



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

LÍVIA ROSSI DE ROSIS PEIXOTO

**UM ESTUDO HISTÓRICO DO PROCESSO CIVIL COM
VISTAS A EFETIVAÇÃO DO DIREITO MATERIAL**

Londrina
2013

LÍVIA ROSSI DE ROSIS PEIXOTO

**UM ESTUDO HISTÓRICO DO PROCESSO CIVIL COM
VISTAS A EFETIVAÇÃO DO DIREITO MATERIAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito Negocial, Área de Concentração de Processo Civil, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Orientador: Prof. Dr. Francisco Emílio Baleotti

Londrina
2013

LÍVIA ROSSI DE ROSIS PEIXOTO

**UM ESTUDO HISTÓRICO DO PROCESSO CIVIL COM VISTAS A
EFETIVAÇÃO DO DIREITO MATERIAL**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Negocial - linha de pesquisa: acesso à justiça, sobre a solução de conflitos atinentes a negócios jurídicos públicos e privados envolvendo interesses individuais e transindividuais - Universidade Estadual de Londrina (UEL).

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Dr^o. Francisco Emilio Baleotti
UEL – Londrina - PR

Prof^a. Dr^a. Tânia lobo muniz
UEL – Londrina - PR

Prof^o. Dr^o. Jônatas Luiz Moreira de Paula
UNIPAR – Umuarama - PR

Londrina, 07 de agosto de 2013.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela promessa de sabedoria que me fez um dia; pelo sustento, pelo crescimento, pela plenitude, pelo refrigério e por suas misericórdias - que vi renovadas todas as manhãs.

Ao meu avô, Adolfo Ângelo (*in memoriam*) com quem aprendi o gosto pela palavra escrita.

Ao meu filho Lucas, a alegria da minha vida. O amor mais altruísta que conheci. Pela corrida ao meu encontro, pela saudade das horas roubadas do nosso convívio, pelo poder que tem de cessar todo meu cansaço com o seu cheirinho doce e seu abraço.

À minha mãe, minha maior incentivadora. Impossível seria chegar até aqui sem suas orações ao final dos dias; meu ânimo e força pra continuar. Minha inspiração como mãe, mulher e serva de Deus.

Ao meu pai, meu maior expectador, responsável pela idealização dos meus sonhos; àquele a quem eu quero sempre agradecer. Ao homem mais íntegro que já conheci, pela sua luta e pela certeza da sua vitória.

Às minhas amigas, Fernanda Raquel, Mayna, Nathália Mariah e Edvânia, doce surpresa nessa caminhada.

Ao meu orientador, professor Francisco Emilio Baleotti, por ter superado as lições de direito em lições de vida. Pela paciência e pelo aprendizado diário. Ao professor que se tornou um amigo e é parte concreta desse estudo.

À professora Tânia Lobo Muniz, pela destreza com que pontuou cada consideração no momento da qualificação; pela admiração que provoca em mim e em todos que a rodeiam.

Aos colegas e funcionários da Universidade, por fazerem parte do sonho de levar adiante tudo o que foi construído.

Enfim, por simplesmente tudo, agradeço ao meu marido Leandro. Pela maturidade de um amor construído com privação e provação, que agora partilha comigo essa conquista. Por ser o porto seguro e o alicerce da nossa casa e do nosso filho durante essa jornada; pela compreensão, pelo incentivo, pela admiração, por prover tempo e condições para dedicação aos meus estudos. A você meu querido, eu dedico esse trabalho.

PEIXOTO, Livia Rossi De Rosis. **Um estudo histórico do processo civil com vistas a efetivação do direito material**. 2013. 98f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

RESUMO

Trata-se de investigação que habilita, a partir do percurso histórico do processo civil desde o direito romano arcaico até os dias de hoje, e dadas as teorias do processo construídas neste caminho, possíveis e adequadas aplicações da relação que se instaura entre o direito material e o processo, com vistas à efetividade do direito material. Em todo seu percurso, há a permanente exigência da observação das consequências da relação que se instaura, em cada período de tempo, entre o direito material e o processo. De início, percorre as Fases Metodológicas que atravessou o processo civil até chegar ao paradigma processual atual. Nesta trajetória, encontra as fundamentais teorias acerca da Ação e da Natureza Jurídica do Processo e analisa seus desdobramentos no processo civil moderno. Em seguida, explora uma nova visão da relação entre o direito material e o processo ajustada a partir da conjugação dos valores elegidos pelo Estado Democrático de Direito. Ao final e dentro dessa perspectiva, explora a ponderação da técnica processual adequada e da flexibilização como elementos à concretização do ideário que se pretende: a efetivação do direito material através do processo.

Palavras-chave: Percurso histórico. Direito material. Processo civil. Efetividade.

PEIXOTO, Livia Rossi De Rosis. A historical study of civil procedure with views to the effectiveness of the right stuff. 2013. 98p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

ABSTRACT

It is research that enables, from the historical path of civil procedure since the archaic Roman law until the present day, and given the theories of the process constructed in this way, possible and appropriate applications of the relationship established between the right stuff and the process with a view to implementation of the right stuff. Throughout its course, there is the requirement of permanent observation of the consequences of the relationship that is established in each period of time, between the right material and process. Initially, runs Phases Methodological who crossed the civil case until the current process paradigm. In this trajectory, is the fundamental theories of Action and Legal Nature of the Process and analyze its consequences in modern civil procedure. It then explores a new vision of the relationship between the right equipment and the process adjusted from the combination of the values chosen by the Democratic State. At the end, and within this perspective, explores the weighting technique and adequate procedural elements of flexibility as the implementation of the ideas put forward: the realization of the right material through the process.

Keywords: Historical background. Right stuff. Civil procedure. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL – A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO, SUA GÊNESE E AUTONOMIA	10
1.1 O DIREITO, AS NORMAS, O PROCESSO E A JURISDIÇÃO	11
1.2 OS SISTEMAS DE DIREITO E AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL	13
1.2.1 Praxismo ou Sincretismo	14
1.2.2 Processualismo	29
1.2.3 Instrumentalismo	31
1.2.4 O Formalismo Valorativo ou Neoprocessualismo	36
2 A AÇÃO E A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO – A CONSTRUÇÃO DAS TEORIAS FUNDAMENTAIS AO PROCESSO	39
2.1 A POLÊMICA DE WINDSCHEID E MUTHER	39
2.2 OSKAR VON BÜLOW E A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL	43
2.3 A CONCEPÇÃO DE PLOSZ E DEGENKOLB – TEORIA DO DIREITO ABSTRATO DE AGIR – E A CRÍTICA DE MORTARA.....	45
2.4 A CONCEPÇÃO DE WACH – A TEORIA DO DIREITO CONCRETO DE AÇÃO.....	47
2.5 A CONCEPÇÃO DE CHIOVENDA – A TEORIA DA AÇÃO COMO DIREITO POTESTATIVO	49
2.6 A CONCEPÇÃO DE GOLDSCHMIDT.....	50
2.7 A CONCEPÇÃO DE LIEBMAN – A TEORIA ECLÉTICA DA AÇÃO.....	54
3 UMA NOVA VISÃO DA RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSO	62
3.1 A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA, AS RELAÇÕES SOCIAIS E O PROCESSO – UMA CONJUGAÇÃO COM VISTAS À EFETIVIDADE.....	63
3.2 A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E A AÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL – A TEORIA CIRCULAR DOS PLANOS E A REAPROXIMAÇÃO DO DIREITO MATERIAL COM O PROCESSO.....	69

3.3	A COGNIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO – A TEORIA DA ASSERTÇÃO	74
3.4	O FORMALISMO E AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICO-PROCESSUAIS DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PROCESSUAL: TÉCNICA E FLEXIBILIZAÇÃO	78
3.4.1	Do Formalismo Processual – A Instrumentalidade Aplicada às Formas e a Utilidade do Resultado Processual	79
3.4.2	Técnica Processual Adequada ao Direito Material	83
	CONCLUSÃO	88
	REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, inaugurado no Brasil com a Constituição de 1988, declarou seu compromisso na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assegurando direitos - agora fundamentais - aos seus cidadãos, não mais sob mera declaração, mas com a garantia de efetividade.

Entretanto, este discurso ainda não é um trajeto acabado; em que pese os valores constitucionais criteriosamente eleitos para a construção da sociedade a que se refere a constituição, o plano ideal parece distante do mundo dos fatos.

Assim, é inegável o papel do direito como fator e instrumento do desenvolvimento social. Na medida em que o direito material é pensado de forma abstrata, na tentativa da previsibilidade de proteção à situações da vida, é construído para a sociedade e sem ela não encontra razão de ser. Se o direito é direcionado a uma situação da vida, pretende a ela proteger.

Por mais organizadas que sejam as relações entre os indivíduos - dada a previsibilidade abstrata de direitos e deveres - pelas suas vicissitudes, pela pluralidade de interesses e pretensões e imensa quantidade de bens objetos de interesse, os conflitos serão sempre inevitáveis.

Ao longo da história grandes mudanças ocorreram na forma como a sociedade se organizava e resolvia seus conflitos de interesse e todas essas mudanças estiveram intimamente ligadas à escolha dos valores eleitos pela sociedade; o percurso na busca pela pacificação social foi essencial para mostrar como hoje, o processo civil - meio utilizado pela jurisdição para pacificação dos conflitos - pode, através dos valores consagrados pelo paradigma de Estado que está subordinado, trazer efetividade aos direitos abstratamente previstos.

Neste contexto, o objetivo desse estudo é demonstrar, com base em um estudo histórico do processo civil, imprescindível à delimitação desta matéria, de que forma, por toda evolução processual, pode ser o processo civil um agente efetivador do direito material.

Para tanto, dada a opção pelo processo como meio através do qual a jurisdição atua como poder Estatal, parte-se de uma análise das fases metodológicas atravessadas pelo processo civil ao longo do tempo, que permitirão ao leitor entender como se deu a resolução dos conflitos na história e como essas

transformações serviram como herança ao modelo processual civil atual. Nesse momento, a leitura deverá ser guiada pela relação do direito material e processo – ora mais próxima, ora mais apartada – e as consequências geradas por essa relação.

Em um segundo capítulo, investiga-se as principais teorias acerca do direito de ação e da natureza jurídica processual como institutos fundamentais ao processo e à jurisdição. Com base nessas doutrinas será possível entender a manifestação dos institutos processuais apresentados com vistas a um processo civil adequado aos valores declarados pela Constituição Brasileira.

Por fim, pelos ditames constitucionais do Estado Democrático de Direito, parte-se a uma análise da necessária relação de direito material e processo para então determinar de que forma poderá ser manipulado o processo civil não com o fim em si mesmo, mas apto a conferir as partes o direito subjetivo que reclamam.

É certo que, infelizmente, muitos conceitos serão analisados de forma não exaustiva, já que este estudo, pelo tempo e pela natureza, não permite maiores ponderações. Entretanto, enfatiza-se o ideário que se pretende: por toda evolução do processo civil e diante das teorias até aqui construídas, de que forma o direito processual deve se relacionar ao direito material para plena efetivação dos direitos?

Nos dias atuais não é mais necessário qualquer argumento de autoridade para reconhecer a vivência da crise no judiciário brasileiro como empecilho aos objetivos de pacificação e resolução dos conflitos. A sociedade brasileira clama por soluções que tragam à realidade aquilo que lhes é devido como parte de um ideário Constitucional Democrático. Em que pese a incapacidade de soluções milagrosas à sociedade pela atuação do processo – já que não é a (in)efetividade dos direitos responsável exclusiva pela crise judiciária - pretende este estudo abordar uma das diversas facetas da efetividade, na busca pelas melhores soluções.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL – A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO, SUA GÊNESE E AUTONOMIA

O ser humano não consegue viver só. Vivendo em sociedade, para que possa exteriorizar suas potencialidades e suprir suas necessidades, deve estar firmado numa estrutura de cooperação mútua¹. À medida que a sociedade evolui, multiplicam-se as necessidades do homem em sua estrutura social, sempre em busca de tudo que a vida pode lhe oferecer.

Diante da estrutura de divisão de trabalhos predominante na sociedade, a satisfação dos anseios do homem será sempre suprida pelo outro, numa relação de vínculos por eles mesmos estabelecidos, sempre com o intuito de atender aos objetos de interesse.

Assim, pela integração da sociedade e dado o desenvolvimento social, a interação de que depende a vida, esbarra na constante insatisfação humana e nos conflitos de interesses.

É certo que desde o seu nascimento, a vida do homem é dirigida por uma atividade educadora, exercida em um primeiro momento pelos pais, professores e posteriormente pelos grupos sociais que este homem estiver inserido: a família, a igreja, o Estado. Apesar de ser livre, sem perceber, o ser humano se encontra envolto num mundo de normas e deveres que ditam constantemente a ele regras de conduta.

Para que possa se concretizar, a vida em sociedade exige um modelo de organização que determine condutas possíveis ou proibidas aos indivíduos. Assim, na medida em que se relacionam, os seres humanos são pautados por uma ordem normativa que regula essas condutas, como a moral e o direito.

E assim foi desde os primórdios. Não é possível percorrer a existência humana sem se deparar com um emaranhado de normas – sejam elas sociais, religiosas, morais, jurídicas – que definiram os limites e a formação das civilizações através do tempo.

Diante da oferta de bens e interesses antagônicos, buscando evitar os possíveis conflitos consequentes das relações sociais, a sociedade optou por se

¹ GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica Constitucional, um contributo ao Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p.75, *passim*

organizar através das normas jurídicas.²

Diante dessa escolha, a construção das normas de direito se dá de forma a possibilitar uma organização harmoniosa da sociedade para que esta não sucumba ao caos. Para tanto, é preciso que haja um meio eficaz de garantir o que foi abstratamente previsto, caso não ocorra de forma natural. No percurso para pacificação social pela resolução dos conflitos alguns institutos atuam de forma mais expressiva, razão pela qual devem ser relacionados para melhor entendimento desta finalidade.

1.1 O DIREITO, AS NORMAS, O PROCESSO E A JURISDIÇÃO

Não é possível conceber o direito sem que se entenda a necessária manifestação do fenômeno jurídico no ideário de organização social.³ Pela importância do direito na existência individual e social, Bobbio entende as normas jurídicas como uma parte notável, talvez a mais visível da experiência normativa humana⁴.

Tão certa é a relação do direito e sociedade⁵ que para encontrar uma explicação da situação da norma no campo científico, Hans Kelsen parte da definição do direito como fenômeno natural - baseado na aceção de sociedade como a efetiva convivência entre os homens que ocorre, também, de forma natural - que prevê, dada a convivência social, um sistema de normas que regula o comportamento humano; aqui, Kelsen entende a norma como algo que *deve ser* ou acontecer⁶, que *deve* conduzir o homem de determinada maneira.⁷

² Claro que essa opção não se deu de forma tão natural, mas foi fruto de transformações da sociedade que optou politicamente pelo direito positivo como instrumento de desenvolvimento. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Uma visão crítica da jurisdição civil. Leme: LED Editora de Direito, 1999, p.43.

³ "O conceito de direito deve conter os seguintes elementos essenciais: a) antes de tudo deve-se retornar ao conceito de sociedade, isto em dois sentidos recíprocos que se completam, o que não sai da esfera puramente individual, que não supera a vida de cada um enquanto tal, não é direito (*ubi ius ibi societas*), e além disso, não há sociedade no sentido correto da palavra sem que nela se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*).” BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 29.

⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 24.

⁵ Assim, "a Ciência do Direito tem por objeto a experiência social na medida em que esta é disciplinada por certos esquemas ou modelos de organização e de conduta que denominamos normas ou regras jurídicas." REALE, Miguel. Introdução ao Estudo do Direito. 25. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 86.

⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.3-4.

Entretanto, em que pese ser o direito um ordenamento que visa regular a conduta humana, as regras que definem o *dever ser* dessa conduta não se aplicam automaticamente⁸, para tanto, o mesmo ordenamento que prevê direitos e deveres objetivos também prevê um serviço jurisdicional para efetivá-los.⁹

É claro que essa previsibilidade não se deu instantaneamente; um longo caminho foi percorrido desde os primórdios para que o Estado se responsabilizasse pela pacificação social através do serviço jurisdicional, quando então passou a exercer com mais ênfase um controle social.¹⁰

É certo que a partir do momento que o Estado se fortalece e chama para si a responsabilidade de pacificação, portanto, de resolução dos conflitos, fez-se necessário um instrumento através do qual pudesse ele interferir nessas relações, propiciando solução e impedindo que as partes resolvessem seus conflitos pela força. Pela detenção deste poder¹¹ o Estado se vale do processo para efetivar aquilo que foi estabelecido em relações jurídicas primárias. Apesar de toda transformação que sofreu a jurisdição ao longo da história, o que será abordado mais adiante, o processo continua sendo um instrumento através do qual a jurisdição opera.¹²

Mas de que maneira surgiu esse poder-dever do Estado? Como se deu sua gênese e que caminho percorreu o processo até que fosse possível falar em uma ciência processual calcada em princípios, valores e garantias? É o que se pretende a seguir.

⁷ Em posição crítica à Kelsen, Miguel Reale entende que essa definição passa por uma proposição hipotética que prevê genericamente um fato com sua correspondente sanção e não consegue abarcar todas as espécies de normas, como àquelas destinadas à organização ou dirigidas ao Estado, cuja previsibilidade não é hipotética, mas categórica. Para Reale o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica de qualquer espécie “é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória” o que não deixa de reafirmar a opção pelo direito para a organização social. REALE, Miguel. Introdução ao Estudo do Direito. 25. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 88.

⁸ BELLINETTI, Luiz Fernando. Mandado de Segurança Coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro. 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

⁹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Uma visão crítica da jurisdição civil. Leme: LED Editora de Direito, 1999, p.45.

¹⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 17.

¹¹ Apesar do reconhecimento dos meios alternativos de solução de conflitos.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo.7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 412

1.2 OS SISTEMAS DE DIREITO E AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL

Cada Estado, no momento de sua constituição e desenvolvimento, faz opções ideológicas e políticas que refletem diretamente na maneira como constroem seus ordenamentos jurídicos. A multiplicidade de direitos, portanto, é um fenômeno complexo que certamente não se limita a superficial diferença de regras nos ordenamentos jurídicos de cada país. Deixando de lado as diferenças pouco profundas, é possível reconhecer – pelos modelos de raciocínio utilizados na interpretação, pelas técnicas dos enunciados ou pela maneira de classificação dessas regras – a existência de grandes sistemas, segundo aquilo que René David chamou de famílias de direito.¹³

A família de que faz parte o direito brasileiro, por conta do desenvolvimento desse modelo a partir do século XIII, na Europa nos países latinos e germânicos, foi denominada de família romano-germânica; devido à colonização ou recepção voluntária, esse arquétipo do direito difundiu-se em diversas partes do mundo. Esta família assenta-se sobre a base do direito romano e caracteriza-se pela construção de regras estritamente ligadas à preocupação de justiça e moral e mais tarde, a partir do século XIX, pela organização através de “códigos”¹⁴.

É preciso lembrar, contudo, que essa divisão do direito em sistemas tem valor principalmente histórico - vez que o fenômeno jurídico, “como expressão cultural das ciências do espírito”¹⁵, nem sempre se concilia com o conhecimento sistemático. Utiliza-se, portanto, essa separação, para que melhor se compreenda a origem de toda a ideologia tônica ao processo civil brasileiro.¹⁶

Quanto a isso, José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, ao relembrem os ensinamentos de Helmut Coing asseguram que, aquele que

¹³ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 21 e sgts. Em sua obra, o autor enumera, de acordo com as características e a origem histórica, as famílias romano-germânica, família da *Common Law* e família dos direitos socialistas; ainda, ressalva a existência de sistemas menores como do direito extremo oriental, muçulmano, hindu, judaico e africano.

¹⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23.

¹⁵ DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.09.

¹⁶ Bem assevera Ovídio Baptista “a formação, portanto, de sistemas, no domínio das ciências jurídicas, ou a reunião de vários sistemas numa única família, só se torna possível abstraindo-se as notórias individualidades de cada unidade particular, para agrupá-la segundo alguns poucos princípios genéricos, com supressão dos aspectos, às vezes, mais relevante de cada fenômeno individual”. DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.10

desejar compreender qualquer ordenamento jurídico precisará estender sua pesquisa em várias etapas, direcionando seus estudos para as normas e instituições previstas nesse ordenamento, para as condições sob as quais surgiu esse ordenamento “e para a questão da efetividade desse ordenamento na sociedade que lhe corresponde”, verificando assim a intensidade da aplicabilidade daquelas normas.¹⁷

Diante do fenômeno jurídico, portanto, é imprescindível uma leitura histórico-social dos acontecimentos enquanto expressão de idéias, pensamentos e instituições¹⁸:

Mas o presente prepara e antecede todo o futuro. A história das idéias é pois a história do pensamento jurídico e pode ser representada por uma sucessão de camadas de tradição superpostas umas às outras. A longo prazo será também tradição o que nós, os modernos pensamos, mas se e somente se digno, esse pensar, de questionamento profundo. Como poderemos esperar reconhecimento das gerações futuras se não somos, nós mesmos, dignos do legado de nossos antepassados?¹⁹

Assentada a necessidade do percurso histórico do fenômeno jurídico e buscando consolidar a herança romano-germânica no direito brasileiro, passa-se ao trajeto vencido pelo processo civil desde sua gênese romana, antes mesmo do seu reconhecimento como ciência autônoma, até os dias de hoje; este caminho foi chamado pela doutrina de Fases Metodológicas do Processo²⁰.

1.2.1 Praxismo ou Sincretismo

É certo que, em seu surgimento como disciplina autônoma em meados do século XIX, o processo recebeu toda carga da herança romano-canônica

¹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 22 *passim*

¹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.1.

¹⁹ BORGES, José Souto Maior. **O Contraditório no Processo Judicial**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.09.

²⁰ Apesar das diferentes terminologias utilizadas pela doutrina, há consenso à respeito da transformação cronológica vivida pelo Processo Civil no decorrer da história. Faz-se uma ressalva, entretanto, à última fase metodológica, denominada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira de Formalismo Valorativo, que não é unânime na construção doutrinária, o que se tratará mais detalhadamente adiante. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

que o antecedeu, razão pela qual, antes mesmo de qualquer estudo da ciência autônoma, deve-se analisar o período precedente.

Comumente a doutrina identifica este período - praxismo ou sincretismo processual - como sendo a pré-história do direito processual civil - momento anterior ao aparecimento de qualquer ciência processual²¹; Mais especificamente, é o Direito Processual Civil Romano, em todas as suas fases.

Para os juristas romanos, as normas de direito processual estariam naturalmente impingidas ao direito material; apesar disso, durante este período, o processo experimentou diferentes perspectivas metodológicas. Segundo as lições de Ovídio Baptista e Fábio Gomes²², estas fases acompanharam a história do desenvolvimento político de Roma ainda que não se possa definir com exatidão em que momento cada período deixou de vigor para dar lugar ao subsequente, admitindo-se, até mesmo, a coexistência de dois sistemas processuais diferentes²³.

