

REFLEXÕES SOBRE DIREITO E PROCESSO

CÂNDIDO R. DINAMARCO

SUMÁRIO: 1. nasce o direito processual — 2. Windscheid e Muther — 3. os termos da questão — 4. formação gradual do direito — 5. a tese unitária na Itália — 6. Calamandrei e Carnelutti — 7. pan-processualismo — 8. Chiovenda e Liebman — 9. polêmica recente — 10. Fazzalari — 11. crítica: direito romano e **common law** — 12. crítica: filosofia do direito — 13. crítica: direito positivo — 14. figuras particulares — 15. aplicações.

1 — Nasce o direito processual. — ciência do direito processual teve o seu assento de nascimento na obra de **Von Bülow** sobre as exceções e pressupostos processuais, publicada na Alemanha, em 1.868. Antes disso, as normas do processo eram feitas segundo ditames exclusivamente práticos e estudados pelo critério meramente exegetico, à moda dos velhos praxistas, e não havia uma construção segura dos institutos processuais e muito menos uma coordenação harmoniosa entre eles, os quais eram geralmente tratados por romanistas e civilistas — o que bem indica como à consciência dos juristas de então não transparecera ainda a luz da distinção (hoje não nítida) entre o direito substancial e o processo; não havia maturidade suficiente dos estudos, para se compreender que não são de direito material institutos como o da coisa julgada, da hipoteca, da prova, da responsabilidade executiva, da ação. Desta, dizia Savigny que é um direito novo nascido da violação do direito subjetivo, enquanto um **slogan** francês proclamava que ela é o próprio direito, **encouraçado e armado para a guerra**. E tudo isso era muito natural naquele mundo tão individualista que o mundo viu no século XIX, o qual impostava as relações entre Estado e indivíduo em termos tais que o princípio da autoridade vinha diluído entre exageradas aplicações do princípio da liberdade, e para o qual a igualdade jurídica, mãe de tantas injustiças, era um animal sagrado em que não se devia tocar; naquele mundo ultra-liberal, era natural também que o processo fôsse visto

como o campo onde os particulares travam o duelo de seus interesses substanciais, e não como um dos possíveis instrumentos para a realização publicística dos preceitos materiais contidos no ordenamento jurídico; era natural que se acreditasse ser escopo do processo a tutela jurídica de direitos ou de interesses privados; e era natural afirmar-se que a ação é um direito que se exerce contra o adversário, não perante o Estado.

A obra de Von Bülow foi uma revolução. Dava-se então excessivo peso ao sentido etimológico da palavra processo e à observação (meramente formal) daquilo que o processo tem de mais visível, ou seja, o seu caráter evolutivo, a marcha, o progresso, a evolução, e então era ele entendido como mero procedimento, como caminhada avante, ao longo do arco que vai de um ato de iniciativa a um ato final. Von Bülow abriu os olhos dos estudiosos para o outro lado do instituto, mostrando que há também entre o juiz e as partes uma relação, progressiva sim, mas verdadeira relação jurídica, por força da qual **de um lado, o juiz assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, e de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum**; era uma relação jurídica de direito público, diversa da relação substancial litigiosa em seus requisitos constitutivos (pressupostos processuais). Era, enfim, a **relação jurídica processual**.

Von Bülow não foi, na realidade, o primeiro a ter a intuição da existência dessa relação jurídica processual. Antes dele, já tinha sido feita uma referência a esta na obra de Bethmann-Hollweg, que ele próprio cita. O seu mérito indiscutível foi o de apresentar sistematicamente a teoria, a qual fôra anteriormente objeto de um simples aceno. Vieram depois sérias disputas a respeito (a relação é linear, angular ou triangular?), contestou-se a validade da descoberta, mas é uma verdade reconhecida pelos processualistas de hoje que a teoria da relação jurídica processual foi o marco inicial da independência do direito processual civil como ramo autônomo na árvore do direito. Só a partir daí é que foi possível o desenvolvimento científico do direito processual e o encaminhamento da solução de suas questões fundamentais (especialmente daquelas referentes aos seus institutos básicos: jurisdição, ação, processo). ⁽¹⁾

2 — **Windscheid e Muther.** — Mas também Von Bülow era um homem do seu tempo, e ninguém consegue, de um salto, renegar toda uma cultura sedimentada e passar para uma dimensão diversa,

(1) Von Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, especialmente cap. I.

um plano estanque, imune a todo e qualquer influxo das doutrinas precedentes. Assim é que, p. ex., em sua obra está dito com tôdas as letras que a relação jurídica processual é constituída através da **litiscontestatio**, um contrato de direito público do qual nascem o poder e o dever concretos do juiz e a sujeição das partes (afirmação que repugna à ciência processual moderna). Além disso, êle toma decidida posição na velha mas sempre nova disputa acêrca da unidade do ordenamento jurídico, acusando com isso um reflexo daquela que foi a mais célebre das polêmicas que jamais interessaram o direito processual, e que era então fato bastante recente.

Trata-se da famosíssima polêmica entre os romanistas alemães **Berhard Windscheid** (então professor na Universidade de Greifswald) e **Theodor Muther** (Universidade de Konisberg), travada nos anos 1.856 e 1.857.

Primeiro, **Windscheid** escreveu um livro sôbre a **actio** romana, preocupando-se antes de tudo em demonstrar como os sistemas jurídicos romano e moderno — fossem fundamentalmente diversos, no sentido de que o primeiro, em vez de ser um sistema de **actiones**, e não se chegava ao direito senão através da **actio**. E Windscheid propôs-se a traduzir em têrmos modernos a terminologia romana, em primeiro lugar contestando o paralelismo entre a **actio** e a ação moderna (**Klage, Klagerecht**), e depois chegando a conclusão de que aquela expressão latina representa um fenômeno que no direito moderno é representado pelo nome de **Anspruch** (palavra que, no mundo latino, é traduzida por **pretensão**, ou por **razão**), o qual é uma situação jurídica substancial, distinta da ação e do direito subjetivo: é a faculdade de impor a própria vontade em via judiciária.

