantir a realização da justiça.*”<sup>314</sup> A afirmativa revela o descompasso entre o direito processual, conceitual e, por isso, eterno, e o mundo prático, mutável, que não interfere, por suas características, no processo, que nasce com o selo da eternidade e, por isso, não tem por que se amoldar às necessidades cambiantes do direito material.

Essa relação de alheamento é constatada por Luiz Guilherme Marinoni, cuja teoria busca redimensionar essa relação. O autor apresenta sua teoria partindo do pressuposto de que não há como “*deixar de perceber, hoje, que entre o processo e o direito material há uma relação de integração.*”<sup>315</sup>. Não se pode deixar de ressaltar, na assertiva, a expressão ‘hoje’, como se a necessidade de superação da relação de alheamento entre direito material e processo fosse uma expressão dos novos tempos do sistema processual e como se toda a história de aniquilação do direito material pela necessidade de emoldurá-lo nas fórmulas imutáveis do processo não houvesse projetado sentidos inautênticos na pré-compreensão dos intérpretes dessa relação. A compreensão da relação entre direito material e processo nesses termos retira da doutrina processual a responsabilidade por construções que aniquilaram o direito material, fazendo-o refém do processo, que se limitou a dar-lhe satisfatividade conceitual-normativa sem preocupação com a concretização das pretensões.

A afirmação desse elo de ligação não deve, ademais, ser reduzida de modo a que se possa, como o mencionado autor, afirmar, simplesmente, que a

---

<sup>313</sup> PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Eugenio Jovene, 1996. p. 6.

<sup>314</sup> Andréa Proto Pisani é citado por SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 9.

<sup>315</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.

“compreensão do direito de ação como direito fundamental confere ao intérprete luz suficiente para a complementação do direito material pelo processo e para a definição das linhas desse último na medida das necessidades do primeiro. Ou seja, a perspectiva do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional permite que o campo da proteção processual seja alargado, de modo a atender a todas as situações carecedoras de tutela jurisdicional.”<sup>316</sup>

Ocorre que, do interior do paradigma dominante, em que o mundo prático foi descartado, considerar o direito fundamental à “ação” como fonte de irradiação suficiente para que o processo complemente o direito material pode levar à consolidação do paradigma que vê, no processo, uma técnica cuja essência substitui a essência da coisa, pressupondo-se que o direito material não detém força de realização, por si, sendo necessário que o processo forneça o conteúdo do direito material, e não, o contrário, o que se pode observar na posição já analisada de Calmon de Passos. É imperioso notar como, nessa visão, apenas como exemplo, o direito material é flagrado como um ente sem significado, sem poder gerador de transformação social, poder esse que lhe seria outorgado como “complementação” pelo processo, como um favor de Estado ao indivíduo titular do direito. O processo condiciona o produto. E tudo passa a depender do Estado totalizante, e o processo ganha o *status* de gerador de possibilidades para o ente, que não são o sentido do ser desse ente, o direito material, mas lhe são atribuídas artificialmente, pela técnica, que as substancializa, sem ter de investigar-lhe o sentido, aquilo que o direito é, que não é senão a forma como deve ser efetivado, respeitado e realizado por meio do processo. A metáfora de Heidegger, antes citada, do Reno e de sua usina, é a melhor ilustração para o problema: a usina, a técnica, passa a definir o sentido do ser do Rio, e já não há mais um Rio e, sim, uma usina, em que o Rio é apenas condição de possibilidade da usina. Assim, também o direito material é apenas condição de possibilidade do processo, quando a relação inversa deveria ser esperada.

Desse modo, no interior do paradigma do indivíduo racional e desvinculado, sem limites à tarefa de criação, a complementação do direito material é concebida por meio de um entendimento que permite que diga qualquer coisa sobre esse direito, justamente porque ele não vincula, não tem poder transformador. Como dito, seu vínculo com a realidade é conceitual e abstrato, uma imagem do direito material, projetada pela mente do intérprete por meio do processo. Falar em complementação, a partir desse paradigma, aniquila o direito material.

---

<sup>316</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

A “ação”, como garantia constitucional, viabiliza o acesso de todos ao judiciário, mas, para que a garantia constitucional opere em sua realidade transformadora, essa “ação”, que deve ser abstrata (sob pena de não ser garantida a todos, mas apenas àqueles que têm direitos), deve restabelecer sua relação com o mundo prático. Esse restabelecimento só é viável se a força impositiva do direito material, esse direito em movimento, a ação de direito material, trazer, ao campo conceitual do processo, seu poder transformador da realidade, buscando nele a complementação de que necessita. Essa complementação não é conteudística, no sentido que ao processo seja dado dizer o que é o direito material em uma postura em que a exceção – a anomia – é a realidade. Essa complementação deve ser compreendida como a busca do sentido do direito material, por meio da construção desse sentido, como faticidade e historicidade, e na realização/concretização da pretensão, que é aquele sentido que foi construído. Sob esse aspecto, a complementação é de efetividade por meio de atos jurisdicionais que transformem a realidade de acordo com o que a realização das pretensões demanda como atividade.

Imperioso, então, que se registre que a complementação do direito material pelo processo, defendida no interior do paradigma dominante, que opõe teoria e práxis, sujeito e objeto, fato e direito, não é a mesma complementação exposta por Gadamer, uma vez que, ao falar, o filósofo já se encontra em um novo paradigma de pensamento, em que a metafísica foi desconstruída e o ser-aí se compreende em intersubjetividade, o que significa dizer que há uma dimensão comunitária que pressupõe um direito que vincula todos na realização do bem comum, o que exige a retomada da faticidade e da historicidade, na dimensão da responsabilidade, que envolve o cuidado e a consciência da história efetual, não sendo, pois, cabível, a partir dessa compreensão do modo-de-ser desse ente que somos nós mesmos (a presença), um direito que se auto-excepciona ao sabor da escolha do intérprete. Afirma Gadamer, ao examinar o direito, que o

“modelo da hermenêutica jurídica mostrou-se, pois, efetivamente fecundo. Quando se sabe autorizado a realizar a complementação do direito, dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, o que faz o jurista é exatamente aquilo que ocorre em qualquer tipo de compreensão. *A velha unidade das disciplinas hermenêuticas recupera seu direito se se reconhece a consciência da história*

*efetual em toda prática hermenêutica, tanto na do filólogo quanto na do historiador.*”<sup>317</sup>

E, continua, dizendo:

‘Assim, fica claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma com tal efeito.’<sup>318</sup>

Sob essa ótica, o que se refuta não é a complementação como tarefa da hermenêutica, mas a complementação que pressupõe espaços de anomia onde eles não existem, que nega o ser do direito, para substituí-lo pelo ser do processo, o que ocorre quando se nega instância impositiva ao direito material, negando a ação de direito material, seu modo-de-ser-no-mundo. Se o intérprete estiver autorizado a complementar o direito material, porque esse não tem força impositiva, o paradigma da era da técnica, que tudo transforma, não será superado. Ao contrário, compreendendo-se a complementação como tarefa da hermenêutica, que se dá não por haver um espaço de anomia, mas porque a compreensão é um existencial daquele que compreende, aí já terá sido encontrada a compreensão de que essa complementação se dá no âmbito concreto, não para agregar-lhe conteúdo, o que nega sua força impositiva, mas para fazê-lo realizar-se em seu ser, cujo sentido deve ser construído “*porque qualquer parâmetro que se adote para a interpretação de normas jurídicas deve ser construído historicamente, tendo em vista as peculiaridades do caso e das pessoas concretas nele envolvidas.*”<sup>319</sup>

Normas abertas, termos vagos, opções de concretização do direito material, ausência de procedimento processual específico ou de técnica adequada não são espaços de anomia, desde que se mantenha o vínculo com o mundo prático. Ao contrário, mantendo-se o direito no padrão conceitualizado da sistemática de autonomia das ciências vigentes a partir do séc. XIX, em maior ou menor grau, mas distanciado do mundo da vida, constituem-se anomias a

---

<sup>317</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método e Método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. v. 1. p. 446-447 (Os itálicos pertencem ao original).

<sup>318</sup> Ibid.

<sup>319</sup> SILVA, José Carlos Moreira da; ALMEIDA, Lara Oleques; ORIGUELLA, Daniela. O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 87, 2005.

serem preenchidas ao gosto do intérprete. Acerca disso, a análise que Bernardo Ferreira faz da crítica ao individualismo, elaborada por Carl Schmitt, é elucidativa:

“A prioridade e a anterioridade do indivíduo no pensamento liberal se traduzem, segundo Schmitt, na constituição de múltiplas esferas autônomas e, em última análise, equivalentes entre si, no interior das quais a independência individual se realiza. [...] O fato de que essas diferentes esferas sejam concebidas como fundamentalmente separadas entre si seria uma consequência do princípio da liberdade individual e, ao mesmo tempo, a sua condição. O isolamento de uma esfera em relação à outra torna possível que cada uma delas permaneça fechada na sua própria lógica. No interior de cada uma destas esferas, a liberdade do indivíduo se concretiza sob a forma da liberdade de conhecimento, da liberdade de criação artística, da liberdade de juízo moral, da liberdade econômica, e assim por diante. Caso cada um desses campos se apresentasse como hierarquicamente superior em relação a outros isso significaria, na perspectiva liberal, um constrangimento sobre o indivíduo e um cerceamento da liberdade de decisão e escolha. Isso porque, nos diz Schmitt, para o liberalismo, é inconcebível uma liberdade ‘em que um outro que não o próprio sujeito livre (der Freie selbst) decida sobre o seu conteúdo e a sua medida (Ma ß)’ (BP, 70).”<sup>320</sup>

Dessa análise resulta que, restabelecida a relação entre direito material e processo, por meio do retorno ao mundo prático, não há espaços de anomia, mas necessidade de compreensão da norma (em sua diferença ontológica em que a norma é buscada no direito, e não, reduzida à lei), no caso, que não é nem fácil, nem difícil, apenas um caso, entregue à interpretação de seu sentido no mundo. Esse sentido no mundo deve ter um parâmetro. Esse parâmetro é a ação de direito material.

O que se propõe, aqui, então, é algo bastante distanciado da concepção de que o direito processual e suas construções conceituais seriam suficientes para alcançar a efetividade perseguida do processo. A complementação do direito material pelo processo é concebida por meio da noção de compreensão da necessidade de o processo, como técnica, que busca a possibilidade de realizar o direito material do modo mais próximo possível de seu conteúdo, construir sentidos, reconhecendo, no entanto, que, “*na hermenêutica nunca recuperamos tudo*”<sup>321</sup>, e agregar o que o direito material não logrou alcançar sozinho: efetividade, concretização.

Essa forma de ser do processo aliaria o reconhecimento da força do direito material na imposição do seu conteúdo, em que sua complementação, que se dá no processo, se circunscreve à busca de realização do direito material, sem acoplamento ou criação de seu

<sup>320</sup> FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 52-53.

<sup>321</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2004. p. 69.

conteúdo, mas de construção do sentido do direito, no caso concreto, ao qual será agregada satisfatividade real, ou seja, concretização. Para tanto, há necessidade de romper com o pensamento dominante, e o paradoxo está em que o que se propõe é justamente uma viravolta em direção ao que é considerado inoportuno e ultrapassado.

Como afirma, com razão, Fábio Cardoso Machado,

“a ação de direito material, sob a perspectiva da dogmática jurídica, é a razão de ser da ‘ação’ processual. Mas, lamentavelmente, a doutrina banuiu do seu horizonte a ação de direito material, e assim encobriu o ‘sol do sistema’, rompendo o vínculo do processo com o direito material: o escopo jurídico do processo é a realização da ação de direito material, e sem ter em vista este escopo, o processo perdeu o rumo, como o instrumento que não sabe a que fim serve.”<sup>322</sup>

Retomando Pontes de Miranda, pretende-se reconhecer que

“os direitos subjetivos são cheios e cercados de poderes. Sempre que, do outro lado, alguém pode ter de sofrê-lo, o poder é pretensão; sempre que se pode exercer para efetivar-se, estatalmente, essa sujeição – é ação.”<sup>323</sup>

Dessa afirmação se pode extrair, facilmente, a conclusão de que Pontes de Miranda concebia uma relação entre direito material e processo, em que o primeiro não fosse refém do segundo. É essa visão que se pretende resgatar do grande jurista. Certo é que dessa concepção se pode visualizar que Pontes, ao considerar o processo como meio de atuação do direito objetivo,<sup>324</sup> reconhecia, precipuamente, que essa realização só poderia dar-se com a impositividade do direito material, de modo que só se pode considerar realizado o ordenamento jurídico quando houver adequada (e, portanto, justa) solução para o caso concreto.

A superação passa pela transposição de um paradigma que contrapõe sujeito-objeto, para um novo modo de compreender o mundo, junto dele e dos outros, um paradigma que

---

<sup>322</sup> MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 147.

<sup>323</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 183.

<sup>324</sup> Como quando diz: “*O processo não defende só direitos subjetivos ou pretensões. Se bem que muitas vezes os suponha, o destino do processo é a atuação da lei, a realização do direito objetivo. Hoje, só secundariamente é que protege os direitos subjetivos.*”. Ou quando diz que “*o fim precípua do processo é a realização do direito objetivo.*” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 140 e 284.

pode ser reconhecido na fenomenologia hermenêutica, que recupera o mundo prático e, com ele, a intersubjetividade e a responsabilidade.

## 5 A FENOMENOLOGIA HERMENÊUTICA

Com o desvelamento do modo como a ação de direito material é concebida no paradigma dominante e do que essa negação representa para a (não) concretização das pretensões materiais por meio do processo, pretendeu-se encontrar um novo rumo direcionado a possibilitar esse acontecer.

Nos subcapítulos que se seguem, procurar-se-á fundamentar como a compreensão hermenêutica da ação de direito material viabiliza esse acontecer, projetando, a partir desse novo horizonte de sentido, o sentido do ser do direito material como parâmetro para o desenvolvimento do processo lançado no mundo prático em constante diálogo intersubjetivo a partir de uma situação hermenêutica que compreende o direito como vinculante e transformador de mundo.

### 5.1 A (DES)CONSTRUÇÃO DA TRADIÇÃO: UMA COMPREENSÃO DA IDEOLOGIA A CAMINHO DA AUTENTICIDADE:

O primeiro passo para realizar essa tarefa é explicitar o embasamento dessa nova compreensão, que representa uma virada da ideologia, na qual os pré-juízos não são questionados, à autenticidade, na qual a ação de direito material ocupa um lugar cimeiro, justamente porque recupera o mundo prático e transforma toda interpretação em *applicatio*. É o que se pretende realizar nos itens que se seguem.

#### 5.1.1 Uma introdução do embasamento teórico da viragem em direção ao mundo prático

O desvelamento da história da relação entre direito material e processo, a visualização de que, modernamente, o processo, encarado como técnica, modifica a essência do direito material e lhe retira a força impositiva, condicionando a forma como (não) se realiza concretamente, em face da visão normativa que se tem do direito, permite que se reconheça que o resgate da relação entre direito material e processo não se dará por meio de novas criações científicas. Os conceitos dados de antemão e formulados como idéias perfeitas do

que é a coisa-direito ou a coisa-processo se interpõem entre o sujeito da interpretação e o objeto a ser interpretado e isolam a aplicação como um momento normativo.

A forma de tratamento do direito, a partir de teorias gerais, que serviriam para abarcar as dificuldades dos intérpretes e dar soluções apriorísticas para as dificuldades interpretativas são evidentemente insuficientes para realizar um direito como saber prático, que resgata o mundo da vida como compreensão-interpretação-aplicação em um único movimento circular que se pergunta pelo sentido no caso, e não, *a priori*.

Como afirma Bourie,

“la irreflexión tradicional de la dogmática y de los prácticos del derecho acerca de sus supuestos cognoscitivos conlleva el peligro de una ideologización del derecho, en que opiniones son presentadas como verdades, amparadas por la ciencia, y decisiones cargadas de intencionalidad como actos aplicadores de normas generales en que no interviene elemento alguno que no sea cognoscitivo.”<sup>325</sup>

Aprisionado o direito na concepção científica, a irrepetibilidade dos fatos e a diferença entre os direitos que se dão no mundo da vida restam obscurecidas e permitem a manipulação do sentido.

O que se necessita é de um novo rumo de pensamento, de um novo paradigma afeto à hermenêutica, em que ao mesmo tempo, “*o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (Auslegung) e passa a ser produtivo (Sinnggebung)*.”<sup>326</sup>. A superação do positivismo e dos neo e pós-positivismos - os quais, afirmando o sentido unívoco da lei, buscam a manutenção do *habitus* do campo jurídico, baseado na reprodução de sentidos e na firme convicção de que a segurança jurídica pode ser viabilizada pela idéia de um Poder Judiciário que apenas subsume, num processo dedutivo, o fato à norma - é imperiosa.

A estrutura do pensamento que remete a formas universais e aproxima, como diz Kaufmann<sup>327</sup>, dois adversários tão declarados como o direito natural racionalista e o positivismo jurídico, pode maravilhar. Esse pensamento subtrai o mundo da vida, o ser-no-mundo, da compreensão e interpretação do direito e permite a manutenção de discursos de reprodução de sentidos no seio da dogmática jurídica.

<sup>325</sup> BOURIE, Enrique Barros. La moderna ciencia jurídica alemana y la obra de Arthur Kaufmann. In: KAUFMANN, Arthur. **Analogia y ‘naturaleza de la cosa’**: hácia una teoría de la comprensión jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 19.

<sup>326</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 197.

<sup>327</sup> KAUFMANN, Arthur. **Analogia y ‘naturaleza de la cosa’**: hácia una teoría de la comprensión jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 53.

Resgatar o mundo da vida é o primeiro passo, então, na construção de uma dimensão autêntica entre o direito material e o processo, de modo a que aquele possa acontecer em seu ser, no processo. A tarefa da hermenêutica, ou como preferiu dizer Gadamer, a tarefa da interpretação (que pressupõe a compreensão da qual é a explicitação) “consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*.”<sup>328</sup> O ser de um ente é no movimento que une compreensão-interpretação-aplicação, não sendo, portanto, possível que o sentido seja previamente dado, porque ele não prescinde do mundo prático. O ser de um ente ‘é’, sempre, pois, no mundo. Citando, novamente, Gadamer, em pergunta e resposta:

“Por que será que o que Aristóteles designa como a forma jurídica da *phronesis* (*dikastiké frónésis*) não é uma *technè*? (...) Aristóteles mostra que toda lei é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, na medida em que se encontra numa tensão necessária com relação ao concreto da ação. (...) Fica claro que o problema da hermenêutica encontra aqui seu verdadeiro lugar.”<sup>329</sup>

Na hermenêutica jurídica, entendida, aqui, a partir da filosofia hermenêutica (Heidegger) e da hermenêutica filosófica (Gadamer), não há separação entre mundo dos fatos e mundo do direito. Sempre se parte de um texto, que tem um sentido na inserção fática e histórica em que está o intérprete: sua situação hermenêutica. Essa situação hermenêutica parte da tradição na qual sempre se está inserido, que nos lega pré-compreensões e permite que o sentido do texto seja mediado pela distância temporal que dá condições, pelo tensionamento que provoca entre o texto e a historicidade e faticidade do intérprete, de distinguir, como diz Gadamer, “*os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem mal-entendidos.*”<sup>330</sup> Distingui-los permite o acesso ao ser, porque querer “*evitar os próprios conceitos na interpretação não só é impossível como também um absurdo evidente. Interpretar significa justamente colocar em jogo os próprios conceitos prévios, para com isso trazer realmente à fala a opinião do texto.*”<sup>331</sup> Interpretar, portanto, exige que se interpele a tradição a partir da própria situação hermenêutica, buscando suspender os falsos preconceitos, ou os pré-juízos inautênticos, possibilitando a autenticidade

---

<sup>328</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. v. 1. p. 432.

<sup>329</sup> Ibid., p. 418-419.

<sup>330</sup> Ibid., p. 295.

<sup>331</sup> Ibid., p. 514.

da compreensão, de modo que o sentido do texto, no caso do direito, a norma, surja, como sentido do ser do ente.

Esse sentido, então, se dá no mundo. Como afirma José Carlos Moreira da Silva Filho,

“as coisas devem ser tomadas a partir de sua manifestação no mundo, enquanto fenômenos. E esta manifestação nos é mediada pela linguagem, de tal modo que ‘aquilo com o que algo se apresenta a si mesmo faz parte de seu próprio ser. ‘ A linguagem, portanto, é um acontecimento, uma experiência, um vir à fala do que nos cerca, da tradição que determina nossa historicidade e que retorna em nossa consciência hermenêutica.”<sup>332</sup>

A necessidade de retomar o mundo prático, suspendendo pré-conceitos, para viabilizar a compreensão autêntica do ser dos entes é mediada, portanto, pela linguagem, que deixa de ser um instrumento.

Para que se dê a superação da linguagem como instrumento, que alija sujeito e objeto no universo interpretativo, é preciso, primeiro, compreender que a história da humanidade em direção à formação do pensamento jurídico da modernidade tem seus primórdios, segundo Hans-Georg Gadamer, na superação da “*íntima unidade de palavra e coisa*”<sup>333</sup> que, nos tempos primitivos, era “*algo tão natural que o nome verdadeiro era experimentado como parte do portador desse nome, quando não como se o representasse por procuração.*”<sup>334</sup> Segundo ele, de certo modo, “*a filosofia grega se inicia precisamente com o conhecimento de que a palavra é somente nome, isto é, não representa (vertritt) o verdadeiro ser.*”<sup>335</sup> Para Platão, deve-se conhecer o ente sem as palavras. Essa concepção faz da palavra uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, em que a “*palavra mantém uma relação inteiramente secundária com a coisa. É um mero instrumento de comunicação.*”<sup>336</sup>

Essa concepção da linguagem como instrumento, como se o mundo das idéias não dependesse da linguagem, e o pensamento já não fosse linguagem, marca a concepção da filosofia grega e medieval, como também a filosofia cartesiana, inspiradora do pensamento iluminista da era da razão.

---

<sup>332</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 73.

<sup>333</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. v. 1. p. 524.

<sup>334</sup> Ibid.

<sup>335</sup> Ibid.

<sup>336</sup> Ibid., p. 535.

Como afirma Lenio Luiz Streck,

“não é temerário afirmar que, no campo jurídico brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, como terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, ou seja, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses de textos legais.”<sup>337</sup>

A linguagem como instrumento não tem relação com a coisa em questão, e o mundo, nesse modo-de-ver as coisas, é concebido como conceito. A superação desse modelo, em direção à retomada do mundo prático exige a mudança do eixo do pensamento metafísico, objetificador<sup>338</sup>, no qual a linguagem não será mais abordada como instrumento, ou como terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. A linguagem passa a ser condição de possibilidade do próprio *ser-no-mundo*, porque, na linguagem, sempre vem a tradição, que precisa ser desvelada em sua autenticidade.

A mediação da linguagem é o único modo de acesso ao ser dos entes, pois a linguagem passa a ser o modo como tudo se dá, por isso não há modo-de-ser fora da linguagem. Sempre “*falamos de dentro da linguagem sobre a linguagem*”<sup>339</sup>; por isso, a filosofia hermenêutica trata do mundo como linguagem, e Martin Heidegger dirá que a “*linguagem é a morada do ser.*”<sup>340</sup>, o que Hans-Georg Gadamer tomará como base para sua hermenêutica filosófica, na qual “*ser que pode ser compreendido é linguagem*”<sup>341</sup>.

Com o *Dasein*, o ser-aí, introduzido por Heidegger, como ente privilegiado, aparece um novo nível na problematização do ser. O ser não está mais isolado como objeto a ser conhecido. Ele faz parte da condição essencial do ser humano. O *Dasein* compreende o ser e, por isso, tem acesso aos entes. O ser é, pela compreensão, a possibilidade de acesso ao ente. Nossa compreensão só é possível porque o *Dasein* compreende o ser, e não porque temos um outro fundamento para o conhecimento dos entes. Compreendo-me no mundo e, na relação com os entes, compreendo o ser. O *Dasein*, então, como ser-no-mundo, introduz o ser-em como condição prévia de todo o conhecimento e, assim, pela compreensão, introduz a diferença ontológica e inaugura uma circularidade, numa recíproca relação entre ser e ente. A circularidade hermenêutica – compreensão do *Dasein* e compreensão do ser que se articulam

<sup>337</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 62.

<sup>338</sup> Representado no imaginário jurídico pelo positivismo e suas variantes.

<sup>339</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: EdPUCRS, 2004. p. 27.

<sup>340</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006.