No direito romano, portanto, dois institutos poderiam ser invocados para proteção e defesa dos direitos: a *actio* e os *interdictos*. É pacífica a doutrina ao afirmar que somente o processo da *actio*, instaurado no procedimento do *ordo judiciorum privatorum* (que permeia os dois primeiros períodos do processo romano) se desenvolvia com natureza jurisdicional²⁴, razão pela qual este estudo delimita-se à sua investigação.

a) Período Primitivo

Em um primeiro momento, como em toda gênese social, as formas de coordenação estavam intimamente ligadas ao caráter religioso; os sacerdotes exerciam o poder de organização estatal, figurando como verdadeiros legisladores.

O direito era respeitado religiosamente pelo receio da vingança dos

²¹ MITIDIERO, Daniel. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil: Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, p. 16.

²² DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.13.

²³ Quanto a isso, Tucci e Azevedo exemplificam que, mesmo no período em que o formalismo excessivo das *legis actiones* acabou por derogá-las em favor da *Lex Aebutia* e mais tarde pelas Leis Júlias, algumas ações ainda continuaram a regular-se pelo antigo sistema. O mesmo se deu com o fim do período formulário, que, ainda vigente na metrópole, foi substituído nas províncias pela *cognitio extraordinária*, até cair em desuso. TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.40.

²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

deuses, tanto que os antigos governantes diziam receber as leis dos deuses da cidade.²⁵

Neste contexto, a sociedade romana primitiva depositava no misticismo religioso importante parcela da técnica e praxe judiciária²⁶: aos pontífices (sacerdotes) cabia dar forma ao procedimento através de simbolismos e rituais. Nessa tentativa de disciplina da autotutela – modelo predominante até então - surge a jurisdição como atividade exclusiva dos pontífices, que conheciam, guardavam e determinavam as fórmulas.²⁷

A carência de fontes desse período empiorada pelas grandes lendas acerca dos primeiros tempos romanos leva a inúmeras incertezas quanto à organização social e o exercício do poder. Contudo, a tradução das *Institutas* de Gaio e a Lei das XII Tábuas trouxeram informações importantes na reconstituição do sistema processual dessa época.

O período primitivo, também chamado de período das ações da lei (*legis actiones*) era assim denominado pela legalização de antigos hábitos nos diversificados tipos de procedimentos fundados em uma lei, “cujas palavras deveriam ser repetidas no formulário da *actio*”²⁸

Os esquemas preestabelecidos eram colocados à disposição daqueles que conseguissem demonstrar uma situação de direito material verdadeiramente existente; se, através da jurisdição, fosse admitida a legitimidade da ação, não restava dúvida quanto ao direito subjetivo.²⁹

É certo que, numa visão atual do direito romano primitivo – e não na ótica que os próprios romanos tinham do seu direito - a jurisdição se encarregava de “dizer” o direito e não do “fazer” eventualmente necessário para manter a incolumidade do direito material; cabia às partes a realização da justiça.³⁰

Portanto, os litigantes só poderiam manipular procedimentos

²⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. O direito nas sociedades primitivas, In: Fundamentos de história do direito, 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 19.

²⁶ TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.41

²⁷ De MARTINO, Francesco. La giuridizione nel diritto romano. Padova:Cedam, 1937, p.51.

²⁸ TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.51

²⁹ A discussão acerca da ação de direito material e ação de direito processual será retomada neste estudo, em momento oportuno, quando da análise da natureza jurídica do processo. Por ora, basta o entendimento de que a *actio* romana, no período da *legis actiones*, guardava caráter de direito subjetivo e não processual.

³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.31

previamente constituídos e só o poderiam se evidenciassem o direito subjetivo, ou seja, as ações carregavam grande carga de tipicidade – cada ação tinha estrutura individualizada para situações jurídicas previamente reconhecidas.

Ao afirmar a limitação das espécies de direitos construídas pelos sacerdotes – e depois pelos magistrados – impossibilitando soluções justas e adequadas aos fatos da vida, Michel Villey afirma que

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.³¹

Com efeito, para própria sobrevivência do sistema, havia exigência de um ritual extremamente solene e formal que se desenvolvia numa cerimônia de gestos e palavras: “as ações se conformavam às palavras das próprias leis, conservando-se, por isso, imutáveis como as leis mesmas”.³²

Importante reafirmar a íntima ligação entre o percurso e gênese do sistema processual com a trajetória política. Em que pesem as já mencionadas escassas fontes desse período, é possível arriscar que o processo arcaico tenha se desenrolado frente a uma única autoridade (*rex magister populi*) – já que o papel judiciário era encarado como função administrativa - mas que tenha reclamado a criação de magistraturas específicas em decorrência do desenvolvimento das relações sociais. Até então, cabia ao Rei como única autoridade, as funções de juiz, julgando todos os litígios em única instância.

Neste momento é que, com a queda da realeza Romana e com o surgimento da República, este poder foi assumido pelos Cônsules, que como chefes de governo, cumulavam as atividades de criação das leis e o conhecimento dos litígios.³³

³¹ VILLEY, Michel. Direito Romano. Porto Alegre: Rés, 1991, p.41.

³² GAIO *apud* TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Azevedo, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.53.

³³ Os cônsules foram a primeira espécie de magistratura romana. Concentravam o mando militar, o controle da polícia interna e da segurança pública, o gerenciamento dos serviços estatais e do funcionalismo público, a gestão do erário ou tesouro público e a administração da justiça e o exercício da atividade jurisdicional. MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Aspectos de direito público romano: as constituições políticas da realeza e da república. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 100, p. 3-19.

Por conta das atribuições acumuladas a estes chefes de governo e pelo progresso de Roma e da conquista de novos territórios, os cônsules viram-se pressionados a delegar alguns de seus poderes. Com o tempo, o Consulado é desmembrado e dá origem a uma série de novas magistraturas, entre elas a Pretura, que administrava a justiça em matéria fundamentalmente civil, dirimindo conflitos entre os romanos através do *praetor urbanus* ou entre romanos e estrangeiros ou só entre estrangeiros (*praetor peregrinus*).³⁴

Portanto, a partir da distribuição da *iurisdictio*, – já não mais como função absoluta de um *rex* com orientação divina - a predominância dos sacerdotes cede espaço aos magistrados públicos e nasce a figura do pretor.³⁵

De início a atuação do pretor era bastante limitada, como deveria em um procedimento extremamente formal. Não estavam entre suas funções, por exemplo, o julgamento do litígio, tal como o faziam o *rex* e, após, os cônsules. Ao pretor cabia apenas declarar a norma jurídica aplicável ao julgamento.

Como forma de abrandar o poder dado aos pretores pela delegação da *iurisdictio*, provavelmente, a partir desse momento o procedimento enfrenta uma discrepância qualitativa de funções. Uma primeira fase, *in iure*, perante o pretor, que organizaria e fixaria os termos da controvérsia³⁶ e uma segunda fase, *apud iudicem* perante um árbitro romano (*iudex unus*) que faria o julgamento. Não participava o pretor da segunda fase do procedimento, o julgamento era dado em nome do povo romano e por tal razão, não estava subordinado a qualquer reexame hierárquico.³⁷

Com o tempo e o desenvolvimento das relações sociais, ao pretor foi dada maior abertura à atividade criadora, transformando o rol limitado das *actiones* em um número ilimitado de ações, agora, livres das fórmulas divinas e

³⁴ MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Aspectos de direito público romano: as constituições políticas da realeza e da república. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 100, p. 5.

³⁵ Importante frisar que o conceito de *imperium* não pode ser confundido com o de *iurisdictio*: a *iurisdictio* consiste em um aspecto do *imperium*, que significa de maneira geral o direito de comandar e de recorrer à força, de que são investidos todos os magistrados romanos. Para além, enquanto o *imperium* é um poder unitário e indeterminado, a *iurisdictio* podia ser delegada, como ocorria com os magistrados municipais, que desprovidos de *imperium*, recebiam aquela delegação do pretor. De MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova:Cedam, 1937, p. 255.

³⁶ Ao Pretor, porém, não cabia a criação de normas gerais, como faz o legislador moderno, ou como começaram a fazer os Príncipes e depois os imperadores romanos. A *iurisdictio* pretoriana cirava um “vínculo jurídico concreto” entre as partes litigantes (*ius*), nunca uma norma abstrata, semelhante as nossas leis. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A iurisdictio Romana e a jurisdição moderna*. In: *jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.270.

³⁷ TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.44.

independentes do ideário de abstratividade dos direitos.

b) Período formulário:

Ao que tudo indica, vários fatores contribuíram para o desenvolvimento do período formulário, todos decorrentes da expansão territorial do Império Romano: a complexidade das novas relações sociais, exigindo ações até então não previstas naquele rol limitado inerente ao período clássico; necessidade de um procedimento menos formalista, mais ágil e funcional; participação dos estrangeiros nas relações sociais – no período clássico, as *legis actiones* eram exclusividade dos cidadãos romanos.

Seja como for, assim como os demais sistemas romanos processuais, o sistema formular não delimitou uma trajetória constante. Iniciou-se com admissão da *Lex Aebutia*, fora de Roma, onde as *legis actiones* nunca foram admitidas; Oficializou-se com a *Lex Julia*, coexistindo, por um tempo com o período da Cognição Extraordinária, de quem veio a sofrer inúmeras mutações, até o seu extermínio.³⁸

No início desta transição, paulatinamente, novos poderes foram conferidos ao magistrado (*praetor*) para que passasse a estabelecer, no caso concreto, fórmulas de ações aptas a dirimir qualquer conflito e não somente àqueles estabelecidos pelas *legis actiones*. Com essa fórmula em mãos o autor se dirigia ao árbitro privado (*iudex*) para julgamento.

Neste momento, a fórmula é responsável por alterar a característica de oralidade da fase anterior e correspondia a uma previsão abstrata contida em um edito do pretor que serviria de paradigma para o caso concreto. A partir daí redigia-se um documento pelo magistrado com auxílio das partes (*iudicium*) onde era fixado o objeto da demanda que seria julgada pelo *iudex* popular.³⁹

Ainda bipartido, o processo passa a ser parcialmente escrito, não mais constituído por diferentes formas de ação, mas por um rito padrão mais racional e simples, resguardando a complexidade do procedimento perante o pretor,

³⁸ TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.75.

³⁹ TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.47.

que se caracterizava por quatro momentos distintos:⁴⁰

- *Editio formula* e *In ius vocatio*: a demanda deveria ser ajuizada perante o pretor competente (urbano ou peregrino) sob pena de nulidade. A *editio formula* iniciava o processo – apesar de extraprocessual - informando a pretensão do autor ao réu.⁴¹ A citação se efetivava com a *in ius vocatio*.

- *Postulaciones*: o demandante deveria apresentar de modo formal ao pretor e ao réu sua pretensão, indicando a fórmula presente no edito do pretor que fosse adequada ao caso, objetivando a concessão da *actio* pelo magistrado.

Neste momento, deveria o réu apresentar a defesa - sendo admitidas como defesa as exceções (*exceptiones*) e a reconvenção (*mutua petitio*) – ou confessar.

- *Causa cognitio* e *Iudex unus*: persistindo o processo procedia-se à designação formal do *iudex*, escolhido dentre os cidadãos aptos à incumbência. A fórmula era então redigida com todos os dados necessários ao julgamento.

- *litis contestatio*: As partes deveriam se comprometer a litigar nos limites constantes da fórmula e o autor, por meio deste documento, ainda deveria obter a adesão do réu para que o processo seguisse. O ato processual que continha tais peculiaridades e finalizava a fase *in iure* foi denominado *litis contestatio*.

Iniciava-se agora, *apud iudicem*, a instrução probatória, momento que culminava com a explanação oral dos advogados das partes. Em seguida o juiz, escolhido pelas partes, prolataria a sentença, baseado na sua livre convicção, isto porque a sentença do *iudex* supunha uma declaração que colocava fim à controvérsia e fazia nascer nova relação jurídica entre os litigantes, sem qualquer motivação. A nova relação (*res iudicata*) é que iria servir de fundamento da *actio iudicati*, podendo agora o vencedor exigir o cumprimento da sentença.⁴²

A mesma lei que oficializou o sistema das fórmulas figurou como embrião do período que sucederia tal sistema. Com o principado, o imperador Otaviano Augusto reorganizou o sistema processual, prevendo, nas *Lex Julia*,

⁴⁰ Os momentos processuais explicados seguem a explanação de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azavedo: TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.80.

⁴¹ Interessante que no processo pré-clássico, a Lei das XII Tábuas autorizava expressamente o demandante a levar o demandado, por meio da força, à presença do pretor. Agora, não mais se permite o emprego da força, ficando o réu sujeito à multa, penhora e à perda de seus bens caso não compareça. Gaio, I., 3.78

⁴² TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.128.

causas específicas que careceriam de tutela jurídica do estado, e portanto, obrigatoriamente instauradas diante de uma única autoridade que vincularia um comando estatal ao caso concreto. Surge um novo período no direito processual civil romano, que, segundo Ovídio Baptista, seria o paradigma da compreensão moderna de direito:

O conceito de jurisdição, como de resto os demais conceitos, ou o modo como os romanos entendiam ou descreviam o que fosse *iurisdicitio*, sofreu, no curso do tempo, uma profunda transformação. Temos de ter presente que o direito moderno utilizou-se, em sua formatação, das fontes romanas dos últimos períodos de sua história, especialmente do direito romano justiniano, perante o qual tornara-se mais acentuada a equivalência entre *iurisdiction* e declaração oficial do direito, com função de “composição da lide”, em oposição a *imperium*, embora nos períodos mais remotos e mesmo no direito romano clássico, aquele conceito tivesse outro sentido.⁴³

Posto isso, passa-se a analisar o modelo que realmente teria influenciado a idade Média e o direito Moderno, desaguando, conseqüentemente, na conquista da autonomia processual ao início da Idade Moderna.

c) Jurisdição Extraordinária (*cognitio extra ordinem*):

A mais importante modificação na transição do processo privado para a Jurisdição Extraordinária certamente foi a unificação de instâncias. Com a progressiva oficialização da justiça por magistrados imperiais, o processo torna-se totalmente público⁴⁴, trazendo contornos de uma nova era processual. Os traços de processo privatísticos aos poucos são substituídos pela estatização; concentram-se na mesma pessoa as figuras de magistrado e juiz “antes repartidos entre duas pessoas que atuavam, respectivamente, na primeira e na segunda fases processuais.”⁴⁵

Além da uniformização do procedimento, o Império unificou também as fontes de direito (atividade legislativa dos comícios e do senado) detendo supremacia política, legislativa e judiciária. “Enquanto no direito clássico a lei era

⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 29.

⁴⁴ TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.48.

⁴⁵ CRETELLA JUNIOR, José. Direito Romano. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1966, p. 324-325.

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”⁴⁶.

Quando não era o próprio príncipe a julgar os conflitos, este poder era delegado a um magistrado por ele designado, ampliando ainda mais os poderes dos pretores que conheciam e julgavam os litígios não permitindo mais a interferência dos árbitros. Nesta fase é assinalada a passagem do “modelo romano da Justiça Privada para a Justiça Pública”.⁴⁷

Esse modo de ser, inteiramente novo, assinala a eliminação dos resíduos da concepção arbitral e privada do antigo processo das ações da lei que permaneceram no processo formular, marcando a última etapa da transição da arbitragem privada ao processo público.⁴⁸

Gradativamente, as instituições processuais se oficializavam e criam-se, na organização judiciária do Império uma verdadeira estrutura hierárquica composta por inúmeros órgãos a quem se conferia o poder de julgar em primeiro ou superior grau de jurisdição⁴⁹. O magistrado, incumbido da função de juiz passa a ser o titular do poder de examinar as provas (*congoscere*) e proferir sentença, antes um ato exclusivo de um cidadão romano, de caráter arbitral.

Agora, a *evocatio*, em substituição à *in ius vocatio*, realizava-se por um convite verbal autorizado pelo magistrado, dirigido ao demandado para comparecer em juízo. Para tanto, poderia ser enviada uma intimação oficial escrita com auxílio de um funcionário do magistrado; se o réu não fosse encontrado, expedia-se os *edictis*.

A locução *litis contestatio* ainda era utilizada, contudo, agora somente para interromper a prescrição e tornar a *actio* hereditária acerca do direito intransmissível.⁵⁰

Em todas as fases o processo confundia-se com o mero

⁴⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A jurisdictio Romana e a jurisdição moderna. In: jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.264.

⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 40.

⁴⁸ NEVES, Celso. *Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971, p. 27.

⁴⁹ TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Azevedo, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.142.

⁵⁰ TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.144-145.

procedimento, sendo considerado apenas um adjetivo do direito material subjetivo (metodologia processual sincrética), informado pela racionalidade prática, direcionado à resolução dos problemas concretos. Com a reforma legislativa de Justiniano, no ano de 527, buscou-se além da sistematização de regras mediante a transformação de um *corpus* legal preexistente, estabelecer técnicas e princípios que auxiliassem na busca da unidade político-jurídica do império.⁵¹

Confirmando as ideias apresentadas inicialmente⁵², Ovídio Baptista esclarece que não é possível determinar com exatidão os fatores que favoreceram a herança do sistema da *actio* na Europa Continental e que certamente “no conjunto extraordinário de circunstâncias e fatores culturais, responsáveis pela derrocada no mundo medieval e formação do mundo moderno” algumas ocorrências foram mais diretamente responsáveis pela continuação desses esquemas procedimentais que foram herdados do direito privado romano. Ainda, enfatiza o autor que tanto o sistema predominante na Europa Continental como o sistema da *common Law* são, de certa forma, provenientes do direito romano.⁵³

Este sistema perdurou por muito tempo, sofrendo, contudo, um retrocesso pelas invasões bárbaras e retomado timidamente na Idade Média, nas penínsulas Itálica e Ibérica.⁵⁴

d) Uma longa transição

Antes de qualquer análise acerca do processualismo como fase metodológica sucessora do período Imperial do direito romano – já que a partir daí o direito mergulharia numa fase obscura, durante a idade média - é interessante realizar uma abordagem sobre o período de transição que perdurou até a nova fase metodológica.

Como tudo na história, essa transição não aconteceu de maneira linear, sendo disposta temporalmente por toda a idade média. (de 476 a 1453).

No início do século III era grande a pressão bárbara (assim chamados os germânicos por não saberem falar a língua latina) sobre o Império Romano. Em um primeiro momento, a defesa empreendida dava-se de forma

⁵¹ TUCCI, José Rodrigo Cruz e. Zevedo, Luiz Carlos de. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p.158.

⁵² Renè David, a respeito da herança romano-germânica nos países de colonização portuguesa

⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A jurisdictio Romana e a jurisdição moderna. In: jurisdição, direito material e processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.102.

⁵⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil, vol. I, p. 34.

pacífica: os bárbaros eram recebidos pelo Império para que dele fizessem parte; logo, essa abertura fragilizou o Império que foi parcialmente invadido.⁵⁵

Os povos germânicos viviam em uma estrutura social completamente diferente dos romanos: não conheciam cidades como as romanas e agrupavam-se em aldeias, ainda diante de uma organização patriarcal. Eram extremamente ligados à terra, o que definia seu estilo de vida e “o tom de todas as suas realizações”.⁵⁶

Por não terem desenvolvido a escrita até este momento, o direito germânico era basicamente consuetudinário; entretanto, pela própria organização social desses povos em tribos nômades, não havia um costume ou tradição que imperasse de forma absoluta.⁵⁷

Com a invasão ao império romano, algumas tribos bárbaras estabeleceram-se como Reinos nos arredores do império e passaram a assimilar características da cultura romana (como o direito escrito, por exemplo).⁵⁸

Diante da pluralidade de tradições e conseqüente desunificação desses povos, não foi possível impor aos romanos – por serem eles uma sociedade muito mais evoluída - a forma de organização social bárbara. Daí é que se convencionou aplicar o Princípio da Personalidade da Lei, possibilitando a cada cidadão ser regido pela lei de seu povo (instituto que guarda extrema relação com o princípio da territorialidade, hoje, amplamente aplicado).

As invasões bárbaras acarretaram inúmeras mudanças ao Império Romano, além da disputa territorial, travou-se nesse contexto uma disputa de

⁵⁵ ROBERTS, J.M. O Livro de Ouro da História do Mundo: Da Pré-História à Idade Contemporânea. Trad. Laura Alves e Aurélio Rabello. 5.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p.250.

⁵⁶ CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito Geral e Brasil. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 127.

⁵⁷ Quanto ao velho direito Germânico, Michel Foucault identifica algumas características que poderiam defini-lo: a) não há ação pública e não há ninguém representando a sociedade ou aqueles que detêm o poder. O que caracterizava o processo era a existência do dano, reclamado de uma parte à outra, sem a interferência de um mediador. b) o direito, daqui em diante, seria uma maneira regulamentada de fazer um duelo, a forma ritual da guerra. c) Era perfeitamente possível um acordo em detrimento das hostilidades regulamentadas – a transação. Desta forma, antes da invasão do Império Romano, o sistema germânico jamais conheceu qualquer tipo de método na investigação da verdade, como por exemplo, o inquérito. FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 58.

⁵⁸ CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito Geral e Brasil. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 128.

valores – é certo que a sobrevivência do Império Romano Ocidental⁵⁹ e a aplicação da lei pessoal do cidadão permitiu que, mesmo diante das invasões bárbaras, o Império Romano perpetuasse a maioria de seus institutos. Sendo máxima a diferença de evolução da cultura romana, era de se esperar a forte assunção dos valores sociais romanos pelos povos bárbaros, que, contudo, não deixaram de aplicar seu direito.

Com o passar do tempo, essa miscigenação e incorporação acabou por produzir um novo direito, segundo aquilo que os historiadores chamaram de direito bárbaro-romano.⁶⁰

Até este momento, toda autoridade que se conhecia e a que se submetia era proveniente do Império; com o enfraquecimento do Império Romano pelas invasões bárbaras – dentre outros motivos - a Igreja Católica, por sua característica de não submeter seus fiéis ao “deus da cidade”, possibilitou a adoção do cristianismo por reinos distintos, herdando o intenso domínio romano e colocando sua autoridade acima de qualquer poder.⁶¹

O Cristianismo então firmou-se como religião oficial em quase toda Europa, embrenhando-se em todos os segmentos da vida social; mais do que isso havia agora uma preocupação de que toda legislação do Império obedecesse aos princípios cristãos, inclusive em suas compilações, numa clara tentativa de “pura marca cristã”⁶².

Pela profundidade de sua difusão no direito romano, o cristianismo causou um verdadeiro divórcio entre o império romano oriental e a tradição jurídica clássica que, “no final do século VI de nossa era, ser *romanus* significava ser *catholicus*”.⁶³

Para Ovídio Baptista da Silva, inúmeras foram as transformações sofridas pelos valores do direito romano clássico na formação do direito comum medieval. Por exemplo, o conceito de equidade para o direito romano clássico

⁵⁹ Conforme assevera Silvio Meira “caindo o Império do Ocidente, em 476, os chefes bárbaros passaram a ser tratados pelos Imperadores do Oriente como seus delegados”. MEIRA, Silvio. Curso de Direito Romano : história e fontes. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 137.

⁶⁰ MACIEL, José Fabio Rodrigues e AGUIAR, Renan. *História do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.90.

⁶¹ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5ª. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2000, p.169

⁶² BIONDO, Biondi *apud* SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.17

⁶³ CALASSO, Francesco *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

correspondia a um valor imanente do sistema jurídico, agora, pela influência cristã, se transforma em benignidade, em *pietas* cristã, como referencial constante de correção do direito positivo⁶⁴.

Diante disso, questiona-se sobre o tipo de herança transmitida por essa civilização que trazia como características o antigo direito Germânico e o antigo direito Romano, agora eivado de particularidades religiosas. A resposta a essa questão trará o modelo de direito predominante na Idade Média, e que serviu como base ao início da Idade Moderna.

Ainda no contexto da busca pela herança do direito moderno, peculiar a abordagem de Michel Foucault, quando, objetivando a retomada de alguns institutos do direito na Idade Média, faz uma longa descrição de duas peças gregas que simbolizaram os dois principais paradigmas processuais na busca pela verdade em uma controvérsia no direito grego: o jogo da prova e o inquérito.

Remetendo-se à obra de Homero, *Ilíada*, no período arcaico do direito Grego, Foucault relembra a história da contestação entre Antíloco e Menelau durante os jogos que se realizaram na ocasião da morte de Pátroclo: o estabelecimento da verdade não era obtido por testemunhas, mas por uma espécie de jogo de prova, de desafio lançado por um adversário ao outro. Aquele que jurasse aceitaria o risco de transportar aos deuses, através dos acontecimentos da natureza, a descoberta da verdade.⁶⁵

O jogo de provas seria, portanto, uma forma de busca pela verdade por meio da interpretação de elementos da natureza, diante de um juízo divino.

Esse direito, contudo, ainda não corresponde àquele em que os personagens detêm o monopólio da verdade. Michel Foucault então identifica uma segunda forma de resolver um problema, agora na tragédia grega o *Édipo-Rei*⁶⁶;

⁶⁴ Explica Ovídio Batista da Silva que no período clássico a equidade traduzia-se apenas na correta aplicação das normas e princípios do ordenamento jurídico, contudo, pela influência cristã, prover com equidade significaria uma transformação do sistema legal, abrandando o sistema jurídico, “tendo por fim reduzir-lhe a eventual severidade, porventura decorrente da fria aplicação do texto legal”. DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.18. Retomando, o autor ainda menciona a caridade como novo valor à penetrar o ordenamento jurídico através da moderação, clemência e da piedade. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 99.

⁶⁵ FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 32.

⁶⁶ Laios, rei de Tebas, casou-se com Jocasta; logo no início da peça o Oráculos dos Delfos entregalhes uma profecia, uma maldição. Laios e Jocasta não poderiam gerar filhos, se o fizessem, o filho mataria o pai e desposaria a mãe. Sem atentar para profecia, Jocasta concebeu um menino. Ao

aqui, a verdade era produzida por formas que sofreram a influência da conquista da democracia pelos gregos: o direito de testemunhar – o ciclo da verdade somente se completa à medida que uma série de encaixes de metades (verdades pelos testemunhos) vão se ajustando umas às outras.

Desta forma, um processo sobre as formas racionais da prova e sua demonstração foi criado com base na filosofia, nos sistemas racionais e científicos: como produzir a verdade, em que condições e que formas e regras aplicar. É o conhecimento através do inquérito. Para Foucault, a história do nascimento do inquérito permaneceu esquecida e se perdeu, tendo sido retomada, sob outras formas, muitos séculos depois, durante Idade Média.⁶⁷

Em que pese a não influência desses paradigmas na idade Média Feudal, que desaparece no século XIII, a segunda metade da Idade Média vai assistir a transformação de velhas práticas em novas formas de justiça.

Por ser o berço da história e a matriz de toda civilização, a Europa, voluntariamente, espalhou seu julgo pela terra. Desta feita, aquilo que se inventou na Europa durante a idade média e início da idade moderna, transitou como legado em todas as culturas. Mas o que se inventou? O que de novo se fez pelo direito?

lembrar da maldição, Laios manda matar a criança; seus servos então levam-no para floresta, perfurem seus pés e o amarram de cabeça para baixo. Contudo, o servo do Rei o entrega a um pastor de Corinto, que o leva para o rei Políbio, por quem Édipo foi criado como filho. Quando grande, Édipo, por sentir-se diferentes de seus concidadãos, procurou o Oráculo dos Delfos, de quem ouviu que estaria destinado a matar seu pai e casar-se com sua mãe. Tentando fugir da profecia, Édipo não retornou a Corinto, viajando rapidamente rumo à Tebas. No caminho, Édipo envolve-se numa contenda, num entroncamento de dois caminhos, que resulta na morte de um servo e seu senhor. Ao chegar em Tebas, Édipo depara-se com uma cidade atordoada: estavam ameaçados pela Esfinge e seu rei acabara de ser morto. Édipo soluciona o enigma da Esfinge livrando a cidade do monstro e recebe como prêmio a mão de Jocasta. Édipo e Jocasta tiveram quatro filhos; a cidade de Tebas é invadida por uma peste e o povo clama que Édipo os salve novamente, quando Édipo consulta novamente o Oráculo que atribui a peste à concurpação e assassinato. A partir daí a peça se desenvolve na busca pela verdade. Várias metades obtidas por testemunhos são expostas até que se chegue ao verdadeiro culpado: Édipo. Jocasta suicidou-se. Édipo furou seus próprios olhos e renunciou ao trono. SÓFOCLES. Édipo-Rei. Programa Avançado de Cultura Contemporânea - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Acervo digital. Disponível em http://www.pacc.ufrj.br/arquivospdf/edipo_rei.pdf, acesso em 12.03.13.

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p. 55.

O que foi inventado nessa reelaboração do direito é algo que, no fundo, concerne não tanto aos conteúdos, mas às formas e condições de possibilidade do saber. O que se inventou no Direito dessa época foi uma determinada maneira de saber, uma condição de possibilidade de saber, cujo destino vai ser capital no mundo ocidental. Esta modalidade de saber é o Inquérito que apareceu pela primeira vez na Grécia e ficou encoberto depois da queda do Império Romano durante vários séculos.⁶⁸

Para Michel Foucault, grandes inquéritos dominaram o fim da Idade Média como explosão e dispersão da primeira matriz que nasceu no século XII. Assim, Michel Foucault entende o inquérito como a forma de busca pela verdade que pode ser aplicada mesmo em domínios como o da medicina, botânica e zoologia. Desta forma, “todo o grande movimento cultural que, depois do século XII, começa a preparar o Renascimento, pode ser definido em grande parte como o desenvolvimento, florescimento do inquérito como forma geral de saber”.⁶⁹

Neste período, após a completa decadência do sistema feudal e o aparecimento das primeiras cidades, insurge nas pessoas uma busca pelo novo, pela mudança. Influenciados pelos ideais do racionalismo, e agora na busca do conhecimento, as primeiras universidades surgem retomando antigos conceitos⁷⁰. Desta forma, o direito Romano-Canônico, eivado da influência bárbara e o direito Grego arcaico, foram retomados em um exercício de voltar àquilo que de bom se teve, como parte do Renascimento Cultural.

Neste contexto é que, à partir da retomada de antigos conceitos, estudiosos do direito passam a contestar a *actio* romana e a forma como era manipulada, a partir daí, iniciam uma nova fase metodológica no processo civil.

⁶⁸ E mais adiante continua: “Todos os grandes inquéritos que dominaram o fim da Idade Média são, no fundo, a explosão e a dispersão dessa primeira forma, desta matriz que nasceu no século XII. Até mesmo domínios como o da Medicina, da Botânica, da Zoologia, a partir dos ‘seculos XVI e XVII, são irradiações desse processo. Todo o grande movimento cultural que, depois do século XII, começa a preparar o Renascimento, pode ser definido em grande parte como o desenvolvimento, florescimento do inquérito como forma geral de saber”. FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p.62

⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003, p.75.

⁷⁰ Silvio Meira reconhece que, no campo do direito “a universidade de Bolonha concorreu para que, através dos tempos, se alterassem os rumos da história. Ao lado das duas forças sociais que vinham da Idade Média, a religião e o Império, começou a surgir outra, o studium (ensino universitário). MEIRA, Silvio. *A Universidade de Bolonha e a cultura universal*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 28, n. 111, . 2001, p.393.

1.2.2 Processualismo

Até meados do Século XIX o processo civil era visto estritamente pelos olhos da técnica, completamente destituído de qualquer valor. Com a tentativa de retomada do direito romano, agora sob um novo panorama político social, alguns conceitos antes absolutos, passam a ser questionados.

Até então, a ação era definida apenas como o direito subjetivo lesado (ou o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutelas e o processo como simples sucessão de atos⁷¹.

Portanto imperava até aqui a concepção mais primitiva acerca do direito de ação; doutrina essa que exerceu grande influência até meados do século XIX e foi chamada de teoria civilista ou imanentista da ação, pelo alemão Friedrich Karl Von Savigny.⁷²

Por todo contexto histórico, Savigny, baseou seus estudos no conceito romano de ação⁷³, afirmando que a ação era “o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra ameaça ou a violação”.⁷⁴

Dada a importância do debate e desconstrução dessa teoria, as críticas a ela elaboradas serão objeto de item próprio, no estudo da natureza jurídica do processo e da ação. Aqui, para que se entenda a transição metodológica, é suficiente a percepção de que, a partir de agora, combatendo os antigos conceitos, os estudiosos do processo se voltam para fixação de institutos processuais - trazendo a transposição do sincretismo para o método científico ou autonomista ao processo civil - expulsando daquela que, agora poderia ser vista como disciplina própria, todo e qualquer resquício de direito material.

É certo que a conquista da autonomia processual não se deu de forma tão linear. Diante das ideias propostas por Savigny e da necessidade do

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 18.

⁷² CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. rev. e atual. até a Lei 1.419/2006, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 119-120

⁷³ Segundo o jurista romano CELSO, a ação seria *o direito de pedir em juízo o que nos é devido (nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur iudicio persequendi)*. GOMES, Fábio. Carência de ação: doutrina e comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.20-21. DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.95. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo.^{7ª}. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 168.

⁷⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. Sistema Del Derecho Romano Actual. 2ª. Ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878, p. 10.

questionamento de antigos conceitos, os estudiosos do processo começam a sentir a necessidade da aplicação de todo panorama social que vivenciavam no contexto processual.⁷⁵

Fundamental para o desenvolvimento dessa metodologia e certamente o grande marco da separação entre direito processual e direito material, Oskar Von Bülow, em sua obra principal “*Die Lehre Von den Processeinredn und die Processvoraussetzungen*” (1868) através do discurso histórico do período romanista, afastou por completo a confusão entre direito material e direito processual.⁷⁶

Dada a importância dessa obra e da teoria nela exposta - que concebe o processo como uma relação de direito público que se desenvolve entre as partes - essa alteração será analisada em item próprio, onde serão pautados todos os elementos essenciais a essa compreensão.

Deu-se assim a renovação dos estudos do direito processual, analisando-se o processo como ciência em si mesma – postura que transpareceu nas investigações acerca do conceito de ação e dos fatos e situações jurídicas do processo.

Foi o princípio dos grandes tratados já que, agora, fundada a ciência - com objeto e premissas metodológicas definidas - foi atingido um ponto de maturidade suficiente para o direito processual. É certo que cada sistema, a partir daqui e diante das diferenças culturais e históricas, reproduziu com peculiaridade as consequências desse amadurecimento, entretanto, com algumas características comuns, como “a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá a final, a necessidade de assegurar o juiz natural o *due process of law* e a efetividade do processo.”⁷⁷

Portanto, apesar de toda evolução que inflamaria o processo civil no

⁷⁵ Em sua obra *A Instrumentalidade do Processo*, Dinamarco explica que as últimas transformações sociais havidas na Europa do século XIX foram capazes de alterar a fórmula das relações entre o Estado e o indivíduo, gerando acréscimo entre as responsabilidades do Estado pelos interesses comuns da sociedade, conduzindo a um intervencionismo mais ou menos acentuado, conforme suas atribuições. *O Estado faz-se responsável pela realização integral da condição humana de cada um, assumindo o encargo de criar condições para isso e tornando-se, nesse sentido, a providência de seu povo.* ⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 17-18.

⁷⁶ Durante os estudos para consecução deste trabalho, pode-se observar alguns vestígios de entendimentos atinentes à separação de direito material e processo anteriores à Bülow, ainda que sem muita substância. Por tal razão é que deixa-se de atribuir exclusivamente à ele a constituição da Relação Jurídica Processual.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 21-23

período subsequente, a grande estrutura que fundamenta o direito processual civil foi construída nesse período de quase um século em que surgiram as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo.

Assim, todo o movimento propiciado pela conquista da autonomia processual abre espaço para um terreno fértil onde serão cultivadas as estruturas do sistema metodológico posterior.

Importante ter em vista que a exacerbação conceitual do *processualismo* acabou gerando consequências indesejáveis; em que pese o ganho em precisão e refinamento, o brusco rompimento entre direito material e processo acabou comprometendo a finalidade central do processo: servir à realização do direito material com justiça.⁷⁸

1.2.3 Instrumentalismo

Antes de expor o conteúdo desta fase é preciso delimitar a divergência doutrinária sobre o tema: no Brasil, parte da doutrina processualista enfrenta de forma diferente a atual fase metodológica em que se desenvolve o processo civil. Apesar da ausência de maiores consequências quanto à delimitação dessas fases – já que uma parece ser o complemento da outra - passa-se a esboçar sua construção de acordo com a doutrina que admite ter sido a fase *instrumentalista* já ultrapassada pelo *formalismo valorativo* ou *neoprocessualismo*.⁷⁹

Dada a conquista da autonomia científica processual ante ao direito material, atingiu-se a maturidade do direito processual civil que agora é pontuado por princípios informativos – “normas ideais que representam uma aspiração de

⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do Formalismo no Processo Civil. 4ª. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

⁷⁹ Cândido Rangel Dinamarco, em suas Instituições de Direito Processual Civil, 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, utiliza-se do termo *instrumentalismo* para delimitar a fase contemporânea que atravessa a ciência processual. Outros ainda partilham dessa idéia: GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 48. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 15. Enquanto Daniel Francisco Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil: Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, p. 04 *passim*.) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira utilizam-se da terminologia *Formalismo Processual*. Cumpre apenas destacar que, em seu Formalismo no Processo Civil, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira atribui nova fase metodológica no desenvolvimento do Processo Civil a que chamou de Formalismo Valorativo, em contraposição à outras doutrinas que afirmam ser a fase instrumental àquela atual. Do Formalismo no Processo Civil. 4ª. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

melhoria do aparelhamento processual”⁸⁰.

Neste contexto e diante da visão introspectiva do processo que apesar de seus avanços, ainda se observa – processo como mero instrumento técnico predisposto à realização da ordem jurídica material – a fase instrumental se torna eminentemente crítica.⁸¹

Enquanto na fase anterior os estudiosos do processo se preocupavam excessivamente em descrever os produtores do sistema processual, a preocupação se articula nesse momento para as questões deontológicas do processo - a análise real dos resultados na vida das pessoas. O foco do problema se desloca então para a missão de produzir justiça:

O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica.⁸²

Para o real entendimento dessas modificações é importante ter em mente o paradigma estatal que vigorava nesta época, atuando como pano de fundo das transformações processuais: se no direito moderno, arraigado pela ideologia liberalista⁸³, o legalismo balizava qualquer ação dos juízes ao caso concreto, limitando-se apenas à correta aplicação da lei, o direito contemporâneo passa a ter na justiça social o seu objetivo fundamental.

Com o surgimento do Estado Social enxerga-se a necessidade de reformulação das liberdades públicas, até agora apenas privilégio de alguns. Com as

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 57.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 49.

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 23.

⁸³ Quanto à isso, Luiz Guilherme Marinoni explica que os juízes anteriores à Revolução Francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que não admitiam qualquer inovação legislativa. Ainda, exemplifica que os cargos de juízes eram hereditários e poderiam ser comprados ou vendidos, o que explica o comprometimento destes com o regime. Buscando conter a arbitrariedade desse corpo, a transformação operada pelo Estado legislativo, fundado entre outros, no princípio da legalidade, subordina o judiciário e o executivo, que agora, somente poderiam atuar pautados exatamente no limite permissivo da lei. Desta feita, a atividade do judiciário era puramente intelectual e não produtiva de novos direitos. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25-27.

Constituições do século XX, o movimento de rearticulação dos direitos atinge também a esfera processual, propiciando a realização do direito de ação através do acesso à justiça. O advento do Estado Democrático de Direito traz à tona a questão da efetividade e o acesso figura como nova garantia aos cidadãos para concretude da justiça social.⁸⁴

Passa-se a falar em um direito processual constitucional, que eleva as garantias processuais a um nível máximo de hierarquia das leis, consagrando meios específicos de proteção a determinados direitos:

Depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a examinar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência.⁸⁵

Esta fase metodológica refere-se, portanto, ao movimento ideológico cultural que buscou encontrar uma medida certa entre os excessos das fases anteriores, arraigando na trama processual valores constitucionais e conferindo ao processo caráter instrumental, trazendo à tona a busca pelo justo⁸⁶.

No Brasil, Cândido Rangel Dinamarco foi o idealizador da instrumentalidade, encontrando nela não apenas a consecução do objetivo jurídico, mas também o escopo social e político do processo.⁸⁷

Aqueles que asseveram ser esta etapa processual a fase metodológica atual afirmam que ainda é preciso a conscientização de que o

⁸⁴ Quanto a isso, Lênio Streck, ao diferenciar as concepções do direito nos paradigmas estatais explica que *enquanto o Estado Liberal produziu um Direito Ordenador; e o Social, um Direito Promovedor, o Estado Democrático visa concretizar um Direito Transformador*. STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: as possibilidades transformadoras do Direito*. Palestra referente à III Jornada de Estudos da Justiça Federal, exibida em 22.09.06 na TV Justiça.

⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 16.

⁸⁶ Enquanto a primeira fase não concebia a autonomia do direito processual, a segunda, reconhecendo essa autonomia, acabou por exceder a preocupação com a técnica e o formalismo exagerados.

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 181, *passim*. É certo “a grande contribuição de Cândido Rangel Dinamarco foi no alargamento dessa finalidade. O processo não tem mais um só escopo (o jurídico), mas também busca o fim social e político.” PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 50.

processo não pode ser visto como mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, “mas um poderoso instrumento ético destinado a servir a sociedade e o Estado”,⁸⁸ e que o tratamento dos institutos fundamentais dessa ciência deve perder a conotação excessivamente processualista, levando em conta critérios de racionalidade material⁸⁹.

Em uma linha evolutiva, não basta mais a garantia da jurisdição como poder do estado que se vale do processo para a eliminação dos conflitos, é preciso enxergar no direito um caráter libertador:

Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.⁹⁰

E nisto se evidencia a peculiaridade desta fase: embora autônomo, o processo é encarado como instrumento a serviço do direito material e da justiça social.⁹¹ É preciso, novamente, voltar os olhos aos institutos processuais concebidos no passado conferindo a eles nova feição, identificada não mais por critérios excessivamente processualistas, mas considerados sob o critério da racionalidade material. O exercício proposto é o de fazer do processo um instrumento “cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 51.

⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 16.

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 372-373.

⁹¹ A respeito disso, Dinamarco entende que “visto por essa perspectiva integrada, o processo deixa de ser considerado mero instrumento técnico para a realização do direito material. Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam o fruto de leis injustas e a responsabilidade por essa injustiça seria do legislador, não do juiz. Mas o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes e à correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça. Eis porque a doutrina atual considera pobre e insuficiente a indicação do processo como mera técnica instrumentalmente conexa ao direito material. Ele é uma técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça”. DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60-61.

interesse protegido pelo ordenamento jurídico material.”⁹²

Neste percurso é preciso extrema cautela. Calmon de Passos ao discorrer sobre a instrumentalidade, critica a extrema confiança depositada em alguns valores milagrosos louvados por esta fase metodológica:

O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela ‘viscosidade’ da decantada ‘instrumentalidade’, transforma-se em arma na mão de sicários [...] ‘legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elucubração para o nada’. [...] A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. Apenas se indagava – o que fazer para nos libertarmos da plethora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica ‘instrumentalidade’, a que se asaram outras palavras mágicas – ‘celeridade’, ‘efetividade’, ‘deformalização’ etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos um processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e a hora do desencantamento.⁹³

Entretanto, o próprio idealizador da instrumentalidade afirma que é necessário um ponto de partida ativo para uma evolução realista e construtiva, trazendo para as operações de juízes, advogados e promotores os reflexos práticos do pensamento instrumentalista.⁹⁴

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, apesar de reconhecer o valor positivo da instrumentalidade para o processo civil e seu profundo impacto na doutrina, entende inadequado à outorga de função puramente declaratória à jurisdição conferida, em sua visão, por essa fase metodológica; para ele, a jurisdição deve operar verdadeira reconstrução da ordem jurídica mediante o processo, extrapolando o plano das garantias constitucionais – posta pelo instrumentalismo – para pensar uma nova teoria das normas e dos direitos fundamentais.⁹⁵

⁹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 16.

⁹³ PASSOS, J.J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. Revista de Processo, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001. p. 66-67

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 377.

⁹⁵ E ainda continua: “vale dizer: o processo civil deve ser pensado a começar da metodologia própria do direito constitucional contemporâneo – deve ser pensado na perspectiva dos direitos fundamentais. [...] colocar a jurisdição como centro da teoria do processo, sobre fundá-lo em uma perspectiva um tanto quanto unilateral, ignora a dimensão essencialmente participativa que a democracia conquistou no direito contemporâneo. Muito mais consuetâneo ao nosso ambiente

Reafirmar-se, pois, que não é unânime entre a doutrina essa classificação metodológica, razão pela qual se empenha o estudo do Formalismo Valorativo e Neoprocessulismo.

1.2.4 O Formalismo Valorativo ou Neoprocessualismo

Não se pode negar a vivência de uma nova fase metodológica no processo civil, mais do que isso, tudo conflui para uma compreensão do processo a partir de nova fase metodológica.⁹⁶ Já é pacífico que a atribuição de valores constitucionais ao processo civil é atividade imprescindível no manuseio dos institutos processuais⁹⁷; nisto não há qualquer confronto entre as fases metodológicas ora abordadas.