<sup>341</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. v. 1.

numa reciprocidade – substitui o clássico modelo de fundamentação do conhecimento que se apresenta como relação sujeito-objeto. O ser humano, como compreensão do ser se sustenta pelos dois teoremas da finitude: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. O *como* do ser humano enquanto compreensão do ser é um exercício inesgotável de sua diferença, porque ele é ser-no-mundo. É como compreensão do ser que o *Dasein* se define radicalmente como diferença e é por ele que se estabelece a diferença entre ser e ente. O *Dasein* é o modo de ser-já-junto-das-coisas, o modo de ser-no-mundo. O ser humano não é senão em sua temporalidade e historicidade, em seu modo-de-ser inserido na tradição que é o horizonte de sua compreensão; por isso, intersubjetiva, e não mais isolada no horizonte do pensamento do sujeito. Desse ser-aí surge a tematização do homem (do modo de ser do homem para si e já-junto-das-coisas) que nunca se dá em sua totalidade, justamente porque o *Dasein* é ser-no-mundo, e esse ser-no-mundo é sempre parte de um horizonte de sentido que é dado pela tradição. A faticidade e a historicidade determinam o *Dasein* que, por isso, não tem o monopólio da compreensão do ser. Disso resulta que o tempo, em Heidegger, é elemento fundamental constituinte do *Dasein*. As coisas, então, são pensadas não como objetos, mas em sua relação com o tempo. Ser-no-mundo, existência, *Dasein*, cuidado, temporalidade são constructos que remetem a um modo-de-ser que tem como característica fundamental ser uma estrutura prévia de sentido<sup>342</sup>, não conceitual, porque está imersa no mundo da vida.

As ontologias tradicionais pensavam o ser, a partir do tempo como sucessão de presenças – do tempo físico dos objetos e a partir do presente. A ontologia fundamental evita a hegemonia do presente para não cair na entificação do ser e pensa a temporalidade em três dimensões: presente, passado e futuro. O *Dasein*, então, nas três dimensões de sua finitude – presente, passado e futuro (existência, faticidade e decaída), nas suas historicidade e temporalidade, como pré-compreensão, desvela a diferença ontológica entre ser e ente. Essa diferença só é possível na circularidade hermenêutica (compreensão, interpretação, aplicação como fenômeno unitário). Com esses teoremas, Heidegger propõe o fim da metafísica, como encobrimento do ser pela presença e propõe o início da questão do pensamento. Nesse ponto é que surge a fundamental importância da linguagem, que assume um lugar cimeiro na condução da justificação do conhecimento.

A linguagem em Heidegger não é simplesmente objeto e, sim, horizonte aberto e estruturado e condição de possibilidade do *Dasein* e, por isso, da compreensão. Passa-se, então, da idéia de percepção (metafísica) à idéia de compreensão, em cuja estrutura se

---

<sup>342</sup> STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2000. p. 196.

antecipa o sentido. *Dasein* é concebido, não como objeto, mas como modo prático de ser-no-mundo.

A fenomenologia hermenêutica, então,<sup>343</sup> introduz um novo conceito de fundamentação. Não é uma fundamentação objetivista (da tradição clássica), nem subjetivista (como a moderna), mas uma fundamentação que já sempre existe quando compreendemos a nós mesmos e que instaura uma circularidade entre a pré-compreensão, que vem com a tradição, e a pergunta pelo sentido, que não prescinde do fato; ao contrário, só se dá no fato.

Não há, pois, monopólio da compreensão do ser, não há conhecimento de objetos ou relação de significação sem que tenhamos uma relação significativa com o mundo que nos envolve e nos carrega. Assim, o esquema sujeito-objeto é superado, pois não é mais o método que, numa estrutura linear, se encontra com o sentido, mas uma compreensão do sentido que instaura a compreensão como faticidade, isto é, em que não é possível compreensão sem aplicação, trazendo ao Direito o mundo da vida em que o ser é sempre o ser de um ente, viabilizando a retomada da diferença, em que não há casos fáceis ou difíceis; há casos, em que a dimensão ética da vida requer uma solução que é constitucionalmente correta e, por isso, há sempre um limite, no sentido positivo, de desdobramento do ser de um ente. O direito não resta reduzido à lei. A lei, ao contrário, é o início do desdobramento do significado, que não é pré-dado (na dupla dimensão da palavra, utilizando a expressão de Streck), nem arbitrário. Não há lugar para decisionismos e arbitrariedades semânticas ou pretensamente hermenêuticas.

A percepção de que “há uma ambigüidade fundamental no homem e por haver essa ambigüidade fundamental é que estamos condenados à hermenêutica.”<sup>344</sup> permite a percepção de que a metodologia própria das ciências racionais deve ser superada, pois é insuficiente, para que seja possível pensar na questão do conhecimento e da relação do homem com o mundo como diálogo com a tradição, já que não é possível mais sustentar uma razão humana passível de apreensão pelos métodos das ciências naturais.

No campo do Direito, essa percepção marca a possibilidade de transformação social. De um direito de essências prontas, de subsunções de normas aos fatos, de dedução, em que a aplicação da lei é dada por um raciocínio causal explicativo e em que a justiça é encontrável pela mera aplicação de uma norma abstrata a um fato que se amolda a ela, e não o contrário, passa-se à possibilidade de um direito do acontecer de objetivos concretizadores de justiça

---

<sup>343</sup> Martin Heidegger critica a metafísica acusando-a de ser fundamentalista, ao dizer que ela pretende um *fundamentum inconcussum*, um fundamento firme e objetificador.

<sup>344</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2004. p. 23.

social; do universal propriedade, em direção à compreensão de que a propriedade exerce uma função na sociedade, pois assim foi “constituída” pela Constituição; da idéia de um processo, universal e, por isso, ordinarizado e normativo, em direção à idéia de que o processo se destina a realizar o acontecer dos direitos; da idéia de suficiência ôntica da norma, em que se reproduzem sentidos, à idéia de que os fatos não se repetem e, em sua diversidade, devem ser regulados pelo direito que, compreendendo a diferença, compreende o sentido do ser; da dualidade entre ser e ente, fato e direito, texto e norma, validade e vigência, essência e aparência, à compreensão da diferença ontológica que é a compreensão, que se dá no interior do círculo hermenêutico, de que o ser é sempre ser de um ente, já que, sendo o sentido um existencial do *Dasein*, não há uma propriedade colada sobre o ente.

Resgatar o mundo prático, pois, buscando os diferentes sentidos do ser desse ente, que, a cada aplicação, é o direito material no processo, essa é a tarefa da hermenêutica, que busca a superação da ideologia a caminho da autenticidade.

### 5.1.2 Da ideologia à autenticidade

A concepção da análise da ideologia à autenticidade comporta, por isso, dois momentos: 1) a noção de que, “*estritamente falando, é incorreto dizer-lhe que um indivíduo isoladamente pensa. Antes, é mais correto insistir em que ele participa no pensar acrescentando-se ao que outros homens pensaram antes dêle.*”<sup>345</sup>; sendo assim, a inserção do indivíduo no horizonte de sentidos, que lhe lega a tradição, está eivada de sentidos não questionados, pois “*a ontologia transmitida pela tradição obstrui novos desenvolvimentos, particularmente nos modos básicos de pensamento*”<sup>346</sup>; 2) desvelar os sentidos inautênticos, produzindo o choque hermenêutico com o que é familiar e, por isso, permanece não-questionado, permite a transposição de um universo de compreensão representativa do mundo, dotada de métodos e confiança no domínio da natureza e da vida, pela ciência, em direção a uma nova compreensão do mundo, fundada em uma forma autêntica de inserção do homem no mundo em sua relação com as coisas e com os outros.

---

<sup>345</sup> MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. p. 31.

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 115.

Ricardo Timm de Souza, no ensaio intitulado “Alteridade & Pós-modernidade – Sobre os difíceis termos de uma questão fundamental”<sup>347</sup>, apresenta esse projeto como uma passagem entre três momentos ou formas de interpretação do que ele prefere chamar de pós-modernidade<sup>348</sup>. O autor demonstra uma relação sucessiva não-linear entre o pós-modernismo hegemônico e o pós-modernismo desesperado, como formas de caracterizar as cores do individualismo da modernidade como “*tempo tragicamente corroído por uma auto-compreensão e auto-validação insuficientes*”<sup>349</sup>, em direção a um pós-modernismo desviante que caracteriza uma espécie de “*aposta paradoxal*”<sup>350</sup>, que pretende “*descobrir o sentido onde, muito provavelmente, segundo todos os indicativos de uma totalidade de sentido, ele não se encontrará.*”<sup>351</sup>

Da ideologia à autenticidade, então, é um caminho a ser trilhado em busca de uma aposta paradoxal, uma aposta em uma categoria considerada pela doutrina majoritária como mero “*slogan*”, cujo valor prático ou mesmo teórico é por ela considerado inexistente: a ação de direito material. Essa categoria, paradoxalmente, é aqui compreendida como condição de possibilidade de recuperar o sentido. Um sentido que está no mundo e que precisa ser desvelado, numa expressão de redescoberta do sentido do ser do processo e do direito material em sua relação de diferença, que é ontológica, no sentido heideggeriano, como identidade e diferença, porque, na medida em que não podem ser separados, também não podem ser confundidos, unificados.

A reconstrução ideológica do direito, por esse motivo, no âmbito da investigação sobre a relação entre o direito material e o processo e sobre o papel da ação de direito material nesse contexto, se impôs como forma de buscar o que diz a tradição e desvelar a oposição entre sujeito e objeto, que ela lega à compreensão do mundo.

No campo do direito, essa relação opositiva entre sujeito e objeto, que objetifica o ente e lhe confere um significado único, impedindo a autenticidade na compreensão que o homem tem de si mesmo e do mundo, atinge o direito impedindo-o de realizar seu escopo de constante significação. No campo da relação entre direito material e processo, a relevância da investigação é a de que a incompreensão do direito material, que resta objetificado por sua

---

<sup>347</sup> SOUZA, Ricardo Timm. Alteridade & pós-modernidade: sobre os difíceis termos de uma questão fundamental. In: \_\_\_\_\_. **Sentido e alteridade**: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2000.

<sup>348</sup> A utilização da expressão pós-modernidade no texto não está comprometida com a adoção de um entendimento acerca do fim da modernidade.

<sup>349</sup> SOUZA, op. cit., p. 151.

<sup>350</sup> Ibid., p. 165.

<sup>351</sup> Ibid.

constante significação como direito subjetivo, relativo e obrigacional, apaga as diferenças, impedindo o processo de buscar, nas características das diferentes pretensões e ações alegadas, o modo de proceder e, também, o modo de realizá-las. Não há diferenciação. Há apenas um significado para cada significante. Não há, por exemplo, como conferir maior relevância a direitos fundamentais, que restam identificados com direitos decorrentes de relações obrigacionais (relativos). Os direitos não se impõem em sua diferença, em sua relevância, em sua primariedade. No campo do processo, a incompreensão acerca do sentido do ser do direito material, que lhe é legada por essa realidade, retira-lhe força, ao negar o seu modo-de-ser, a ação de direito material, e impede que o processo opere satisfatoriamente, obstaculizando, ainda, o reconhecimento de seu verdadeiro papel, a concretização de direitos carentes de efetividade, o que foi enfrentado nos capítulos precedentes.

Tal resultado é visível e suas raízes históricas exigem esse incessante confronto com a tradição, de modo a que sempre seja refeita a pergunta sobre o sentido da relação entre direito material e processo no caso concreto. Isso no intuito de desvelar seu significado e permitir a compreensão autêntica dessa relação, permitindo a recuperação da ação de direito material como categoria que permite a retomada do mundo prático e a constante busca e o encontro com o significado, um significado autêntico, de constante busca pela diferença dos sentidos, que estão no mundo.

A ação de direito material, então, não é retomada como ferramenta, nem pretende entificar o ser do direito material em categorizações abstratas e “*a priori*” de como deve ser moldado o processo. Ao contrário, é buscada como fonte de constante vigilância hermenêutica na efetivação dos direitos – sem mudar sua essência, respeitando seu modo-de-ser - por meio do resgate do mundo prático para a constante releitura dos institutos processuais a partir do direito posto em causa, e não, de necessidade de sistematização de soluções catalogadas para cada conjunto de casos. Isso já existe, e está provado que não funciona. Não, ao menos, com a leitura abstrata de que o processo pode transformar o direito no que ele não é, ou teria autorização para tanto, quando o mundo prático dita solução consentânea com as coisas mesmas (e, utilizando as palavras de Streck, não as mesmas coisas!)<sup>352</sup>.

Ocorre que o direito, legado pela tradição, o *a priori* compartilhado que se põe diante de nós como pré-compreensão do mundo, é de um direito material cuja genética é construída pela compreensão desontologizada do mundo, preso no *intellecto* do sujeito, pela Revolução

---

<sup>352</sup> Nesse sentido, as obras do autor indicadas entre as obras consultadas.

Liberal-Burguesa e pela pandectística dos séculos XVIII e XIX, que culminaram com a elaboração do Código Civil Francês, em uma tradição em que o sujeito individual é o sujeito autônomo-proprietário, sendo esse o detentor dos direitos, em que o sujeito excluído não tem direitos, mas tem deveres e em que a necessidade de construção sistemático-científica reduz a natureza das coisas à universalização dos valores liberais. O nascedouro da noção de direito subjetivo, como afirma Michel Villey, está centrada na tríplice compreensão propriedade-autonomia-reparabilidade dos danos<sup>353</sup>. Nesse contexto, os meios jurisdicionais não resguardam os direitos a partir de atitudes positivas, mas essencialmente por meio da atitude negativa de não permitir a intromissão na esfera jurídica alheia. Essa visão da autonomia individual reformula os direitos, a partir do ingresso no processo, em direitos obrigacionais incoercíveis, para o que se retorna à *actio* e à *obligatio* (procedimento privado do período formulário destinado a regular direitos relativos e cuja universalização começa com o Direito Justiniano), e exige a incoercibilidade das obrigações que, registre-se, não foi regra nos sistemas jurídicos europeus do medievo. Conforme assevera Chiarloni, é, assim, iniciada

“una costruzione delle obbligazioni di fare per cui l’attività personale del debitore non è in obligatione, ma solo in solutione: l’obbligazione di fare há ‘un oggetto giuridicamente impossibile’; essa é, como l’obbligazione naturale, ‘giuridicamente non obbligatoria’; e pertanto, sotto il profilo costruttivo, si trata non già, almeno, di un’obbligazione alternativa (il fatto o i danni-interessi) ma, addirittura, di una semplice obbligazione facoltativa per il debitore, che deve i danni a titolo principale e ha la facoltà di liberarsi prestando il facere (97)”<sup>354</sup>.

Concebe-se, nesse paradigma, a jurisdição como atividade de accertamento, a qual não é dado atuar no mundo dos fatos, relegado à atividade administrativa do juiz, que perde sua imperatividade e se restringe a uma atuação meramente normativa, pois a intervenção no mundo prático - além de não ser jurisdicional e também limitada à tipicidade especificada na lei processual - se limita a exceções para dar efetividade ao valor máximo, a propriedade, e para atender ao mercado.

Esse direito subjetivo, assentado sobre as bases do individualismo e da auto-suficiência da razão humana, é um direito que não permite o encontro com diferentes sentidos dos direitos - fundamentais, absolutos (reais ou pessoais), relativos *etc.* - inviabilizando a compreensão de sua diferença, que se dá no mundo prático, como se fosse preciso superar a

<sup>353</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>354</sup> CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1980. p. 83.

própria cadeia genética (o DNA) dessa noção para que a autêntica compreensão do direito possa acontecer, superando a noção dada, e não, discutida de direito que, quando ingressa no processo, assume a feição universalizada que lhe dava a *actio*. Uma noção que ideologicamente se impõe à compreensão, que não faz mais do que inviabilizar a concretização do direito material - como pretensão e ação - impondo um modo-de-ser que é construído pelo processo sem qualquer vinculação com o mundo prático. Sim, a cadeia genética precisa ser superada para que outra construção se desvele. Essa construção supõe a superação da idéia de individualismo do sujeito solipsista e de auto-suficiência da razão humana, construindo um significado em que a relação entre sujeito e objeto (a relação de significação) se dê como encontro não-provocado, um encontro como acontecer em que o sujeito que compreende se pergunta pelo objeto e constrói os sentidos em uma inserção fática, histórica, na dimensão do cuidado, consigo e com os outros, em uma dimensão de responsabilidade pela alteridade do Outro.

Compreensão e interpretação se dão na aplicação, e isso torna sugestivo lembrar, com Gadamer, que, “*em língua alemã, compreensão (Verstehen) designa também um saber fazer prático [...]*”.<sup>355</sup> Essa dimensão prática precisa ser resgatada, pois não basta que, no pensamento do juiz, a técnica esteja adequada à coisa. É preciso buscar a dimensão compreensiva que, como existencial desse ser que somos todos nós, exige o reconhecimento das dimensões da temporalidade, da faticidade, do cuidado e da finitude, que determinam que toda tarefa compreensiva do homem é também, como ele, um projeto que impede a cristalização dos sentidos e seu aprisionamento na a-temporalidade, na abstração, na irresponsabilidade, no não-envolvimento com as possibilidades, para fugir da insegurança e de tudo o que, no sentido moderno, não seja o verdadeiro. Lembrando que, verdadeiro, em sentido moderno, é tudo o que não está remetido aos fatos, cambiantes, tudo que é constante, inversamente, alerta Heidegger: “*Em sentido grego, o que é ‘verdadeiro’, de modo ainda mais originário do que o λόγος acima mencionado, é a αἴσθησις, a simples percepção sensível de alguma coisa*”<sup>356</sup>. A exigência é, pois, de retorno ao mundo prático. A concepção moderna de eu, no entanto, duvida fundamentalmente dos sentidos porque, segundo Descartes, “*nunca nos devemos deixar convencer senão pela evidência de nossa razão. É bom que se note que eu*

---

<sup>355</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. p. 348.

<sup>356</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 73.

*digo de nossa razão e não de nossa imaginação e de nossos sentidos.”*<sup>357</sup>. Enfim, trocamos o mundo pelo método e é necessário inverter essa escolha.

Desse modo, é necessário fazer acontecer a viravolta – o *linguistic turn* – ocorrido na filosofia que se tornou hermenêutica (com Heidegger) e na hermenêutica que se tornou filosófica (com Gadamer), no campo jurídico, e essencialmente na relação entre direito material e processo, sem o que, mesmo diante de uma Constituição de feição transformadora da realidade social, os direitos continuarão carentes de concretização. De nada adianta uma teoria constitucional adequada aos novos tempos se, no processo – no presente caso, no processo civil –, esses valores não têm ingresso, pois, enquanto o mandamento constitucional determina a concretização dos direitos, o processo é tematizado dogmática e normativamente com escopos que consideram que neste “*quadrante da História do direito, já não teria sequer sentido cogitar da tutela dos direitos como escopo do processo [...]*”<sup>358</sup>, produzindo, com isso, uma teoria processual que legitima a atividade jurisdicional meramente normativa, em que a atividade (e responsabilidade) do juiz vai até a declaração do direito.

## 5.2 UMA COMPREENSÃO A PARTIR DA TRADIÇÃO EM DIREÇÃO A UMA NOVA POSSIBILIDADE DE SENTIDO

O esforço empreendido nos próximos itens busca apresentar a ação de direito material como *aletheia*<sup>359</sup>, que permite o encontro com o sentido do direito material pelo processo, ao resgatar o fenômeno em um sentido privilegiado, em que *logos* e fenômeno se unem na ação de direito material que, por resgatar o mundo prático, fala ao processo, como linguagem que é, do direito material. Com isso, o método é dimensionado como projeto, a partir do parâmetro que é a ação de direito material.

---

<sup>357</sup> DESCARTES, René **Discurso do método**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1960. p. 101.

<sup>358</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 216.

<sup>359</sup> *Aletheia*, nos gregos, segundo Ernildo Stein, é “o elemento primeiro e original que fecunda a meditação”. STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**. Ijuí: Unijuí, 2001 p. 53.

### 5.2.1 A introdução da necessidade da viravolta da compreensão em direção ao modo-ser do direito material no processo

Com base nas considerações precedentes, é possível afirmar que a ação de direito material, como parte da natureza, como fenômeno, que está no mundo, é repudiada pelo ente artificial, como parte do estado de natureza, por representar uma esfera de liberdade que lembraria a guerra de todos contra todos. Essa afirmação pode ser encontrada nas assertivas dos doutrinadores que se opõem ao que denominam de compreensão da relação entre direito material e processo em termos de ação de direito material, já que, em sua visão, a ação de direito material estaria sendo recuperada como se fosse uma retomada do exercício dos direitos por meio da força bruta. Nessa visão, o Leviatã repudia, porque fenômeno, acontecimento, parte de um mundo que deve ser abandonado como um todo em prol da segurança jurídica. O positivismo, ao refutar essa categoria, então, o faz por encontrar nela uma manifestação desse estado de natureza pensado por ele. Se o positivismo atribui um único significado ao significante, porque é necessário imprimir ordem ao mundo, não poderá ele conviver com uma categoria que, como acontecimento, remete o homem ao mundo e inviabiliza a univocidade de sentidos. A determinação de um sentido *a priori* restaria inviabilizada. Os sentidos estão no mundo e são-ou-não-são-no-mundo, a partir do acontecimento. Para o positivismo, o mundo não é mundo, é mera representação dual – sensível e supra-sensível, natureza e Estado.

Quando se fala em mundo, a partir da viravolta heideggeriana, pensa-se num mundo constituído pela linguagem. A linguagem, em Heidegger, é a morada do ser. É mundo. A ação de direito material é compreendida, aqui, como linguagem do direito material, que não se realiza espontaneamente e, por isso, não prescinde do processo. É mundo onde esse ser se dá na dimensão dos outros, na relação com os outros. É importante, então, reconhecer que o processo, como técnica, não tem conteúdo *a priori*, donde deriva a abstração da “ação”. Sem esse reconhecimento, não se poderia reconhecer a ação processual como categoria abstrata, no que se compartilha da afirmação de Daniel Francisco Mitidiero de que “*o direito à tutela jurídica, a pretensão à tutela jurídica e a ‘ação’ processual são entes abstratos, com o que, evidentemente, não podem carregar um conteúdo diferente nessa ou naquela situação.*”<sup>360</sup>

---

<sup>360</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – ‘ação’ processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

Se a técnica não carrega, *a priori*, seu conteúdo, o que, de fato, impediria (impede) o acesso ao sentido do ser do direito material? Como se dá esse sentido no mundo? Em um exemplo: Quem ou o quê informa o juiz sobre a escolha a fazer quando se depara com a necessidade de compreensão-aplicação do art. 461 ou do art. 461-A do Código de Processo Civil? É sua livre escolha, como indivíduo, auto-suficiente, dotado de razão e apto a escolher segundo sua livre determinação? Não há um limite de sentido? Há, sim, um limite de sentido, no sentido heideggeriano do termo, em que o “*limite não é aquilo onde algo deixa de ser, mas como os gregos o reconheceram, o limite é aquilo a partir de onde algo começa o desdobramento de seu ser.*”<sup>361</sup> Esse limite, como possibilidade de ser é o sentido do ser da ação de direito material. As cargas eficaciais estão no mundo, na ação de direito material, não no processo, ao qual incumbe a tarefa de garantir-lhe meios de realização, não de existência.

Parte-se do pressuposto de que a compreensão ocorre como aplicação, sempre a partir de um horizonte de sentido, que é temporal. Trata-se, então, quando se fala em ação de direito material, de recuperá-la como possibilidade de compreensão, *aletheia*, como força do direito material que não pode ser recusada pelo processo.

A partir dessa categoria – a ação de direito material –, unem-se o *logos*, a palavra, e o fenômeno, que permite que, do fenômeno no sentido vulgar, surja o fenômeno no sentido privilegiado, o sentido encoberto do ente – o direito – que se mantém oculto pela precedência do que não é questionado. Dizendo de outro modo: o senso comum teórico define aprioristicamente o que é o direito material e como se dá o processo. O que se propõe, aqui, é uma constante tarefa de vigilância e, portanto, de questionamento do ser desse ente, que se vela nas atribuições apressadas de sentido, reconhecendo que, se o sentido não é único, o modo de acesso a ele não pode ser dado *a priori*.

Para a hermenêutica, as coisas não são em si. Têm sentido a partir da compreensão de que, por ser um existencial daquele que somos nós mesmos e reconhecendo que não há um indivíduo desarraigado da tradição, o sentido se dá na dimensão da faticidade e da historicidade daquele que compreende a partir de uma situação hermenêutica que deve ser investigada a partir da tradição, de modo a desvelar os sentidos no movimento de desvelamento-velamento que produz a *aletheia*.

O acesso aos ser dos entes não pode ser pré-dado (na dupla significação da expressão) pelo método: o processo. Também não pode ser buscado no ente, porque o ente pelo ente é a forma como o ser permanece aprisionado no conceito. Sendo assim, busca-se o acesso ao ser

---

<sup>361</sup> STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 124. Stein, nesse trecho, cita e traduz o próprio Heidegger a partir do original *Vorträge und Aufsätze*.

do ente por meio da compreensão desse modo de ser do direito material que é trazido e possibilitado pela ação de direito material, como categoria, no mundo. A ação de direito material não é resgatada como categoria histórica, até mesmo porque, no decorrer na história, como se viu no Capítulo 1, ela foi, paulatinamente, sendo aprisionada em conceito e, por fim, negada. Também não é o fenômeno vulgar da ação de direito material que se quer resgatar, como atividade entregue ao sujeito para que a exerça, ripristinando o período mais antigo do Direito Romano, em que o processo – pelo procedimento *da legis actio sacramento* – apenas tratava de legitimar uma conduta imposta pela força privada de um dos adversários. A proposta de tratá-la como categoria hermenêutica desenvolve essa categoria como fenômeno privilegiado que traz à dimensão da fala o que não foi pensado, como se compreende um direito material, qual sua dimensão caracterizadora, no caso, diante do fenômeno da aplicação, resgatando o conceito de mundo, como fundamento e de horizonte como limite (no sentido positivo, que é de onde começa o desdobramento do ser de um ente) de questionamento e de desvelamento do ente.

No processo, isso representa a possibilidade de, no caso concreto, dar-se a compreensão e a interpretação de como o direito material é, de imposição de sua concretização por seu ser manifestado por esse desvelamento, buscando o cuidado de fazer realizar o direito em uma dimensão que resgate sua autenticidade em lugar de dar-lhe uma dimensão de sentido entificado pela ideologia do domínio da técnica.

Nessa visão, não se trata de dispensar a técnica, mas, ao contrário, de reconhecê-la em sua ambivalência, positiva e negativa, recuperando-a positivamente. Isso quer dizer que a técnica é revitalizada em sua essência, pelo que ela realmente é, não podendo, por isso, inverter a essência do direito material, nem sua própria essência. Sob essa ótica, o direito material traz em si a força normativa e a diretriz de sua realização, e o processo, como técnica, é construído para viabilizar a realização do direito material, sem negar essas características e visando a potencializá-las por meio de suas próprias construções. Considerando que a forma de realização dos direitos obrigacionais, por exemplo, ante o reconhecimento de direitos fundamentais, como a tutela à esfera patrimonial e extrapatrimonial do devedor, deve ser compreendida em sua dimensão temporal e que há casos em que não podem, ou não poderiam, *a priori*, ser tutelados por nenhuma das cargas eficazes oriundas do direito material, casos de prestações em pecúnia, por exemplo, em que nasce a necessidade de construção de técnicas, pelo processo: é o caso da ação condenatória, construção meramente processual, no que se concorda com Ovídio Araújo Baptista da

Silva<sup>362</sup>, para se discordar, com ele, de Pontes de Miranda<sup>363</sup>. Em sentido inverso, há a necessidade de impor ao processo as características do direito material, que, em seu modo-de-ser, é dinâmico, porque a compreensão envolve sempre um processo de aplicação – do que, como exemplo, se poderia apontar a sumarização da cognição, agregada ao contraditório invertido e postificado, que vem sendo tematizado por Ovídio Araújo Baptista da Silva, como forma de estabelecer uma “*correlação inversamente proporcional entre o grau de evidência do direito e a complexidade do respectivo procedimento*”.<sup>364</sup>

Uma releitura do papel da ação de direito material neste contexto é condição de possibilidade dessa visão. A idéia que se sustenta é uma idéia que encontra similar na compreensão autêntica dos princípios no Direito.

A relação que opõe sujeito-objeto impede a autenticidade da compreensão do papel dos princípios na compreensão do direito. Com a ação de direito material, ocorre o mesmo e é por isso que uma nova compreensão da relação entre direito material e o processo, a partir do mundo como linguagem numa virada na dimensão do ser – a ação de direito material – direciona-se à superação do que Heidegger chamou de último princípio epocal: a técnica<sup>365</sup>.

### 5.2.2 Da superação da idéia de método científico e único em direção à diferença projetada pelo sentido

“A *ontologia cartesiana do mundo é ainda hoje vigente em seus princípios fundamentais*”<sup>366</sup>, como aponta Heidegger. Esse modo de pensar cartesiano atinge o modo de pensar o mundo, porque, para Descartes, segundo aponta o próprio Heidegger, a única via autêntica de acesso ao mundo é o conhecimento, “a *intellectio*, no sentido físico-matemático”<sup>367</sup>. A adoção desse paradigma está, obviamente, estruturada em face da necessidade de superação da dúvida metódica. Havia necessidade de opção pelo método confiável, e a mente humana, o *cogito ergo sum*, continha a base de toda a certeza possível. A

<sup>362</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. In: \_\_\_\_\_. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 233-252.

<sup>363</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

<sup>364</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil, v.3. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris, p. 47. O autor cita D. Barrios de Angelis em notas de aula mimeografadas.

<sup>365</sup> Heidegger trata a questão relativa ao último princípio epocal – o *Ge-Stell* – em quatro conferências – “A Coisa”, “O Dispositivo”, “O perigo” e “A Viravolta”.

<sup>366</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 153.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 147.

matemática, criada pelo homem, continha a possibilidade de alcançar essa certeza. Esse novo paradigma de pensamento, que parte da dúvida em busca da certeza e encontra, na matemática, o método que poderia levar à verdade, alcança o pensamento humano e suas formas de expressão, por meio do método.

A interpretação e os fundamentos da filosofia cartesiana “*levaram a que se saltasse por cima do fenômeno do mundo, bem como do ser dos entes intramundanos que estão imediatamente à mão.*”<sup>368</sup> Efetivamente, a compreensão moderna do mundo e da inserção do homem no mundo “*salta por cima do fenômeno do mundo*”, porque o mundo moderno passa a ser a imagem representada pelo sujeito. O mundo, ou seja, o “*ente en su totalidad se entiende de tal manera que solo es y puede ser desde el momento en que es puesto por el hombre que representa y produce. [...] Se busca y encuentra el ser de lo ente en la representabilidad de lo ente.*”<sup>369</sup> O mundo é a representação que decorre da abstração do sujeito que se compreende no mundo o que constitui a base da interpretação das relações humanas e, como não poderia deixar de ser, do Direito. Esse reconhecimento permite que se observe porque o ideal de sistematização do mundo e, especialmente do direito, no mundo moderno, se torna a tarefa fundamental. “*A la esencia de la imagen le corresponde la cohesión, el sistema.*”<sup>370</sup> O individualismo, como fonte, produz um mundo abstrato, representado, ao que corresponde, ainda, a possibilidade de sistematização que aparece, segundo Heidegger, “*cuando falta la fuerza originaria del proyecto.*”<sup>371</sup>

É necessário reconhecer, com Heidegger, que a estrutura da compreensão “*possui a estrutura existencial do que chamamos projeto (N52)*”<sup>372</sup> em que o “*projeto é a constituição ontológico-existencial do espaço de articulação do poder-ser fático.*”<sup>373</sup> Compreender, segundo Heidegger<sup>374</sup>, é projetar possibilidades e interpretar é elaborar tais possibilidades. Esse compreender - cuja estrutura significativa é aberta - abre as possibilidades do sentido e necessita da vigilância constante acerca das posições prévias, visões prévias e concepções prévias.<sup>375</sup>

---

<sup>368</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 147 (O grifo pertence ao original).

<sup>369</sup> HEIDEGGER, Martin. La época de la imagen del mundo. In: \_\_\_\_\_. **Caminos de bosque**. Madrid: Alianza, 1996 Disponível em: <<http://www.heideggeriana.com.ar>>. Acesso em: jun. 2007.

<sup>370</sup> Ibid.

<sup>371</sup> Ibid.

<sup>372</sup> HEIDEGGER, op. cit., p. 205.

<sup>373</sup> Ibid., p. 205.

<sup>374</sup> Ibid., p. 209.

<sup>375</sup> Ibid., p. 211.

A partir disso, Gadamer dirá que a

“compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.”<sup>376</sup>

Compreender e interpretar, desse modo, são projeto. A abertura de sentido que se dá no projeto, no entanto, - em face do modelo cartesiano, que substituiu o mundo pelo *intellecto* e que mantém a marca platônica das dualidades fundamentais, entre sensível e supra-sensível, em que a mera aparência, o fenômeno, não tem valor, e em que o valor, o belo, está no supra-sensível, no mundo das idéias, de essências que estão dadas neste espaço ideal e que se impõem sobre a compreensão humana de modo imutável - foi abandonada em nome do sistema. Compondo-se dessa forma, a modernidade concebe a verdade a partir da razão, por intermédio do método, em que tudo que não é pensamento, tudo que está no mundo, é duvidoso e, pois, imperfeito. O ideal de sistema atende aos anseios dessa nova forma de ver o mundo. Projetar-se, abrir a compreensão à multiplicidade de sentidos que se dão no mundo e, no que nos interessa, no momento da aplicação (do caso concreto em sua singularidade irrepitível), não é compatível como ideal de suficiência da razão, da imperfeição de tudo o que não é racional e da busca por clareza e ordem por intermédio do método.

Prevalece, então, o sistema e se perde a noção de projeto como decorrência da concepção filosófica e por imperativo do ideal de ordenação do mundo pelo Estado que emergiu na modernidade.

Essa idéia é transposta, para a estrutura hobbesiana do poder, em que o fenômeno é abandonado no estado de natureza e o Estado-Leviatã, ente-artificial, idealizado pela razão humana e por seu poder auto-suficiente de escolha, constrói o que é necessário ao homem, para satisfação de seus anseios e necessidades. Essa visão dual, em que idéia e real não precisam ser co-relacionados - não têm existência compartilhada - é a história da metafísica do esquecimento do ser, em que o mundo de entes meramente subsistentes é governado pela razão humana e suas construções. O que está no mundo não é reconhecido como ser, apenas como ente. Os sentidos são aí abandonados, porque o projeto se perdeu e, com ele, a

---

<sup>376</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. p. 356.

possibilidade da compreensão, que tem no projetar-se sua estrutura existencial. Os entes são subtraídos ao tempo, à faticidade, à historicidade, ao cuidado. Não são mais em seu ser. Essa história de esquecimento do ser dos entes é, então, a história do esquecimento do sentido. Não há necessidade de pensar o ser dos entes em sua dimensão fenomenológica. Os entes como entes bastam porque estão à mão, não precisam ser pensados, poupam um esforço de compreensão, pois seu significado já está dado, é apenas um – um significado para cada significante – sentido unívoco ao gosto do positivismo e paradoxalmente adaptado às suas variantes legalista e pragmático-estratégica.

A prevalência da idéia de sistema sobre a idéia de projeto, no momento em que a modernidade organizava o Estado emergente e sua técnica, o Direito, se solidifica no séc. XIX e, no assunto que ocupa a presente investigação, aprisiona a relação entre processo e direito material nos institutos que foram objeto da sistematização do direito especialmente pela Escola História. Daí o motivo da já apontada submissão da relação entre direito material e processo ao ideal de autonomia e daí o legado da classificação dos direitos segundo critérios uniformes que universalizam no instituto da *actio* e, por decorrência, do correlato instituto da *obligatio*. Todo o fenômeno processual indica um único sentido e, por isso, uma única estrutura essencial para a realização da jurisdição que, desligada da abertura de sentido dada pelo projeto, fica presa nos sentidos previamente estabelecidos pela sistematização do direito. Por isso, se vê, na manutenção da idéia de sistema, ligado à contraposição S-O, a impossibilidade de os sentidos ocorrerem no mundo e na impossibilidade de, fora dos limites da técnica, admitir-se a capacidade impositiva do direito material em seu sentido no mundo (ação de direito material), o que imporá multiplicidade de sentidos (em atenção às coisas elas mesmas) e potencialidade transformadora da jurisdição para além da imposição da incapacidade de transformação pelo direito, em que a exceção é a regra.

Toda a presente abordagem da tradição em direção à viravolta – do sistema ao projeto (que, como projetar-se, resgata o mundo prático) - pretende desenvolver uma possibilidade de questionamento desvelador. Mas, como Heidegger, em *Ser e Tempo*, é preciso evidenciar que se entende

“essa tarefa como destruição do acervo da antiga ontologia, legado pela tradição. Deve-se efetuar essa destruição seguindo-se o fio condutor da questão do ser até chegar às experiências originárias em que foram obtidas as primeiras determinações de ser que, desde então, tornaram-se decisivas. [...]. Em todo caso, a destruição não

se propõe a sepultar o passado em um nada negativo, tendo uma intenção positiva.”<sup>377</sup>

Essa tarefa desconstrutiva da ontologia da tradição, em que o indivíduo da modernidade ocupa o lugar central, dando lugar ao mundo como representação e a ideais sistematizados e que, para isso, alijam o tempo, é não apenas relevante, é muito mais do que isso. Segundo se sustenta, é condição de possibilidade de uma nova visão das relações humanas e do Direito, como técnica destinada a regular essas relações. Sem essa desconstrução, a tradição permanecerá ditando, a partir de compreensões inautênticas, porque não-questionadas, sentidos universalizados que servem ao compreender a-histórico, a-temporal, desvinculado do mundo e dos outros, representativo do mundo, que estabelece sentidos unívocos, especificamente no âmbito da relação do direito material e do processo, em nome de certezas artificiais, segurança fictícia, liberdades vãs, inexistência de vínculos, ordem modificadora de essências em nome de representações seguras, sistemas em lugar de projetos, tudo em nome da perpetuação do indivíduo da era da técnica e do valor de troca.

O direito material e o processo, servindo a essa realidade, mantêm uma relação de instrumentalidade abstrata. Presentes a dualidade platônica e a substância aristotélica na forma do *cogito*. Faz-se direito pensando abstratamente o mundo das idéias e - na relação que se estabelece no âmbito do processo, para o qual rumam as relações que não lograram satisfação espontânea e, portanto, necessitam da intervenção da técnica - a abstração desconhece os reflexos dessa atuação na vida não só das pessoas envolvidas – autor e réu, litisconsortes, assistentes –, mas de toda a comunidade. Essa abstração produz o mau-uso da técnica e, por meio dela, altera a essência de tudo, construindo representações. A substância então, passa a ser a representação que fazemos da coisa e não a coisa mesma. As pretensões e ações de direito material, ao serem alegadas nas “ações” processuais, perdem sua essência, em nome da manutenção de um legado de certezas e seguranças impensáveis na era da modernidade técnica em que as relações são marcadas pela liquidez, como afirma Bauman em que tudo é fluido, tudo é passageiro, em que tempo e espaço se confundem, em que a dimensão da esfera da fala é substituída, paulatinamente, pelas coisas passíveis de serem consumidas e o homem paulatinamente não se relaciona com outros homens, porque lhe basta as relações com as coisas, sendo esta a “*versão liquefeita da condição humana*”<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 61.

<sup>378</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 59.

A negação da ação de direito material permanece nos limites da metafísica (clássica/moderna) que busca os sentidos na coisa e na mente, deixando de lado o mundo prático e apresentando um discurso que coaduna o processo ao direito material previamente. Essa negação contém em si a escolha pelo método e o alijamento do mundo.

A incompreensão do direito material e o predomínio do método que circunscreve o processo à escolha de escopos pelo intérprete, derivadas dos sentidos que são legados pela tradição são as fontes da incompreensão da relação entre ambos. Na relação entre direito material e processo, então, é preciso desvelar uma compreensão autêntica, para construir uma relação que atenda à realização dos direitos em direção a uma construção da legitimidade do direito e do processo em âmbito comunitário.

### 5.3 A TAREFA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Todo o empreendimento reflexivo até aqui esposado visa, essencialmente, a projetar a tarefa da hermenêutica, especificamente, no campo da relação de identidade e diferença entre direito material e processo.

A projeção dessa tarefa, longe de buscar a formulação de um conceito ou de uma sistematização, o que negaria tudo o que se abordou até aqui, procura projetar uma nova forma de compreender essa relação, condição de possibilidade primeira de qualquer empreendimento que pretenda recuperar a efetividade do processo, e, por isso, a concretização das pretensões e ações de direito material por meio dele.

Essa é a projeção que se buscará empreender, nos próximos itens, como tarefa final no presente estudo.

### 5.3.1 Do que se mostra numa primeira aproximação ao que se desvela no fenômeno

A tarefa da fenomenologia, às

“‘coisas elas mesmas!’ – por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados, por oposição às pseudo-questões que se apresentam, muitas vezes, como ‘problemas’, ao longo de muitas gerações.”<sup>379</sup>

é a tarefa aqui empreendida, transposta da analítica da presença, para buscar as possibilidades da compreensão do direito material em sua relação com o processo que intervém na vida.

Propõe-se uma desconstrução do modelo assujeitador e de encontro-provocado pelo instrumento que se interpõe entre o sujeito e o objeto em direção ao desvelamento da possibilidade de encontro, de projeto a ser sempre revisado, de modo a transformar a realidade técnica, em que tudo está reduzido a valor de troca, em uma realidade de constantes desvelamentos de sentido e, portanto, uma realidade em que a compreensão pode encontrar a justiça.

A relação entre direito material e processo, consoante já salientado no capítulo II, que trata da questão da técnica, está aprisionada no método cartesiano e abre um leque de possibilidades de negação do ser do direito material e do processo, pela inversão de suas essências.

Quando o direito material entra no processo, todos esperam o cumprimento de um rito que se não é, acabará sendo o rito comum ordinário, de passos previamente agendados e lentos, prevendo, aqui e ali, modificações que visam à alteração dessa realidade, no plano meramente apofântico, sem que se investigue o que está nas profundezas dessas concepções arraigadas ao método, caminho sempre igual para destinos diferentes. O caminho traçado pelo processo civil brasileiro, tem, à sua base, o que já foi analisado no capítulo II e no capítulo III (sobre a questão da técnica e a análise da exceção), uma concepção de autonomia e abstração que lhe alteram a essência. É certo que a técnica é vazia, mas dizer vazia, porque não tem conteúdo *a priori*, não quer dizer que não encontre seu conteúdo quando é chamada à atuação. O que se quer dizer é que ela não contém, em si, o conteúdo e que também não pode criar

---

<sup>379</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 66.

desenraizadamente o conteúdo para acoplá-lo à realidade que está fora dela. Não é possível deixar os negócios humanos, a dimensão da fala, da linguagem e da compreensão, que exigem que o intérprete esteja projetado no mundo, para acomodar-se no mundo das idéias, resguardando a dimensão da segurança que serve, inclusive, ao ideário da distinção na era da técnica: que supõe a existência mecanizada de um dispositivo, instrumento a ser acoplado à coisa, que asseguraria a resolução dos problemas. Essa técnica abstrata preenchida pelo acoplamento de uma substância artificialmente criada pelo intelecto e, portanto, universalizada, não esconde seu poder dominador do mundo, convertido à imagem de constância de sentidos.

No processo, esses fatores são visíveis quando a vigilância hermenêutica convida a pensar o que antes era tido por inquestionável. Todos os passos, pré-determinados, criam a segurança de um resultado que será alcançado com o cumprimento do rito. Esse senso comum teórico - que não é, senão, o que diz a tradição impensada - subtrai a capacidade de questionamento e imortaliza práticas mecanizadas. A essência da técnica, o que ela verdadeiramente é, perde sua dimensão de possibilidade e passa a ser o seu inverso. Para esse fim, serve a negação da existência, utilidade, da ação de direito material na discussão de sua relação com o processo. Para o senso comum, herdeiro da tradição, é mero anacronismo, e sua retomada, falar sobre ela, um desperdício. Ora, o que essa corrente majoritária pretende velar é o fenômeno, ele mesmo, “*o que se revela, o que se mostra em si mesmo*” e que é recuperado pela ação de direito material, categoria hermenêutica, que é o modo-de-ser desse ente que é o direito material e, por decorrência, da técnica destinada a concretizá-lo.<sup>380</sup> Essa categoria, a ação de direito material, é o veículo do fenômeno em sentido privilegiado, que é aquilo

“que não se mostra numa primeira aproximação e na maioria das vezes, mantendo-se velado frente ao que se mostra numa primeira aproximação e na maioria das vezes mas que, ao mesmo tempo, pertence essencialmente ao que se mostra numa primeira aproximação e na maioria das vezes a ponto de constituir o seu sentido e fundamento.”<sup>381</sup>

O que se mostra, no processo, numa primeira aproximação, é a necessidade de intervenção judicial em dada causa e a necessidade de, por meio do método – que se não for o

---

<sup>380</sup> Pressupondo-se direito, pretensão e ação de direito material existentes, porque, se inexistentes, não há direito material veiculado no processo, que se mantém sem conteúdo que não seja sua própria essência.

<sup>381</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 75.

procedimento comum ordinário, acabará sendo – que é único, todos certos de que, vencido esse ritual, a resposta dada é a que é justa, a correta. Esse senso comum, ao se deparar com a aporia das conseqüências da relação de direito material e processo, assim concebida, como instrumentalização abstrata, que não olha a essência do ser do direito material posto em causa, para, a partir de seus imperativos, investigar, de maneira libertadora - para usar uma expressão de Heidegger –, quais são os passos a serem dados em direção a esse projeto que envolve a busca do sentido autêntico do que se discute, envolve o questionamento dos pré-juízos, envolve a retomada da dimensão da responsabilidade e o encontro com o sentido do direito naquele caso, porque não há um sentido *a priori* a ser declarado pelo juiz boca-da-lei, nem um sentido a ser arbitrariamente criado, por um sujeito que não encontra na lei um limite – positivo, de possibilidades; nem negativo, como freio ao arbítrio. O acontecer do direito material no processo com a busca fundamentada, do sentido do ser do direito material traz consigo a revelação da insegurança, porque não há um método *a priori* com o qual se assegurar. Prefere-se, então, a pura aparência da realização do direito material, à busca incerta e cheia de percalços que representa o abandono ao método cartesiano, unívoco, universal e previamente dado, comprometendo, assim, o sentido do direito material que, em sua dimensão autêntica, não é unívoco, universal ou previamente dado.

Buscando superar um senso comum teórico que, a todo tempo, reforma a lei, sem conseguir modificar seu modo de tratar com ela, a recuperação da ação de direito material, como categoria hermenêutica, desveladora do fenômeno privilegiado, tem por fim retomar o encontro com um processo que exige cuidado e que – por não poder ser um método demarcado e uniforme – é menos cômodo aos operadores, porque se depara com incertezas e inseguranças, porque convive com elas, porque não está previamente dado, deixando espaço para o projeto a ser sempre revisado da busca pelo sentido, e porque exige responsabilidade e atuação concreta. Esse é o único modo de o processo ser capaz de realizar seu escopo que é único, realizar o direito material que, em um sentido autêntico é o Direito, em suas dimensões social, política, jurídica, indissociáveis porque integrantes de um sentido que é dado para o caso, não havendo um escopo social, político ou jurídico dissociados dessa compreensão, porque a tradição não é acessível em fatias e porque não há compreensão sem aplicação. Ambas se dão onde há o caso, a relação de vida que é regulada pelo Direito. Concepções generalizantes de escopos e ideários para o processo, longe do mundo da vida são projeções abstratas e inautênticas de um sentido universal que vela as possibilidades de transformação social pelo Direito.

Seria um processo que possibilitaria a real efetivação de garantias, e o desvelamento do sentido autêntico de regras como aquelas dos artigos 461<sup>382</sup> e 461-A<sup>383</sup> do Código de Processo Civil, cuja compreensão permanece arraigada ao modo solipsista, cientificista e metodológico-matemático de fazer direito. As tentativas de dar efetividade ao processo, permitindo que possa dar tratamento diferenciado à multiplicidade de relações jurídicas diferenciadas, em constante mutação, inclusive no curso do processo - que exigem responsabilidade (o que envolve fundamentação, *i.e.*, explicitação da compreensão no caso) por respostas e intervenções urgentes na vida das partes e até de terceiros (cujo caso mais emblemático são as intervenções por medidas executivas, sejam elas provisórias, temporárias ou definitivas) -, encontram imensas dificuldades de real efetivação na imensa maioria dos casos (o que atesta estarmos falando da generalidade, e não, da unanimidade dos casos), em face do modo como se compreende o direito material no processo. O senso comum teórico permanece pensando o processo a partir do procedimento ordinário e da dicotomia conhecimento-execução, que o caracteriza (já que essa dicotomia, ainda que tenha sido suprimida legislativamente, permanece oculta no senso comum teórico dos juristas, impedindo o acesso ao verdadeiro sentido dessas mudanças), o que acaba ordinarizando as formas diferenciadas de tutela e submetendo-as àquela dicotomia. Vigente, há vários anos, o art. 461 do Código de Processo Civil, que dispensava a propositura de ação de execução, antes regulada no Livro II do Código de Processo Civil, em casos de sentenças mandamentais e executivas, os juízes continuavam a intimar as partes para propor ações com base no art. 632<sup>384</sup> do Código de Processo Civil, desconsiderando, completamente, o que dispunha a nova sistemática. Trata-se de um arraigamento aos pré-juízos inquestionados, que impede a tarefa da compreensão autêntica, porque se olha “*o novo com os olhos do velho*”.<sup>385</sup> Para realmente ver o novo, é preciso, pois, compreender o que está velado e, segundo Heidegger, o que se vela é o que está mais próximo. O que está mais próximo nesse sentido e, pois, mais comumente velado pela necessidade do método do que a própria realidade do fenômeno em sua concreção?