Até aqui, foi de inegável valor e contribuição para a humanização do processo a sua visão instrumentalista, ao passo que reconhece a pacificação com justiça como um escopo a ser alcançado e a partir dessa premissa, permite diversas formas de quebra da rigidez processual. O juiz, de acordo com os objetivos políticos e sociais, deve-se colocar a serviço da realização e concretização dos valores e direitos fundamentais. Mas no que exatamente, a metodologia instrumentalista se diferencia do formalismo valorativo ou neoprocessualismo?

Fredie Didier Jr. entende que o termo *Neoprocessualismo* caracteriza um dos principais aspectos do atual estágio metodológico sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais “(cuja definição é a marca do processualismo do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo “neo”⁹⁸ – os direitos fundamentais promulgados pela Constituição.

Outra corrente, liderada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, optou em chamar a aplicação dos

cultural revela-se colocar o processo no centro da teoria do processo. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21-22.

⁹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22. DIDIER Jr. Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em www.academia.edu; Acesso em 12.04.2013

⁹⁷ Luiz Guilherme Marinoni dedica grande parte de sua *Teoria Geral do Processo* ao estudo do Neoconstitucionalismo, dos Direitos Fundamentais e da Perspectiva da Ação no Panorama Constitucional, demonstrando a intrínseca relação entre os valores constitucionais e o processo.

⁹⁸ DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em www.academia.edu; p.5.

valores constitucionais ao formalismo processual de formalismo valorativo.⁹⁹

Apesar de algumas peculiaridades, as terminologias não diferenciam substancialmente as premissas ontológicas; a fase contemporânea que vive o direito processual civil exige do operador do direito práticas processuais que levem a concretização da consciência constitucional - protótipo da cultura democrática de proteção aos direitos e garantias fundamentais. Essa exigência vincula todos os partícipes da esfera processual: legislador, administrador e juiz.

Entretanto, a principal diferença está na visão processual para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza.

Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança – base axiológica a partir da qual ressaem os princípios, regras, postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. [...] a técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do seu caso.¹⁰⁰

Neste permanente conflito entre os valores mestres protegidos por essa teoria - efetividade e segurança - a racionalidade deixa de ser material para se tornar prática. Enquanto na instrumentalidade os valores são colocados à disposição do operador apenas no campo social, aqui, ao aplicar as normas processuais, o intérprete deve ser guiado pelo conteúdo axiológico do processo. Deixa-se o ativismo e passa-se a falar em cooperação, num modelo de democracia participativa que leva a ideia de cidadania processual.

Dada a importância dessa teoria e por admitir-se nesse estudo ser ela um novo capítulo da história processual, os elementos do formalismo valorativo tal qual construídos por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira serão melhor abordados em capítulo posterior, quando do estudo da cognição das condições da ação e das

⁹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo" *Revista de Processo*. n. 137. p. 7-31. São Paulo: RT, 2006. Eduardo Cambi, embora adotando as ideias do formalismo valorativo, prefere a expressão neoprocessualismo. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, direitos fundamentais políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo, revista dos Tribunais, 2009, n.3.3.8, p.115.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.22-23.

consequências para a relação direito material e processo.

Entretanto, por pretender-se essa análise adiante – que cuidará da aplicação do formalismo valorativo em institutos processuais específicos - passa-se ao estudo desses elementos, traduzidos nas grandes teorias processuais da ação, que servirão de base à construção subsequente.

2 A AÇÃO E A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO – A CONSTRUÇÃO DAS TEORIAS FUNDAMENTAIS AO PROCESSO

É certo que o caminho percorrido pelo Direito Processual Civil desde o Direito Romano primitivo foi fundamental para construção dos principais institutos processuais: o direito de ação e a natureza jurídica do processo. Tais modificações foram imprescindíveis para que o processo civil alcançasse maturidade suficiente para galgar novos horizontes, conforme se propõe em item seguinte.

Percorre-se agora importantes teorias acerca do direito de ação e da formação processual para ao final delimitar-se o ideário que se pretende.

Durante esse caminho será preciso abordar os estudos de Oskar Von Bülow na segunda metade do Século XIX, indispensáveis à persecução da autonomia processual para construção do processo e do direito de ação e ainda uma crítica pertinente a essa teoria, que segundo seu idealizador, James Goldschmidt, seria capaz de desvencilhar completamente o direito processual do direito material.

Antes disso, é necessário entender o contexto que atravessava a ciência jurídica alemã na segunda metade do século XIX, propiciando tais discussões.

2.1 A POLÊMICA DE WINDSCHEID E MUTHER

Até este momento, como demonstrado anteriormente, as lições de Direito Romano eram tidas como incontestáveis e prevaleciam em grande parte da Europa.¹⁰¹

A ação era vista como o direito material colocado em movimento, operando-se uma confusão entre a lesão dos direitos e a ação, dominando uma estrutura que considerava o processo como simples utensílio a serviço do direito subjetivo, “como um instituto servil ao direito substancial, mesmo como uma relação de direito privado”.¹⁰²

Entretanto, o direito processual alemão guardava algumas

¹⁰¹ Quanto à isso, vide teoria Imanentista do direito de Ação, de Frederick Karl von Savigny, esboçada no item 2.1.2

¹⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 38.

peculiaridades. Diferentemente da Itália, na Alemanha, não importava apenas a *actio* vista pelo direito romano, mas também a *Klage ou Klagerecht*, - direito de queixa ou direito de ação.¹⁰³ Enquanto a *actio* era voltada contra o obrigado, a *Klage* dirigia-se contra o Estado.

Com o fortalecimento do Estado e a gradativa tomada do processo como função estatal (segundo o esboço histórico-processual delineado em item anterior) ao início da Idade Moderna, deu-se o renovo dos estudos de direito romano, agora, diante de novas perspectivas.

Neste contexto, assinala-se um episódio importantíssimo que conduziu à separação entre o direito à prestação em sua direção pessoal (*anspruch* - razão ou pretensão) do direito de ação como direito autônomo: a polêmica entre WINDSCHEID E MUTHER.¹⁰⁴

Em 1856, buscando estabelecer algumas críticas à teoria sustentada por SAVIGNY¹⁰⁵, que via na *klage* o direito à tutela judicial que brota da lesão do direito material - Bernhard Windscheid publicou obra que seria um marco no estudo do conceito do direito de ação: *Die Actio des Römischen Zivilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts – A actio do Direito Romano do Ponto de Vista do Direito Moderno*.¹⁰⁶

Así como la *actio* no es el derecho a la tutela de outro derecho, nacido de la lesión de este, tampoco es la facultad de requerir tutela para el derecho en caso de lesión. La *actio* es la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial.[...] Para caracterizar esto en forma breve, podemos decir atinadamente que *actio* es el vocablo para designar la pretensión.¹⁰⁷

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo.7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 169.

¹⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 38.

¹⁰⁵ Para Savigny o direito à tutela judicial nasce da lesão de um direito ou de uma ameaça a ele; a ação surge como direito advindo da violação ou ameaça ao direito, tendo por conteúdo a obrigação do adversário em fazer cessar a violação. (CHIOVENDA, 2002, p. 38)

¹⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo.7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 169.

¹⁰⁷ Tradução livre: “Assim como a *actio* não é o direito à tutela de outro direito nascido da lesão desse direito, tampouco é a facultade de requerer tutela para o direito em caso de lesão. A *actio* é a facultade de impor a própria vontade mediante a persecução judicial. [...] Para caracterizar de forma breve, podemos dizer que a *actio* é a palavra para designar a pretensão”. WINDSCHEID, Bernhard. La *actio* del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: Polemica sobre la *actio*, Bernhard Windscheid y Theodor Muther. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p.11 e 14.

Para Windscheid, em Roma, a *actio* não era um meio de defesa do direito, mas o próprio direito. Windscheid entendia que o conceito romano da *actio* era inteiramente diverso do moderno conceito de ação (*klage*):¹⁰⁸

Windscheid denominou *anspruch* a pretensão que existe, sendo o direito violado ou não; Enquanto modernamente entendemos a ação como o primeiro ato processual de quem faz valer uma pretensão, a *actio* romana era, para àqueles que partilhavam desse entendimento, toda atividade do autor desenvolvida até a sentença. Windscheid concluiu seu estudo defendendo que o conceito da *actio* romana, modernamente, correspondia à pretensão (*anspruch*) do direito germânico:¹⁰⁹

a pretensão é o equivalente moderno da *actio*, delineando-a como uma situação jurídica substancial, distinta tanto do direito de se queixar quanto do próprio direito subjetivo, do qual é uma emanção que funda a possibilidade de o autor exigir a realização judicial do seu direito.¹¹⁰

No ano seguinte à publicação das conclusões de Windscheid, Theodor Muther publica obra de expressa crítica àquele autor: *Zur Lehre Von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsucession in Obligationen – Eine Kritik des Windscheid' schen Buches* - Sobre a doutrina da *actio* romana, do direito de acionar atual, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações – Crítica ao livro de Windscheid, 1857.¹¹¹

Para Muther, no contexto do direito Romano a *actio* deveria ser entendida como ato bilateral que se iniciava com o processo, uma vez que ninguém poderia, mesmo nas *legis actiones* vir a juízo desacompanhado da parte adversa. Nas fases subseqüentes do Direito Romano, a *actio* designava o ato pelo qual o autor dava início ao processo. Portanto, na visão de Muther, antes mesmo de o autor obter a fórmula do *Praetor*, na fase inicial da *legis actiones*, o autor já possuía a pretensão para que fosse concedida a fórmula. Diferentemente de Windscheid,

¹⁰⁸ DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 97

¹⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. rev. atual. até a Lei 1.419/2006, v. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 120-121

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 171.

¹¹¹ Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.98.

Muther entendia que a *actio* romana correspondia a *Klage* do direito moderno germânico.¹¹²

Dessa forma, Muther sustentava a ideia de um direito de agir contra o Estado e nisto concentra-se a desconformidade dos pensamentos: para Muther, enquanto o direito à fórmula é público (o *Praetor* era obrigado a pronunciar-se como representante do Estado - embora não fosse obrigado a enunciar uma fórmula) o direito subjetivo material é privado.¹¹³

Por esse pensamento, nasceriam da ação dois direitos distintos: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado e o direito do Estado de eliminar a lesão contra aquele que o praticou, portanto, um de natureza privada e outro de natureza pública.¹¹⁴

No mesmo ano Windscheid apresenta sua réplica, embora enfatizando que as críticas por ele sofridas não mereciam respostas. Entretanto, mesmo que não expressamente (pelo menos num primeiro momento) Windscheid admite a existência de direitos de natureza diversa, um dirigido contra o Estado e outro contra o particular - um direito de agir processual que se admitia para a satisfação do direito subjetivo material.

Mesmo admitindo a existência de um direito dirigido contra o Estado – como já assinalado por Muther – Windscheid não extinguiu a ideia da *actio* romana como disposta no âmbito do direito privado e assim, em uma visão moderna, deveria ser analisada como pretensão de direito material. Assim, o autor concluiu que “a categoria da pretensão de direito material convive, no direito moderno, com o que ele denominou de direito à tutela do Estado”¹¹⁵.

¹¹² ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 11. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 116-117.

¹¹³ “Ese derecho público, el derecho de accionar o *actio* así entendida, puede imaginarse como vinculado desde un comienzo com ele derecho primitivo, aun mientras este siga ileso; puede concebírsele como un derecho condicionado, no como un ‘anexo’ o ‘añadidura’ al contenido del outro, pero si como un derecho especial, condicionado, exisente junto a ese outro derecho, al efecto tutelarlo”. MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular en lãs oblicaciones. Polemicas sobre la *actio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 241.

¹¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 229. Ainda, especificamente na obra de Muther: *Tenemos pues dos derechos distintos, de lós cuales el uno es el presupuesto del outro, pero que pertenecen a campos distintos, ya que el uno es um derecho privado, y el outro de naturaleza pública*. MUTHER, Theodor MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular en lãs oblicaciones. Polemicas sobre la *actio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 241.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 172.

A doutrina atribui a essa polêmica uma nova visão da pretensão e da *actio* romana, que possibilitou singular concepção de separação entre os planos do direito material e processual.¹¹⁶

Este cenário jurídico expandiu-se para além das fronteiras, influenciando na maneira como se acolhia o processo e a jurisdição. As inovações trazidas por esse debate permitiram o surgimento de um conceito de ação revestido de autonomia frente ao direito subjetivo material e somente diante desse contexto é possível entender o panorama jurídico em que se desenvolveram as ideias de Oskar Von Bülow, consagrando de vez a autonomia processual.

2.2 OSKAR VON BÜLOW E A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Certamente, a teoria que mais contribuiu para visão moderna do direito de ação foi a teoria da relação jurídica processual, de Oskar Von Bülow¹¹⁷, fundamental no campo do direito processual civil. Diversos autores atribuem à Bülow o início da ciência processual, suas teorias alcançaram reflexos nas obras de Wach, Chiovenda, Carnelutti, Liebman, entre outros.¹¹⁸

Antes das formulações apresentadas pelo processualista alemão os estudiosos do processo não o consideravam uma relação de direito público, desenvolvida entre o Estado e as partes - mas apenas uma série de atos e formalidades a serem cumpridos pelos participantes do processo, como mera consequência da relação de direito privado. Por essa razão é que a obra de Bülow é considerada “o grande marco da ciência processual, porquanto vislumbrada pelo

¹¹⁶ DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.09. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo.7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 168. DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 18. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 268, e outros.

¹¹⁷ Bülow nasceu em 11 de setembro de 1837 em Wroclaw, estudou e lecionou em importantes Universidades, tendo produzidos respeitáveis obras mesmo após a aposentadoria.

¹¹⁸ Essa influência será demonstrada no transcórrer desse trabalho e pode ser observada nas seguintes obras: WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977. p. 64. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 3ª. ed. Campinas: Bookseller, 2002, pp. 38 e 56- 79. CARNELLUTTI, Francesco. Instituições de Processo Civil. tradução: Adrian Sotero De Witt Batista – Campinas: Servanda, 1999, p. 57 (logo na introdução da sua obra Carnelutti reconhece os benefícios trazidos pela teoria alemã), e outros.

grande processualista a completa distinção entre o direito material e o processo”.¹¹⁹

Em conformidade com aquilo que acreditava o autor, o direito processual civil determina as faculdades e os deveres que põe em mútua vinculação as partes e o tribunal. Para ele, o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocas, é dizer, uma relação jurídica onde os direitos e as obrigações se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos e, sendo o processo uma relação de direito público, as partes são vinculadas em uma relação de cooperação com a atividade judicial, resultando em uma relação jurídica pública.¹²⁰

Desarte, a relação jurídica se desenvolve gradualmente, assumindo o tribunal a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido e, às partes, competindo a colaboração indispensável e a submissão aos resultados dessa atividade decorrente de um procedimento que se constitui numa série de atos independentes, mas resultantes uns dos outros.

Bülow, desta forma, destacou a existência de dois planos de relações: a relação de direito material que se discute no processo e a relação de direito processual, por onde se debruça o conflito sobre o direito subjetivo:

Fixe-se neste momento, que a jurisdição é uma *atividade estatal*. O Estado presta-la-á através do Juiz, que é seu *órgão*, e portanto, *sujeito* da relação jurídica que se formará. A jurisdição a ser prestada pelo Estado desencadeará uma relação jurídica tendo por sujeitos o autor, o próprio Estado e o réu, ou entre os interessados e o Estado. [...]. Esta relação jurídica, que constitui o processo, é distinta da relação jurídica submetida à apreciação do órgão jurisdicional.¹²¹

Sendo o processo uma relação jurídica, aos seus sujeitos são atribuídas posições jurídicas ativas e passivas: poderes, faculdades, deveres, sujeição e ônus:¹²²

¹¹⁹ Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.35.

¹²⁰ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Preclusão no Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 31

¹²¹ Ovídio Baptista, explicando a relação jurídica processual, com base na teoria de Bülow. Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.34.

¹²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 298. Quanto à isso, afirma Moacyr Amaral Santos: “Como os sujeitos da relação são os sujeitos processuais, e ainda porque os direitos e deveres, poderes e ônus, que nela vivem e se realizam, são regulados pela lei processual, trata-se de relação jurídica processual, ou simplesmente, relação processual”.

A partir dessa definição do processo como relação jurídica de três vértices (partes e juiz) os rumos da relação entre direito material e processo finalmente se apartaram. Da formulação da relação jurídica processual independente e inconfundível com a relação jurídica material, diversas reações foram desenvolvidas por outros processualistas.

A grandiosidade deste estudo foi amplamente reconhecida pela doutrina: é dele a expressão *pressupostos processuais*, presente ainda hoje na legislação vigente, designando os requisitos de admissibilidade e condições prévias para a formatação da relação processual, já antevistos por ele.¹²³

Agora, com os olhos voltados para o desenvolvimento alcançado pós Bülow, passa-se a expor as principais teorias que buscaram explicar a relação processual e o direito de ação. Entretanto, contrariando a metodologia usada pela maioria da doutrina e buscando coerência ao estudo histórico apresentado até aqui, o exame dessas teorias seguirá um critério cronológico e não valorativo desses entendimentos.

2.3 A CONCEPÇÃO DE PLOSZ E DEGENKOLB – TEORIA DO DIREITO ABSTRATO DE AGIR – E A CRÍTICA DE MORTARA

A doutrina atribui ao húngaro Alexander Plósz e ao alemão Heinrich Degenkolb, quase simultaneamente, as bases da Teoria da Ação como Direito Abstrato.¹²⁴

Até aqui, pela obra de Oskar von Bülow, reconhecia-se a autonomia do direito processual em relação ao direito material. Entretanto, para Bülow, o processo não decorre, necessariamente, do direito subjetivo alegado pelo autor, mas se movimenta de forma gradativa, caminhando após o aperfeiçoamento da relação

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 325

¹²³ DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.109.

¹²⁴ Degenkolb produziu *Einlassungszwang und Urterilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklage* – Ingresso Forçado e Norma Judicial - (1877) e *Plósz Beiträge zur Theorie des Klagerechts* – Contribuição à Teoria do Direito de Queixa (1876, traduzida para o alemão em 1890). DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.108. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 173. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 146.

jurídica entre as partes e o juiz, para uma sentença não determinada.

Plósz e Degenkolg passam a questionar a visão de Bülow, criticando-a em relação às sentenças desfavoráveis - aquelas que, movimentando o juízo, negam a existência de direito material. Nesse impasse, Degenkolg vê na ação “um direito abstrato de agir, desvinculado de todo fundamento positivo que legitime as pretensões dos que a exercitam”.¹²⁵ Diante de um conflito, qualquer dos litigantes poderia levar o outro a juízo e a obrigatoriedade de comparecer diante de um juiz, quando chamado, viria do direito de agir, completamente desvinculado do direito material.

Na mesma posição crítica, Plósz admite a natureza pública do direito de ação, sendo desnecessária a titularidade do direito privado para obtenção de uma sentença, o que acaba por conferir à ação o caráter abstrato, também revelado por Degenkolb:¹²⁶

a doutrina que define a ação como “um direito abstrato de agir” dá por admitido um ponto fundamental: o de que existe um direito a agir em juízo ainda quando não se tenha direito subjetivo válido¹²⁷

Portanto, independentemente do conteúdo do provimento jurisdicional, existia, para Plósz e Degenkolg, um direito subjetivo público que se exerce contra o Estado, decorrente da própria personalidade, e que pode ser concebido em *abstração* a qualquer outro direito; o direito de agir é pré-existente a qualquer demanda e competente a qualquer cidadão que acreditar na existência de norma legal a seu favor.

Neste ponto é importante trazer uma visão crítica: apesar da opção de não se abordar a Teoria de Lodovico Mortara, é pertinente apenas pontuar que o italiano também acreditou na ação como um direito abstrato, argumentando, entretanto, a dispensabilidade do elemento “boa-fé”, já que o direito de agir não seria embasado em qualquer vocação à proteção de norma legal, mas apenas na obstacularização do direito por alguém que passaria a ser réu.

¹²⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do Processo. 11. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 124.

¹²⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 11. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 124.

¹²⁷ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 28.

Quanto a isso, Luiz Guilherme MARINONI, reconhecendo à ligação dessas teorias ao contexto histórico-jurisdicional em que foram criadas, entende que a teoria de Moratara é mais consentânea com a ideia de um direito abstrato, já que desvincula completamente o direito de agir do direito material.¹²⁸

De qualquer forma, a repercussão da Teoria do Agir Abstrato foi ampla, irradiando efeitos sobre diversos outros estudiosos do processo, como se verá adiante.

2.4 A CONCEPÇÃO DE WACH – A TEORIA DO DIREITO CONCRETO DE AÇÃO

À teoria que via na ação um direito abstrato, vem a reação do alemão Adolf Wach, em 1885. As obras deste processualista propagaram-se além das fronteiras alemãs, alcançando a Europa continental e América Latina.¹²⁹

Para Wach o processo é a forma de que se vale o Estado para a aplicação do direito privado, é através do processo que o direito privado se transforma em realidade; a missão do processo, para Wach, é a de fazer valer a exigência de proteção jurídica para o autor.

Wach reconheceu seguir os passos de Windscheid, mas não acatou a tese do direito abstrato de agir contra o Estado, de Plósz e Degenkolb:

o direito de ação , ou a pretensão de proteção do direito, é de natureza pública, dirigindo-se contra o Estado e também contra o adversário (demandado): enquanto ao primeiro cabe outorgar a proteção do direito, ao segundo cabe tolerá-la, coexistindo assim, duas realidades distintas: a relação processual e a relação de direito privado.¹³⁰

¹²⁸ Ainda, afirma o processualista que a doutrina de Mortara é reconhecida no direito italiano como precursora dos estudos publicistas do processo, o que foi o ponto de partida no desenvolvimento da doutrina do direito processual civil italiano. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 188-189.

¹²⁹ Foram as principais obras do autor: *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* (1885) e *Der Feststellungsanspruch* (1888). MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.174 e 516. DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.103.