---

<sup>382</sup> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento. [...]

<sup>383</sup> Art. 461 – A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. [...]

<sup>384</sup> Art. 632. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o devedor será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe assinar, se outro não estiver determinado no título executivo.

<sup>385</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17.

A ação de direito material é modo-de-ser do direito material, um momento dinâmico do direito material em ação. Disso deriva sua importância como categoria hermenêutica, porque ela traz o mundo prático ao processo e permite, pela força impositiva que dela deriva, o desvelamento das necessidades que emanam dos fatos, fornecendo o arcabouço para que o processo possa concretizar as pretensões materiais carentes de realização espontânea. Desse resgate do mundo prático que a ação de direito material representa, é que deriva, ainda, sua negação pelo senso comum teórico. Com efeito, é justamente o mundo prático que é suplantado, velado e negado pelo processo, cuja autonomia científica recusa a essência do direito material em nome da certeza metodológica da ciência moderna e, pois, em nome da inscrição no rol das ciências. Como afirma Agamben, em um certo sentido “*a expropriação da experiência estava ‘implícita’ no projeto fundamental da ciência moderna.*”<sup>386</sup> Assim, “*a ciência moderna nasce de uma desconfiança sem precedentes em relação à experiência como era tradicionalmente entendida [...]*”.<sup>387</sup> A negação da ação de direito material expropria a experiência e remete ao experimento, que é sempre o lugar do método. Cumprido o trajeto metodológico, nada há a fazer e, mesmo quando está em curso, não há como se livrar dele.

A presente proposta procura a liberação das amarras desse método asfixiante da ciência moderna, por meio da concretização da força normativa da lei e da Constituição. Esse resgate, já anunciado como tarefa a ser cumprida por meio da ação de direito material, representa o limite de sentido, por meio do texto da lei material. Imprescindível lembrar, nesse momento, que, para a fenomenologia existencial, que embasa a presente busca pela compreensão da relação entre direito material e processo e pelo verdadeiro e imprescindível lugar da ação de direito material nesse contexto, o limite, a finitude, é a dimensão, a partir da qual se constrói a possibilidade, o “*limite não é aquilo onde algo deixa de ser, mas como os gregos o reconheceram, o limite é aquilo a partir de onde algo começa o desdobramento de seu ser.*”<sup>388</sup>

---

<sup>386</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Infância e história**. Belo Horizonte: UFMG, 2005. p. 25.

<sup>387</sup> Ibid.

<sup>388</sup> Stein, nesse trecho, cita e traduz o próprio Heidegger a partir do original “*Vorträge und Aufsätze*”. STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**. Ijuí: Unijuf, 2001. p. 124..

### 5.3.2 O limite de sentido, ou de onde começa o desdobramento do ser da ação de direito material como categoria hermenêutica

O desvelamento de sentidos que se propõe, aqui, a partir da compreensão da ação de direito material, parte da reflexão sobre o seguinte questionamento de Ovídio Araújo Baptista da Silva:

“As ações são outorgadas pelos Códigos de Processo, ou estes apenas se limitam a regular-lhes o conteúdo da matéria a ser objeto da controvérsia? Poderá o legislador do processo suprimir algumas ações que hoje se reconhecem como existentes no sistema jurídico brasileiro, por este outorgadas ao comprador, ou ao vendedor, ou ao proprietário, ou ao condômino, ou ao locador, sem invadir o direito material e modificá-lo?”<sup>389</sup>

Essa reflexão cumpre a tarefa do desvelamento a que se propõe e permite a retomada do ser da ação de direito material como desveladora de sentidos. Ao se responder a essa pergunta, estar-se-á respondendo, também, à pergunta sobre a questão de a técnica poder modificar a essência do ser do ente sobre o qual ela é aplicada. Evidentemente que não, assim como não se pode admitir a possibilidade de que o legislador do processo possa suprimir ações, deixando o direito material sem potência e força alguma, o que seria atitude evidentemente manipuladora e destrutiva do direito, porque como dito alhures, citando Ovídio A. Baptista da Silva, direito “(*pretensão*) *sem ação é poesia, certamente de má qualidade*”.<sup>390</sup>

A recusa da existência de duas ações, uma no campo do processo, outra no campo do direito material, amputa o direito material de toda a sua potência e força, deixando, ao direito processual, à técnica, a escolha sobre sua realização no mundo da vida. Não se trata de confundir os dois planos, o direito material e o processo, nem mesmo de “*atribuição de natureza privatística ao fenômeno*”.<sup>391</sup> Ao contrário, a negação da ação de direito material é a posição que retira toda a força do direito material, privilegiando o domínio do processo, dos espaços de anomia e viabiliza à técnica a possibilidade de alterar o direito material, atribuindo um modo-de-ser que não é o seu, pois, sendo alegada na “ação”, a ação, ainda que em

<sup>389</sup> SILVA, Ovidio A Baptista da. **Ação de Imissão de Posse**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1. p. 115.

<sup>390</sup> Conforme SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ações e sentenças executivas. In: **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 253.

<sup>391</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 295.

expectativa, exige meios de realização compatíveis com o que nela se contém. É óbvio que não se trata de reprodução de categorias, sendo a ação um *dopione* da “ação” ou vice-versa, mas de reconhecer que a ação é um modo de ser do direito, não sendo a “ação” (processual) um espaço em branco que o juiz preencherá sem se preocupar, para utilizar uma expressão de Alvaro de Oliveira, diretamente com o “direito material pretendido”.<sup>392</sup> Isso porque, obviamente, se retiro a ação e fico com a “ação”, o escopo não precisa ser o direito material pretendido, já que, como afirma José Carlos Barbosa Moreira, no que é acompanhado pelo modo-de-fazer direito da doutrina majoritária: “*O compromisso primeiro de todo processualista é com o direito processual.*”<sup>393</sup>

Veja-se que toda a teoria processual civil trata de instrumentalidade, de adequação da resposta jurisdicional ao direito da parte, mas, negando a ação de direito material, o fazem no campo abstrato, porque negam a relação entre o saber teórico que sustentam com a realidade do que se produz por meio da atividade jurisdicional, de modo que aquela atuação das eficácias sentenciais se dá, em adequação ao direito material, apenas em teoria. Permite-se o acoplamento de uma eficácia sentencial que, segundo o pensamento do intérprete - conduzido pela forma de pensar a jurisdição presente no imaginário jurídico (declaração, constituição e condenação) - melhor se adapte ao caso. Não haverá, todavia, um limite de sentido, na dupla direção aqui apontada? De onde vem essa escolha? Não haverá, em um Estado Democrático de Direito, um limite para se dizer, agora utilizando a conhecida expressão de Streck, “qualquer coisa sobre qualquer coisa”? Será possível que a eficácia sentencial ou antecipatória não esteja em parte alguma, apenas na mente solipsista do julgador, como decorrência de um discurso de fundamentação prévio? Será que o art. 5º, XXXV<sup>394</sup>, da Constituição Federal não indica o caminho hermenêutico? E, se indica, qual é o caminho?

Tratando-se da pura dimensão da *techné*, não haverá jamais esse questionamento. Esse, todavia, é o questionamento, talvez, mais importante a ser feito, porque desvela os sentidos buscados até aqui e permite um limite, ambivalente, para a atuação jurisdicional, que não o aprisiona como boca-da-lei, nem lhe solta totalmente as amarras, já que, em ambos os casos, ocorre a fuga à responsabilidade pelo resultado, na atribuição, positivista, convencional

---

<sup>392</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 49.

<sup>393</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saravia, 1997. p. 28.

<sup>394</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]

ou pragmático-estratégica, para utilizar a terminologia de Dworkin<sup>395</sup>, do apelo à vontade da lei e do legislador. Concepção centrada na verdade abstrata da ciência moderna, paradigma ilusório do sujeito monádico.

Conforme assinala Streck, a

“invasão da filosofia pela linguagem, ao proporcionar a superação do esquema sujeito-objeto, coloca a linguagem como condição de possibilidade, sendo vedado utilizá-la – sob pena de um paradoxo de cunho paradigmático – como um instrumento, enfim, como uma terceira coisa que proporcione a hipostasiação de discursos (no caso, de discursos fundamentados previamente, contrafáticos) e uma procedimentalização argumentativa, que deixa em segundo plano o desiderato final da norma: a aplicação (que, repita-se, só ingressa ‘no jogo’ após estar resolvido o problema da fundamentação).”<sup>396</sup>

Assim,

“cindidos, os discursos de fundamentação, por serem prévios, têm a função de servirem, contrafaticamente, de categorias para o enquadramento (adequação) das situações concretas, que, assim, podem ser vistas como fatos (faticidade) ‘ainda sem sentido’, à espera do devido acoplamento”.<sup>397</sup>

A dicotomia entre aplicação e fundamentação, inviável no paradigma hermenêutico filosófico, permite aplicação sem fatos. É pertinente trazer a pergunta de Streck, que tratando dos discursos prévios de fundamentação e da verificação de que, por serem prévios, não se referem a situações concretas, indaga: “*Afinal, se eles se dão previamente, seria possível, por exemplo, falar sobre a validade do princípio da dignidade da pessoa sem se referir a uma determinada situação de aplicação?*”<sup>398</sup>

No que concerne às teorias substancialistas ainda ligadas ao esquema metafísico – mesmo que se reconheça em algumas delas a valorosa intenção de dar efetividade ao processo, a utilização da instrumentalidade como terceira coisa a se interpor entre o sujeito e o objeto reconduz à conceitualização e abstratização do mundo prático em que o método<sup>399</sup>

<sup>395</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo, Maritns Fontes, 2003.

<sup>396</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006. p. 35.

<sup>397</sup> Ibid., p. 36.

<sup>398</sup> Ibid., p. 53.

<sup>399</sup> Na expressão de Rui Portanova, que pôde ser lida antes em Cândido Dinamarco, quando diz que “fixar diretrizes é publicizar uma unidade de método, o que nem de longe implica homogeneizar soluções.” PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 149.

permanece sendo o meio para alcançar o justo, e a lei permanece tendo uma vontade – que se destacou da vontade do legislador e foi entregue ao intérprete-juiz – como se afirma com base no que se encontra na construção de Rui Portanova:

“Feita a lei, ela se destaca da vontade do legislador e vai adquirir seu próprio espírito [...]. Aqui, a imparcialidade do juiz é vista juntamente com a completa independência a ponto de não ficar sujeito, no julgamento, a nenhuma autoridade superior.”<sup>400</sup>

O desvelamento dos sentidos ocultos nessas premissas permite que o intérprete - ao se deparar com a compreensão de que os sentidos não estão mais nas coisas, nem na mente e que as teoria ligadas ao esquema S-O, ao apresentarem previamente o fundamento de sua própria efetividade, não vão às coisas mesmas, não viabilizam a validade da compreensão, mas apenas a adequação a esquemas *a priori* – revele a necessidade de algo que o ligue ao mundo.

A retomada da ação de direito material permite o desvelamento do significado em que toda compreensão já é aplicação. Nessa tarefa, que é uma, a busca pelo sentido reúne interpretação, compreensão e aplicação e, portanto, une a tarefa teórica à tarefa da aplicação que indicará um sentido “para o caso”, e não, para todos os casos. Sem dúvida, como afirma Ovídio Araújo Baptista da Silva, o “*direito nasce do fato, mas com ele não se confunde. As proposições mais simples e que poderiam parecer óbvias, dependendo do respectivo contexto, poderão ter ‘significados’ diversos e até antagônicos.*”<sup>401</sup>, e a relevância disso é que em última análise

“o que se busca no processo é o ‘significado’ a ser atribuído aos fatos. O juiz não labora com a simples descrição empírica dos fatos. Ele deve interpretar tanto a norma legal quanto atribuir aos fatos significados’ que haverão de ser qualificados como jurídicos.”<sup>402</sup>

Esse religar-se ao mundo prático, todavia, não se dará por meio do mundo dos conceitos, em que princípios são criados teoricamente, à moda científica.

---

<sup>400</sup> , Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.p. 120 e 123.

<sup>401</sup> SILVA, Ovídio A Baptista da. Verdade e significado. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 269, 2005.

<sup>402</sup> Ibid, p. 242.

### 5.3.3 A compreensão da ação de direito material e uma analogia, identidade-diferença, com o princípio

A retomada da ação de direito material, em que o agir prático, demandado pelo direito que exige concretização, é compreendido analogicamente como princípio que não deixa que o intérprete se liberte do mundo prático, onde as coisas acontecem, permite a realização daqueles dois escopos referidos por Streck<sup>403</sup>: a concretização de direitos e a prevenção contra discursos decisionistas e arbitrariedades interpretativas na relação entre direito material e processo, em que o procedimento não tem o condão de legitimar, por si só, o resultado e no qual o intérprete não está autorizado a unificar sentidos ou a atribuí-los sem que haja vinculação a nenhuma autoridade.

Essa retomada atende aos anseios que derivam do novo papel da Constituição, que deve ser compreendido da seguinte forma:

“Com efeito, se a Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa se ‘desvencilhar’ do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo.”<sup>404</sup>

Esse não se deixar desvencilhar do mundo prático não será realizado por um princípio artificialmente construído, como a instrumentalidade, ou instrumentalidade moderna, ou qualquer outro nome que se dê a ele, ou, ainda, por qualquer noção que eleja o procedimento como meio de legitimação. É preciso buscar, no mundo prático, esse parâmetro hermenêutico-interpretativo. A eleição de princípios artificialmente construídos como ferramentas a conferir efetividade ao processo, como já se disse anteriormente, traz consigo a possibilidade de mau uso da técnica, porque tudo dependerá do que o sujeito-intérprete entender ser o escopo ou função da jurisdição. Não há uma diferenciação no modo-de-fazer direito. Muda o rótulo. Assim, embora se reconheça que a processualística, de modo geral, vem tentando buscar uma saída para a crise da efetividade da jurisdição, o que se afirma aqui é que novos instrumentos dentro do mesmo paradigma não têm o condão de alterar o estado de coisas, porque as

---

<sup>403</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 9.

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 6.

construções continuam sendo artificialmente propostas sem que o senso comum teórico seja realmente afetado.

Tal principiologia proposta para o processo, por ser artificial, permite a abertura para diferenças propostas, inautênticas ou não, sobre o que é o escopo do processo. Essa multiplicidade de possibilidades sobre o que é o processo, qual o seu escopo, como se chega a ele, permite um sem número de posições a serem “escolhidas” pelo intérprete, que se distanciam da leitura autêntica da Constituição, cuja força transformadora impõe concretização de direitos, o que faz inconstitucionais as posições que sustentam um escopo primeiro de satisfatividade normativa, ou que consideram que o procedimento legitima o resultado (ambas abstraindo o mundo dos fatos).

O que é um instrumento? Para que serve? Adequar-se a quê, precisamente, e como, em que circunstâncias? Qual o momento da adequação? Após dar-se a adequação, há algo a fazer, pode haver readequação? Quem responde a isso? Como se pode encontrar ou criar a matéria a partir da forma? Como se pode encontrar conteúdo simplesmente pela intervenção do procedimento? Instrumentalidade e adequação, para citar apenas aqueles que diretamente dizem respeito ao tema tratado e que mais influência exercem no imaginário dos juristas, são criações artificiais que subtraem a ligação com o mundo prático que seria dado aos princípios trazer para a compreensão do Direito. Isso porque se pode instrumentalizar conceitos e fazer adequação a eles, o que acaba sendo o objetivo da doutrina processual: instrumentalidade referida à adequação dos direitos previstos abstratamente (sem fatos).

Uma resposta adequada à Constituição, como já dito, exige concretização de direitos. Para isso, há necessidade de resgatar o mundo prático, e não há como fazer isso sem retornar a ele. O que se propõe, aqui, é que o parâmetro para que esse retorno seja possibilitado é a ação de direito material, uma aposta no modo-de-ser do direito material, em sua expressão dinâmica, como forma de resgatar a dimensão prática perdida e permitir a ontologização da relação entre direito material e processo, procurando fazer do último a condição de possibilidade para que o ser do direito material se dê, concretizando pretensões. Isso porque compreender o direito material a partir de seu modo-de-ser no mundo, a ação de direito material, permite projetar as possibilidades e os componentes de sentido desse ser, que são explicitadas e manifestadas na tarefa interpretativa, no mesmo momento em que se dá a aplicação. Afinal, como se pode dizer o que é efetividade da jurisdição, *in abstracto*, paz social? Declaração do direito e solução da lide no plano normativo? Efetividade a partir de um parâmetro normativo é coisa julgada, a partir de um parâmetro que busca na realidade o modo como as coisas se dão, e já-são-junto-do-mundo é outra coisa, muito distanciada da

efetividade normativa. Exige concretização de direitos, o mais próximo possível do que esse direito seria se não necessitasse do processo, porque a hermenêutica nunca abarca tudo. Esse modo-de-ser é a ação de direito material.

No campo da hermenêutica filosófica, como sustenta Streck, os princípios não são regras de otimização, e as regras não colidem em abstrato, como também princípios não colidem em abstrato. Os princípios inviabilizam a atribuição de respostas à escolha do intérprete, de modo solipsita. Considerando que a regra é abertura, enquanto fecham o sistema, os princípios, operando no caso concreto, propiciam a compreensão da resposta adequada para aquele caso, naquela conjuntura fática, naquele momento histórico, naquele caso, cuja análise lhe é posta e que é irrepetível. É como se pretende, analogicamente, operar a ação de direito material como linguagem do direito material que se dá no processo. Não há lacunas ou espaços de anomia porque, por trás de cada regra, há um princípio que só pode ser avaliado em um caso, na sua aplicação. É o que ocorre quando se pensa na ação de direito material (forma de imposição e realização do direito material em sua aplicação), que deve ser respeitada de modo a que o processo possa chegar o mais perto possível do que adviria se o ordenamento jurídico houvesse sido respeitado e se a força transformadora (e não, meramente normativa) da Constituição e de todo o ordenamento houvesse atuado.

A ação de direito material não é um conceito, é um evento, um modo-de-ser-no-mundo do direito material que precisa ser recuperado, na medida do possível, em sua dimensão fática, para dar ao processo a possibilidade de atuar o direito, não como ente objetificado em que o texto que o garante é a norma a ser aplicada pelo julgador, que lhe atribui qualquer sentido porque realiza um conceito, garantindo a paz social (coisa julgada), “satisfação” normativa. Por isso, é trazida em uma perspectiva em que a hermenêutica filosófica a recupera aproximando-a da tarefa dos princípios (não mandatos de otimização ou como abertura do sistema, como diz Streck), mas para indicar o sentido do caso e o caminho a ser percorrido em direção à realização da justiça. Veja-se que “*a condição de possibilidade de interpretação da regra é a existência do princípio instituidor.*”<sup>405</sup> Uma “*regra não subsiste isoladamente, se assim fosse o princípio não cumpriria a função de introduzir a razão prática no direito.*”<sup>406</sup>

Com isso, deve-se lembrar que fundamentação requer aplicação. Só está fundamentada uma decisão que, na vida das pessoas, atua de forma a realizar o direito material, pois “*o que*

---

<sup>405</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 167.

<sup>406</sup> Ibid, p. 168.

*está em jogo é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo.*<sup>407</sup>

A negação da ação de direito material e a afirmação de sua substituição pela ação processual despontencializa o direito material e impede a visão de que as eficácias das sentenças não estão à disposição do juiz, nem tampouco sua compreensão acerca delas pode ser atribuída, irresponsavelmente, à vontade objetificada da lei e do legislador, como se esses entes, também objetificados, pudessem responder pela diversidade da vida. Dispositivos como o art. 461 e 461-A ou 273<sup>408</sup> do Código de Processo Civil não abrem, arbitrariamente, ao juiz sua possibilidade de atribuição de significado a um fato e, por isso, a escolha da carga eficaz mais adequada, ou a adequação procedimental, segundo as simples normas do processo. A existência da ação de direito material o impede. O processo não pode “*inventar mil esquemas variáveis de ‘arrumação, sem que isso resulte consequência alguma no plano dos atos.*”<sup>409</sup>

Cargas eficaciais, natureza do direito posto em causa, adequação procedimental não são escolha desvinculada do juiz, o que é impensável em um Estado Democrático de Direito, em que a Constituição e, por decorrência de sua compreensão, as leis, têm força normativa, força normativa cujo conteúdo é compreendido como aplicação. Essa potência eficaz está na ação de direito material, e a negação dessa não é mais do que um modo de dominação do direito material pelo processo e a desvinculação do juiz de suas responsabilidades, já que, ao negar a existência da ação de direito material, se desvincula de sua responsabilidade, reconhecendo apenas a responsabilidade do legislador ao afirmar a vontade da lei e do legislador e os métodos de interpretação do texto, ditados por ele.

Percebe-se, em qualquer ação processual que tramita perante um juízo qualquer, que, ao iniciar o seu rito procedimental, o *habitus*, que determina rotina de cartórios, juízes, e até mesmo dos advogados, leva o procedimento à ordinarização paulatina. Todo o aparato de manifestações, requerimentos, decisões, impulsos, independentemente do direito posto em causa, é analisado com uniformidade. Petição inicial, resposta, réplicas (essas, tantas vezes, sequer previstas no próprio Código de Processo Civil, como se verifica da compreensão dos

---

<sup>407</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 151.

<sup>408</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.[...]

<sup>409</sup> A possibilidade de mil “arrumações” é defendida por José Carlos Barbosa Moreira. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença Executiva In: **Revista de Processo**, n. 114, p. 152. Esse artigo foi respondido por Ovídio Araújo Baptista da Silva em seu ensaio SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Ações e sentenças executivas. In: **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

artigos 323 a 327)<sup>410</sup>, análise idêntica de antecipações do provimento final ou até mesmo de provimentos cautelares, passando pelas sentenças em processos cautelares, ritualização ordinária de ritos especiais, tudo é tomado como igual, numa uniformização que desvincula o juiz da compreensão do que está produzindo, em nome do método. A confissão está no novo art. 285-A<sup>411</sup> do Código de Processo Civil, que reconhece ações simplesmente de direito e autoriza reprodução de sentidos. Tanto ações como as indenizatórias, por exemplo, – onde não ocorra a demonstração de verossimilhança e que não apresentem qualquer espécie de prova documental ou pré-constituída – que exigem colheita da prova e/ou não demandam intervenção de urgência, como ações sumárias, como a reintegração de posse, que exigem, no mais das vezes, tomada de posição e tutela frente à simples verossimilhança, são tratadas, no decorrer do procedimento, como manifestações de um mesmo ser do direito material e ritualizadas com a mesma parcimônia, tantas vezes, sem que medidas efetivas (o que envolve a responsabilidade do juiz após a concessão da medida em sua realização, e não apenas no momento da concessão) de urgência sejam tomadas para a defesa do direito que se apresente verossímil. Obviamente, ainda não se tomou consciência de que a própria negativa de antecipação de tutela a uma das partes está concedendo à outra parte antecipação de tutela em sentido inverso, conforme vem alertando Ovídio Araújo Baptista da Silva. A própria sentença de procedência, tantas vezes, deixa de determinar medidas executivas, ou estas se determinadas, acabam jazendo em cartório até que a parte empreenda nova luta por sua realização. Quando determinada, a medida executiva deveria ser simplesmente cumprida. As ações cautelares, todavia, parecem ser os exemplos mais marcantes do que a eficácia simbólica do instituído senso comum teórico produz. Quantas vezes os operadores do direito se deparam com sentenças em ações propriamente cautelares a afirmar a inexistência do direito à cautela porque não restaram provadas, à exaustão, as alegações trazidas pelo requerente da cautela, como se se tratasse de processo de conhecimento de cognição plenária, que exige produção de prova mais contundente que a cautelar, já que a cognição, nessa última, é necessariamente, sumária. Ainda no âmbito das cautelares, pode-se apontar o indeferimento de sua concessão, em caso de haver cautelar específica regulada pelo Código,

---

<sup>410</sup> Livro I, Título VIII, Capítulo IV, do Código de Processo Civil, relativo às providências preliminares ao julgamento, no procedimento comum ordinário do processo de conhecimento.

<sup>411</sup> Art. 285-A Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida a sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. [...]

como no caso do arresto, porque não estão satisfeitos os requisitos específicos<sup>412</sup>, quando está demonstrada a situação de necessidade e urgência de seu deferimento, olvidando-se, por completo, que a enumeração legal não pode ser exaustiva em face da necessidade de intervenção jurisdicional diante de toda ameaça à lesão a direito. Anula-se o poder geral de cautela,<sup>413</sup> disciplinado, inclusive, pelo Código de Processo Civil. Ou, por fim, a já exemplificada bipartização do procedimento em conhecimento e execução, quando o próprio Código de Processo Civil já havia abolido a dicotomia, como nos casos dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil. Essa realidade, todavia, não é apenas a realidade do Judiciário. É também da classe advocatícia que, tantas vezes, por estar instituída pelo mesmo senso comum teórico, não tem consciência de tais desvios e se deixa assim levar, em detrimento dos direitos daqueles a quem deveriam defender. Olha-se o novo com os olhos do velho. Tudo isso porque, acima da vida, está a sistematização das relações, das leis que as regulam e da interpretação dessas leis.

O que se quer afirmar, então, é que, ao contrário do que pensam os doutrinadores, legisladores e até operadores do processo, o que dita o rumo do processo não é sua legislação processual, purificada, metodológica, segura. O que deve ditar o rumo da técnica não é ela mesma, a inverter o fundamento de sua existência. A técnica, mesmo sendo autônoma, serve ao seu objeto, objeto em virtude do qual foi construída. Por que, afinal, houve necessidade de regulamentar a existência do Poder Judiciário e a sua forma de atuação? Não foi, por acaso, porque o direito material (pretensão e ação de direito material) necessitava de intervenção para realizar-se? Então, a técnica nasce por causa do direito material, e a trajetória que o processo toma, na modernidade, nega, subtrai, essa compreensão, porque passa a dominar o direito material, alterando-lhe a essência. A sentença passa a ser tratada como o dispositivo, o *Ge-Stell* que, acoplado ao fato, muda-lhe a essência, o que desimporta, porque ela não deixou de atuar, e a sua repercussão no mundo da vida, também não importa, porque a técnica como ciência não a perquire.

Com isso, quer-se dizer que a ação de direito material traz em si a potência e a força do direito material e, com isso, deve ditar a compreensão judicial sobre sua realização, em cada caso, inigualável, mesmo que as aparências digam o contrário, mesmo que se possa dizer

---

<sup>412</sup> Art. 813. O arresto tem lugar: [...] Art. 814. Para a concessão do arresto é essencial: I – prova literal da dívida líquida e certa; II – prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente. Parágrafo único [...].

<sup>413</sup> Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

que há ações idênticas – como as milhares, talvez milhões, de ações revisionais de crédito bancário, por exemplo. Quantos já pararam para analisar como, em cada caso, os negócios foram feitos, ou como as partes os conduziram, ou ainda na repercussão que a sentença terá no campo social? Os julgamentos, às centenas, por juízes e tribunais, nessa espécie de causas, demonstram que a universalização de seu significado não é apenas corriqueira, mas normal, realizada com base na verdade de que, se o pedido e a causa de pedir são os mesmos, não há necessidade de perquirir os fatos. Ademais, o manejo sério da tutela coletiva poderia evitar os inúmeros, milhares de processos que veiculam pretensões à declaração de ilegalidade de cláusulas ou condutas, as quais, seguidas de processos de liquidação igualmente sérios, em que a particularidade de cada caso fosse analisada, resolveria a questão sem necessidade de se instituir o mal que advém do novo art. 285-A do Código de Processo Civil, que, como que legítima, no imaginário dos juristas, a sua conduta uniformizada e distanciada da missão essencial delegada ao Poder Judiciário em tempos de inefetividade dos direitos.

Trata-se de uma visão inautêntica do processo, que apaga o ser do direito material, sua pretensão e ação, invertendo-se as essências das coisas. O que elas são não importa; o que importa é o significado que se atribui, solipsisticamente, a elas. Com isso, o “*sentido permaneceu não esclarecido porque foi tomado por ‘evidente’*.”<sup>414</sup>

Retomar a ação de direito material significa permitir a busca do sentido desse ser, ocupando-se em desvelar o que a unificação do agir<sup>415</sup> no processo encobre: o fato e suas repercussões no mundo da vida (o mundo circundante), não em um plano meramente apofântico, mas no plano ontológico daquilo que realmente são.

A ação de direito material é um modo-de-ser do direito material e, como tal, encaminha à compreensão das cargas eficaciais necessárias à satisfação dos direitos, bem como à necessidade de tratamento diferenciado, pelo procedimento, sob pena de negação da própria essência do direito (o que ele é, no mundo, e não, uma qualidade colada a ele) e de inocuidade da prestação jurisdicional. Por isso, é necessário reconhecer que o processo não pode, por omissão na previsão normativa processual, ou por reforma que suprima eventual previsão, retirar do direito material a potência e a força que lhe são próprias. Como alerta

---

<sup>414</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006. p. 145.

<sup>415</sup> Porque a ação de direito material teria sido anulada ou substituída pela “ação”, como sustenta a doutrina majoritária.

Ovídio Araújo Baptista da Silva, direito legislado e direito processual não são sinônimos<sup>416</sup>. Assim, ainda que não esteja prevista determinada carga eficaz na lei processual, o direito material a contém. Dessa forma, também procedimentalmente, analisando-se a cognição a ser empreendida pelo juiz – o reconhecimento da essência do direito posto em causa –, pode-se afirmar a possibilidade de sumariedade da cognição para tomada de providências jurisdicionais, sem que a previsão dessa sumariedade esteja prevista no Código de Processo Civil. Basta perguntar: Suprimido todo o Livro III e a previsão do art. 273, § 7º do Código de Processo Civil, sucumbiria o direito à cautela? Evidentemente que não. O direito substancial ao acautelamento dos direitos é direito material e independente do processo, e sua essência exige análise sumária, em face de sua natureza temporária e urgente de que se reveste a providência que dele decorrerá. A inclusão da possibilidade de contraditório invertido e eventual responderia à necessidade de defesa da outra parte e evitaria demandas desnecessárias, caso esta, reconhecendo o direito daquele a quem foi deferida a tutela em procedimento de cognição sumária, preferisse não levar ao judiciário o julgamento plenário da questão. Essa forma de evitar demandas desnecessárias é certamente legítima, qualidade de que o art. 285-A não é portador. Isso porque aquela solução é ditada pelo direito material, em seu modo dinâmico – a ação de direito material –, enquanto essa é construída pelo processo que faz mil arrumações sem tocar nos fatos.

Não há, pois, como reconhecer força normativa ao direito material sem reconhecer que uma visão autêntica do processo impede a possibilidade de atribuição de sentidos unívocos pelo legislador do processo e pelo juiz e que a possibilidade de compreensão de cada causa, em sua diferença, tem, na ação de direito material, a possibilidade compreensiva de desdobramento do ser do direito material não-realizado espontaneamente. Do contrário, a ausência de estranhamento diante da injustiça de um processo que chega ao fim sem garantir nada ao vencedor - a não ser uma vitória simbólica, que não chega sequer a ser uma vitória moral porque outra empresa tão ou mais fastigiosa é necessária para que algo se altere na situação da relação entre as partes – impedirá a visão de que à jurisdição, por meio do processo, uma tarefa concreta foi outorgada. Sendo assim, a familiaridade com os resultados inautênticos do processo e a responsabilização do excesso de processos ou da sistemática de recursos continuará impedindo a visão de que novos projetos e reformas, no campo do processo, fundados sobre as mesmas bases da autonomia e instrumentalidade abstratas e

---

<sup>416</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 68.

substancializadas pelo solipsismo do sujeito, ou que pretendem encontrar conteúdo no método, sempre restarão inócuas, inúteis e reproduzirão os mesmos sentidos inautênticos.

Dizendo-se, de forma resumida: o que se propõe é uma nova visão da relação entre direito material e processo em que a ação de direito material, modo-de-ser desse direito, se projete como linguagem do direito material no processo. Isso se dá, segundo se pretende afirmar, reconhecendo uma analogia entre o papel da ação de direito material e os princípios, procurando liberar o modo-de-fazer direito de princípios meramente conceituais que não têm o condão de trazer o mundo prático ao processo.

Esse modo de trazer o mundo prático de volta ao direito permite que, atrás de cada regra processual, a ação de direito material projete os sentidos autênticos, possibilitando que o direito material se realize de acordo com sua essência, sem novações, ou possibilidade de o processo condicionar o produto. É um novo modo de pensar o processo, em que os institutos processuais sejam compreendidos de modo a permitir que o direito material possa se concretizar, de acordo com suas características. Isso se refletiria na possibilidade de os objetivos e a forma de manejo dos institutos processuais compreendidos de modo a que o procedimento e a atividade do juiz – não meramente de accertamento ou normativa, mas de transformação do mundo de acordo com o parâmetro constitucional – pudessem ser impregnados pelo ser do direito material, em que universalizações não teriam mais lugar e em que o processo não teria o condão de impedir que os direitos se realizem, contrariando sua essência ou negando sua potencialidade de imposição. Afinal, essa é a tarefa da hermenêutica: traçar possibilidades de uma nova dimensão, ontologizada, de sentido, e não dizer o que se deve fazer para esse ou aquele caso, o que contraria a própria proposta de reconhecer o direito tal qual é, também quando se realiza por meio do processo.

### **5.3.4 O método como projeto**

Reconstruir o ideário que é a base da negação da ação de direito material e os desvios de rumos que estão contidos nas chamadas visões tradicionais, instrumentais ou processuais-procedimentais do processo - apenas para citar a temática enfrentada no presente estudo - conduz o intérprete a uma situação hermenêutica capaz de levá-lo à efetiva superação desses momentos ideológicos que velam a compreensão da ligação entre direito material e processo. Com efeito, a maioria das correntes acabam desenvolvendo método que se dirige à unicidade,

embora a teoria instrumental sustente que unificar o método não significa homogeneizar soluções.<sup>417</sup>

No lugar do método único, impõe-se reconhecer a necessidade de buscar, no mundo, a diretriz da forma adequada de se proceder em direção à solução de um conflito trazido à apreciação do Poder Judiciário por meio do processo. A afirmação da ação de direito material como categoria hermenêutica busca a superação das visões filosófico-analíticas da ligação entre direito material e processo, em direção ao fenômeno privilegiado, capaz de realizar o desvelamento do ser do direito material no processo. Por isso, a retomada dessa categoria tem o cunho de viabilizar, no direito, a compreensão filosófico-hermenêutica e hermenêutica-filosófica capaz de superar o método lógico-analítico, que é predominante na análise do processo civil e na interpretação do direito material.

Como, a partir desse lugar na compreensão do direito, a fundamentação não pode ser dada *a priori*, o que contrariaria tudo o que se pretendeu construir até agora, a fundamentação deverá ser levada ao lugar da aplicação. É claro que a aplicação do direito se dá a todo o instante e, como expressão da normalidade, não é trazida à análise. O momento do conflito traduzido no campo que interessa à presente pesquisa, na necessidade de o direito material realizar-se por meio do processo, é o momento dos atos processuais, que, é necessário dizer, não se podem totalmente desvincular do método. O procedimento é um método, por excelência, e o problema é utilizá-lo como ferramenta, dada aprioristicamente, sem necessidade de constante revisão na aplicação de sua possibilidade de realizar o direito concretamente.

A ação de direito material, como modo-de-ser do direito material, analogamente ao princípio que subjaz à regra processual, permite a constante revisão do método para adequá-lo às características e necessidades do direito material que deve ser realizado.<sup>418</sup> Sua compreensão permite desvelar os sentidos inautênticos, presentes nas correntes que reconhecem, no processo, atividade declarativa ou constitutiva do direito, em que o método único, cartesiano, tem sido o responsável pela entificação do ser do direito material. Como ente, o direito material perde sua orientação histórica, fática, projetada no mundo, para ser sempre observado em uma visão estática e abstrata, na qual os fatos são um apêndice no

---

<sup>417</sup> Consoante já citado, essa posição é propugnada por DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005, cujas razões e conclusões são esposadas por Rui Portanova em suas **Motivações Ideológicas da Sentença**. PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 149.

<sup>418</sup> E isso não significa concretizar a ação processual, porque procedência e improcedência referem-se à ação de direito material alegada no processo. A ação processual processou-se, não sendo caso de improcedência ou procedência.

processo silogístico. É o que ocorre quando se nega a dimensão do direito material projetada no mundo (dinâmica), a ação de direito material. À visão estática e abstrata de uma coisa, adapta-se uma visão abstrata do instrumento. Na realidade e dinâmica da vida, no entanto, é que poderiam ser descobertas as insuficiências desse instrumento.

A ação de direito material, representando essa dinâmica projetada no mundo, que conduz à retomada da força do direito material, capaz de se realizar e projetar o instrumento que a ele se adapte, como projeção da força normativa e transformadora da Constituição (pois é ela que atribui direitos e os qualifica por sua força impositiva, também por ela resguardada, como antes se referiu), está em constante revisão e permite a fundamentação dessa constante revisão. Essa projeção, revisão, fundamentação se dá, é o que se quer propor aqui, por meio da ação de direito material, que se projeta no processo, impõe sua revisão sempre renovada e fundamentada, nos valores constitucionais (porque o direito material é sempre o ser de um ente cujo sentido é projetado pela tradição consubstanciada na Constituição).

As palavras de Stein, transportadas para o campo do processo e do direito material, são esclarecedoras, pois desvelam o sentido que se quer projetar. Diz ele que

“método e objeto vão se corrigindo constantemente na medida em que os objetos do universo filosófico e do universo das ciências humanas são altamente fluídos, altamente imprecisos na sua verificação. De tal maneira que eles nos convocam, que nós somos obrigados a readaptar o método e redescrever constantemente o objeto. Atrás disto está uma espécie de circularidade. Sempre dispomos de um método provisório para chegar ao objeto. Mas na medida em que vamos desenvolvendo o objeto, podemos ir corrigindo nosso método.”<sup>419</sup>

No campo do processo, modernamente, sempre há um mesmo método para se chegar ao objeto. Tal método é representado pelo procedimento ordinário, ao qual sempre se retorna, seja porque os procedimentos especiais, em determinada fase do procedimento, acabam nele desembocando, seja porque o procedimento cautelar ou sumário acaba sendo nele inspirado, seja no modo de sua concepção legislativa, seja em face da mentalidade dos operadores do direito, cuja atuação ritualizada acaba ordinarizando e formalizando sempre mais o procedimento, em praxes mentais como, apenas para citar exemplos mais conhecidos: 1) exigir execução pelo art. 632 do Código de Processo Civil, em caso de aplicação do art. 461 do mesmo Código; 2) menoscabar o despacho saneador, que poderia dar celeridade e democratizar o processo, dando às partes informações fundamentadas sobre quais os pontos

---

<sup>419</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2004. p. 58.

em que deve ser produzida a prova e acerca da higidez do procedimento (quanto aos pressupostos processuais, não quanto às condições da ação - de direito material - que pertencem ao mérito), permitindo um andar processual direcionado a um objetivo comum entre as partes e não um complexo e desnorteado andar em que o juiz subtrai das partes não apenas o direito à fundamentação, como também à decisão; 3) de sempre seguir o mesmo caminho rumo à intimação para apresentação de réplica, em processos em que ela não seria necessária. Trata-se de manifestações do método único. Adequar o processo ao direito material é muito mais do que redirecionar o juiz para analisar os escopos sociais-políticos-jurídicos cindidos como discursos prévios de fundamentação. A compreensão autêntica do direito material exige a compreensão do fenômeno jurídico em que aplicar o direito é compreender o direito material, no caso concreto, em todas essas dimensões apontadas pela instrumentalidade, sem as quais não há direito. Não um direito bom e um mau, um justo e um injusto. Há apenas visões autênticas e inautênticas sobre o que é o direito e, assim, um direito e um não-direito. É o direito que deve ser realizado, no processo, como direito material, e direito material não é qualquer coisa que se diga sobre ele, mas o que a compreensão a partir do fio condutor da Constituição o impele a ser, em prol da realização de seus objetivos, o que faz com que a visão instrumental do processo (incluindo-se as variantes moderna, alternativa, e outras ligadas ao esquema S-O) abarque apenas a questão primária do problema, de maneira insuficiente, porque propugnam que o juiz deve preocupar-se com a visão social e política, antes da jurídica. Repete-se: como se pudesse haver essa compartimentalização o que denuncia a concepção abstrata e distanciada da realidade que, apesar de tudo, ainda mantém.

Como afirma Couture,

“o juiz de poderes discricionários e o juiz do direito livre, não só representam uma ‘contraditio in adjeto’ com a própria essência do direito, como também são a amarga negação de um processo histórico pelo qual se fizeram tantas revoluções. Por outro lado, o juiz simples instrumento da expressão da lei, o juiz que fala em nome do parlamento, simples sinal matemático, não existem na vida real. Toda sentença, salvo pouquíssimas exceções, traz implícita a apreciação de uma prova. E já na apreciação dessa prova surge um processo de crítica sã, que não é, como procuramos demonstrar em outro trabalho (348), um simples processo de lógica.”<sup>420</sup>

A concepção do método, naquelas visões, permanece sendo única, e as proposições apresentadas, como, por exemplo, de relativização da coisa julgada e do sistema de preclusões, de maiores poderes instrutórios ao juiz, de ampliação do acesso à justiça, dentre

---

<sup>420</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 234-235.

outros, são insuficientes porque ditadas por uma compreensão de que é do processo que devem partir as soluções. Ora, o instrumento não dita as necessidades do objeto. Não é ao processo que se deve perguntar sobre as necessidades do direito material quando dinamizado por sua potência e força, mas a essa, à ação de direito material, à qual deve se adaptar o instrumento, não abstratamente e *a priori*, mas em função de constante revisão.

A ação de direito material não apenas informa as necessidades para sua realização, como exige sua realização e fundamenta - sem discrepar da necessidade de respeito ao texto constitucional e ao texto das leis infraconstitucionais, que são o limite da formulação da norma para o caso concreto, mas que, com ela, não se confundem, em sua diferença, que é ontológica - essa constante revisão do método, do procedimento, que não é novidade entre os juristas, pois Vittorio Denti sustenta, em seu “Un Progetto per la Giustizia Civile”, que se fala

“di ‘decodificazione’ a proposito della esigenza di guardare alla realtà del diritto al di là degli schemi del codice: una analoga esigenza, espressa nella proposta di creare forme differenziate di tutela, sta alla base della idea di un codice processuale che non presenti un modello único e generalizzato di tutela, ma adegui i procedimenti alla realtà delle situazioni tutelate.”<sup>421</sup>

Nesse contexto, é possível pensar em eficácias sentencias plurimas, como afirmou Pontes, mas a partir de uma releitura concreta de sua constante quinze, que descartando o modo matemático de análise da questão, permita visualizar um direito material que, durante o processo, esteja em constante mutação, porque os fatos não congelam com o ajuizamento da demanda, permitindo a constante revisão do procedimento em atendimento à necessidade de realização do direito no caso concreto, sem discrepar das necessidades de respeito ao contraditório (os direitos materiais de natureza processual). Considerando-se a “ação” abstrata, como técnica destinada à efetivação de direitos e também a ação, concreta, destinada a realizar de forma viva a ligação entre o direito material e o processo, para que o último se movimente de acordo com essas necessidades, é possível reconhecer, ao lado das formulações, abstratas, eminentemente processuais<sup>422</sup>, o estabelecimento de meios de revisão constante da forma procedimental, do que já seriam sinais os artigos 273, 461 e 461-A do Código de Processo Civil, não fosse o senso comum teórico, que lhes retira a plena potencialidade de aplicação.

---

<sup>421</sup> DENTI, Vittorio. **Un progetto per la giustizia civile**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1982. p. 15.

<sup>422</sup> Como as questões relativas a prazos, requisitos da petição inicial, exceções processuais (suspeição, impedimento, incompetência), distribuição do ônus da prova, apenas para citar alguns exemplos.

Fundamentado na ação de direito material, como momento ativo do direito, a adequação do procedimento não se afasta da legalidade; ao contrário, viabiliza a realização do direito material, compreendido a partir do paradigma constitucional, que não se coaduna com a previsão de direitos, que não tem potencialidade de realização, porque o que dita tal adequação é justamente o direito. Também não se afasta do contraditório, quer porque o direito, em toda a sua realidade dinâmica, é alegado e contra ele o réu se defende, quer porque essa adequação do procedimento é feita com sua participação e fiscalização. Na verdade, é isso que fundamenta a possibilidade de o juiz optar por modo de execução não cogitado pelo autor, sem ferir o princípio da demanda, o que já é realidade quando os arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil são corretamente aplicados – sem falar nas medidas análogas previstas no Código de Defesa do Consumidor, por exemplo – sem que isso corresponda à violação da congruência entre pedido e decisão (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*). Também é esse o fundamento da possibilidade de recurso para alterar um modo de execução inadequado, proclamado em decisão judicial. Como se faz a avaliação de tal adequação, de modo autêntico? Buscando, na ação de direito material, sua força impositiva, o modo como o direito deveria ter se concretizado se houvesse se realizado espontaneamente, sem intervenção do processo. É o único modo de realizar tutela específica, com todas as vicissitudes do processo e da vida, que não desconhece que, na hermenêutica, nunca se recupera tudo.

A visão do processo a partir da ação de direito material permite o reconhecimento, o que ainda sofre resistências, da eficácia executiva, o que remete à existência de uma ação executiva no direito material e permite o estabelecimento de procedimentos diferenciados, sem necessidade de previsão pelo legislador do processo, porque pertencente ao conteúdo do direito material e, por isso, previsto na lei material. O direito contém, em si, a fórmula e a força de sua realização. Sendo a demanda executiva, por exemplo, a outorga de outra providência, como a condenação à entrega de coisa ou a ordem para entrega sob o abrigo das *astreintes* conduz à ofensa ao direito material, porque a norma de processo dá possibilidade de o juiz adequar a medida ao caso (art. 461-A, CPC, por exemplo), mas essa adequação não é escolha do juiz, segundo o que ele entende seja melhor solução para as partes, mas porque o direito determina que seja de determinada maneira, porque o direito material posto em causa, em sua atuação, a ação, que é alegada e poderá ser reconhecida no processo, tem essa eficácia, e não, outra à escolha do juiz.

O mesmo ocorre com a conversão de demandas sumárias em plenárias, ou o inverso. Ovídio Araújo Baptista da Silva mostra a hipótese relativa às ações de imissão de posse, convertidas em reivindicatória ou em ações de esbulho, quando diz que, uma coisa é certa,

“quando se medita seriamente sobre essas questões: nenhuma conversão de uma demanda em outra se faz impunemente. Ou essa suposta conversão não passa de simples correção do nomen iuris equivocadamente indicado pelo autor, que a doutrina tem como perfeitamente admissível (g. Giannozzi, *La modificazione della domanda nel processo civile*, 1958, p. 69), caso em que a suposta ação de imissão de posse já vinha na própria inicial, com todos os elementos identificadores da outra ação em que ela se deva ‘converter’; ou o juiz realmente modifica a demanda, pondo em seu lugar outra não proposta pela parte.”<sup>423</sup>

Com efeito, reconhecendo-se o valor hermenêutico da ligação entre direito material e processo, em que a ação de direito material é reconhecida como ponto de aproximação – em que se dá a identidade e a diferença – entre ambos, é possível buscar uma nova forma de compreender o processo, que permita vê-lo em sua realização continuada de busca da realização do direito material, sem alterar sua essência, pelas vicissitudes do procedimento como método lógico-dedutivo ou indutivo, recompondo, a cada passo do procedimento, o compromisso do juiz e das partes com a realização do direito material, em prol da efetiva realização do direito em sua dimensão transformadora da realidade e restabelecendo a confiança no Poder Judiciário, que ocupa lugar cimeiro nessa quadra da história em que do Estado se exige – e esse é o conteúdo da atual Constituição – prestações positivas, de transformação em prol da realização dos objetivos constitucionais. Não é possível realizar isso sem revisar o método, durante todo o tramitar do procedimento. E isso se dá, de inúmeras formas, sem ferir a legalidade e os direitos fundamentais à defesa. Fundamentadamente, reportando-se às necessidades dos direitos – invocados por ambas as partes: na inicial, na contestação, na reconvenção e nos demais incidentes –, introduzir no procedimento momentos destinados a colher sumariamente prova (vistas como argumentos) antes da abertura da instrução, por exemplo, quando reconheça necessidade de tal providência para decidir acerca da concessão ou não de pedidos liminares antecipatórios ou cautelares, para além do que autoriza o art. 342 do Código de Processo Civil, que prevê o chamamento das partes, a qualquer tempo, para ouvi-las, mas fora das hipóteses do art. 847, I e II do mesmo diploma. É claro, dir-se-á, há casos em que isso ocorre. Raros, porque o estabelecimento do procedimento ordinário, com fases estanques, autoriza o juiz a esconder-se atrás do procedimento e do número de processos, denegando requerimentos de antecipação de tutela, por exemplo, quando a colheita de elementos de convicção, para o fim da verificação dos requisitos, sumariamente, poderia alterar sua decisão, permitindo a realização de direito, cuja verossimilhança não tem como ser demonstrada, senão com tal providência, mas cuja ameaça

---

<sup>423</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Ação de imissão de posse**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 114.

de lesão ou agravamento da lesão é real. O que ocorre é que a visão do procedimento, como elemento necessário a ser vencido para a obtenção da sentença, retira a possibilidade de efetividade real do processo, por meio do uso de tais providências, simples, tantas vezes positivadas – como no caso do art. 928 do CPC –, mas sem relevância na prática dos operadores, porque a visão que tem do processo é de abstração, cuja adequação ao direito material – e suas vicissitudes cambiantes durante o procedimento - é dada *a priori* pela lei processual civil.