¹³⁰ Ovídio Baptista e Fábio Gomes, ao explicarem as citações do processualista alemão. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.104. E ainda *existe um dever do demandado de suportar os atos de tutela jurídica do Estado [...] e pela relação de submissão à soberania estatal, será um direito contra o Estado, cujo ônus real recai sobre o demandado*. GOLDSCHMIDT, James. Direito Processual Civil. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2003, p. 321

Entretanto, a peculiaridade da teoria de Wach está na titularidade de um interesse real como pressuposto para o direito de ação; Wach distinguia o direito à tutela jurídica – devida apenas a uma das partes – da pretensão à sentença, esta, devida a ambas as partes. Assim, só teria pretensão à tutela jurídica quem obtivesse sentença favorável, sendo a pretensão à tutela jurídica

o direito a uma proteção processual civil, a um ato de administração da justiça, que constitui o objetivo do processo. Dirige-se contra o Estado, que deve conceder a proteção, e também contra o oponente, perante o qual a proteção é concedida. É de natureza pública, não constituindo o produto do direito privado subjetivo. Todavia, não é um poder público aberto a todos que afirmem possuir uma pretensão a uma proteção jurídica.¹³¹

Dessa forma, o direito a tutela jurídica seria o objeto do processo, mesmo que pela necessidade da certeza de inexistência de uma relação jurídica, mas desde que em uma sentença favorável.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Wach vinculou o direito à proteção do Estado, por ele defendido, a um ato de proteção concreta, como a sentença favorável, “negando a importância ao direito à obteção da sentença e ao significado da atividade estatal, que, mesmo sem reconhecer o direito material, dá uma resposta à parte”.¹³²

Quanto à relação jurídica processual, Wach possibilitou a sistematização da teoria criada por Bülow entendendo a Relação Jurídica Processual como um relacionamento jurídico entre as partes, afirmando que “el proceso civil es una relación jurídica unitária, que se va desenvolvendo y liquidando paso por paso en el procedimiento”¹³³, assim, determinou o conceito unitário e autônomo da relação jurídica processual.

É certo que a importância do pensamento de Wach não se esgota

¹³¹ WACH, *apud* MARINONI. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo.7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 175.

¹³² E continua: *Isso significa que o direito à tutela jurídica, na concepção de Wach, não tinha a dimensão de um direito à tutela jurisdicional, que também é concedida a quem não consegue demonstrar que tem direito a uma sentença favorável.* MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo.7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 189 e 190.

¹³³ Tradução livre: “o processo civil é uma relação jurídica unitária que vai se desenvolvendo e liquidando passo a passo através do procedimento.” WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977, p. 64.

em sua teoria. Devido às influências que o autor exerceu na obra de Chiovenda e consequentemente em Liebman, como se verá mais adiante, suas ideias chegaram até o Brasil, influenciando legislação e doutrina. Entretanto, apesar de ter figurado como base à teoria chiovendiana, este a concebeu de forma diferente.

2.5 A CONCEPÇÃO DE CHIOVENDA – A TEORIA DA AÇÃO COMO DIREITO POTESTATIVO

Giuseppe Chiovenda expôs pela primeira vez sua teoria em *prolusione* na Universidade de Bolonha, em 1903; o texto foi intitulado de *L'azione nel sistema dei diritti*, e exerceu alcance incontável sobre os processualistas italianos e brasileiros. Chiovenda reconhece em vários momentos a influência de Wach em seus pensamentos, chegando a tratá-lo por *maior* “processualista da Alemanha”.¹³⁴

Ao que parece, a teoria do direito de ação como direito potestativo figura como uma variação da teoria concreta, de Adolf Wach: para Chiovenda, a ação é um poder *em face* do adversário, mais do que um poder *contra* o adversário. Disso se conclui que, diante da ação, o adversário não é obrigado a nada – como se pensava anteriormente, por conta do direito de agir – mas apenas fica sujeito aos efeitos jurídicos da atuação da lei.¹³⁵

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade de lei, cuja atuação determina, seja de natureza privada ou pública.¹³⁶

Assim, para Chiovenda a ação é um direito potestativo, já que não tem como conteúdo uma obrigação alheia, apenas sujeita o adversário aos efeitos jurídicos consequentes.

¹³⁴ DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.103 e MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo.7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 176.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo.7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 176.

¹³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Campinas: Bookseller, 2000, v.1, p. 42

Para introduzir a relação jurídica processual, Chiovenda afirmou que entre os homens ocorrem relações de diversas naturezas: relações de amizade, de cortesia, de religião, de negócios e que, quando uma relação entre os homens é regulada pela vontade da lei, podemos qualificá-la de Relação Jurídica. Normalmente, a relação jurídica é complexa, isto porque seu conceito ultrapassa o conceito de direito subjetivo, alcançando uma pluralidade de direitos subjetivos entre as partes, exemplificando para tanto, as relações de matrimônio, filiação, propriedade, usufruto, entre outras.¹³⁷

Dessa forma, Chiovenda admite que as relações jurídicas possam ser estabelecidas tanto entre indivíduos como entre indivíduos e o Estado, conforme se deem os direitos subjetivos. Chega, por fim, à relação jurídica processual:

O próprio processo, de mesmo passo que tem por objeto a relação jurídica entre as partes deduzida em juízo pelo autor (relação jurídica substancial), constitui por sua vez, como veremos, uma relação jurídica de direito público entre as partes e o órgão jurisdicional (relação jurídica processual): as duas relações apresentam no processo contínuas interferências e contraposição.¹³⁸

Assim, a noção de Relação Jurídica como exposta por Bülow é assumida por Chiovenda e para ele, pressupõe a existência de obrigações entre as partes militantes no processo.

Por critérios cronológicos, antes de dar seguimento à essa teoria e sua modificação por Enrico Tulio Liebman, analisa-se as concepções de James Goldschmidt.

2.6 A CONCEPÇÃO DE GOLDSCHMIDT

James Paul Goldschmidt¹³⁹ foi o principal opositor à teoria da Relação Jurídica Processual, de Oskar Von Bülow, evidenciando falhas na doutrina de Bülow e tentando explicar a fenomenologia do processo.

¹³⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 3ª. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 21

¹³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 3ª. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 21

¹³⁹ Goldschmidt nasceu em 1874, em Berlim, onde em 1925 publicou sua obra *Prozess als Rechtslage*.

Logo no início dos seus estudos e objetivando diferenciar-se daquilo à que se referiu Wach na construção das teorias formuladas por Bülow, Goldschmidt afirma que a exigência de proteção jurídica está vinculada ao direito material e que a finalidade do processo só pode ser entendida através do próprio conceito de processo. Para ele, o processo civil ou “procedimento para a substanciação dos negócios contenciosos cíveis” era a forma pela qual os tribunais definiam a existência do direito da pessoa que demanda frente ao Estado, quando tutelada. O objeto do processo é, portanto, a pretensão - como direito ao exame pelo Estado do alegado pelo autor, “mediante sentença favorável e conseguinte execução da mesma”.¹⁴⁰

Diferentemente da concepção de WACH (partindo das idéias de Bülow), Goldschmidt vê a finalidade do processo não como a exigência de proteção jurídica do Estado, mas à constituição da coisa julgada, de forma que, para Goldschmidt, a concepção de Wach ainda deixava atrelado o direito processual ao direito material.

Ao contrário, Goldschmidt critica a teoria até então vigente, concluindo que a finalidade do processo é a exigência de uma garantia formal (coisa julgada) sobre o objeto do processo, qual seja, o direito material. – É certo que como o fim do processo é a composição do conflito, isto não se dá senão através da coisa julgada.

Portanto, ao definir o conceito de ação, admitindo a separação no contexto da polêmica entre Windsheid e Muther, Goldschmidt afirma que

ação ou direito de obrar processual (com seu conteúdo de pretensão de sentença) é um direito público subjetivo dirigido contra o Estado para obter a tutela jurídica do mesmo mediante sentença favorável. Separamos, pois, hoje a ação procesual que se dirige contra o Estado da ação ou pretensão de direito privado, que se atua diante do indivíduo obrigado, enquanto em Direito Romano a *actio* designava ambas as classes de ações.¹⁴¹

Assentadas tais premissas e diante da conclusão de que o reconhecimento da ação de direito material como provedora da proteção jurídica alcança a total independência do direito processual, passa-se a analisar a natureza

¹⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2003, p.92

¹⁴¹ GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2003, p.93

das normas jurídicas, conforme desenvolvida por James Goldschmidt, que irão conferir peculiaridade à sua teoria.

Goldschmidt acreditava que, por um lado, as normas jurídicas representam comandos imperativos aos cidadãos, portanto, com função extraprocessual (material e estática). Já ao direito processual Goldschmidt não atribui a permissão ou não de determinada conduta, mas o poder atribuído ao próprio interessado de tornar eficaz aquele imperativo jurídico previsto na norma.

Por outro lado, as normas representam medidas à providência do juiz (juízo do juiz), refletindo uma concepção dinâmica que se desenvolve durante o processo e que leva o autor a concentrar seus estudos em novas e adequadas categorias processuais.

No momento em que as normas jurídicas servem de instrumento de medida à conduta do juiz, o magistrado deixa de ser submisso ao direito e se torna soberano a este – em que pese seja sua conduta com conteúdo determinado e seja fundada na pretensão de cada parte no processo.

Diferentemente do que preceitua Bülow, para Goldschmidt, sendo o direito uma *medida* para o juiz, este se encontra fora do direito, caracterizando uma jurisdição *metajurídica* onde não poderá ser o magistrado sujeito ou objeto de qualquer ligação jurídica. Desconstrói, portanto, a teoria da Relação Jurídica.

Se Goldschmidt, após percorrer os conceitos de ação processual e material, entende que a finalidade do processo é a obtenção da coisa julgada, se entende que ao juiz é dado o direito como molde ao seu juízo e por conseguinte, não participa de qualquer relação jurídica, às partes ele atribui a expectativa de uma sentença favorável ou a perspectiva de uma sentença desfavorável.

A boa prática de um ato processual resultará numa expectativa de sentença favorável - em uma vantagem processual - enquanto a omissão da parte ou desinteresse poderia levar ao não aproveitamento de uma chance, logo, à perspectiva de uma sentença desfavorável:

Entende-se por direitos processuais as expectativas, possibilidades e liberações de um ônus processual. Existem paralelamente aos direitos materiais, quer dizer, aos direitos facultativos [...] ou com outras palavras, existem de um modo paralelo às ações, aos direitos constitutivos e aos direitos absolutos. As chamadas expectativas são esperanças de obter futuras vantagens processuais [...]. Entende-se por possibilidade a situação que permite obter uma vantagem processual pela execução de um ato processual [...]. Entende-se por liberação de um ônus processual a situação em que se encontra uma parte que lhe permite abster-se de realizar algum ato processual, sem temor de que lhe sobrevenha o prejuízo que costuma ser inerente a tal conduta.¹⁴²

Diferentemente do que ocorre com os direitos materiais, os direitos processuais não supõem qualquer dever ou obrigação, nem mesmo uma faculdade do titular. Sua observância acarretará consequências processuais que levarão à sentença, favorável ou desfavorável.

Essas situações a que se refere o autor como expectativas, possibilidades e dispensa ou liberação de uma carga processual, melhor se definem para ele não como direitos processuais propriamente ditos, mas com a acepção da palavra francesa *chance*¹⁴³.

As partes se inserem, para Goldschmidt, dentro de uma situação jurídica. Assim, ante a uma chance e havendo possibilidade de livrar-se de uma carga processual poderão, de acordo com sua conduta, direcionar-se a uma sentença favorável (expectativa); ou seguir, de acordo com a conduta praticada, rumo à sentença desfavorável (perspectiva).

Para que a parte não sofra o prejuízo ou consequência advinda da não realização de determinado ato processual deve consumir a prática desse ato e, ao fazê-lo, libera aquilo que Goldschmidt chamou de ônus ou *carga processual*, prevenindo a possibilidade de uma sentença desfavorável.

Portanto, não há relação jurídica porque não existem obrigações a serem cumpridas; mais há uma situação jurídica formada pela relação entre as cargas processuais e as possibilidades ou expectativas advindas da maneira como os sujeitos se posicionam ante essas cargas.

¹⁴² GOLDSCHMIDT, James. Direito Processual Civil. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2003, p. 234/235

¹⁴³ A definição do dicionário Michaelis para esta palavra é "Acaso favorável; Oportunidade; ensejo" Disponível em: www.michaelis.uol.com.br, acesso em 27.06.2012.

Além disso, somente existem no processo “ônus” quer dizer, situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual. Em outras palavras, se trata de ‘imperativos do próprio interesse’, os ônus processuais encontram-se numa estreita relação com as ‘possibilidades’ processuais, posto que toda ‘possibilidade’ impõe às partes o ônus de ser diligente para evitar sua perda. O que pode, deve; a ocasião obriga (quer dizer, agrava) e a mais grave culpa perante si mesma é a de ter perdido a ocasião.¹⁴⁴

Por certo que as cargas atuam como imperativos ao interesse do próprio sujeito e sua liberação poderá resultar tanto de um agir positivo (prática de um ato diante de uma chance) quanto de um ato negativo, quando abster-se não revela qualquer prejuízo. Contudo, a inércia normalmente trará a perspectiva de uma sentença desfavorável pela não liberação da carga.

Enquanto a Teoria da Situação Jurídica de James Goldschmidt vê o processo com dinamicidade, onde cada ato processual cria uma nova situação jurídica, aproximando o objeto do processo ora de uma parte, ora da outra, a Teoria da Relação Jurídica de Bülow/Wach é estática, pois confere às partes direitos e obrigações no processo, atrelando-os ao direito material e à sua concepção de segurança jurídica.

Retoma-se agora às concepções do direito de ação, segundo a teoria Enrico Tulio Liebman, mais uma vez, pela análise cronológica das teorias.

2.7 A CONCEPÇÃO DE LIEBMAN – A TEORIA ECLÉTICA DA AÇÃO

A doutrina de Liebman recebeu grande apoio dos processualistas brasileiros¹⁴⁵ e foi exposta pela primeira vez, também em *prelusione*, na Universidade de Turin, na Itália.¹⁴⁶ Liebman buscou conciliar em sua teoria o que de

¹⁴⁴ GOLDSCHMIDT, James. Direito Processual Civil. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2003, p.242

¹⁴⁵ Enrico Tulio Liebman foi aluno de Chiovenda na Faculdade de Direito da Universidade de Roma; em 1939 veio para o Brasil em virtude da política de intolerância cultural e étnica implantada pelo regime fascista na Itália e aqui viveu por mais de 5 anos; Durante este período, foi responsável, com outros processualistas brasileiros, pelo início do estudo científico do processo civil no Brasil, na Escola de São Paulo. Entre eles, Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio Bueno Vidigal, José Frederico Marques e outros. Histórico da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10>. Acesso em 15.04.2013.

¹⁴⁶ Antes disso, Francesco Carnelutti entendeu a Relação Jurídica Processual como a “composição de um conflito de interesses, mediante um mandato jurídico, sendo o interesse o elemento material; e o mandato jurídico, seu elemento formal”. Diante do desconcerto quanto ao direito material, surge o conflito de interesse. A relação jurídica é, para ele, estabelecida justamente para garantir que um desses interesses prevaleça sobre o outro. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de

proveitoso já havia sido construído.

Analisando as teses desenvolvidas até aqui, Liebman percebe que as diferenças doutrinárias dessas construções repousam em duas diretrizes fundamentais: a primeira, que estuda a ação pelo ponto de vista do autor – Teoria do Direito Concreto – estaria equivocada por conceder a ação somente ao autor que tiver razão. A outra – Direito Abstrato de Agir – vislumbra o processo sob a ótica do juiz e não consegue identificar a ação, mas apenas o seu pressuposto constitucional. A partir disso o autor constrói nova teoria.¹⁴⁷

Liebman identificou um direito de natureza constitucional, afirmando que, se o Estado tem a tarefa de dar justiça a quem precisa, o ordenamento constitucional deverá garantir a possibilidade de levar pretensões ao Estado, fazendo com que o juiz venha e examine o caso proposto.¹⁴⁸

Entretanto, para Liebman, a ação não se confunde com esse direito constitucional, apesar de ser nele fundado; encontrando um ponto misto entre as teorias até aqui abordadas, Liebman define o direito de ação:

Entre essas duas correntes, cabe uma posição intermédia, que se ajusta à definição, dada há pouco, da função jurisdicional. A ação, como direito de provocar o exercício da jurisdição, significa o direito de provocar o julgamento do pedido, a decisão da lide. É abstrata, porque tendo por conteúdo o julgamento do pedido incluiu ambas as hipóteses em que este for julgado procedente ou improcedente, mas é subjetiva determinada, porque é condicionada à existência dos requisitos definidos como condições da ação.

Sendo o direito de ação o direito a um julgamento de mérito (com sentença favorável ou não ao autor), para sua configuração seriam necessárias algumas condições, que para Liebman seriam requisitos da existência da ação, tornando o direito constitucional de ação formalmente válido no processo¹⁴⁹:

direito processual civil. V. I, 2. ed. Traduzido por Hilton Martins Oliveira, São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 55 *passim*. Processo Civil. tradução: Adrian Sotero De Witt Batista – Campinas: Servanda, 1999, p.75.

¹⁴⁷ DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.113-114.

¹⁴⁸ LIEBMAN, Henrico Tulio. Manual de Direito Processual Civil. Vol.1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985. p. 150.

¹⁴⁹ Já que a ação é de fato um direito preexistente ao processo e seus requisitos são estabelecidos pelo direito processual. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984

possibilidade jurídica, legitimidade *ad causam* e interesse de agir.¹⁵⁰

Para Arruda Alvim Neto¹⁵¹, os requisitos ou condições da ação são as “são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes, na lei, como em nosso direito positivo, que, se preenchidas, possibilitam que alguém chegue à sentença de mérito”.¹⁵²

Com o objetivo de aprofundar o estudo da relação entre o direito material e o processo.¹⁵³, passa-se a uma breve e sucinta verificação das condições da ação, conforme expostas por Enrico Tullio Liebman¹⁵⁴.

Interesse de Agir

Ao abordar os conflitos humanos em decorrência dos interesses aos bens da vida, Francesco Carnelutti já introduziu, antes de Liebman, a ideia de interesse como uma posição favorável à satisfação de uma necessidade do homem diante de um bem. E daí que, à resistência das pretensões levadas ao judiciário,

¹⁵⁰ Inicialmente, segundo a teoria Eclética defendida por Liebman, seriam três as condições da ação: legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse legal de agir; Com a 3ª. edição do seu Manual, Liebman acabou por suprimir a possibilidade jurídica do pedido, que segundo ele, faria parte do interesse legal de agir. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 87

¹⁵¹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª. ed. vol.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 352.

¹⁵² Enquanto os pressupostos processuais, já idealizados por Bülow, integram o plano de validade da relação processual, as condições da ação estariam no plano da eficácia dessa relação. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 47ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 63-64.

¹⁵³ Prevalece no direito brasileiro o entendimento da necessidade de três categorias processuais para formação do arcabouço processual moderno: pressupostos processuais, condições da ação e análise de mérito, sendo as duas primeiras categorias identificadas hoje como pressupostos do julgamento de mérito. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 402. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2005. V.1. Pág. 52. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 87,

¹⁵⁴ Isto porque, apesar da sempre expressa referência às condições da ação como proposições de Liebman, Adolf Wach e Giuseppe Chiovenda já esboçavam a construção de condições que levariam à ação; estas, eram para Wach: “a) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse que deverá ser real e não imaginário. b) a legitimação, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse do próprio autor. c) a possibilidade jurídica do pedido, ou a adequação do direito ao ordenamento jurídico concreto, materializado em fato-tipo previamente determinado.” DA SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 3ª. ed. re.v e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.104-105. Consoante os ensinamentos de Chiovenda “Entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obtê-la normalmente são: 1º. A existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem, obrigando o réu a uma prestação; 2º. A qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com a pessoa obrigada; 3º. O interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos. [...] as condições da ação são condições de uma decisão favorável ao autor.” CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 89 e 91.

Carnelutti conceituou lide.¹⁵⁵

Entretanto, ao definir essa categoria, Liebman se valeu de outros argumentos. Para ele, o interesse de agir vem da necessidade de obter, via processo, a proteção do interesse substancial e “pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a interesse e aptidão do provimento pedido a protegê-lo”. Assim, seria inútil proceder o exame de qualquer demanda – negando ou conferindo provimento – quando a situação apresentada não encontrasse uma lesão “ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos” ou ainda quando o provimento obtido fosse insuficiente ou “inadequado a remover a lesão”.¹⁵⁶

Certo que pela influência da obra de Chiovenda, Liebman entendia que ocorria lesão ao direito quando o estado de fato não correspondesse ao direito pretendido¹⁵⁷; a insatisfação da pretensão ao direito lesado levaria então à pretensão resistida, atributo imprescindível à caracterização do interesse de agir.

Parece certo que, para Liebman, o interesse de agir se aperfeiçoaria não pela utilização do procedimento adequado, como entendimento atual, apesar de divergências doutrinárias¹⁵⁸, mas pela existência, no conflito, da pretensão resistida - a lide.¹⁵⁹

Existe, portanto, o interesse de agir, quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido ou tornado incerto.¹⁶⁰

¹⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. V. I, 2. ed. Traduzido por Hilton Martins Oliveira, São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 55 *passim*. Processo Civil. tradução: Adrian Sotero De Witt Batista – Campinas: Servanda, 1999, p. 75

¹⁵⁶ LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de direito processual civil. V. 1. 3 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 206.

¹⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 33.

¹⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 11ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 302.

¹⁵⁹ Quanto a isso bem José Frederico Marques, demonstrando a nítida influência sofrida pela obra de Liebman, seu professor na escola Paulista de Processo Civil, assevera que “inexistindo litígio, não há sequer interesse em instaurar-se a relação processual” e ainda, que da pretensão insatisfeita, resulta a lide. MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 9ª. ed. Ccampinas: Millennium Editora, 2003, p. 205.

¹⁶⁰ MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 9ª. ed. Ccampinas: Millennium Editora, 2003, p. 242.

Hoje a doutrina ainda sustenta o interesse quando demonstrada a necessidade de exercer o direito de ação para alcançar o resultado pretendido, sempre que este resultado for útil em seu aspecto prático; “o interesse processual nasce, portanto, da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual”.¹⁶¹

Liebman, contudo, entendia a adequação como possibilidade de provimento e a utilidade como a existência da pretensão resistida; o próprio Liebman reconhece, entretanto, a dificuldade de aperfeiçoamento desses elementos diante das ações declaratórias - “em que o interesse é representado pela incerteza sobre a existência da relação jurídica” - e cautelares, já que, pela natureza dessas ações, a pretensão residiria “na afirmação de uma situação de fato cujo caráter lesivo é necessário avaliar caso a caso”¹⁶².

Não se pode deixar de mencionar o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a terminologia interesse processual em detrimento do interesse de agir; como cuida-se aqui da análise dos requisitos da existência de ação segundo Liebman, opta-se pela terminologia por ele adotada.¹⁶³

a) Legitimidade *ad causam*

Liebman partiu da apreciação do interesse de agir para caracterizar a legitimidade das partes na ação, conceituando-a como a identidade entre as partes da relação jurídica de direito material objeto do processo e as partes do processo:

¹⁶¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 1: teoria geral do processo de conhecimento. 8ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 131

¹⁶² LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de direito processual civil. V. 1. 3 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 207.