Essa revisão do procedimento, em atenção ao que se depreende do que indica a ação de direito material, não trata senão de reconhecer a constitucionalização do processo a partir do paradigma da concretização de direitos (pretensões).

### **5.3.5 O problema da certeza e da definitividade como limite negativo à tarefa hermenêutica que se dá no processo**

O apego à certeza e à segurança que caracteriza a modernidade é denunciado por Gadamer:

“Assim como a investigação moderna da natureza não considera a natureza como um todo compreensível mas como um acontecimento estranho ao eu, em cujo decurso ela introduz uma luz limitada, mas confiável, possibilitando assim sua dominação, da mesma forma o espírito humano, que procura proteção e certeza, deve opor à ‘insondabilidade’ da vida, a esse ‘semblante terrível’, a capacidade da compreensão formada pela ciência. Esta deve revelar a vida em sua realidade sócio-histórica de uma forma tão ampla que, apesar da insondabilidade da vida, o saber garanta proteção e certeza.”

A procura pela superação dessa insondabilidade resultou, pela ontologia cartesiana, na escolha pelo método e, pois, justamente, onde a certeza e a segurança não poderiam ser encontradas. Subjaz a idéia de o método não aceitar nada que seja duvidoso e que possa não ser confirmado pela investigação rigorosamente científica. Ovídio Araújo Baptista da Silva vem alertando, no decorrer de sua obra, sobre essa ilusão que é surpreendida nos teóricos do processo e que desemboca na necessidade de regulação normativa dos litígios como tarefa da jurisdição, o que leva à afirmação da coisa julgada como elemento diferenciador da atividade

jurisdicional ou, acrescente-se, à afirmação de que o escopo fundamental da jurisdição é a asseguuração da paz social, e não, a concretização de direitos (pretensões).

Tal raciocínio, como dito, busca no processo algo que ele não pode dar: segurança na imutabilidade das relações sociais e segurança de que a intervenção jurisdicional só ocorrerá depois de afirmada a certeza. Isso leva à afirmação da jurisdição como atividade declaratória. Entre todos os que comungam dessa idéia, pode-se citar Celso Neves, para quem a atividade jurisdicional é atividade de mera declaração, catalogando todas as demais atividades do Poder Judiciário em neologismos que seriam atividades do juiz, mas não propriamente jurisdicionais: jurissatisfação, júris-acautelamento, júris-integração, que correspondem às atividades executória, cautelar e de jurisdição voluntária, às quais não compõem o que o referido autor chama de jurisdição<sup>424</sup>. Novamente se encontram cindidas jurisdição e satisfação dos direitos. Isso porque, cartesianamente falando, tudo o que não é conceito, tudo o que não parte do *intellecto* não é verdadeiro. Isso, todavia, não se reflete apenas no escopo perseguido, mas no modo-de-fazer e compreender o direito no campo do processo, e não se diz nenhuma novidade quando se afirma que, por isso, execução liminar e acautelamento não são considerados jurisdição e porque a forma como são apreciadas postulações como essas sempre envolve profunda desconfiança do julgador que reproduz lugares-comuns, para deferir ou indeferir, sem verdadeiramente fundamentar, como quando diz (in) defiro porque (não) estão presentes os requisitos da antecipação de tutela ou da medida cautelar. Por que é tão difícil determinar medidas ou realizar providências ou dar ordens às partes (vale lembrar que Liebman não admitia essa possibilidade) quando o caso ou as medidas requeridas, por qualquer das partes (porque antecipação de tutela e cautelaridade estão à disposição de ambas) fogem ao que costumeiramente acontece, mesmo que os prejudicados exponham argumentos convincentes e demonstrem a verossimilhança ou a probabilidade de seu direito (mas não a certeza)? Nesse caso, como alerta Ovídio Araújo Baptista da Silva, quando negada a uma das partes, medida de sinal contrário é deferida àquela contra quem a medida foi inicialmente requerida.

Não se pode esquecer de que ser é tempo e que, sendo assim, o que se propõe, aqui, a partir do ser do direito material, a ação de direito material, é que ela está jogada no horizonte do tempo e, portanto, não fala ao processo como um ente objetificado que determina, *a priori*, o que é o direito material posto em causa, mas, no horizonte da temporalidade, permanece falando, como linguagem que é, ao processo, o modo como deve realizar-se o direito material

---

<sup>424</sup> NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

que, no processo, não se liberta do tempo; ao contrário, reconhece-se nele. Durante o processo, que, como caminho, travessia, tem um destino – a concretização de direitos (pretensões) –, esse ser, entregue ao tempo, exige ação, sempre renovada, de vigilância contra a perda de seu objeto. E isso exige ação presente e diante de simples verossimilhança ou probabilidade, diante de dano ainda não ocorrido, mas que prudentemente se verifica possa vir a ocorrer, para superar o limite imposto pela universalização dos direitos no modelo obrigacional aliado à incoercibilidade das obrigações e pela conversão em pecúnia dos direitos quando ingressam no processo que não os vê em sua essência (o que eles são), mas como algo a ser transformado. O modelo da *litiscontestatio* como novação dos direitos, que lhes muda a essência, compõe o arcabouço teórico inquestionado da doutrina dominante.

A própria noção de tutela cautelar é concebida como instrumento para assegurar a efetividade da tutela final de um processo, e, como disse Cândido Dinamarco, citado por Ovídio A. Baptista da Silva, “*além de representar um instrumento de proteção do processo, ‘não vai ao direito material’*”.<sup>425</sup> Essa noção de tutela cautelar, pois, demanda uma releitura, a partir da compreensão hermenêutica da ação de direito material. A pretensão, se necessário assegurá-la, impõe uma ação preventiva, e essa não é gerada pela necessidade de proteção à efetividade do processo. É gerada pela própria força imanente ao direito material que sempre tem potencialidade (exigibilidade) de defender-se de possíveis agressões. Isso porque todo direito tem pretensão à sua própria higidez, de modo a fazer-se atuar contra ameaças à realização futura de seu objeto. Essa pretensão, surgida da ameaça que grava o bem, objeto do direito, gera ação de direito material à asseguaração da realização futura do direito. Gera, portanto, direito material, pretensão e ação de direito material à cautela, à asseguaração do direito material. Esse direito material à cautela independe da necessidade ou possibilidade de um futuro processo de conhecimento ou de execução futura. Disso resulta a imperatividade do reconhecimento de que as exigências de indicação da demanda futura, como pressuposto processual do processo cautelar, bem como a compreensão do processo cautelar como tendente à asseguaração do processo principal não passam de, respectivamente, exigência ilegítima e inversão do sentido do ser do direito material pelo processo que desvia seu escopo de transformação social em prol de uma asseguaração normativa de si mesmo, como se o processo fosse um fim em si, um bem que deve ser assegurado à revelia e sobre os escombros do direito material. Essa doutrina está adequada à afirmação de escopos abstratos para o

---

<sup>425</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de processo civil**: Processo cautelar (tutela de urgência.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 37.

processo: Paz social? Educação? Como se garante isso, se não houver a realização dos direitos materiais (que não se reduzem a direitos privados ou subjetivos) por meio do processo? Que paz social, se os direitos não se realizam, e aqueles que buscam a tutela de seu direito – sujeitos passivos ou ativos - certamente não podem se contentar com a imutabilidade da controvérsia, sem que o seu direito, no mundo dos fatos, seja realizado? O que ensinar? Manutenção do *status quo* de injustiça real e justiça abstrata, escopos adequados à necessidade cartesiana da certeza?

Trata-se de reconhecer que, no mundo prático, para que seja possível a efetiva tutela do direito material - não entendido como ente, mas como ser, e se ser é tempo, necessariamente o é de modo dinâmico, não-metodológico – em prol de sua concretização pelo ordenamento jurídico, é preciso reconhecer que há direito não apenas processual, mas substancial à cautela.

A existência de um direito substancial à cautela, sustentada por Ovídio Araújo Baptista da Silva, em seu Curso de Processo Civil, desde 1983 (1ª edição) e em obras anteriores, e a necessária inversão do contraditório que traz consigo, vem sendo objeto de resistência pela doutrina, porque, essencialmente, atua no mundo prático antes e independentemente de um acerto final. São as palavras do autor da proposta, em 1983:

“O segundo ponto a esclarecer diz respeito a nosso modo de conceber uma ação cautelar autônoma, enquanto não dependente de um processo principal. O conceito de autonomia da ação cautelar prende-se apenas à suficiência da tutela cautelar, a dispensar o litigante que a obtenha de ajuizar a ação principal, onde o provimento cautelar venha a ser confirmado ou revogado. Isto, porém, não impede que o réu da ação cautelar demande, como autor, em ação satisfativa a cassação dos efeitos da medida cautelar. A autonomia da ação cautelar, quando ela ocorra, deve ser entendida simplesmente como dispensa para o requerente de ajuizar uma ação satisfativa.”<sup>426</sup>

Vale, então, a pergunta: A necessidade de que tal forma de tutelar os direitos seja admitida se impõe pela ciência do processo ou pela compreensão do ser do direito material, proposta aqui por meio da recuperação da ação de direito material? Necessariamente, quem dita as necessidades de sua realização é a própria ação de direito material em que o ente, o direito material, é revelado em seu significado, no tempo, seu modo-de-ser no mundo. Olha-se, portanto, o mundo prático para verificar de que modo a proteção ou concretização dos direitos (pretensões) deve se dar, e o parâmetro para isso é a forma como teria se realizado se

---

<sup>426</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. v. 3, p. 56.

não houvesse objeção. A tarefa da hermenêutica é recuperar isso fazendo do processo a condição de possibilidade dessa realização, que é um projetar as possibilidades de o direito ser acautelado de modo a que seja concretizado com o menor prejuízo possível, isto é, com o menor grau possível de perda de seu conteúdo.

O que ocorre com a satisfação dos direitos por meio do processo é o mesmo. Com efeito, no campo do processo civil, opera aquele nihilismo caracterizado por Heidegger, segundo Vattimo, como “*a redução do ser ao valor de troca*”.<sup>427</sup> Como exemplo, pode-se apontar a tutela eminentemente executiva (não se compreende aqui a tutela executória *ex intervallo* por expropriação), destinada à realização de direitos absolutos, e não, a dos obrigacionais (a esses seria destinada a tutela condenatório-executiva), que é descaracterizada como condenação, do que é exemplo Humberto Theodoro Júnior<sup>428</sup>. Ou é inserida dentre as *modificativas*, que compreenderiam as constitutivas e as executivas, como sustenta José Carlos Barbosa Moreira<sup>429</sup>. Trata-se do fenômeno, denunciado por Ovídio Araújo Baptista da Silva, da relativização dos direitos absolutos ou absolutização dos direitos relativos, o que daria no mesmo, em que o ser do direito material é transformado em seu equivalente, dando lugar à mesma forma de tutela e aos mesmos instrumentos (ações que se incluam na tradicional classificação tripartite, porque é muito importante manter-se a lógica interna de uma classificação<sup>430</sup>: para o método científico, todavia, não para a realização do escopo da jurisdição!).

Naquilo a que se propõe o presente estudo, a existência, ou não, de ações de direito material executivas não se deve ao parâmetro classificatório da doutrina. Tais ações, simplesmente, são executivas, porque os direitos de que são o modo-de-ser exigem realização de acordo com as suas características, o que se projeta como necessidade de determinadas medidas para concretizá-lo, que existem independentemente do legislador do processo. Com Ovídio A. Baptista da Silva, conclui-se que assim como

“pode haver executividade criada no plano processual, em outros casos a natureza executiva da demanda nasce no direito material e o legislador de processo, nesta

---

<sup>427</sup> VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5.

<sup>428</sup> THEODORO Júnior, Humberto. As vias de execução do código de processo civil brasileiro reformado. **RDCPC**, n. 43, p. 31-65, set.-out. 2006.

<sup>429</sup> Ambas agrupadas em um conteúdo normativo, como afirma textualmente o autor. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença Executiva **Revista de Processo**, n. 114, p. 147-162.

<sup>430</sup> Por todos, THEODORO Júnior, Humberto. As vias de execução do código de processo civil brasileiro reformado. **RDCPC**, n. 43, p.54, set-out 2006.

hipótese, será impotente para transfigurar-lhe a fisionomia. Casos há em que a perda da executividade depende só de uma regra de direito processual, ao passo que noutros a natureza executiva da pretensão de direito material impõe-se ao legislador imperiosamente e acaba por modelar a respectiva ação, no plano processual, ainda que a lei do processo mantenha silêncio a seu respeito.”

Interessa, para a presente investigação, a referência do autor à existência de executividade independentemente do processo, já que, na análise aqui pressuposta, não se nega a possibilidade de criação de eficácias executivas pelo processo, negando-se apenas que tais eficácias poderiam ser instrumentalizadas de modo a que sua utilização se devesse unicamente ao processo, sem análise do direito material sobre o qual seria aplicado. A dimensão processual, com efeito, é mantida, com um novo modo-de-ver os institutos processuais, que se destinam a concretizar os direitos (pretensões), o que impõe a criação de técnicas destinadas a criar as garantias para que o processo possa se realizar de acordo com os parâmetros constitucionais, que delineiam a atividade do Poder Judiciário.

Há, portanto, eficácias que emanam do próprio direito material, e outras que são construídas pela necessidade de o processo edificar formas para realizar os direitos materiais (pretensões) carentes de efetivação, em face da vedação da autotutela e da limitação à ação oriunda dos direitos fundamentais. Não se nega, portanto, o espaço próprio do direito processual; o que se nega é a possibilidade de ele ser construído à revelia do direito material.

No que tange às ações de direito material, então, estando no direito material, e não, no processo, pouco importa o que diz dela a classificação processual das sentenças, sendo necessário que os direitos absolutos sejam tutelados adequadamente, a partir da essência desses direitos.

Os direitos relativos envolvem direitos de crédito e sua ação, para realizar-se, tem de ser executiva, mas não pode se dar diretamente (tomar do outro o que é devido), porque tal conduta não é permitida pelo direito civilizado (proibição que atinge a própria jurisdição, que não pode, no caso, agir diretamente, porque o bem, objeto da expropriação, está legitimamente no patrimônio do obrigado, o que a diferencia das executivas reais, em que o bem está ilegitimamente no patrimônio do usurpador, o que viabiliza a tomada direta da posse). A isso o processo responde, como técnica, construindo forma para sua efetivação, por meio da ação condenatória que permite a execução expropriatória.

Essa construção processual, no entanto, tanto na sua feição expropriatória, quanto na espécie relativa aos direitos obrigacionais infungíveis, exige, ainda, que se supere - desvelando o ser do direito material, que traz o mundo prático para o campo do processo e

permite reconhecer a diferença entre os direitos - a precedência da cognição à execução, o paradigma da incoercibilidade das obrigações e a conversão do direito ao seu equivalente em pecúnia.

No campo das obrigações, em pecúnia, por exemplo, não havia como continuar programando o procedimento, *a priori*, sem permitir atos executivos que transcendessem as limitações traçadas pelo revogado art. 588 do Código de Processo Civil<sup>431</sup>, ainda em casos em que o direito se apresentasse com evidência tal que autorizasse a fundamentação dessas medidas. Advindo o art. 475-O do mesmo Código<sup>432</sup>, poucas alterações foram incluídas. Além de suprimir, ao menos legislativamente, o binômio conhecimento-execução e de facilitar a liquidação de danos e admitir expressamente a caução nos próprios autos, admitiu-se a possibilidade de chegar aos atos que importem alienação de domínio, mediante caução idônea. A precedência da cognição em relação à execução, todavia, maior óbice que o processo impõe ao direito material, não foi alterada. Além disso, a necessidade de caução suficiente e idônea, para atos de alienação de domínio e levantamento de depósitos em dinheiro, exige compreensão nas diferentes hipóteses de aplicação, para que o espírito presente na antiga redação não prevaleça. Novamente, para isso, ter-se-ia de analisar a ação de direito material, como modo-de-ser desse direito, que se impõe à realização de forma simplificada ante as suas características. Com efeito, a maior ou menor evidência do direito, aferida a partir, por exemplo, da maior ou menor idoneidade das razões de recurso, para determinar a reforma da decisão, devem ser elementos norteadores do arbitramento ou até mesmo dispensa da caução pelo juiz, já que a norma constitucional não admite que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito deixe de ser objeto de intervenção jurisdicional. Exigir

---

<sup>431</sup> Art. 588 – A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios: I – corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar danos causados ao devedor; II – não abrange os atos que importem alienação de domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento do depósito em dinheiro; III – fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior. Parágrafo único. No caso do nº III, deste artigo, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução. - (Artigo revogado pela Lei nº 11.232/2002 – DOU 23.12.2005, em vigor 6 (seis) meses após a data de sua publicação).

<sup>432</sup> Art. 475-O – A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. § 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. [...] – (Artigo inserido pela Lei nº 11.232/2002 – DOU 23.12.2005, em vigor 6 (seis) meses após a data de sua publicação).

caução em determinados casos poderia ser sinônimo de recusa de tutela jurisdicional. O mesmo se dá com relação à impossibilidade de execução provisória antes da sentença, em casos que envolvam obrigações pecuniárias, o que, diante da maior ou menor evidência do direito, *i.e.*, do reconhecimento do processo a partir do conteúdo e do “ser” do direito material, pode ser superado, já que certeza não é possível por meio do processo (exceto a fictícia, a coisa julgada). Pensando nos direitos, em seu modo-de-ser, pode-se lembrar o que diz Kaufmann, que cita Heidegger, em conclusão à sua obra “Analogia e ‘Naturaleza de la Cosa’ – Hacia una Teoria de la Comprension Juridica”, dizendo: “Para el pensamiento desde la ‘naturaleza de la cosa’, vale la frase de *Heidegger*: (148) ‘En este ámbito nada se deja comprobar, pero algo se deja mostrar.’”<sup>433</sup>

Do mesmo modo, no campo das obrigações, é preciso recuperar “*l’intervento degli organi giurisdizionali esecutivi teso a restaurare il diritto violato a prescindere dalla volontà del debitore dell’obbligo di fare o di non fare rimasto inadimplito.*”<sup>434</sup> Em direção a um modo de atuação jurisdicional, em que

“<esecuzione non é una misura giuridica, ma la sua attuazione>; piú precisamente, l’attuazione della misura giuridica che consiste nella <restituzione>, e cioè nel mettere il mondo esteriore nelle condizioni in cui dovrebbe trovarsi ove il precetto fosse stato osservato.”<sup>435</sup>

Em direção, portanto, à concretização de direitos (pretensões), desvelando, assim, o campo das ações de direito material mandamentais, que permitem a realização do direito material na forma específica, quando o obrigado não cumpre voluntariamente, obrigando-o a cumprir, por forma específica, através de exigências de males mais graves do que o adimplemento.

Há casos, por exemplo, em que o paradigma da incoercibilidade das obrigações, e a não atuação de meios executivos ou coercitivos nas obrigações pode resultar na evidente negação do direito no caso concreto. Casos em geral em que o direito a atuar tem relevância primeva (em casos de prestações positivas – ações afirmativas a serem exigidas pelo Estado) em que a conversão em pecúnia não atinge os objetivos sociais e individuais que a Constituição impõe. São exemplos ilustrativos: - a má-conservação de estradas, por exemplo,

---

<sup>433</sup> KAUFMANN, Arthur. **Analogia y “naturaleza de la cosa”**: hacia una teoria de la comprension jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 108.

<sup>434</sup> CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1980. p.2.

<sup>435</sup> *Ibid.*, p.12.

em que se converte o dever do Estado em obrigação de indenizar os possíveis prejudicados sem obrigá-lo a efetivar políticas públicas para que danos iguais não se repitam; - ou casos de fornecimento de prestações positivas na área de saúde, em que a não-intervenção imediata - no sentido de o judiciário ordenar e fazer cumprir ou se substituir ao órgão estatal inadimplente na realização do que deveria ter feito - converterá o direito fundamental em direito obrigacional, *i.e.*, converte direito fundamental em direito a danos, atingindo, com isso, mais uma vez a dignidade do titular do direito e põe em risco a própria existência do ser humano. O mesmo se dá no campo dos direitos obrigacionais, em que, por exemplo, em casos em que a inexistência de cumprimento por uma das partes acarreta, à revelia do prejudicado, a imposição, pelo inadimplente, de conversão da obrigação original em pecúnia, que, na prática, equivale a entregar ao inadimplente a escolha entre adimplir ou indenizar, privilegiando o pólo da relação que age com má-fé e abuso de direito. É a alteração da essência dos direitos, por meio do processo, que beneficia o inadimplente ou violador do direito, como afirma Chiarloni, citando Wenger: “*Il convenuto che ha denaro, può aver tutto; egli non ha bisogno di restituzione, ogni sentenza che ne lo minacci, con la parola del vilano arricchito: io posso pagare.*”<sup>436</sup> Essa forma de pensar o direito – em que o devedor inadimplente tudo pode, porque pode converter tudo em valor de troca, própria do capitalismo - permite que a condenação seja universalizada junto com a *obligatio*, como já se disse em outro momento, e com eles, a diversidade de característica dos direitos é convertida em unidade, no processo. Assim, o que já foi dito, a técnica domina o ser, e nesse paradigma não há como transformar a sociedade, concretizando direitos (pretensões).

A negação da existência de ações de direito material e, mais especificamente, das eficácias mandamental e executiva das sentenças (porque a classificação é atribuída pela doutrina majoritária ao processo, não ao direito material, como já dito), corresponde ao abandono paulatino dos interditos do Direito Romano Clássico, desde o período de Justiniano até os nossos dias, correspondendo, esse paulatino abandono, à dualidade mundo dos fatos e mundo do direito, tematizada pelo direito como ciência pura. Como diz Ovídio A. Baptista da Silva, este

“modo de conceber jurisdição é sem dúvida um dos pilares que sustentam o Processo de Conhecimento, através do qual se consuma a separação entre a atividade puramente normativa e atividade prática – entre o ‘puro direito’, como dissera Foschini, e essa função ‘spesso odiosa’ de aplicação prática do julgado, através do

---

<sup>436</sup> CHIARLONI, Sergio. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1980. p. 40.

processo executório. Como descreveu Friedrich, em síntese memorável, referindo-se à separação kantiana entre o mundo do 'ser' e do 'dever ser': 'A separação radical do é e deve, dos domínios existencial e normativo, ao qual corresponde a separação de substância e forma, produz a perspectiva decididamente formal de teoria do Direito, que não deseja, poder assim dizer, sujar-se no contato com o mundo concreto' (Perspectiva histórica da filosofia do direito, trad. do original alemão de 1955, Rio de Janeiro, 1965, p. 190).<sup>437</sup>

Necessário dizer que a nova missão entregue à jurisdição – concretização dos direitos (pretensões) – transforma essa forma de fazer direito, distanciada do mundo prático, em atividade evidentemente inconstitucional.

Buscar a tematização de identidade e diferença, em seu conteúdo intematizável infinito, significa restaurar a relação entre o direito material e o processo, em que o método único seja substituído pela idéia de projeto, em que as diferenças apareçam na identidade. Assim, ao invés da verdade moderna, una, poder-se-á compreender o sentido do ser dos entes e, então, buscar os significados possíveis e a resposta adequada para o caso, não *a priori*. Significa dizer que a certeza metodológica não é certeza de fato, e que a verossimilhança é compatível com a natureza dos direitos, porque o que um direito é, aparente ou evidente, certo ou duvidoso, irradia de seu ser, não do processo.

### **5.3.6 A concepção do procedimento a partir do direito material posto em causa**

Com efeito, a exigência de certeza e ordem na moderna ciência invadem o processo e desnaturam as características dos direitos - passando a presumi-los, todos, de igual evidência, ou de igual falta de evidência, quando ingressam no processo - exigindo, em todos os casos, a mesma ordem para sua concretização: ação do titular do direito, defesa da contraparte, colheita de prova, sentença de acertamento e execução, como atividade não-jurisdicional, após a certeza.

As características de um direito, ser ele evidente ou não-evidente, pertencem ao direito material, não ao processo. Ser ou não ser evidente é expressão do sentido do ser do direito, não do instrumento. Desse modo, devendo o processo tratar diferentemente direitos diferentes, há necessidade de resgatar essas diferenças e introduzi-las no processo. Afinal, se

---

<sup>437</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

todos os direitos devem passar pelo mesmo procedimento para se realizarem, supõe que todos sejam iguais. É evidente que não são, e a defesa de tais direitos no processo não exige apenas formas de tutela de urgência; exige também formas de tutela diferenciada desses direitos, o que pressupõe o reconhecimento, pelo processo, de que o procedimento deve se amoldar ao ser do direito material, e não, o contrário. Como afirma Denti, o movimento deve ser “*dal diritto al processo, dunque: questo è il primo e piú importante significato della riforma, che tenta di porre nelle mani degli utenti della giustizia uno strumento di tutela coerente con la natura dei diritti da tutelare.*”<sup>438</sup> Ou como diz Ovídio Araújo Baptista da Silva, deve “*ou pelo menos deveria, num sistema ideal de tutela jurisdicional, cada procedimento crescer na razão inversa do grau de evidência do direito submetido à apreciação judicial.*”<sup>439</sup> Desse modo, a própria necessidade de cognição plenária para realização do direito no caso concreto, mediante ação no mundo dos fatos, e não meramente normativa pela jurisdição, concretizando os direitos (pretensões), deveria ser ditada pela maior ou menor evidência de um direito quando ingressa no processo, o que, segundo Ovídio, em continuação ao trecho retrotranscrito, fora afirmado por Carnelutti, que tratava da necessidade de conceber a construção de um processo, “*a struttura elastica*”.

Esse modo de ser do direito material, que dimensiona o processo, não é totalmente estranho à realidade da legislação processual. Basta verificar que há procedimentos que respondem, embora não declaradamente, à maior ou menor evidência dos direitos. É o caso de um trinômio conhecido, mas aparentemente impensado como tal, no campo das obrigações em pecúnia. Em ordem crescente de evidência: 1) procedimento de natureza condenatório-executiva; 2) procedimento monitório; 3) procedimento de execução por título extrajudicial. Necessitar-se-ia, então, levar esse fenômeno ao desvelamento, para impedir, como já assinalado, o método de uniformizar tudo, em face da busca da certeza, no campo da ciência do processo, que não se coaduna com a existência de intervenção da jurisdição com base em juízos sumários. Por isso, os juízos sumários e terminativos são recusados – como o direito substancial à cautela ou espécies procedimentais de cognição sumária com contraditório invertido – porque a busca da certeza, conceitualizada no processo pela teorização da coisa julgada, com cuja formação “*alcança o seu termo normal e definitivo não somente o procedimento de primeiro grau, mas o processo de conhecimento, tout court (cof. Introdução,*

---

<sup>438</sup> DENTI, Vittorio. . **Processo civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di Comunità, 1971. p. 264.

<sup>439</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Reforma dos processos de execução e cautelar. In: \_\_\_\_\_. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 177.

*nº 1*).<sup>440</sup>, é alçada a objetivo primevo. Com efeito, acerca desse fenômeno que acompanha a compreensão das ciências na modernidade, novamente, diz Gadamer:

“A certeza científica sempre tem uma feição cartesiana. É o resultado de uma metodologia crítica, que procura deixar valer somente o que for indubitável. Essa certeza portanto não surge da dúvida e de sua superação, mas já se subtrai de antemão à possibilidade de sucumbir à dúvida. Assim como na famosa meditação sobre a dúvida, Descartes se propõe uma dúvida artificial e hiperbólica – como um experimento – que conduz ao fundamentum inconcussum – da autoconsciência, a ciência metodológica põe em dúvida, fundamentalmente, tudo aquilo sobre o que é possível duvidar, com o fim de chegar, deste modo, a resultados seguros. [...] Em Dilthey, a necessidade de algo sólido tem o caráter de uma necessidade expressa de proteção frente às realidades assustadoras da vida. Mas ele espera alcançar a vitória sobre a incerteza e insegurança da vida muito mais através da ciência do que através da estabilização proporcionada pela inserção na sociedade e a experiência de vida.”<sup>441</sup>

A certeza aliada à concepção de justiça nominalista em Hobbes - essa última denunciada por Cassirer, o qual, ao comentar a obra de Hobbes, diz que, para esse autor, “*a verdade não radica nas coisas, mas nas palavras, livremente criadas pelos homens (veritas in dicto, non in re consistit) [...]*”<sup>442</sup>, o que lembra a cisão entre a palavra e a coisa, em que a linguagem é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto - justifica a jurisdição plenária e normativa.

A valorização dos procedimentos de cognição sumária permite o tratamento adequado às características do direito e poderia ser uma solução que agrega qualidade à prestação jurisdicional, aliada à possibilidade de menor custo temporal e econômico dos litígios, permitindo-se, ainda, que a cognição plenária seja deixada à iniciativa da parte que se sinta prejudicada com a tutela sumária concedida ao direito da outra parte. Desse modo, a sumariedade da cognição (que não se confunde com a sumariedade meramente procedimental, criada pelo processo, como nos casos do procedimento sumaríssimo e dos juizados especiais cíveis, por exemplo) exige que se compreenda que ela não suprime a cognição plenária acerca do caso, nem ofende o direito ao contraditório e à defesa, apenas altera o modo como essa

---

<sup>440</sup> Trechos da obra de MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 106. Na referida obra, p. 4, diz o autor, ainda: “*Com a formação da coisa julgada, pois, atinge seu fim normal o processo de conhecimento.*”

<sup>441</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. v. 1. p. 321-322.

<sup>442</sup> Citado por SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 101. Em Hobbes, observa-se a concepção de Hermógenes, sustentada contra Crátilo. PLATÃO. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

defesa ocorrerá, por escolha e iniciativa da parte que sofreu a medida fundada em sumária cognição.

Com efeito, juízos de verossimilhança, que permitem tutela dos direitos em menor custo jurisdicional, são mais adequados aos tempos de modificações rápidas e constantes. E, com eles, estar-se-ia tratando diferentes direitos de diferentes modos, em atenção ao maior grau de evidência que demonstram ou à maior necessidade de investigação que exigem e essas características não são fabricáveis pelo processo: *dal diritto al processo*, como disse Denti.

### **5.3.7 As repercussões da compreensão da ação de direito material no princípio da demanda e na compreensão da coisa julgada**

A ação de direito material como momento dinâmico do direito material expressa o conteúdo do direito material e da sua correspondente exigibilidade por meio de um verbo. Todo verbo indica uma ação, e é esse o conteúdo da ação de direito material que se expressa no processo, pela eficácia que dessa ação promana. Afirma Ovídio A. Baptista da Silva que todo “*direito e, correlativamente, todo dever que grava o sujeito passivo, obrigado a respeitá-lo e cumpri-lo, têm em seu núcleo um determinado verbo especial, através do qual é possível identificar a respectiva ação (de direito material) que o realiza*”.<sup>443</sup>

A compreensão desse fenômeno e a constatação de que a ação de direito material traz o mundo prático ao processo têm repercussões até mesmo na compreensão dos princípios da demanda e na caracterização da coisa julgada (a partir dos *tres eadem*).

Com efeito, sendo a ação de direito material alegada por meio do processo, o juiz, ao reconhecê-la, provisória ou definitivamente (seja por meio de sentença liminar ou por meio de sentença definitiva) deverá dar ao princípio da demanda a dimensão que ele realmente tem no processo. Não há de se reconhecer, no referido princípio, a necessidade de o juiz restar vinculado a pedido incorretamente veiculado, quando a ação de direito material foi corretamente alegada e, ao depois, reconhecida, no processo. Trazer o mundo prático ao processo significa vincular o juiz à realização do direito material e, se restar evidenciado que o interesse da parte, ainda que seu pedido não esteja corretamente deduzido, é realizar a ação

---

<sup>443</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de processo civil**: Processo cautelar (tutela de urgência.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 26.

de direito material, de modo a obter a realização de seu direito no caso concreto, não estará o juiz autorizado a deferir-lhe menos do que isso. Como exemplo, pode-se ressaltar uma ação de restituição de coisa em que, alegada ação de direito material executiva, em que se afirma que o demandado está ilegitimamente na posse de um bem que é propriedade do demandante, a parte peça a condenação do demandado à entrega da coisa. O juiz estará autorizado pelo direito material que dá origem à ação de direito material, a proferir decisão de natureza executiva, e não meramente condenatória, em atenção ao pedido da parte que alegou e requereu medida para realização de seu direito, realização que deve ser congruente ao direito material (ao verbo que a traduz) e à vontade manifestada, e não, a um verbo, tecnicamente inadequado, utilizado no processo. Essa necessidade advém do direito material, e não significa quebra da congruência. Segundo diz Ovídio Araújo Baptista da Silva, em casos similares, eventual quebra ao princípio da demanda “*é mais aparente do que real*”<sup>444</sup>. O contrário resultaria se, do requerimento deduzido pela parte, o juiz verificasse que houve, da parte do demandante, intenção de requerer menos do que poderia, como seria o caso de propor ação declaratória de débito, ao invés de requerer condenação, ou no caso de invocar uma causa de pedir, quando poderia invocar outras, já que, nesse caso, a parte está limitando sua demanda segundo interesses que não são dados à perquirição judicial. Nesse caso, no entanto, não se trata de permitir a atuação jurisdicional de natureza diversa da ação de direito material de que é titular o demandante, mas de dar-lhe menos, que também é derivação da ação de direito material alegada, porque o demandante optou por menos, preferindo não exercer o direito em sua integralidade. Esse reconhecimento seria, então, mais um argumento para a inadmissão do texto do art. 219, § 5º do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a exercer direito consubstanciado na exceção de prescrição, em nome do demandado e à sua revelia.

No que tange ao alcance da coisa julgada e de sua inseqüente leitura relativizadora, pode-se fazer construção análoga. Evidente que a separação mundo dos fatos e mundo do direito, que determina a recusa da ação de direito material, concebe o direito sem fatos. Veja-se que o suporte fático da norma jurídica é mera descrição conceitual, não é fato, e esse necessariamente terá de se amoldar à estrutura do suporte fático. Sendo assim, a leitura que se faz dos limites objetivos da coisa julgada, declaradamente ou não, acaba optando pela teoria da individualização, em que os fatos não interferem na caracterização da causa de pedir,

---

<sup>444</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1. p. 51.

“*sendo possível mudarem-se os fatos sem que isso acarrete necessariamente a mudança da causa petendi*”, como descreve Ovídio Araújo Baptista da Silva.<sup>445</sup>

Essa forma de visualizar o fenômeno de concreção do direito acaba levando à necessidade de relativizar a coisa julgada, construção que só pode vir em detrimento da estrutura do processo e da efetiva realização dos direitos (pretensões), já que a decisão sobre relativizá-la, ou não, ficaria entregue à posição desvinculada do juiz que estaria autorizado a desconsiderá-la, mesmo que a Constituição Federal a reconheça como direito fundamental inabólvél. Dessa feita, nem mesmo o legislador constituinte pode pretender a tramitação de projeto de emenda constitucional tendente a aboli-la. Apenas uma ruptura institucional poderia fazê-lo, mas o juiz, no caso concreto, também poderia, mediante a invocação de injustiça, consoante decisão paradigmática analisada por Ovídio Araújo Baptista da Silva, no estudo *Coisa Julgada Relativa*. O autor cita decisão do Min. Delgado, em que o magistrado desconsidera a coisa julgada sob o argumento de que

“a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma”, por isso que ‘a segurança imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves’.<sup>446</sup>

E continua o autor:

“A objeção que levanto contra essa proposição começa por questionar a perigosa indeterminação do pressuposto indicado pelo magistrado, qual seja o conceito de ‘grave injustiça’, análogo àquele proposto por Theodoro Júnior como sendo ‘uma séria injustiça’.”<sup>447</sup>

A defesa da relativização da coisa julgada contraria o próprio objetivo do instituto – conferir segurança às relações jurídicas que foram objeto de decisão pelo Poder Judiciário – deixando a escolha sobre respeitar, ou não, a garantia constitucional, ao arbítrio do intérprete que, se pode desconsiderar o teor da norma constitucional, não tem limite nenhum.

---

<sup>445</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de processo civil**: Processo cautelar (tutela de urgência.). Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2. p. 491.

<sup>446</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? **Studi di diritto processuale civile**. Milano, v. I-II-II, 2005. p. 968.

<sup>447</sup> Ibid, p. 968.

Essa escolha, como foi analisado no Capítulo 3 do presente estudo, deriva do império da exceção, porque nem ao menos é necessária para que o ordenamento jurídico se proteja de perpetuar injustiças. Bastaria trazer o fato à compreensão dos limites objetivos da coisa julgada, para que, pela chamada teoria da substanciação, a correção de injustiças oriundas de julgados anteriores fosse corrigida pela fundamentação de inexistência de coisa julgada no caso concreto: o que não existe não precisa ser relativizado. Veja-se que, “*considerando os fatos, ou o conjunto de fatos como integrantes da causa petendi, de modo que a sua substituição por outro conjunto de fatos transformaria a ação primitiva em outra*”, poder-se-ia, da análise da demanda – ou seja, dos três elementos que, na verdade, seriam um só (fato, pedido e causa de pedir) – reconhecer a ausência de óbice à tramitação de determinada demanda, porque os fatos nela veiculados não foram objeto da demanda anterior. A insistência em manter a jurisdição no campo normativo, livre dos fatos, e, portanto, independente da ação de direito material, gera a necessidade de relativização de direitos fundamentais inabolíveis, no campo onde a exceção é, pois, como dito, a regra.

Do mesmo modo, se não posso separar fato e direito, não há como compreender o dispositivo da sentença - sobre o qual se produz a coisa julgada, que é uma qualidade que se agrega ao conteúdo declaratório da sentença, tornando-o imutável – sem recurso ao fundamento ou à causa de pedir, motivo pelo qual, também aí, nesses casos, que a doutrina considera pertinente resolver por meio da relativização, ter-se-ia a inexistência de coisa julgada. Trata-se de uma leitura autêntica dos limites objetivos e, em especial, da eficácia preclusiva da coisa julgada e da identificação das ações para efeitos de análise da formação dessa imutabilidade, porque é evidente que o que não foi possível argüir na primeira ação não pode ser alcançado pela eficácia preclusiva.

Para isso, é preciso um retorno ao mundo prático, à dinâmica dos fatos e, portanto, à ação de direito material.

#### 5.4 DO PENSAMENTO, FONTE DE ALHEAMENTO, À LINGUAGEM, POSSIBILIDADE DE COMPARTILHAMENTO

Esta fonte inesgotável de alheamento, que é o individualismo, tem profundas repercussões em todas as áreas. Não é apenas o subjetivismo, o utilitarismo, o relativismo, a sistematização que concebem a forma com que foi construído o Estado e com que é

construído e aplicado o Direito. Ela está entranhada em todos os níveis. Se a fonte do humano está em sua capacidade de compreensão das coisas, por sua linguagem, pode-se apontar para a constituição da hermenêutica “*como aspecto universal da filosofia e não apenas a base metodológica das Ciências do espírito.*”<sup>448</sup>. Assim, parte-se da idéia da linguagem como médium universal, porque “*ser que pode ser compreendido é linguagem*”<sup>449</sup> e, se linguagem é mundo, então, o desvio filosófico para a compreensão do mundo como imagem, como representação, por meio do indivíduo, que constitui o pensar moderno, vela uma impossibilidade de compreensão. Daí se origina a necessidade de desconstrução dessa metafísica, a própria compreensão exige que a presença - o *dasein*, ou, também, nas palavras de Heidegger, esse ser que somos nós mesmos - se reconheça como esse ser que está no mundo e nele deve se compreender com-os-outros. A interpretação do mundo, sua representação - que parte desse indivíduo fundante na relação consigo mesmo e com o seu pensamento, porque o seu pensar é a possibilidade de sua existência – não fornece qualquer possibilidade de autenticidade. Isso porque fundar a compreensão em um método em que o sujeito é senhor dessa representação apenas pode levar a um relativismo em que a interpretação não está aberta, não está atenta. O compreender, assim como as relações entre os homens, sua forma de construir suas instituições – o Estado e o Direito - para viabilizar uma construção de ideais coletivos, voltados à superação dos limites ao bem de todos impostos pelo individualismo egoísta, que sequer reconhece no outro uma possibilidade, exige a abertura. Abertura como projetar-se. Abertura para o mundo, para o que diz o outro. Por isso, a compreensão existencial-fenomenológica exige o reconhecimento do Outro, em sua dimensão autêntica, como espécie, como indivíduo e como comunidade, pois

“todo desenvolvimento verdadeiramente humano significa o desenvolvimento conjunto das autonomias individuais, das participações comunitárias e do sentimento de pertencer à espécie humana.”<sup>450</sup>

Sem isso, não há condição de possibilidade de superação do paradigma da modernidade e construção de uma compreensão sobre o direito que engendre a necessária edificação de ideais coletivos de responsabilidade, reconhecimento da legitimidade da

---

<sup>448</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. v. 1. p. 613.

<sup>449</sup> Ibid., p. 612.

<sup>450</sup> MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília, 2006. p. 55.

Constituição em seu conteúdo transformador de mundo, em prol de um sentido de bem de todos, de justiça, sem que o direito e sua falácia de efetividade sejam o que representavam para Hobbes, o instrumento de dominação de uma elite que dita o que é bom para ela e faz crer que aquele é o melhor para todos. Esse desvelamento é essencial para uma virada em direção à relação autêntica entre direito material e processo, em que a *aletheia* seja possível por meio da ação de direito material, categoria capaz de retomar a experiência perdida no campo do direito.

Duas são as condições de possibilidade para essa tarefa. Primeiro, um retorno ao ser, “*que é o único que acontece fenomenologicamente*”<sup>451</sup> e, pois, um retorno ao fenômeno como encontro com as coisas mesmas, como acontecimento, para que seja recuperada a dimensão das coisas que são, em um acontecer contínuo, superando a pura presença dos entes e, com isso, a cristalização dos sentidos que, no caso do Direito, impede o acesso ao mundo da vida, ao direito não como uma coisa, um ente, que está dado, mas como um constructo a ser sempre revisado. Segundo, a abertura para o Outro e, pois, para seu sentido no mundo em que o *Dasein* é, mas não é só, porque precisa reconhecer o Outro, em sua dimensão de alteridade, abrindo, assim, a dimensão compreensiva do significado do Outro, que permitirá que se crie a condição de possibilidade da compreensão. Sem essas dimensões - a dimensão fenomenológico-existencial e a dimensão da alteridade - não é possível qualquer ato compreensivo, porque o indivíduo que assim laboraria o faria em uma dimensão de pura abstração solitária. O direito, dimensão comunitária humana, não é possível nesse caso e permanecerá pura ilusão, pura ideologia, sempre a serviço do soberano (seja ele a classe dominante, o Estado, a economia etc.).

Hans-Georg Gadamer afirma que quando

“se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto.[...] Em princípio, quem quer compreender um texto, deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto.”<sup>452</sup>

---

<sup>451</sup> STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 216.

<sup>452</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997. v. 1. p. 358.

É preciso compreender essa afirmação no sentido de seu reconhecimento da imprescindibilidade da dimensão da alteridade, no reconhecimento e respeito pelo valor do Outro, não apenas na perspectiva da interpretação de textos, mas na totalidade da interpretação, que já é compreensão do mundo, na relação do homem com as coisas, com os outros, o que inclui a opinião do Outro, a disponibilidade de ouvi-lo, de se comunicar com ele, com os textos. Para o direito, a importância desse reconhecimento é radical, não como discurso fabricado para manutenção do paradigma objetificador/assujeitador, com que se está acostumado. Essa dimensão é imprescindível na construção do que seja o próprio direito e sua construção a partir daí, não individual, nem coletiva - mero somatório de individualidades - e, sim, comunitária.

Acredita-se que, a partir disso, se poderia projetar a responsabilidade, no sentido de engajamento, envolvimento e preocupação (ou cuidado para ficar com o existencial heideggeriano da Cura) dos envolvidos com a prestação jurisdicional, superando a idéia de método pormenorizado e mecanizado em direção a uma idéia de transformação social, por meio da concretização de direitos (pretensões) pela via jurisdicional, o que seria uma revolução em direção, aí, sim, à educação da comunidade no respeito para com o Outro e no reconhecimento de que o “Outro” tem tanto direito à justiça quanto “Eu”. Poder-se-ia superar, então, a irresponsabilidade dos juízes e dos operadores do direito de modo geral ao não se comprometerem com a efetiva satisfação dos direitos na vida, ficando no campo meramente normativo. A necessidade dessa construção, como é curial, não restaria circunscrita ao campo jurisdicional propriamente dito, envolvendo todos aqueles que, de uma forma ou de outra, participam da construção do que é o direito (partes, advogados, públicos ou privados, membros do ministério público, servidores e auxiliares da Justiça).

Uma nova dimensão de responsabilidade é condição de possibilidade e resultado de um novo olhar sobre o que é o direito e como se faz a relação entre direito material e processo, a partir do desvelamento do sentido do ser de uma Constituição construída sobre valores comunitários. Dessa forma, mais que um interminável conjunto de reformas legislativas, há necessidade de um novo modo de pensar e de fazer o direito, em que se resgate o mundo prático – e, com ele, a dimensão intersubjetiva – em que se mantenha constante vigilância sobre a compreensão porque existe um *“compromisso entre sujeito e objeto no universo hermenêutico.”*<sup>453</sup>

---

<sup>453</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2004. p. 26.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imperioso reconhecer que o Estado Democrático de Direito, que garante prestações sociais, não- apenas negativas, mas também, e principalmente, positivas, o qual inaugura uma nova fase na história do Direito, não se realizará sem que a relação entre direito material e processo supere suas dificuldades. Isso porque, como é sabido, o foco desviou-se e o Poder Judiciário assume lugar cimeiro na realização dos valores dessa nova concepção de Estado que se expressa por meio da Constituição.

A forma de fazer direito, ligada ao vínculo de transformação social trazido por uma Constituição embebedora, não se compraz com o arbítrio que se desprende do modo-de-pensar-e-fazer-direito da era da técnica e da exceção. Ambas, técnica e exceção, são produtos do individualismo que retirou o homem do mundo, o desvinculou do outro e da realidade, jogando-o no mundo dos conceitos.

Qualquer superação desse arbitrário - que impede a realização do ideal de transformação social, porque impede que o Poder Judiciário realize de modo efetivo e responsável sua missão de concretizar pretensões materiais por meio do processo - exige o desvelamento dos pressupostos que impedem o acontecer do direito material no processo.

A metafísica, que solta as amarras entre pensamento e ser, fazendo com que se salte por cima do fenômeno do mundo, é o pressuposto ideológico que, investigado, permite o desvelamento do estado de coisas em que se encontra a relação entre direito material e processo. Isso porque apenas subtraindo o mundo prático é possível, à técnica, inverter a essência das coisas, e, à exceção, fazer predominar a força de lei sem lei e a lei sem força de lei. Ambos os fenômenos, investigados no campo das relações entre direito material e processo, apontam a necessidade de desconstrução da metafísica, o resgate do mundo prático e o abandono do “céu dos conceitos jurídicos”.

O céu dos conceitos jurídicos, uma fantasia de Jhering, é habitado pelos puros teóricos, que não devem perquirir sobre necessidades práticas a serem satisfeitas pelo Direito, sob pena de comprometer a pureza de suas investigações e, com isso, perder a distinção de estar entre aqueles que são chamados cientistas.

Nesse “céu dos conceitos jurídicos” não há vida, porque nenhum raio de sol penetra, e nem deve penetrar, porque o sol

“es la fuente de la vida, pero los conceptos son incompatibles con la vida y por ende han menester de un mundo exclusivo, en el que existen en la mas completa soledad, lejos de cualquier contacto con la vida.”<sup>454</sup>

Nesse céu, mundo ideal, o distanciamento da repercussão prática que tais construções teriam é premissa básica. O contrário inviabilizaria a tarefa maior de depuração dos conceitos e a construção de uma ciência perfeita, ao modo da modernidade. Em seu sonho, o candidato é informado sobre a “*capacidad que se exige de todo aspirante al ingreso en este recinto: la de construir un instituto jurídico con prescindencia absoluta de su valor práctico, basándose exclusivamente en las fuentes y en el concepto*”.<sup>455</sup> Nessa dimensão, o alijamento do mundo prático é a premissa básica.