¹⁶³ Nelson Nery Junior discorda dessa posição afirmando que “deve preferir-se utilizar o termo da lei ao equívoco ‘interesse de agir’, eivado de falta de técnica e precisão.” [...] “Agir pode ter significado processual e extraprocessual, ao passo que ‘interesse processual’ significa, univocamente, entidade que tem eficácia endoprocessual.” NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. Revista de direito processual civil, nº. 64, ano 16, 1991, p. 33.

legitimação para agir (legitimidade ad causam) é a titularidade ativa e passiva da ação. O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência a qual [*Nei cui confrontti*] ele existe; em outras palavras, é o problema que decorre da distinção entre a existência objetiva do interesse de agir e a sua pertinência subjetiva.¹⁶⁴

Dessa forma Liebman entendeu que a titularidade do direito material pretendido conferia legitimidade à parte para postular tal direito em juízo. Como regra geral, seria parte legítima para exercer o direito de ação – no polo ativo - quem afirmasse a titularidade de determinado direito material; no polo passivo, seria legítimo aquele a quem coubesse a observância do dever advindo do direito hipoteticamente deduzido.

Tanto é assim que o Código de Processo Civil brasileiro, assumindo essa posição, declara que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio salvo quando autorizado por lei”.¹⁶⁵

b) Possibilidade Jurídica do Pedido

Embora não se encontre mais referência autônoma dessa condição a partir da 4ª. edição de sua obra, é importante analisá-la diante de sua assunção pelo ordenamento jurídico brasileiro. Antes de suprimi-la, Liebman a entendia como “...admissibilidade em abstrato da providência pedida, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional”¹⁶⁶. Assim, o pedido formulado ao estado-juiz deveria ser abstratamente previsto ou ainda não poderia ser vedado pelo ordenamento jurídico.¹⁶⁷

Cândido Rangel Dinamarco, ao traduzir a obra de Liebman em versão anterior à modificação, assim explicou a possibilidade jurídica do pedido:

¹⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de direito processual civil. V. 1. 3 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208.

¹⁶⁵ Art. 6º. Código de Processo Civil Brasileiro – Liebman já admitia a possibilidade de legitimação extraordinária, nos casos onde a lei permitia “o direito de perseguir em juízo um direito alheio”. LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de direito processual civil. V. 1. 3 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 211.

¹⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Problemi del Processo Civile, L 'azione nella teoria del processo civile, Milano, Morano ed., 1962, p. 46.

¹⁶⁷ BUENO. Cassio Scarpinella. Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414.

o terceiro requisito da ação é representado pela admissibilidade em abstrato do provimento do pedido, Isto é, pelo fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente proibido. Quaisquer que sejam as circunstâncias do caso concreto não pode ser apreciada pelo mérito uma demanda com vista a um provimento que o juiz não possa enunciar. O Juiz não pode, por ex. decretar o divórcio dos cônjuges, nem ordenar a prisão por dívidas, nem alunar um ato administrativo, ainda que ilegítimo e lesivo a um direito do cidadão.¹⁶⁸

Esclarece o tradutor da obra que, com a edição da Lei do Divórcio na Itália, Liebman sentiu-se desencorajado em manter esse requisito, já que a impossibilidade jurídica de sentença de divórcio era seu maior exemplo.

Mesmo assim, a legislação brasileira manteve expressamente¹⁶⁹ esse requisito, pouco importando as críticas doutrinárias a respeito do tema para sua aplicabilidade, o que apenas possibilitou um estudo mais amplo dessa categoria.

Do que não resta dúvida é que a possibilidade jurídica do pedido, apesar de requisito processual, deverá ser aferida a partir do plano material, portanto, marcada pela tipicidade do direito material, configurando-se a impossibilidade jurídica do pedido quando a pretensão for expressamente vedada ou não prevista.

Postas as condições, ainda se mostra essencial a seguinte abordagem: para Liebman essas condições resultariam do exame cognitivo da situação trazida a juízo independentemente da alegação do autor;¹⁷⁰ na presença dessas condições a ação seria considerada existente – “como direito de provocar o exame e a decisão de mérito”¹⁷¹ – após essa análise, a decisão poderia ser favorável ou desfavorável. Portanto, Liebman defendia que as condições da ação deveriam ser analisadas em um esforço cognitivo do juiz diante do que foi trazido ao processo.

Muitas foram as construções doutrinárias em torno da crítica à teoria

¹⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio, Manual de direito processual civil. V. 1. 3 ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132.

¹⁶⁹ Código de Processo Civil, Artigos 3 e 267.

¹⁷⁰ Kazuo Watanabe explica que diante da análise do trinômio das questões processuais (pressupostos processuais, condições da ação e análise de mérito) há sempre dois objetos distintos de conhecimento, que são o direito e os fatos. Para Liebman, para verificação de tais fatos, assumia-se efetiva cognição com o objetivo de descobrir a verdade das circunstâncias relevantes para a causa. WATANABE, Kazuo. Da Cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005, p. 84.

¹⁷¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 162.

de Liebman e sua visão a respeito da cognição das condições da ação. Essas críticas possibilitaram a construção da teoria da asserção e a consequente coordenação entre o direito material e o processo, diante de uma visão instrumentalista. Posto isso, passa-se a analisar a influência do direito material no processo com vistas à efetividade desta relação.¹⁷²

¹⁷² Apenas para introdução, nisto se concentra a crítica de Luiz Guilherme Marinoni, para quem é irracional sustentar que a sentença poderia extinguir o processo sem julgamento de mérito por ausência de uma das condições da ação, após dois ou três anos no início do processo. Para Marinoni, aprovar essa conduta seria concluir que a tutela jurisdicional também é prestada à parte que é reconhecida como não tendo razão, o que desnaturaria tal teoria. “A ação, como direito ao processo e ao julgamento do mérito, não garante um resultado favorável no processo: esse resultado depende da convicção que o juiz formar sobre a procedência da demanda proposta (levando em consideração o direito e a situação de fato) e, por isso, poderá ser favorável ao autor ou ao réu. Só com o exercício da ação se saberá se o autor tem ou não razão: só correndo o risco de perder poderá ele procurar a vitória” MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 192 a 194.

3 UMA NOVA VISÃO DA RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSO

Como se sustentou até aqui, a autonomia processual é uma importante conquista para o processo civil; entretanto, negar a relação entre direito e processo é negar a função realizada pelo Estado Democrático de Direito de atuar a vontade concreta da lei, com fins de pacificação social. Para apresentar as premissas que serão analisadas adiante, parte-se do pressuposto que o estudo do direito processual completamente apartado do direito material só encontrará razões metodológicas e didáticas.

Em que pese a cogente separação dos campos do direito, é inegável a necessidade do direito material em se valer do processo para sua efetividade diante do conflito de interesses, já que o processo não é uma realidade técnica completamente isolada frente ao direito positivo material.¹⁷³

Daí que, mesmo sendo o direito de ação autônomo e abstrato, já que a parte poderá manejá-lo em juízo mesmo antes de demonstrar sua titularidade concreta, as terminologias “abstração” e “autonomia” vem sendo substituídas pela expressão “relação entre direito material e processo”.¹⁷⁴ O uso dessa expressão traz necessariamente a ideia da relação de efetividade que se almeja pela conjugação dessas ciências.

Assim, a exposição dessa relação busca ser o elo entre a história e o presente: com base na evolução alcançada pelo processo civil – que permite entender o paradigma de sua aplicação nos dias de hoje - e nas teorias percorridas até aqui – que denotam toda a compreensão para os institutos a seguir discutidos – o processo é manuseado, agora, como principal instrumento a serviço da realização do direito material.

Objetiva-se, a partir de então, encontrar no manejo da ação processual elementos e técnicas de efetivação do direito material. Para tanto, parte-se de uma análise da relação de diversos institutos relativos ao processo civil buscando a efetividade necessária ao processo; examina-se os pontos onde se tocam as ciências abordadas – direito material e processo – principalmente no que se refere a cognição das condições da ação e à utilidade e adequação desses

¹⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito e Processo: direito processual civil ao vivo. Vol. 5. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997, p. 24.

¹⁷⁴ Tradução livre. FAZZALARI, Elio. Note in tema di diritto e processo. Milano: Giuffrè, 1957, p. 158.

institutos. Pretende-se ao final delimitar a necessária cognição depreendida no exame de admissibilidade processual, com vistas à análise de mérito, coordenando essas ciências de forma a alcançar resultado útil para o direito material e o processo.

3.1 A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA, AS RELAÇÕES SOCIAIS E O PROCESSO – UMA CONJUGAÇÃO COM VISTAS À EFETIVIDADE

Com o fim da Idade Média e organização dos Estados em modelos Liberais nos séculos XVIII e XIX¹⁷⁵, pela necessidade de combater os abusos do Absolutismo, vivificou-se uma filosofia individualista na solução dos litígios. Firmados no princípio da legalidade e na ideia “de que uma qualidade essencial de toda lei é por limites à liberdade individual”¹⁷⁶ implantou-se a noção de direito apenas como norma jurídica, “cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.”¹⁷⁷

Sob as lentes dos Estados Liberais, jurisdição era apenas o direito formal de propor ou contestar uma ação; os direitos fundamentais restringiam-se às liberdades e o Estado deveria apenas garantir a limitação dos poderes. Nesse contexto, do legislador se exigia obediência aos critérios normativos, da administração que cuidasse de seguir as leis e o Judiciário seria unicamente a boca que pronunciava as palavras da lei.

Consequentemente, o estudo do processo civil conservou-se indiferente às realidades do sistema; formalista e dogmático, as preocupações se restringiam ao campo da legalidade e não da justiça.

¹⁷⁵ Norberto Bobbio definiu o liberalismo como “uma determinada concepção de Estado na qual o Estado tem poderes e funções limitadas e como tal se contrapõe tanto ao Estado Absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social” e ainda “O pressuposto filosófico do Estado Liberal [...] é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural: [...] todos os homens, indiscriminadamente, tem por natureza [...] certos direitos fundamentais, como direito à vida, à segurança, à liberdade e à felicidade – direitos estes que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar e portanto não invadir e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros”. BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p.7 e 11.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.25

Por isso – e por todo percurso do processo em suas fases metodológicas - é possível entender as raízes históricas que fizeram do processo civil brasileiro um emaranhado de técnicas quase sempre esvaziado de valores, fruto de uma ideologia que desenvolveu conceitos, princípios e categorias que buscavam afirmar o sistema daquele tempo para ao final limitar o processo como mera sequência de atos destinados à declaração do direito.

Isto se deu porque o direito empregado por um povo estabelece uma declarações expressivas de sua cultura; o exame do direito de cada época permite que se enxergue os “fundamentos sociais, políticos, econômicos e culturais que nortearam a conduta desse conglomerado humano”, demonstrando as razões das “periódicas transformações na sua legislação”.¹⁷⁸

A relação entre o processo e a realidade histórico cultural de determinado contexto social é inafastável. Para Galeno Lacerda, a cultura, apreciada como “o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade”, molda o direito de forma a fazê-lo espelho seguro da realidade histórica do tempo, socialmente considerado¹⁷⁹.

Ao final da Idade Média, acompanhando as transformações histórico-sociais, foi dado ao processo característica publicista, atribuindo ao Estado o poder de jurisdição e de resolução dos conflitos. Aí é que, ignorando os verdadeiros anseios da sociedade, a relação jurídica instaurada no processo, de natureza pública e abstrata – conforme doutrina de Oskar von Bülow – apregou uma falsa ideia de neutralidade do Estado ante a ciência processual.¹⁸⁰

Como exemplo, pôde-se observar a representação do formalismo no processo civil como uma garantia viva contra o arbítrio estatal, vocacionada a resguardar os direitos e garantias individuais então defendidas pelo liberalismo.¹⁸¹

Assim, as características apresentadas pela sociedade liberal e as manifestações políticas dessas sociedades exerceram poderosa influência na elaboração dos institutos processuais do direito:

¹⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do Processo Civil Romano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 22

¹⁷⁹ LACERDA, Galeno. “Processo e Cultura”. In: Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1961, vol. III.

¹⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 141-145.

¹⁸¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Cultura. Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. Gênesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 2004, pp. 484/510, n. 33.

a estrutura mesma do processo civil depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. [...] Desse modo, a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo¹⁸²

Até agora, a conquista da autonomia processual resultou no isolamento das questões sociais, processo e direito material. Mas qual foi a escolha axiológica firmada no Brasil pelo Estado Democrático de Direito? Sendo o processo instrumento a serviço da paz social, é impossível enxergá-lo como objeto apenas técnico imune a valores que permeiam e instalam a construção social.

O Estado Democrático de Direito assume constitucionalmente a tarefa de promover a atuação do direito nos casos em que este não é observado, realizando a tutela jurisdicional por meio da intervenção do juiz.¹⁸³ Mais do que isso, de um direito de ação encarado como mero direito à solução de mérito, o processo passa a exigir além da resposta estatal, garantias capazes de conferir efetividade ao direito substancial, “direito à efetividade em sentido estrito.”¹⁸⁴

Diferente do que ocorrera nos Estados Liberais, agora o princípio da legalidade ganha conteúdo substancial, subordinando a lei aos princípios constitucionais e requerendo “a conformação da lei com a Constituição e especialmente com os direitos fundamentais”¹⁸⁵, como vetores de um sistema que elege valores de pluralismo e justiça social, reconhecendo a diversidade e almejando a construção do igualitarismo¹⁸⁶.

Diante desses valores, a maior ameaça à essa construção é a incapacidade do Estado – já que responsável pela persecução dos direitos fundamentais - em assegurar sua efetiva realização, quer pela ausência de

¹⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74

¹⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito e Processo: direito processual civil ao vivo. Vol. 5. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997, p. 20.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, vol 1. Teoria Geral do Processo. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.44.

¹⁸⁶ Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

mecanismos de efetividade, quer pela ausência de uma prestação jurisdicional comprometida, pronta e eficaz. Nesta peleja, o Estado Democrático de Direito confere novo enfoque ao direito fundamental de acesso à justiça, uma vez que a questão do acesso está intimamente ligada com as questões de justiça social - o direito de acesso é o elo entre a justiça social e o processo civil¹⁸⁷.

Apesar de já previsto constitucionalmente mesmo antes do Estado Democrático inaugurado com a Constituição de 1988¹⁸⁸, o direito de Acesso ganhou novo enfoque e foi elevado à categoria de garantia constitucional; pela nova ideologia e seguindo os preceitos de Kazuo Watanabe, a doutrina passou a falar não mais apenas em acesso à justiça, mas em “acesso à ordem jurídica justa”¹⁸⁹, como um direito que proporcione julgamento justo firmado em garantias constitucionais conferidas ao processo, em um verdadeiro exercício de justiça substancial:

Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade¹⁹⁰.

Além do simples acesso, a noção contemporânea de acesso à justiça deve necessariamente transitar por valores como instrumentalidade, efetividade, segurança jurídica, razoável duração do processo e outros princípios processuais essenciais ao processo civil.

Na busca por um sistema processual mais eficiente, alguns movimentos vem tentando dar resposta aos anseios da doutrina e da sociedade, entretanto, alterações legislativas no âmbito do processo civil – por si só – não podem atingir os objetivos de um processo justo; outros temas, “de ordem política, social e administrativa haverão de ser enfrentados e superados, para que se torne

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 2ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.22.

¹⁸⁸ A Constituição Brasileira de 1946, por exemplo, já trazia em seu artigo 141, parágrafo 4º, que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em 12.06.2013.

¹⁸⁹ WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: *Participação e Processo*, RT, 1988, coord. de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, págs. 128-135.

¹⁹⁰ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.

efetiva a garantia de acesso à justiça”¹⁹¹.

Reunindo essa feição, Cândido Rangel Dinamarco abrevia o problema do acesso à justiça em quatro grandes aspectos: o da admissão em juízo, o do modo de ser do processo, o da justiça das decisões e o da sua efetividade ou utilidade¹⁹².

Mais que uma categoria desses elementos, a efetividade relaciona-se ao cumprimento de todos eles e por isso tem merecido especial atenção dos operadores do direito, motivando boa parcela das recentes reformas no direito processual civil; dada sua importância e por ser a efetividade a temática ora abordada, este elemento merece maior atenção, bastando, aqui, para os outros elementos, a ótica da metodologia processual constitucional, que implicará no acesso à ordem jurídica justa.

É certo que a efetividade é o elemento propulsor que amplia o conceito do acesso à justiça, elevando-o à categoria de direito e garantia fundamental pela previsibilidade Constitucional da celeridade na prestação jurisdicional com razoável duração do processo¹⁹³; está portanto, a efetividade processual, “umbilicalmente vinculada à sua rapidez e celeridade em propiciar uma prestação de tutela jurisdicional eficaz”¹⁹⁴:

Em um movimento cíclico, essa construção só é possível a partir do Estado Democrático de Direito - que se volta para a concretização dos direitos fundamentais não mais sob mera declaração, mas sob a garantia de torná-los efetivos a todos. Assim, o processo deverá ser “entendido e aplicado como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional”, transparecendo o clamor da sociedade e assegurando a todos o pleno acesso a uma tutela justa¹⁹⁵.

Como não basta mais apenas tutelar os interesses das partes a prestação jurisdicional deve ser efetiva e segura, conjugando valores antes afastados pelo dogma da neutralidade do Estado. Na consecução desse objetivo,

¹⁹¹ PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 387-388.

¹⁹² DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003p. 273.

¹⁹³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Artigo 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁹⁴ ARMELIN, Donald. O acesso à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: PGESP. n. 31, p. 171-182, jun.1989. p. 172.

¹⁹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, Ano VI, nº 36, jul-ago 2005, p. 22-23.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira entende ser imprescindível a análise de alguns valores para o processo: de um lado a realização da paz social e justiça material e de outro a segurança e organização interna justa do próprio processo e a efetividade, enfatizando que apesar desses valores específicos, “mostram-se ainda significativos para o processo os valores constitucionais e os valores culturais relacionados ao meio onde se insere determinado sistema processual.”¹⁹⁶

Neste contexto, vislumbra-se o direito processual de ação como primordial à efetividade dos outros direitos; mas não só ele. A partir do direito de ação, a efetividade supõe a rápida e eficaz concretização do direito material e essa tarefa só se mostra possível levando em conta a peculiaridade do direito substancial, que gera a formatação de procedimentos baseados em princípios constitucionais que garantam a participação adequada das partes e do juiz.

Por fim e para uma análise concreta, direitos diferenciados exigem um processo diferenciado:

Na fase em que se encontra o direito processual civil, é imprescindível redescobrir as relações entre o processo e o direito material, que – como bem asseverou Denti – a tão proclamada autonomia da ação e da relação processual acabou por obscurecer, deixando de lado a estrita dependência dos institutos do processo (de um processo em determinado momento histórico) da influência do direito substancial e, portanto, do papel que o direito hegemônico desenvolve na sociedade.¹⁹⁷

Não há mais como dissipar o direito material e o processo. O sistema processual deve estar apto a produzir decisões capazes de proporcionar a tutela mais ampla possível ao direito material e a partir disso, busca-se encontrar, no estudo de alguns institutos processuais, a linha de toque necessária entre o direito material e o processo, com vistas à efetividade dos direitos.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo” *Revista de Processo*. n. 137. p. 7-31. São Paulo: RT, 2006, p. 14

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 148.

3.2 A AÇÃO DE DIREITO MATERIAL E A AÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL – A TEORIA CIRCULAR DOS PLANOS E A REAPROXIMAÇÃO DO DIREITO MATERIAL COM O PROCESSO

Muitos autores se arriscaram a examinar com peculiaridade a relação – algumas vezes confusa - que ao longo do tempo se formou entre a ação de direito material e a ação de direito processual. Em que pesem as diversas teorias que discutiram essa temática pela história, ainda hoje, em tempos de instrumentalidade e formalismo valorativo ela se mostra relevante.

A partir do reconhecimento de uma relação jurídica processual, conforme proposta inédita de Oscar von Bülow, o contato entre a relação direito material e processo oscilou de forma mais ou menos acentuada, conforme a teoria da ação adotada, se concreta ou abstrata.

É certo que, em nome de um direito constitucional conferido pelo Estado e deste exigível – já que vedada a autotutela – a ação de caráter material foi lentamente sendo substituída pela ação processual, dando origem a uma confusão entre esses institutos que objetivaram melhor esclarecer a relação direito material *versus* processo.

Neste contexto, imprudente seria examinar esta proposição sem a discussão instaurada por Ovídio Baptista e Pontes de Miranda acerca da ação processual e material.¹⁹⁸

O interesse nessa discussão, como afirma Fábio Cardoso Machado, não encontra razões unicamente conceituais; para ele a ação de direito material é “precisamente a categoria capaz de restabelecer, dogmaticamente, o perdido vínculo entre o direito material e o processo”. Abstraída essa relação, não seria possível identificar o “preciso ponto de contato entre os dois planos, com inegável prejuízo para o propósito de recolocar o processo no devido lugar de instrumento de tutela dos direitos”.¹⁹⁹

Antes mesmo dessa discussão, Pontes de Miranda sustentou que a

¹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das Ações. Campinas: Bookseller, 1999, v.1. SILVA, Ovídio Baptista da. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁹⁹ MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: Sobre a Renovada Polêmica em Torno da Ação de Direito Material. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil 08 (2005). p. 72.

ação de direito material e a ação de direito processual coexistem, relacionando-as de forma que a ação de direito material seria exercida através da ação processual, ou seja, através da pretensão à tutela jurídica criada pelo Estado.²⁰⁰

Para Pontes de Miranda, existiriam, no plano do direito material, três posições distintas e separáveis entre si, verticalmente: o direito subjetivo, a pretensão e a ação.²⁰¹ O direito subjetivo - como posição de vantagem conferida pelo ordenamento jurídico material, - permitiria, diante de uma situação concreta, invocar a norma a seu favor.²⁰² Ao sujeito passivo dessa relação jurídica formada pela previsibilidade abstrata do direito corresponderia um dever e ao poder de exigir o cumprimento desse dever, chamou o autor de pretensão²⁰³; havendo resistência à pretensão, nasceria a ação de direito material.

Explicando essas ideias Ovídio Baptista esclareceu que “esse agir para a realização do próprio direito raramente é facultado ao respectivo titular sem que lhe imponha a necessidade de veiculá-lo por meio da ‘ação’ processual”.²⁰⁴

Pregaram esses autores que se fosse dada a ação de direito material característica exclusivamente abstrata, não seria possível sua classificação de acordo com o interesse ao provimento de direito material. O conteúdo da ação, portanto, corresponde, no mundo prático ao direito material em movimento, não mais abstrato, mas aplicado pela riqueza dos fatos trazidos ao direito.

Assim, negar existência às ações de direito material seria negar eficácia ao processo, isto porque as sentenças de procedência no plano material apoiam-se judicialmente em um direito processual de ação.

²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado das Ações. Campinas: Bookseller, 1999, v.1, p. 16.

²⁰¹ PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado – parte geral. Tomo V, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.451.

²⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.10

²⁰³ PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado – parte geral. Tomo V, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p.454

²⁰⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. Direito Subjetivo, pretensão, direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (orgs.) Polêmica sobre a ação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.20

por isso, são 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.²⁰⁵

Pontes de Miranda e Ovídio Baptista defenderam, portanto, a teoria dualista da ação, onde a ação de direito material seria uma etapa prévia a um direito processual (ação processual) abstrato e autônomo, posto frente ao Estado em razão da proibição da autotutela.