Essa fantasia retrata a dimensão em que se desenvolve o direito enquanto ciência e, em especial, o processo. A depuração de conceitos, aliada à crença de que uma imaginação conceitual inventiva, como afirmou Macyntire<sup>456</sup>, seria capaz de debalar a crise, é o que mantém a relação entre direito material e processo atrelada a uma concepção em que a técnica domina o ser e o entifica, transformando-o na imagem representativa que dele faz o sujeito e permitindo, não- apenas, a alteração de sua essência, mas também a transformação constante dessa essência para o fim de adaptá-la aos preceitos do positivismo. Nele, os espaços de anomia são os modos de explicar como um determinado sentido, universalizado, pode tomar feições diferentes, em casos iguais e como situações diferentes podem ter respostas idênticas, o que direciona o pensamento à compreensão de que a era da técnica é, também, a era da exceção.

---

<sup>454</sup> JHERING, Rudolph Von. En el cielo de los Conceptos Jurídicos. Una Fantasia, p. 286. In: **Bromas e veras en la jurisprudência**. Buenos Aires: EJEJA, 1974, p. 281-355. Na fantasia de Jhering, ao morrer ele é encaminhado ao céu e lhe é comunicado que, em atenção à obra que realizara, na terra, será submetido a um exame que o habilitaria a permanecer no céu dos conceitos jurídicos, no qual vivem os mais admiráveis teóricos que passaram pela terra. Nesse céu, onde não há atmosfera, habitam os conceitos e os teóricos que os depuram, cada vez mais, em busca da perfeição. Os exames buscarão aferir se o candidato se trata de um verdadeiro teórico, cuja premissa básica é o aperfeiçoamento dos conceitos, sem ocupar-se de necessidades práticas de sua aplicação. Essa faculdade diferencia, no sonho/pesadelo, narrado por Jhering com especial sagacidade, os teóricos, desde o nascimento, porque esses têm a capacidade de pensar idealmente, o que “*constituye la ventaja peculiar del jurista teórico, y ella consiste en la facultad de desligarse, em el pensar jurídico, de todos aquellos presupuestos que atañen a la realización práctica de los problemas.*” JHERING, Rudolph Von. En el cielo de los Conceptos Jurídicos. Una Fantasia, p. 286. In: **Bromas e veras en la Jurisprudência**. Buenos Aires: EJEJA, 1974, p. 307. Conforme se familiariza com o ambiente, o teórico-candidato a um assento no céu dos conceitos jurídicos descobre porque aquele lugar não é o seu e, antes mesmo de prestar o exame, rechaça a honra de partilhar de espaço tão seletivo e manifesta sua vontade de ali não permanecer.

<sup>455</sup> Ibid, p. 289.

<sup>456</sup> Consoante citado na nota 175. MACYNTIRE, Alasdair. Justiça de Quem? Qual Racionalidade? São Paulo: Loyola, 1991, p. 388.

Enquanto depuram conceitos, os teóricos não se comprometem com sua repercussão no mundo da vida e nem ao menos com sua coerência com as situações a tutelar. Os conceitos são, então, os instrumentos para fabricação do direito material, a partir do processo, o que abre a possibilidade de que mixagens metodológicas digam que o direito ora é uma coisa, ora é outra, sem comprometimento com o mundo prático e abrindo a possibilidade do domínio da exceção.

O retorno à atmosfera, onde brilha o sol, e onde o mundo prático seja retomado em sua riqueza, é o modo como o presente trabalho propõe a virada em direção à compreensão autêntica da relação entre direito material e processo.

A ideologia, por trás das concepções de ar rarefeito do mundo conceitual, substituída pela autenticidade do retorno ao mundo onde as coisas se dão, no qual o intérprete possa construir sentidos a partir do fenômeno no sentido privilegiado. Compreender, então, os pressupostos do acontecer do direito material no processo, retornando ao mundo prático, permitirá a retomada do sentido do método, como “*caminho para recolocar a questão do sentido do ser*”<sup>457</sup>, como forma de superar o domínio da técnica e da exceção. Acrescento, no presente caso, como caminho para recolocar a questão do sentido do ser do direito material no processo, e permitir, ao último, a concretização das pretensões de direito material, impositivas nessa nova quadra da história.

Recolocar a questão do sentido do ser, desse modo, impõe o desvelamento daquilo que não se mostra numa primeira aproximação que é, justamente, o que permanece velado pela força impositiva da tradição, que se constitui em tudo aquilo que se impõe sem precisar de fundamentação. Desse modo, a retomada do mundo prático exige o desvelamento do que permanece velado nas posições que recusam a existência da ação de direito material, taxada de *slogan*, anacronismo, inútil repriminção de conceitos superados, ou, ainda, resquício medieval e bárbaro.

A ação de direito material, por isso mesmo, é uma aposta paradoxal, de retomada do movimento entre o velar e o desvelar-se – *aletheia* - do sentido do ser desse ente que é o direito material. A ação de direito material é o sentido do ser desse ente que é o direito material agora em constante movimento. Ela, então, é a categoria<sup>458</sup> hermenêutica capaz de

---

<sup>457</sup> STEIN, Ernildo. **Compreensão e Finitude**. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 169.

<sup>458</sup> Segundo Heidegger, “*Existenciais e categorias são as duas possibilidades fundamentais de caracteres ontológicos. O ente, que lhes corresponde, impõe, cada vez, um modo diferente de se interrogar primariamente: o ente é um quem (existência) ou um que (algo simplesmente dado no sentido mais amplo).*” HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006, p. 89. Na fenomenologia hermenêutica, então, “*Denominamos os caracteres ontológicos da presença de existenciais*

recuperar o mundo prático, condição de possibilidade para concretização efetiva das pretensões de direito material que não logram realizar-se espontaneamente. A aposta é paradoxal, porque o sentido é recuperado, justamente no lugar no qual, segundo todas as possibilidades de sentido, ele não se encontraria: a busca, no mundo prático, daquilo que se perdeu na construção do céu dos conceitos jurídicos, que tomou conta do processo e o tornou insensível às necessidades para as quais ele foi criado.

Trata-se de uma mudança de rumo radical no modo-de-compreender-e-fazer-direito, viabilizando o Estado de transformação social. Tudo isso quer dizer que não se acredita em medidas legislativas “inovadoras”, capazes, a partir de agora, de mudar o mundo e estabelecer a justiça, a celeridade, a diminuição do número de contendas, a realização de direitos, como quem tira um coelho da cartola. Medidas inócuas construídas para serem inócuas em um mundo de mônadas solitárias e de excluídos. Nesse mundo, em que direitos fundamentais esperam realização, o próprio direito, por não viabilizar essa realização, perde legitimidade. Não é possível construir o “novo” sobre o velho alicerce – o individualismo. A superação da realidade abstrata do mundo como imagem, a concretização da compreensão de que a sistematização só é possível onde não haja um projeto, onde o “eu”, só é possível em contraposição ao “tu”, é operação imprescindível para a construção de qualquer mudança e para a recuperação de dimensões perdidas: a dimensão da paz, da justiça, da alteridade, da comunidade.

A dimensão do tempo precisa ser resgatada. Não se pode pretender mudar a realidade nefasta da relação entre direito material e processo, em que o sujeito solipsista - o juiz, o servidor cartorário, o advogado, a parte - não assuma a sua responsabilidade. Não serão súmulas vinculantes ou tentativas de industrialização de sentenças como a que se vê no citado artigo 285-A do Código de Processo Civil que irão diminuir o número de processos e permitirão aos juízes o julgamento refletido das causas. As soluções não são para hoje, o eterno presente da modernidade, exigem microrrevoluções, paulatinas mudanças no pensamento das pessoas. Por isso, a dimensão da responsabilidade (do cuidado) é tão importante, imprescindível.

As posições salvacionistas têm por fim permitir a eterna espera de que o mundo mude, seja salvo, quem sabe ainda hoje. A relação entre direito material e processo espera ser salva

---

*porque eles se determinam a partir da existencialidade. Estes devem ser nitidamente diferenciados das determinações ontológicas dos entes que não têm o modo de ser da presença, os quais chamamos de categorias (N9).” HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006, p. 88.*

todos os dias, por súmulas vinculantes, sentenças em série, limitação de recursos em modo abstrato.

Na relação entre direito material e processo, a dimensão do cuidado exige o olhar ao fenômeno, no qual se inicia o desdobramento do ser do direito, no qual os envolvidos sejam pessoas que colocam parte de sua vida em julgamento, no qual, portanto, todos devem se portar com responsabilidade, e não simplesmente a partir de suas simples vontades solipsistas e desvinculadas do mundo, criando abstrações, imagens, no lugar das quais deveriam estar os fatos.

Por tudo isso, remendos legislativos não levarão a lugar algum. Desconhecer a potência e a força do direito material – negando a ação de direito material – é atitude que continuará impedindo a possibilidade do acontecer do direito material no processo, no qual, nos caminhos do método, ele perde sua essência, sua própria existência, por vezes. Por isso não há uma proposta legislativa construída ao final do presente trabalho. Não se achará um anexo, com a fórmula mágica que levará o processo à efetividade. O lugar da efetividade não se dá adjetivando o direito, o lugar da efetividade está na compreensão do substantivo direito que, compreendido assim, a partir de sua força imanente, poderá realizar-se, permitindo à técnica, ao processo, sua própria realização, também, no que ela é.

Essa mudança de compreensão é uma tarefa interminável, sempre revisada, pois enquanto o processo continuar atemporal, universal e unívoco, continuará reproduzindo sentidos com suas próprias características e os direitos padecerão de realização. O processo, como o direito, continuará perdendo legitimidade.

A proposta é de um novo olhar sobre o processo. Um olhar que recupere a dimensão do cuidado, como dedicação, como responsabilidade. Um olhar que recupere o Outro como constituidor de mundo, e não como negação. Um olhar em que não haja o esquecimento do que se discute em nome do método, da celeridade e da economia processual, forças antitéticas que levam ao esquecimento de que todo direito é direito de alguém e que esse alguém não pode ser esquecido em nome da dimensão das impessoalidades – autor e réu. Um olhar que reconheça que a decisão é uma decisão sobre o mundo de alguém e de todos, como comunidade.

Por esse motivo, a viravolta em direção à hermenêutica filosófica se dá com o retorno ao mundo. Recupera o mundo como linguagem. A linguagem deixa de ser uma coisa que se interpõe entre o sujeito (intérprete) e o objeto da interpretação e passa a ser constituidora de mundo. A linguagem, com a qual vem a tradição, não é um instrumento, é condição de possibilidade. Ela é mundo. O mundo assim, vem à fala, e as coisas mesmas podem ser a

medida e o parâmetro. Como advertiu Heidegger: “*Significância é a perspectiva em virtude da qual o mundo se abre como tal.*”<sup>459</sup> Sendo assim, a linguagem não pode ser construída arbitrariamente. Nesse paradigma, em que a linguagem não é instrumento, o mundo deixa de ser um reflexo do pensamento e é recuperado em sua dimensão autêntica e intersubjetiva.

A afirmação da ação de direito material, como linguagem que fala ao processo, pois ela é o modo-de-ser do direito material, permite que a relação entre direito material e processo retome sua capacidade de construção de sentidos autênticos e de concretização de pretensões. Ela é o pressuposto do acontecer do direito material no processo, uma aposta paradoxal, mas verdadeiramente fundamental, que só se dará a partir de uma virada na compreensão em direção à hermenêutica filosófica, porque com ela o que foi alijado – o mundo prático – é retomado, permitindo que o direito material seja realizado em sua essência, aquilo que ele é, e não uma imagem refletida de seu ser, nem uma essência ideal pronta a ser extraída. Permitindo, então, que a ação de direito material, que foi alijada da relação que é objeto das presentes reflexões – a relação entre direito material e processo - possa ser a medida e o parâmetro, informando o processo sobre as necessidades concretas das pretensões de direito material, impede-se o predomínio da técnica e da exceção. Com isso, o direito material, concreto, não apenas normativo, retoma força impositiva, viabilizando-se a concretização de seu conteúdo por meio do processo, cuja esfera não é negada, mas retomada em uma dimensão autêntica, em que sua própria essência é receber e doar, concretizando pretensões, satisfazendo-as, interferindo no mundo prático. O processo, assim, resgata sua dimensão ontológica. É justamente isso: A aposta paradoxal que aqui se faz, na busca da superação da ideologia e da construção da autenticidade, retoma a ação de direito material, como forma de resgate do mundo prático, que permite que a tarefa da interpretação e da compreensão se dê como aplicação, em que o modo-de-ser do direito material possa impor-se no processo, transformando-o e, com isso, transformando mundo.

A presente aposta no resgate da ação de direito material, acredita, com Heidegger, nas palavras do poeta Hölderlin: “*onde mora o perigo é lá que também cresce o que salva.*”<sup>460</sup>

---

<sup>459</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006, p. 203.

<sup>460</sup> HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: HEIDEGGER, Martin. **Ensaio e Conferências**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006, p. 31.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Infância e história**. Belo Horizonte: UFMG, 2005.
- AGUIAR, Roberto A. R. Alteridade e rede no direito. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v. 3, n. 6, p. 11-43, jul./dez. 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ‘ação de direito material’. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.111-127.
- ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ARNAUD, André-Jean et al. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas**. Porto Alegre: Síntese, [S.l.: s.n , 19--]. Estudo gentilmente cedido pelo autor.
- BADIE, Bertrand; HERMET, Guy. **Política comparada**. México: Fondo de Cultura Económica, 1990.
- BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996.
- BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Perspectivas epistemológicas do direito do século XXI. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.245-264, 2005.
- BARTHES, Roland. **Aula**. São Paulo: Cultrix, 1978.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Prudência e jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudência romana a partir de Aristóteles. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado**. São Leopoldo: UNISINOS, p. 163-192, 1998-1999.

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- \_\_\_\_\_. **La hermenéutica y las ciencias sociales**. Buenos Aires: Nueva Visión, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
- BIONDI, Biondo. **Instituzioni di diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1972.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- \_\_\_\_\_. **As razões práticas: sobre a teoria da ação**. São Paulo: Papirus, 1994.
- BOURIE, Enrique Barros. La moderna ciencia jurídica alemana y la obra de Arthur Kaufmann. In: KAUFMANN, Arthur. **Analogia y 'naturaleza de la cosa'**: hácia una teoría de la comprensión jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p.9-31.
- CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Los estudios de derecho procesal en Italia**. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1956.
- \_\_\_\_\_. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945.
- \_\_\_\_\_. **Instituciones de derecho procesal civil segun el nuevo codigo**. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1962. v. 1.
- CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_. Em torno das condições da ação: possibilidade jurídica. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 4, p. 57-66, 1961.
- \_\_\_\_\_. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 55-67, 2001.
- CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**, n. 21, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **A antecipação de tutela no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CASSIRER, Ernst. **Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento**. São Paulo: Martins Fontes: 2001.

CHEVALLIER, Jean-Jacques; GUCHET, Yves. **As grandes obras políticas: de Maquiavel à actualidade**. Portugal: Europa-América, 2004.

CHIARLONI, Sergio. **Introduzione allo studio del diritto processuale civile**. Torino: G. Giapichelli, 1975.

\_\_\_\_\_. **Misure coercitive e tutela dei diritti**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. In: \_\_\_\_\_. **Ensayos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Europa-América, 1949.

\_\_\_\_\_. **Ensayos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1949.

\_\_\_\_\_. La idea romana en el proceso civil moderno. In: \_\_\_\_\_ **Ensayos de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Europa-América, 1949.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946.

DALL'AGNOL, Jorge. **Pressupostos processuais**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1988.

DE MARTINO, Francesco. **La giurisdizine nel diritto romano**. Padova: Cedam, 1937.

DELACAMPAGNE, Christian. **A filosofia política hoje: idéias, debates, questões**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

DENTI, Vittorio. **Processo civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

\_\_\_\_\_. **Un progetto per la giustizia civile**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1982.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1960.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, Porto Alegre, n. 81, 1996.

DUARTE, Francisco Carlos. **Comentários à emenda constitucional 45/2004: os novos parâmetros do processo civil no direito brasileiro**. [S.l.]: [S.n.], 2004.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

FARIA, José Eduardo (Org.) **Direito e justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

FERRARI, Franchi Ferrocì. **I quattro codici: codice di procedura civile di Italia, in vigore dal 21 aprile 1942 e codice civile di Italia**. Milano, Ulrico Hoepli, 1997.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt**. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: Heidegger em retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A razão na época da ciência**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

\_\_\_\_\_. Subjetividade e intersubjetividade, sujeito e pessoa. In: \_\_\_\_\_. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 9-27.

\_\_\_\_\_. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 1997.

GIOFREDDI, Carlo. **Contributi allo studio del processo civile romano: note critiche e spunti ricostruttivi**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1947.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Forense, 1976.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

HEIDEGGER, Martin. A Coisa. In: \_\_\_\_\_. **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Vozes, 2006. p.143-160.

HEIDEGGER, Martin. **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006.

\_\_\_\_\_. La época de la imagen del mundo. In: \_\_\_\_\_. **Caminos de bosque**. Madrid: Alianza, 1996. Disponível em: <<http://www.heideggeriana.com.ar>>. Acesso em: jun. 2007.

\_\_\_\_\_. A questão da técnica. In: \_\_\_\_\_. **Ensaio e conferências**. Petrópolis: Vozes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2006.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HERMET, Guy. **Cultura e desenvolvimento**. Petrópolis: Vozes, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HINKELAMMERT, Franz J. **El sujeto y la ley**: el retorno del sujeto reprimido. Heredia: EUNA, 2003.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JHERING, Rudolf Von. En el cielo de los conceptos jurídicos. In: \_\_\_\_\_. **Bromas y veras en la jurisprudencia**. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 281-355.

\_\_\_\_\_. De regreso en la Tierra. In: \_\_\_\_\_. **Bromas y veras en la jurisprudencia**. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 357-397.

\_\_\_\_\_. **Bromas y veras en la jurisprudencia**. Buenos Aires: EJE, 1974.

\_\_\_\_\_. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

KAUFMANN, Arthur. **Analogia y “naturaleza de la cosa”**: hacia una teoría de la comprensión jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

\_\_\_\_\_. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOSCHAKER, Paul. **Europa y derecho romano**. Madrid: Revis de Derecho Privado, 1955.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Lany, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.139-164.

\_\_\_\_\_.; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACPHERSON, C. B. **A teoria política do individualismo possessivo: de Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MACYNTIRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2001.

\_\_\_\_\_. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.197-252.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tutela específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico – Plano da Validade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico – Plano da Eficácia**. 1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Librería Bosch, 1979.

MERRYMAN, John Henry. Lo ‘Stile italiano: la doctrina. In: **Rivista Trimestrale di Diritti e Procedura Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, p. 1170-1208, 1966.

\_\_\_\_\_. Lo ‘Stile italiano: l’interpretazione. **Rivista Trimestrale di Diritti e Procedura Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè, v. 1, s.n, p. 373-414, 1968.

MERRYMAN, John Henry. **La tradicion juridica romano-canonica**. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1971.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Da ação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MICHELI, Gian Antonio. Curso de derecho procesal civil. In: **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1970, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Eurpora-América, 1959.

\_\_\_\_\_. Estudios de derecho procesal civil. In: **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1970, v. 4.

\_\_\_\_\_. Jurisdicción y acción: premisas críticas al estudio de la acción en el proceso civil. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970. p.151-181.

\_\_\_\_\_. La unidad del ordenamiento y el proceso civil. In: \_\_\_\_\_. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1970. p.289-321.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – ‘ação’ processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.129-137.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, constituição e democracia política: a ‘realização’ da ordem constitucional! E o povo... In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 91-111, 2005.

\_\_\_\_\_. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saravia, 1997. p.17-31.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. Sentença Executiva. **Revista de Processo**, Porto Alegre, n. 114, p. 147-162, 2004.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. . São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília, 2006.

MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la ‘actio’ romana, del derecho de accionar actual, de la ‘litiscontestatio’ y de la sucesión singular en las obligaciones. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la ‘actio’**. Buenos Aires: Europa-America, 1974. p.197-287.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.285-319.

\_\_\_\_\_. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.83-109.

\_\_\_\_\_. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Processo e Constituição**. Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004.

\_\_\_\_\_. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.41-54.

\_\_\_\_\_. (Org.) **Saneamento do processo**: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Eugenio Jovene, 1996.

PLATÃO. **A alegoria da caverna**. Brasília: LGE, 2006.

\_\_\_\_\_. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959.

\_\_\_\_\_. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999. 8v.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PUGLIESE, Giovanni. Introduccion da polemica sobre la 'actio'. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la 'actio'**. Buenos Aires: Europa-America, 1974. p. XI-XLI.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1990.

RESENTI, Enrico. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1957.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.187-200, 2005.

\_\_\_\_\_. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Direito, Estado e justiça: conceitos e debates em filosofia política. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.19-38, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

\_\_\_\_\_. (Org.) **Teoria do Estado e do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz. (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. In: **Doxa**, n. 23, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. (Org.) **Direito e justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1981.

SATTA. Salvatore. **Direito processual civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SAVIGNY. Frederick Karl von. **Sistema de derecho romano actual**. Madrid: Góngora, 1879.

\_\_\_\_\_. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: Góngora, 1930.

SCHMITT, Carl. O Führer protege o direito. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 219-225.

\_\_\_\_\_. **Romanticismo político**. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2000.

\_\_\_\_\_. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p.161-217.

SILVA, Franklin Leopoldo E. **Descartes: a metafísica da modernidade**. São Paulo: Moderna, 2005.

SILVA FILHO. José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_; ALMEIDA, Lara Oleques; ORIGUELLA, Daniela. Ensino do direito e hermenêutica jurídica: entre a abordagem metodológica e a viragem lingüística. **Revista de Estudos Jurídicos**. São Leopoldo, v. 37, n. 101, p. 5-28, set./dez. 2004.

\_\_\_\_\_; ALMEIDA, Lara Oleques; ORIGUELLA, Daniela. O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 87, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A ação condenatória como categoria processual. In: \_\_\_\_\_. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Ação de imissão de posse**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Ações e sentenças executivas. In: **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Antecipação de tutela**: duas perspectivas de análise. [S.l: s.n, 200-]. Estudo gentilmente cedido pelo autor.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada relativa? In: **Studi di diritto processuale civile**, Milano, v. I-II-III , p. 963-979, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito material e normativismo jurídico. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.217-240, 2005.

\_\_\_\_\_. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.55-81.

\_\_\_\_\_. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.15-39.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *A Jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.263-282.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil: Processo cautelar (tutela de urgência)**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Reforma dos processos de execução e cautelar. In: \_\_\_\_\_. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.169-176.

\_\_\_\_\_. Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.1-136.

\_\_\_\_\_. Verdade e significado. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.265-281, 2005.

\_\_\_\_\_; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SKINNER, Quentin. **Los fundamentos del pensamiento político moderno I: el renacimiento**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

\_\_\_\_\_. **Los fundamentos del pensamiento político moderno II: la reforma**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de. Hobbes e a segurança global num ambiente internacional de anarquia. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.77-90, 2005.

SOUZA, Ricardo Timm. Alteridade & pós-modernidade: sobre os difíceis termos de uma questão fundamental. In: \_\_\_\_\_. **Sentido e alteridade: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2000. p.147-187.

\_\_\_\_\_. **Sentido e alteridade: dez ensaios sobre o pensamento de Emmanuel Levinas**. Porto Alegre: PUCRS, 2000.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2004.

\_\_\_\_\_. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: Unijuí, 2005.

\_\_\_\_\_. **Compreensão e finitude**. Ijuí: Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. **Diferença e metafísica**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2000.

\_\_\_\_\_. **A questão do método na filosofia**. Porto Alegre: Movimento, 1983.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre 'ser e tempo'**. Petrópolis: Vozes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos: a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differenz) entre texto e norma. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.147-180, 2005.

\_\_\_\_\_. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.153-185, 2005.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAYLOR, Charles. **La ética de la autenticidad**. Barcelona: Paidós, 1994.

\_\_\_\_\_. **As fontes do self**. São Paulo: Loyola, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006.

\_\_\_\_\_. As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado. **RDCPC**, n. 43, p. 31-65, set./out. 2006.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VILLEY, Michel. **Direito romano**. Porto: Rés, 1991.

\_\_\_\_\_. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WARAT, Luís Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2000.

\_\_\_\_\_. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.) **Teoria do Estado e do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994. p. 81-95.

\_\_\_\_\_. **Introdução Geral do Direito II**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.160-190.

WINDSCHEID, Bernhard. La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la 'actio'**. Buenos Aires: Europa-America, 1974. p. 1-196.

\_\_\_\_\_. MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la ‘actio’**. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

ZACCARIA, Giuseppe. **L’arte dell’interpretazione**: saggi sull’ermeneutica giuridica contemporânea. Padova: Cedam, 1990.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Org.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.165-196.