A construção desses autores levou em conta a perseguição da eficácia do direito material através do processo, dando ao direito material um aspecto dinâmico e não mais abstrato - apenas direito legislado - concretizando diferentes medidas, de acordo com a pretensão revelada.

Se a ação processual é invariavelmente abstrata, ou seja, sem causa, [...] e desprezando-se o conceito de ação de direito material como fenômeno estranho ao direito processual, não haveria porque conservarem-se as inúmeras 'ações especiais' de ritos diferentes. Se é verdade que, no plano do direito material, a cada direito corresponde uma ação que o assegura, perante o direito processual, todos os direitos só terão de ter uma 'ação', que há de ser uma ação ordinária e plenária, abolindo-se as ações especiais e sumárias.²⁰⁶

Quanto à aplicação da teoria dualista, eis as diversas críticas da doutrina: se o direito material é, ao início do processo, hipotético e dedutivo, só poderá ser aferido ao final com a sentença, o que levaria a impossibilidade de afirmação de uma ação de direito material pré-processual. Ainda, a ideia de uma norma que contenha em si o mecanismo de realização judicial, acaso violada, não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro, que impescinde da tutela jurisdicional já que proibida a autotutela. Por fim, admitida a ação material - que não se exerce sozinha pela proibição legal da autotutela e para tanto se utiliza da ação processual - os atos produzidos pelo juiz, investido de jurisdição são antagônicos

²⁰⁵ HIDALGO. Daniela Boito Maurmann. Relação entre Direito Material e Processo: uma compreensão hermenêutica – compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 28.

²⁰⁶ SILVA, Ovídio Baptista. Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento. Vol. 1, 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 110.

àqueles obtidos hipoteticamente em autotutela²⁰⁷. Para a doutrina, essa teoria não explica a ação improcedente, que nega o direito material e não nega a pretensão processual.

Portanto, para admitirmos o acerto da tese de Pontes de Miranda, defendida por Ovídio Baptista da Silva, teríamos de verificar a congruência entre a ação de direito material – proibida, mas não eliminada para Ovídio; criminalizada, para Araken de Assis – e o agir do Juiz ao prestar a tutela jurisdicional. Ainda: teríamos de afirmar que, a toda sentença procedente, deverá corresponder o exercício de uma ação de direito material, preexistente, pelo juiz!²⁰⁸

Buscando desfazer a necessidade de qualquer conceito ontológico da ação – seja ela de direito material ou processual – parte da doutrina processual brasileira tem defendido corrente instrumentalista, examinando a vinculação do direito material com o direito processual *in status assertionis*, o que permitiria priorizar, como objeto do processo, o direito material afirmado pelo autor.

Essa corrente se diferencia da teoria dualista da ação ao passo que não prescinde de um ponto anterior – a ação material - somado à pretensão processual, mas instrumentaliza o direito material afirmado na inicial. A tônica passa então da importância do conceito da ação (material ou processual) para as tutelas jurisdicionais processuais: condenar, declarar, constituir, mandar ou executar.²⁰⁹

Hoje, sob a influência da instrumentalidade, a efetividade da tutela jurídica torna-se a nota que busca a incessante aproximação entre o processo e o direito material.

Para Cândido Rangel Dinamarco a diversidade de provimentos judiciais é um dos aspectos da técnica processual, cada um deles destinados a

²⁰⁷ Quanto a isso afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira “o provimento jurisdicional, embora certamente se apoie no direito material, apresenta outra força, outra eficácia, e com aquela não se confunde, porque além de constituir resultado de trabalho de reconstrução, e até de criação por parte do órgão judicial, exibe o selo da autoridade estatal, proferida a decisão com as garantias do devido processo legal. Tanto é assim que declarar, condenar, constituir, executar ou mandar são verbos que não constam do repertório do direito material.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e Tutela Jurisdicional. Revista Processo e Constituição. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. n. 2. p. 5-32, 2005, p.29-30.

²⁰⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”. Artigo publicado na academia de direito processual civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Guilherme%20Rizzo%20Amaral%20-formatado.pdf>, acesso em 07.06.2013.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. Revista Processo e Constituição – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. No.2, 2005, p. 31

resolver uma espécie de crise jurídica, pela “oferta de solução prática adequada segundo os desígnios do direito substancial e sempre com vistas a produzir resultados úteis a vida dos sujeitos”. Assim, cada tipo de provimento é direcionado (cada tipo de proteção conferida pelo processo) é destinada às varias situações de direito material. O autor chamou essas situações de crises jurídicas e explicou cada tipo de tutela processual com base nessa qualificação: sentenças declaratórias (crises de certeza); sentenças executivas – que podem ser executivas puras e executivas condenatórias (crise de adimplemento); sentenças constitutivas (crises de situações da vida).²¹⁰

Alimentando essa ideia, em pertinente exposição na *Rivista de Diritto Processuale*²¹¹, Carnelutti afirma existir uma relação lógico-circular entre o direito material e o processo. Em sua construção, Carnelutti aponta que o processo sempre irá devolver ao autor algo diverso daquilo afirmado por ele na petição inicial e ainda, por sua vez, diverso da norma positivada expressa.

Explicando a teoria do processualista italiano Hermes Zanetti Junior afirma que “diversos está aí como elemento de substituição”, apesar da identidade com a previsão legal, a norma do caso concreto passa pelo comando estatal, pela “certificação pela certificação (pelo *accertamento* , como se diz na Itália) do poder judiciário”; Assim, entre o direito material e o processo vivifica-se uma relação circular: “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”.²¹²

Assim, instaurar-se-ia entre o direito material e o processo uma relação harmônica de complementaridade, sem delimitação de hierarquia ou subordinação de qualquer deles: o direito material dá sentido ao processo que por sua vez devolve a ele sua realização. Se encontrar resistência, o direito material não se realiza sem o processo, e este, por sua vez, não encontra razão de ser senão na concretização do direito material.

Contrariando essa relação, ao tempo do processualismo operou-se uma completa dicotomia entre o direito material e o processo, destituindo dele

²¹⁰ DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 150-153.

²¹¹ CARNELUTTI, Francesco. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. Rivista di diritto processuale. Vol. 35. No.4. 1960.

²¹² ZANETTI JR. Hermes. A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro no Estado democrático constitucional. Tese de Doutorado. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 283.

qualquer valor substancial, negando sua instrumentalidade e a necessidade de adequação ao direito subjetivo que pretende servir.

Nisto a relevância de anterior esboço das condições da ação; estas são responsáveis por concretizar a relação entre o direito material e o processo. O exame das condições da ação pela proposta de Enrico Tulio Liebman – pelos fatos reais e não na forma aduzida pelo autor - não permitiriam uma análise do direito material conforme afirmação inicial – *in status assertionis* - o que traria a necessidade de averiguação de mérito para apreciação das condições da ação, fragilizando a relação direito material e processo e desnaturando a teoria eclética do autor e a teoria dualista da ação.

Dadas as teorias apresentadas e buscando encontrar o toque adequado entre o direito material e o processo, passa-se a examinar a Teoria da Asserção, tal qual exposta por Kazuo Watanabe, objetivando processualizar o direito material através das condições da ação.

3.3 A COGNIÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO – A TEORIA DA ASSERÇÃO

Apesar dos diferentes entendimentos acerca da natureza da ação, parte-se aqui do pressuposto de um direito constitucional de ação, de caráter processual e incondicionado. A restrição que se insere neste contexto pelas condições da ação, são limitações para o seu exercício no caso concreto e não à sua existência.²¹³

Segundo a sistemática adotada pelo código civil brasileiro – já demonstrada a herança na teoria de Liebman, mas que agora se aparta daquela posição por ele defendida – alguns requisitos devem estar presentes no processo para que este consiga chegar a um julgamento de mérito. Assim, para que seja solucionado o conflito de direito material, algumas questões processuais precisam ser averiguadas.

Para tanto, será objeto de cognição do juízo um trinômio de questões:

²¹³ “Embora todos tenham direito ao devido processo constitucional, nenhum óbice existe a que o legislador ordinário desenvolva técnicas destinadas a obstar ao prosseguimento de processos manifestamente inócuos. A garantia constitucional não impede o controle da utilidade do processo pelo juiz, que deve, à luz dos dados concretos a ele apresentados pelo autor, verídica desde logo que a tutela jurisdicional pleiteada pode ser em tese concedida. BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª. edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 244.

A teoria do trinômio, informa Alfredo Buzaid, substitui o binômio *iudicium* e *res in iudicium deducta* do primórdio da ciência processual e também do binômio pressupostos processuais e condições da ação da teoria da ação como direito concreto à sentença favorável. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa são elementos desse trinômio.²¹⁴

Por conta da atenção dispensada ao direito material e processo, os processualistas passaram a diferenciar o exame das condições da ação e o mérito da causa pela profundidade de cognição exercida pelo juiz, já que, se ultrapassado um limite de intensidade da análise dessas condições, o juiz acabará por analisar o próprio mérito.

Para Giuseppe Chiovenda a cognição é “um dos mais importantes núcleos metodológicos para o estudo do processo moderno (junto com o procedimento e a tutela jurisdicional, cujos conceitos estão intimamente relacionados com o de cognição).” Assim, a própria noção de procedimento dos tipos processuais (conhecimento, cautelar e execução) é estruturada com base no grau de cognição estabelecido para cada um deles. A cognição então atua como técnica pela qual o magistrado “tem acesso e resolve as questões que lhes são postas para apreciação”.²¹⁵

Kazuo Watanabe defende a cognição em seu conceito lógico, como um ato de inteligência do juízo que considera, analisa e valora as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o fundamento do julgamento do processo.²¹⁶

Assim, pelo tipo de cognição dispensada às condições da ação, é possível colocá-las no contexto do trinômio processual e analisá-las da maneira como se apresentam na inicial, transformando esse exame em um verdadeiro juízo de admissibilidade da ação.

Veja-se: analisar as condições da ação de forma prévia, conforme as informações trazidas pelo autor na petição inicial, *in statu assertionis*, levará, ante a ausência de uma das condições, à carência de ação, em uma sentença terminativa, onde não houve análise de mérito – terá o autor exercido a garantia constitucional

²¹⁴ WATANABE, Kazuo. Da Cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005, p. 82.

²¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3ª. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 89.

²¹⁶ Kazuo. Da Cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67

de acesso à justiça sem proporcionar ao órgão jurisdicional a oportunidade de colocar fim à situação litigiosa.²¹⁷

Entretanto, fazer essa valoração com elementos de cognição exauriente²¹⁸ – de acordo com a teoria adotada por Liebman – levará, ante a ausência de uma das condições, à improcedência da ação, em sentença que extingue o processo pela análise de mérito e produz coisa julgada material.

Portanto, o ponto crítico da polêmica está em considerar as condições da ação como condições a serem preenchidas para análise do mérito da causa, averiguadas segundo as informações trazidas pelo autor na inicial ou aferi-las conforme sua ligação com o objeto litigioso do processo, verificadas segundo a análise de provas produzidas na instrução processual.

O Código de Processo Civil brasileiro, ao falar da análise das condições da ação no artigo 267 parágrafo 3º, não tratou de um momento específico para o exame, ditando ao juiz, conhecer de ofício das condições da ação, em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.²¹⁹

Entretanto, ao desenvolver a teoria da Asserção, Kazuo Watanabe interpreta de forma diversa esse instituto; para ele, só se mostra compatível com a teoria abstrata eclética adotada pelo código de processo civil brasileiro a primeira opção: apreciar as condições da ação segundo uma análise de mérito seria conferir o direito constitucional de ação somente àquele que tivesse sentença favorável, trazendo novamente a confusão entre a ação processual e a ação material:

O exame das condições da ação deve ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*, vale dizer, o órgão julgador ao apreciá-las, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que se afirmou, relacionando ele, ao estabelecer a cognição, como quem admita, por hipótese e em caráter provisório, a

²¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 95.

²¹⁸ Kazuo Watanabe defende uma classificação da cognição em aspecto horizontal, que tem por limite os elementos objetivos do processo – pressupostos, condições da ação e mérito – e em aspecto vertical, que segundo o grau de sua profundidade poderá ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta). . WATANABE, Kazuo. Da Cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005, p. 127.

²¹⁹ Código de Processo Civil, artigo 267, parágrafo 3º: O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

veracidade da narrativa, deixando para ocasião própria, (juízo de mérito), a respectiva apuração, entre os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória.²²⁰

Portanto, admitir um direito de ação condicionado no seu exercício – e não na sua existência – é entender as condições da ação como responsáveis por determinar se o processo está apto a prosseguir a um julgamento de mérito e portanto aferi-las segundo os elementos trazidos na petição inicial – teoria da asserção. Neste momento, apesar do respeito às posições contrárias²²¹, a afirmação do autor não é objeto de cognição do juiz. O exame probatório se restringe, aqui, às especificidades exigidas pela lei.

Mais uma vez, em tempos de instrumentalidade e formalismo valorativo, espera-se que, com vistas a uma interpretação teleológica do ordenamento processual e constitucional, abra-se mão das abstrações dogmáticas e encontre-se um entendimento comum sobre o que há anos já se vem discutindo: o instrumentalismo substancial do processo.

O processo é, sem dúvida alguma, um instrumento de tutela efetiva dos direitos. E essa instrumentalidade, [...] deve ser substancial no sentido de preordenação do processo a missão de oferecer todos os meios necessários ao amparo efetivo e pleno dos direitos contra qualquer forma de violação ou ameaça de ofensa ou denegação da justiça. Assim, qualquer que seja a doutrina defendida pelo processualista, a visão instrumentalista o levará, necessariamente, ao problema da coordenação entre o processo e o direito material.²²²

Nessa visão, as condições da ação, como requisitos para admissibilidade processual, não deverão ser colocadas como dados que integram a relação de direito material posta à apreciação do órgão jurisdicional, mas como instrumentos de coordenação entre o processo e o direito material; “os três requisitos necessários a que a atividade do juiz se desenvolva até a tutela a ser prestada em favor de uma das partes constituem o elo, a ponte de ligação entre o

²²⁰ WATANABE, Kazuo. Da Cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005, p. 92

²²¹ José Roberto dos Santos Bedaque, por exemplo, lamenta o fato de Cândido Rangel Dinamarco repudiar expressamente essa visão “Não obstante, ainda tenho esperança de sensibilizar meu mestre e convencê-lo a refletir novamente a respeito”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 93.

²²² WATANABE, Kazuo. Da Cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005, p. 104

processo e o direito material”.²²³

Peculiar entendimento, entretanto, deverá ser dado às ações declaratórias já que, como anteriormente demonstrado, por resolverem crises de situação jurídica, não denotam resolução de lide, mas apenas a declaração de existência ou não de direito ou relação jurídica. Assim, “afirmada a situação litigiosa na inicial, o autor aparentemente tem interesse processual”²²⁴

3.4 O FORMALISMO E AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICO-PROCESSUAIS DO EXAME DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PROCESSUAL: TÉCNICA E FLEXIBILIZAÇÃO

Já afirmava Alfredo Buzaid na exposição de motivos do Código Civil de 1973²²⁵ que o processo não se destina a atender o interesse das partes, mas o interesse público de fazer atuar a lei na composição dos litígios, dando razão a quem efetivamente a tem.

Assim, na conjugação dos requisitos processuais naquilo que se entendeu como um exame de admissibilidade da ação – condições da ação e pressupostos processuais – não se deve permitir que estes elementos se tornem um óbice a prestação jurisdicional, exceto se o resultado processual se mostrar inútil ou violador de algum princípio maior.²²⁶

Estudando o direito processual pelas lentes da instrumentalidade substancial e segundo os preceitos dos valores constitucionais inseridos ao processo, seus institutos deverão ser analisados como meios à efetiva prestação jurisdicional; a partir disso se torna preciso a relativização de certas formalidades, objetivando a utilidade das decisões.

²²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 88.

²²⁴ E ainda: “Se o autor pede tutela declaratória sem reproduzir na inicial suposta incerteza objetiva quanto à existência de determinada relação jurídica, o juiz se recusará de plano a examinar a situação de direito material, porque não há lide a ser decidida.” BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª. edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p.327 e 329.

²²⁵ “o processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos.” Exposição de motivos do código de processo civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

²²⁶ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª. edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 165.

Aplicando essa construção à relação instaurada entre o direito material e o processo, no âmbito das condições da ação, a instrumentalidade das formas e a utilidade da tutela jurisdicional serviriam de parâmetros ao juízo de admissibilidade processual, com vistas à análise de mérito.

Antes de examinar possíveis consequências prático-processuais da aplicação rigorosa dessa formalidade, é preciso delimitar, no contexto do formalismo valorativo – exposto anteriormente de forma sumária - a necessidade da relativização do formalismo excessivo.

3.4.1 Do Formalismo Processual – A Instrumentalidade Aplicada às Formas e a Utilidade do Resultado Processual

Seja para não desmerecer a construção do autor, seja por não ser este o objetivo central dessa pesquisa, não se mostra possível, em poucas palavras, analisar toda a tese de formalismo valorativo elaborada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Por tal razão, essa análise se limita a esboçar de forma geral, em que a visão do Formalismo Valorativo contribui para temática presente.

Para conceituar o formalismo valorativo, Alvaro de Oliveira parte da delimitação do formalismo ou da forma em sentido amplo, que não se confunde com a forma do ato processual individualmente considerado; o autor explica que o formalismo se refere “à totalidade formal do processo” que compreende “a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo” com o objetivo da consecução das finalidades primordiais do processo. Quanto à forma em sentido estrito o autor atribui a tarefa de “indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo”, delimitando o material a ser formado e limitando a ação das pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento.²²⁷

Assim, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira demonstra a necessária diferenciação entre o formalismo - como faceta da efetividade, instituído de valores declarados pela construção cultural e constitucional - do formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo, que inibe o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.

²²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. n. 137. p. 7-31. São Paulo: RT, 2006

O formalismo é portanto responsável por dois aspectos do arranjo processual: a) torna previsível aos integrantes todos os atos do procedimento, conferindo limites e garantias que buscam suprimir qualquer arbitrariedade; b) disciplina a atividade do juiz como representante do poder estatal, evitando o desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes.

Pela afirmação desse equilíbrio é possível conferir às partes, exatamente na mesma medida “poderes, faculdades e deveres, de modo a que não seja idealmente diversa sua possível influência no desenvolvimento do procedimento e na atividade cognitiva do juiz”.²²⁸

Neste confronto, as normas para edificação do formalismo processual só encontram razão de ser se obtidas segundo os valores a serem atingidos por meio do processo, já examinados anteriormente: de um lado a realização de justiça material e paz social e de outro a efetividade, segurança e organização interna justa do próprio processo.

Explicando cada um desses elementos processuais valorativos que se encontram em constante colisão, o autor determina a solução na perspectiva constitucional do processo, que o afasta das construções estritamente conceituais e o insere na realidade político-social, possibilitando o exame dialético de duas exigências contrapostas: por um lado “a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias ‘formais’” e por outro “o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional”.²²⁹

Adverte ainda que, contemporaneamente, pela alteração imposta à visão da segurança jurídica – que no Estado liberal tendia a prevalecer como valor, pelo controle da jurisdição através do excesso de regulamentação formalista – há uma tendência a sobreposição da efetividade à segurança, já que com o abandono da óptica positivista a questão se desloca para preocupação da solução do problema de direito material.

O processualista então chega ao ponto principal do ideário aqui pretendido: a transformação do poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, que concorre para realização do direito com o formalismo excessivo, que retarda irrazoavelmente a solução do litígio:

²²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. n. 137. p. 7-31. São Paulo: RT, 2006

²²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. n. 137. p. 7-31. São Paulo: RT, 2006

Antes de nada, impõe-se atentar às particularidades do caso concreto no trabalho de adaptação da norma, principal ou não, que por hipótese é geral e abstrata.[...] Por essa via, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, assim como o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade.²³⁰

Neste contexto, dois critérios deverão pautar a atividade do juiz: um juízo de legalidade, que constate as características essenciais e comuns ao ato e um juízo de equidade, que se ocupa da compreensão das características acidentais e particulares da hipótese individual. Assim, parte-se da legalidade e da justiça abstrata para ingressar no campo da justiça individualizada ao caso concreto; para isso, a equidade atua como mediadora entre o caráter abstrato do sistema e as exigências das hipóteses singulares e concretas.

Retomando os conceitos iniciais, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acredita que a forma é completamente vazia de conteúdo, razão pela qual não poderá ultrapassar o limite da matéria, devendo sempre ser apreciada conforme sua finalidade, evitando-se exageros de substância. Assim, não pode ser o formalismo o obstacularizador da justiça no caso concreto²³¹.

Por fim, o sistema brasileiro dispõe de meios suficientes para vencer o formalismo pernicioso e conduzir o processo a seus objetivos. O que se mostra necessário é apenas uma mudança de ideologia para uma mentalidade mais aberta, sem, contudo, ofender o formalismo virtuoso, o formalismo valorativo.

Levantadas estas estacas, retoma-se às consequências instauradas a partir do exame de admissibilidade das condições da ação para análise do mérito. Neste contexto, o formalismo excessivo pode atuar prejudicando o processo em dois momentos diferentes: em momento inicial, pela decretação desnecessária de carência de ação ou pela análise tardia das condições, que determinariam a improcedência da ação, confrontando a teoria da asserção.

Exemplo clássico da primeira hipótese seria a extinção do processo sem julgamento de mérito pela falta de interesse/adequação porque adotado o

²³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. n. 137. p. 7-31. São Paulo: RT, 2006

²³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. n. 137. p. 7-31. São Paulo: RT, 2006

procedimento diverso do previsto para situação de direito material (artigo 277, § 4º, e 295, V).

Se o juiz, após a contestação e a produção de provas, verificar que o autor possui título executivo judicial, não deve extinguir o processo sem exame de mérito, não obstante a ausência de interesse processual. Se o fizer permitirá que toda a discussão seja renovada em sede de embargos à execução. A economia processual exige outra postura: abre-se mão da técnica e julga-se o mérito. Dessa forma, obtém-se resultado mais adequado aos fins do processo.²³²

Por outro lado, mas pela mesma razão, um erro identificado apenas ao final, quando já praticados todos os atos inerentes ao procedimento incerto, não poderá determinar a extinção do processo. Se algum ato essencial foi omitido, deverá o juiz determinar a sua realização, procedendo a adequação processual já que a extinção do processo sem julgamento de mérito após a instrução probatória, por considerações de ordem formal é a absoluta prevalência do meio sobre o fim:

Nessa fase adiantada do processo, nenhuma razão justifica o reconhecimento da inadequação da forma especial (por exemplo: a inadequação de ação regressiva pela via da denunciação da lide, por não se tratar de garantia própria, com introdução de fundamento novo ou matéria nova), se já existem todos os elementos necessários ao pronunciamento de mérito.²³³

Ainda, no mesmo sentido, limitados pelo preceito exposto no artigo 249, parágrafo 2º do diploma processual brasileiro – a possibilidade de julgamento de mérito em caso favorável a quem foi prejudicado pela não observância da formalidade processual – devem subsistir o princípio da efetividade e economia processual mesmo que pela não observância de certas formalidades, por ser o processo um instrumento a serviço da realização da justiça.

Quanto à isso é preciso lembrar que o caráter instrumental do direito processual civil brasileiro consagra o princípio da liberdade das formas – já previsto no artigo 154 do Código de Processo Civil – prevendo que os atos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei

²³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª. edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 165-166.

²³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. *Revista de Processo*. n. 137. p. 7-31. São Paulo: RT, 2006

expressamente exigir, reputando-se válidos os atos realizados de modo diverso, desde que cumpram a finalidade pretendida.²³⁴

Como bem determinou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, toda técnica processual é vazia e realizada para conferir eficácia ao método, razão pela qual, sem renúncia à segurança e ao formalismo valorativo necessário ao processo e pautados em princípios constitucionais, o privilégio será sempre a utilidade das decisões na realização do direito material.

3.4.2 Técnica Processual Adequada ao Direito Material

Como bem determinou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, toda técnica processual é vazia e realizada para conferir eficácia ao método, razão pela qual, sem renúncia à segurança e ao formalismo valorativo necessário ao processo e pautados em princípios constitucionais, o privilégio será sempre a utilidade das decisões na realização do direito material²³⁵.

Dada a publicização do processo como meio Estatal de resolução de conflitos e seu caráter instrumental à medida que visa cumprir objetivos de interesse público – como a pacificação social com resolução da crise de direito material – é preciso conferir ao processo meios capazes de realizá-lo da maneira mais adequada possível, conferindo um resultado seguro e efetivo ao direito material.

A cientificidade do processo alcançada na fase autonomista acabou por valorizar em demasia alguns institutos processuais como é o caso da técnica processual²³⁶; conseqüentemente, o processo civil se tornou um modelo dogmático de aplicação do direito abstrato, completamente apartado da realidade social em que estava inserido.

Para a construção que aqui se perfaz, parte-se da técnica processual “concebida como exigências formais ao desenvolvimento do processo, tanto em relação aos atos processuais como ao próprio julgamento do mérito (requisitos de admissibilidade do exame de mérito)”²³⁷.

²³⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.204

²³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*. n. 137. p. 7-31. São Paulo: RT, 2006

²³⁶ Em uma análise ampla, a forma é técnica processual, assim como o procedimento, a preclusão, o exame de admissibilidade de mérito, entre outros.

²³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o

A nova fase em que o processo se encontra, comprometida com a realização dos valores constitucionais, deixa de considerá-lo como mera técnica a serviço do direito material – porque assim foi construído – mas o vincula à uma concepção transformadora de uma Constituição onde o Estado não é mais neutro, mas comprometido com os valores eleitos pela sociedade.

Partilhando das ideias da ação de direito material proposta por Ovídio Baptista da Silva, Daniela Hidalgo adverte que a visão da técnica processual como instrumento neutro capaz de tutelar qualquer opção axiológica é característica da doutrina que nega o vínculo concreto entre processo e direito material e “que confundem as opções ideológicas do Estado – a Lei – com o Direito”.²³⁸

Ainda nesta visão, pela instrumentalidade do processo carregado de neutralidade técnica, a força do direito material seria reprimida frente à dominação da técnica sobre ele, fazendo com que, nas palavras de Hannah Arendt, “o processo de produção ou de desenvolvimento fosse mais importante que o fim, o produto acabado”.²³⁹

Assim, o cientista processual se dá por satisfeito quando, pela sua criação, alcança-se a efetividade do direito abstrato como efeito colateral ou subproduto das construções teóricas processuais; Mas ao contrário disso, a natureza instrumental, aplicada segundo a ótica dos valores do Estado Democrático de Direito “impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial”.²⁴⁰

Para tanto, pela diversidade das espécies de direitos tuteladas pelo ordenamento jurídico, “o instrumento precisa ser desenvolvido a partir das necessidades peculiares a cada área de atuação”²⁴¹, pensando a técnica adequada a partir dos problemas detectados.

Quanto a isso, em uma visão crítica da ideologia sobre a qual foi firmada o processo civil brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni enfatiza que alguns

Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 80.

²³⁸ HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Relação entre Direito Material e Processo: uma compreensão hermenêutica – compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.105.

²³⁹ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007, p.310.

²⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 17.

²⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 19

procedimentos do ordenamento processual, no Brasil, foram criados de forma a favorecer uma classe específica, detentora de direitos de posse e propriedade – como o interdito proibitório e a nunciação de obra nova - . Observa o autor que até a reforma de 1994 o Código de Processo Civil Brasileiro desconsiderava totalmente as escolhas Constitucionais (pela ausência de aplicabilidade de procedimentos específicos para a defesa do direito de personalidade e da ameaça à lesão de direitos).²⁴²

Não se pretende – e nem se poderia – defender um sistema processual independente de regras ou normas prévias de atuação dos participantes dessa relação. Isso certamente levaria à insegurança absoluta e a frustração das finalidades de resolução de conflitos subjetivos com a consequente pacificação social. Sendo o processo um método de trabalho, deve ser organizado com antecedência segundo normas que ditarão limites à atividade das partes.²⁴³

A forma - como o preço pago pelo cidadão na garantia contra o arbítrio do Estatal – se justifica então, até o momento em que seja realmente necessária, assegurando a liberdade das partes e evitando a parcialidade processual.²⁴⁴

Nisto está o formalismo virtuoso como aquele capaz de efetivar as regras processuais, objetivando a finalidade para a qual o instrumento foi criado. Da mesma forma que se despreza o processo conceitualmente perfeito, mas injusto, o processo com resultado material obtido de forma leviana ou com excesso de tempo também é desprezível.

Assim, segundo a doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque, a técnica processual encontra dois principais objetivos: o de conferir segurança ao instrumento, proporcionando igualdade de tratamento aos sujeitos processuais, possibilitando-lhes a influência no resultado final; e o de garantir que a tutela jurisdicional seja uma resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, tanto do ponto de vista da decisão como da tempestividade.²⁴⁵

Evitando os exageros da técnica, é possível, em casos específicos,

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 62 e 63.

²⁴³ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª. edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 78.

²⁴⁴ SANTOS. Moacyr Amaral. Enciclopédia Saraiva de Direito. *Verbete* Nulidades Processuais. Vol 55. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 164.

²⁴⁵ BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª. edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 78-79.

que o juiz atue, emitindo provimento de mérito, mesmo ante a ausência de determinado pressupostos processual. Note-se que com exceção dos pressupostos negativos – ou extrínsecos – como a litispendência, a coisa julgada e perempção, e ainda, quanto à competência, os demais pressupostos são estabelecidos para proteger o interesse das próprias partes no processo. “Assim, a falta de um desses pressupostos somente deveria impedir a tutela quando esta não puder ser favorável àquele que o legislador pretendeu proteger pelo requisito ausente”.²⁴⁶

Na mesma linha, o exame das condições da ação - como exame de admissibilidade para o mérito – é técnica processual, e como tal, é técnica a favor do direito material. Se existe uma condição para impedir que um processo viciado seja chegado ao juízo de mérito, não há razão de ser de rigorismo excessivo no exame de tais condições, sendo a teoria da asserção - que permite essa admissibilidade segundo os fatos trazidos pelos autores - medida impositiva ao processo, permitindo a parte receber a técnica adequada ao direito alegado em petição inicial. É o que se traduz das lições de Francisco Emilio Baleotti:

Ora, vemos assim que a técnica processual deve necessariamente adequar-se ao direito material alegado pela parte quando da propositura da demanda, pois se a ela incumbe o direito de fixar o objeto da decisão ou do provimento jurisdicional pleiteado, cabe-lhe também que os meios pelos quais esse provimento lhe seja entregue guardem coerência e lhe conceda exatamente aquilo que pleiteia em juízo²⁴⁷

Como parte dessa nova ideologia a analisando todo o instituto da preclusão como técnica, Fernando Rubin defende um “modelo de mitigação da preclusão referente aos atos processuais necessários no desenvolvimento de fase do procedimento, especificamente instrutória” dado o momento do rito ser essencial para que o Estado-juiz forme sua convicção, o exercício de um caráter excepcional à limitação ao direito de provar. .- exemplo da cognição das condições da ação.²⁴⁸

Assim, não é a própria técnica que ditará seu próprio rumo, invertendo o fundamento de sua existência; mesmo sendo autônoma, deverá servir

²⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.22.

²⁴⁷ BALEOTTI, Francisco Emilio. Extensão dos Poderes do Juiz na Execução. RePro. Revista de Processo. vol. 36, n. 199, set. 2011. p. 123-138.

²⁴⁸ RUBIN, Fernando. A Preclusão na Dinâmica do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 232-237.

ao objeto para qual foi criada.

Por óbvio, toda essa ideologia deverá dotar forma e meio de maior flexibilidade, o que implica em maior concessão de poderes ao juiz que também deverá atuar de forma mais efetiva, assegurando às partes maior possibilidade de participação no processo.

CONCLUSÃO

O reclame pela efetividade dos direitos através do processo civil se tornou uma obsessão da sociedade. A academia do direito cada dia mais se dedica a obras e discussões na busca pela efetividade. Mesmo nos discursos de senso comum onde não há traços de cientificidade, a efetividade é pauta constante. Diante disso, é claro pois, que haverá mudanças.

Por toda história, os operadores do direito concentram suas forças na construção de um método ideal de solução de controvérsias e isto porque por mais ampla que seja a previsibilidade de direito material que positiva os valores e a cultura de uma sociedade, esta jamais será suficiente – por si só – para evitar os conflitos de interesse. Assim, acredita-se que o direito material é o “direito do povo” e necessita de um instrumento de efetivação: o direito processual, realizado para o povo.²⁴⁹

Interessante perceber que ao longo da história, assim como a cultura e os valores escolhidos pela sociedade, o processo como método, também acompanhou a proposição desses valores.

A relação empenhada entre a estrutura axiológica de uma sociedade e o direito por ela declarado desde sempre pôde ser observada. Mesmo nas primeiras civilizações, como no direito romano primitivo, a relação processo *versus* cultura já era latente; tanto que a evolução do direito processual civil romano acompanhou as transformações da regência político-social daquela civilização.

O método então acolhido pela sociedade romana primitiva era extremamente carregado de misticismo e religiosidade, logo, pelo medo do castigo divino, sujeitava-se aos comandos dos soberanos. Quando os súditos recorriam a ele, faziam sempre com intuito de autorizar-se a agir contra o outro pela violação de uma norma de conduta. Dessa forma, os primeiros modelos de processo estavam carregados de tipicidade, portanto, da formalidade necessária para manutenção da lei e do sistema.

Com a queda da realeza romana e o surgimento da república a dissipação do poder se reflete na forma de resolução dos conflitos: distribui-se a jurisdição e cai a figura do sacerdote que cede espaço ao magistrado: o pretor.

²⁴⁹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Uma visão crítica da jurisdição civil. Leme: LED Editora de Direito, 1999, p.26.

Apesar da delegação de poder, o formalismo ainda foi mantido e mais tarde, com receio do excesso de poder aos pretores procurados, a técnica processual sofre uma cisão: uma primeira fase diante do pretor, que fixava os termos da controvérsia – portanto, determinava o tipo de proteção ao direito - uma segunda fase diante do árbitro, cidadão romano que julgaria em nome do povo.

A sociedade se desenvolve e as típicas ações da lei se tornaram insuficientes; maior poder foi conferido ao árbitro que estabeleceria uma fórmula para o julgamento. Com o advento do Principado o Imperador modifica o sistema e por uma questão de poder, vincula a tutela jurídica do Estado a uma única autoridade – dá-se a publicização do processo. Note-se: ainda aqui a jurisdição detinha a responsabilidade de dizer o direito; a concretização da justiça cabia às partes.

A disputa de valores travada então pelas invasões bárbaras ao Império não foi suficiente para retirar do processo, ainda visto como mero adjetivo do direito material, toda carga de formalismo - até então necessário para impedir o enfraquecimento político. Entretanto, nada disso impediu o domínio da Igreja Católica e a influência no processo de princípios cristãos (que ainda hoje podem ser observados).

Ainda na procura da história pelo método ideal, uma forma de busca pela verdade – como aquela encontrada nas práticas gregas narradas por Michel Foucault – pôde ser observada no direito aplicado ao final da Idade Média; pelo renascimento promovido ao início da Idade Moderna, chega a ela um modelo processual ainda cofundido com o direito material, descendente de uma carga de tipicidade romana e germânica, mas envolto pelos princípios cristãos.

Fica claro no discurso histórico a dependência da escolha do método à organização política e cultural da sociedade. Nesse contexto e diante de sociedades pautadas pelo arbítrio do Estado, estabelecia-se o excesso de formalismo justificado na confusão entre o direito material e o processo na imposição do direito.

O estudo demasiado do processo como técnica leva-o à promoção de ciência, e como tal, autônoma e independente do direito material. O Processo então é colocado por Oskar von Bülow como uma relação entre as partes que prevê direitos e obrigações recíprocas, portanto, uma relação jurídica.

Saltando de um extremo a outro e buscando coibir o arbítrio de

poder até aqui exercido, um novo paradigma de Estado é formado pelos ideais que pautaram a luta da sociedade na Idade Moderna, e deposita no princípio da legalidade a construção de justiça. O positivismo então é operacionalizado por meio do processo, que deveria seguir exatamente o que fora previsto em lei.

A autonomia processual aliada ao modelo social em que estava inserida desaguou na construção de diversos institutos processuais que objetivaram garantir um processo conceitualmente perfeito. Como todo excesso, este também foi prejudicial já que o processo apartou-se da finalidade para o qual foi criada.

Esse foi o terreno que possibilitou a criação das principais teorias acerca da ação – agora entendida como ação processual já que autônoma ao direito material.

Dentre essas, merece destaque aquela que, ao que parece, mais se adéqua a visão de processo civil deste estudo: a situação jurídica processual de James Goldschmidt. O autor entendia que a finalidade do processo era o direito material e que as normas não atuavam como direitos e obrigações mas representavam ao próprio interessado o poder de tornar eficaz a possibilidade de uma situação jurídica mais ou menos favorável a ele.

É certo que outras tantas teorias fizeram raízes no processo civil brasileiro. Apesar da tentativa de outros processualistas na criação de condições para o exercício do direito de ação, foi com base na teoria da ação de Enrico Tulio Liebman que o ordenamento processual brasileiro construiu suas estacas. Entretanto, com a assunção do Estado Democrático de Direito os valores se transformam. O Estado se transforma. Agora, luta-se não mais por um processo cientificamente perfeito; mais do que isso, os reclames de acesso à justiça denotam um processo realizado à luz da finalidade para o qual foi criado; para tanto se mostra mais adequada a Teoria da Asserção que possibilita ao juiz admitir a ação e examinar as condições sem exame de cognição - com base naquilo afirmado pelo autor - deixando a cognição para análise de mérito.

Além disso, não se pode deixar de observar que, em que pese os processualistas modernos, em sua maioria, terem construído teorias que identificavam o direito de reclamar ao Estado a resolução de suas controvérsias como um direito autônomo, a teoria exposta por Ovídio Baptista e Pontes de Miranda é conceitualmente pertinente quando demonstra a existência de uma ação material que antecede à ação processual. Entretanto, ainda ao final desse estudo

tentou-se encontrar um meio de operacionalizar, praticamente, a criação de institutos processuais pensados a partir do direito material concreto – e não abstrato – como querem tais doutrinadores.

Percebe-se então que em tempos de instrumentalidade e de formalismo valorativo é inegável a reaproximação dos institutos processuais ao direito material. Queriam, ao tempo do processualismo – e ainda carrega-se parte dessa herança – fosse a ciência processual conceitualmente perfeita, deixando de lado a preocupação maior: a realização do direito material.

Para tanto, a técnica empregada ao procedimento foi a forma pela forma, e não pela realização que ela dá; se a forma é vazia e não leva a um resultado, é oca e imprestável ao processo.

A diferença na formação e construção dos institutos processuais é clara: se o cientista processual almejar construir uma ciência conceitualmente perfeita não é certo que a realização de seus fins seja alcançada – o processo pode ser válido, mas injusto. Entretanto, se os institutos processuais forem pensados a partir da técnica adequada para realização do direito material – utilidade do processo – alcançar-se-á a efetividade do sistema processual.

De certo que, a forma valorosa deve ser enaltecida como aquela responsável por assegurar ao processo a aplicação dos valores eleitos através dos princípios processuais constitucionais.

Por outro lado, relacionar de forma extrema direito material e processo seria perigoso, já que para isso seria necessário uma técnica adequada para cada situação concreta, exigindo previsibilidade absurda do legislador que não teria estrutura para tanto.

Em uma análise prática, os modelos demonstrados quanto ao exame de admissibilidade de mérito da ação e quanto à aplicação da preclusão no processo demonstram qual deve ser a relação ideal de direito material e processo. Em que pese repousar essa resposta em questões ideológicas, o juiz seria responsável por decidir, caso a caso, se a formalidade imposta pela técnica enquanto forma, procedimento ou outro instituto processual, estaria atuando para sua finalidade maior - o direito material – ou apenas de maneira excessiva, concebendo um empecilho à realização do direito.

Se a técnica, no caso concreto, se mostrar vazia (se não cumprir com os objetivos para qual foi criada) deverá ser relativizada em função da

concretização do direito material objeto do processo. Os parâmetros para essa realização são os valores eleitos pelo Estado Democrático de Direito, portanto, os princípios processuais constitucionais.

O ponto de vista mais adequado, portanto, continua sendo aquele que não apenas leva em conta a finalidade do processo, mas aquele que cria a ciência processual em razão dessa finalidade, calcada nos valores escolhidos pelo Estado Democrático de Direito. Por sua vez, o paradigma eleito pela Constituição dá ao operador todas as ferramentas necessárias para essa construção.

Por todo caminho histórico percorrido, deixa-se, nas palavras de Miguel Reale, o entendimento do que se pede ao processo nos dias de hoje, e “se há algo [...] que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo é a luta contra todas as modalidades de "formalismo", pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana”.²⁵⁰

A saber, esta é uma das facetas na busca pela efetividade que certamente não encontrará um fim já que as mudanças sociais refletirão continuamente no direito.

Basta então que o leitor tenha sido instigado a percorrer outros caminhos ou se engendrado neste – que certamente não termina aqui; assim, a pesquisa alcançaria seu objetivo, incentivar novas discussões e conseqüentemente, novo desenvolvimento, sempre com vistas à efetivação dos direitos. A partir daqui, foram lançados os conceitos e o caminho para o ideal pretendido. Basta agora percorrê-lo, com todas as dificuldades que ele sugere.

²⁵⁰ REALE, Miguel. Introdução ao Estudo do Direito. 25. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 84.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do judiciário e efetividade da prestação jurisdicional. In: ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da “Ação de Direito Material”. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Guilherme%20Rizzo%20Amaral%20formatado.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2013.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000

ARMELIN, Donaldo. O acesso à justiça. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: PGESP, n. 31, p. 171-182, jun.1989.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEOTTI, Francisco Emilio. Extensão dos poderes do juiz na execução. **RePro**: Revista de Processo, v. 36, n. 199, set. 2011.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Mandado de segurança coletivo**: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro. 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUENO. Cassio Scarpinella. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, direitos fundamentais políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. rev. e atual. até a Lei 1.419/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

CARNELLUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. tradução: Adrian Sotero De Witt Batista – Campinas: Servanda, 1999.

_____. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. **Rivista di diritto processuale**, v. 35, n. 4, 1960.

_____. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. Traduzido por Hilton Martins Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. v. 1.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 324-325.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE MARTINO, Francesco. **La giuridizione nel diritto romano**. Padova: Cedam, 1937.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 12 abr. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2003. Tomo I.

GOMES, Fábio. **Carência de ação**: doutrina e comentários ao CPC, análise da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional, um contributo ao estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. **Relação entre direito material e processo**: uma compreensão hermenêutica – compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Galeno. “**Processo e Cultura**”. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, 1961, v. 3.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1984. v. 1.

_____. **Problemi del processo civile, l'azione nella teoria del processo civile**. Milano: Morano ed., 1962.

MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: Sobre a Renovada Polêmica em Torno da Ação de Direito Material. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 8, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MACIEL, José Fabio Rodrigues; AGUIAR, Renan. **História do direito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARCHI, Eduardo Cesar Silveira Vita. Aspectos de direito público romano: as constituições políticas da realeza e da república. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, n. 100, p. 3-19.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Campinas: Millennium, 2003.

MEIRA, Silvio. **Curso de direito romano: história e fontes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MEIRA, Silvio. A Universidade de Bolonha e a cultura universal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 28, n. 111, 2001.

MITIDIERO, Daniel. **Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil**: elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MUTHER, Theodor. **Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular en lãs oblicaciones**. Polemicas sobre la *actio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974

NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 16, n. 64, 1991.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo" **Revista de Processo**, São Paulo, n. 137. p. 7-31, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista Processo e Constituição**. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, n. 2. p. 5-32, 2005.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Uma visão crítica da jurisdição civil**. Leme: LED Editora de Direito, 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

_____. Tratado de direito privado: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. Tomo 5.

REALE, Miguel. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROBERTS, J. M. **O livro de ouro da história do mundo: da pré-história à idade contemporânea**. Trad. Laura Alves e Aurélio Rabello. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 250.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. **Preclusão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Sistema del derecho romano actual**. 2ª. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. A jurisdictio Romana e a jurisdição moderna. In: _____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Direito subjetivo, pretensão, direito material e ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Orgs.) **Polêmica sobre a ação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 20.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÓFOCLES. Édipo-Rei. **Programa avançado de cultura contemporânea**: Universidade Federal do Rio de Janeiro. Acervo digital. Disponível em: <http://www.pacc.ufrj.br/arquivospdf/edipo_rei.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2013.

STRECK, Lênio. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: as possibilidades transformadoras do Direito. In: JORNADA DE ESTUDOS DA JUSTIÇA FEDERAL, 3., **Palestra...** exibida em 22.09.06 na TV Justiça.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Direito e processo**: direito processual civil ao vivo. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997. v. 5.

_____. **Revista síntese direito civil e processual civil**, v. 6, n. 36, jul-ago. 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VILLEY, Michel. **Direito romano**. Porto Alegre: Rés, 1991.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo de conhecimento. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**, São Paulo: RT, 1988.

_____. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005.

WINDSCHEID, Bernhard. La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la action**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. O direito nas sociedades primitivas, In: _____. **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZANETTI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro no Estado democrático constitucional. Tese (Doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. **Ajuris**, n. 64, jul/95.