A resposta de **Muther** foi essencialmente no sentido da reaproximação dos conceitos romano e moderno (**actio** e ação), sustentando que em Roma também havia prioridade do direito à ação, que esta era o direito à prestação da tutela jurídica (direito à emissão da fórmula), tendo por titular passivo o magistrado, não o adversário.

É bom notar que a obra de Windscheid gozou muito mais do favor do público do que a do seu adversário. Influíram nisso, certamente, vários fatôres extrínsecos, entre os quais se apontam o maior prestígio de que já gozava o professor de Greifswald à época da polêmica (tinha já trinta e nove anos, em seu ativo constavam várias obras, era catedrático há dez anos, ao contrário de Muther, que contava apenas trinta anos de idade, havia anteriormente escrito pouco e só recentemente subira à cátedra), bem como o antipático tom irônico usado por êste último; além disso, Windscheid haveria de

continuar brilhantemente a sua carreira de romanista, chegando a escrever as famosas **Pandetas (Lehrbuch des Pandektenrechts)**, ao contrário de Muther, que passou a interessar-se de outras diferentes pesquisas jurídicas. E a teoria de Windscheid acabou sendo consagrada em lei (§ 194 do BDB, código civil alemão, na redação de cujo projeto colaborou Windscheid). (2)

3 — O termos da questão. — A polêmica entre os dois romanistas haveria de exercer enorme influência no sucessivo desenvolvimento dos estudos de direito romano, de direito civil e de teoria geral do direito, abrindo estradas para a fundação do direito processual científico. Ela, de fato, estimulou a teoria do direito subjetivo como poder de exigir uma prestação alheia (que tantos embaraços iria criar à teoria do processo), preparou o campo para todo o vigoroso progresso da teoria da ação (p. ex., é inegável a influência de Muther na teoria de Wach sobre a ação como direito concreto de agir, ou direito à tutela jurídica), e o que é mais importante, propiciou as especulações metodológicas acêrca das relações entre direito substancial e processo.

Na verdade, os contendores colocaram o problema da prioridade da **actio** ao direito subjetivo com referência ao direito romano (pois, para o direito atual, ambos aceitavam que a ação fôsse um direito novo, nascido da violação de um direito subjetivo precedente), — mas a discussão despertou a doutrina para a existência de dois planos a observar, o substancial e o processual, distinção essa que veio exposta sistematicamente na obra de Bülow, onze anos após encerrada a polêmica. Só assim é que se tornaria possível a dúvida sobre as relações que processo e direito (material) mantêm entre si, ou seja, sobre a conceituação unitária ou dualista do ordenamento jurídico; dúvida essa que, em palavras pobres, tradicionalmente se expressa na pergunta: **o direito subjetivo nasce mediante o exercício da atividade desenvolvida no processo, ou é anterior a ela?** a jurisdição é uma função criativa de direitos, ou meramente recognitiva de direitos preexistentes?

Preferir a primeira solução (o direito nasce do processo) é dizer que as normas jurídicas concretas se produzem ao longo do arco da colaboração entre as chamadas atividades legislativa e judiciária do Estado: o direito subjetivo nasce com o processo e com a sentença,

(2) — Von Bülow, *Die Lehre*, cit., cap. I, I; Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpuncte des heutigen Rechts*, esp. §§ 1 e 23; Muther, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klegerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen*, esp. parte I; Windscheid, *Die actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther*, esp. §§ 1-23; Pugliese, *Introduzione*.

antes dos quais não há senão interesses relevantes para o direito, interesses em conflito, mas direito subjetivo não. A norma que rege a **concreta** relação entre indivíduos depende, para a sua existência, da atividade do juiz.

A segunda solução significa que as atividades legislativa e judiciária, mediante as quais desempenha o Estado a sua função jurídica, distinguem-se nitidamente uma da outra. No plano legislativo, são produzidos preceitos gerais e abstratos, que se tornam concretos e específicos (i. é, que se **aplicam**) automaticamente, diante do ocorrer de um fato juridicamente relevante; e a função jurisdicional não consiste senão em declarar (i. é, **reconhecer**) essa vontade concreta do ordenamento jurídico e atuá-la praticamente.

O sabor acadêmico da questão e as dificuldades criadas pelas sutilezas filosóficas e verbais utilizadas na sua discussão não devem desencorajar o estudioso ou desinteressá-lo do problema, pois na realidade são inúmeras as implicações teóricas e práticas da tomada de posição em favor da unidade ou do dualismo do ordenamento jurídico: pode-se mesmo dizer que em todos os problemas institucionais do direito processual se vê um reflexo dessa fundamental questão metodológica (pense-se no conceito da ação, na disputa entre a teoria material e a teoria processual da coisa julgada, na questão se esta impede outro julgamento sobre a matéria decidida ou impõe que o novo julgamento seja conforme ao primeiro, na determinação do escopo da jurisdição ou do processo, no conceito da sanção executiva, etc.). É, por isso, conveniente esclarecer os diversos aspectos da questão e resolvê-la explicitamente, para que as soluções parciais possam ser conscientemente coordenadas entre si, em torno de um núcleo comum. Os parágrafos seguintes fazem um esboço (necessariamente resumido) das diversas variações das duas teorias e da sua sucessão histórica, bem como uma tentativa de apreciação crítica da tese unitária.

4 — Formação gradual do direito. — Foi Von Bülow o primeiro a sustentar, para o direito moderno, a tese da unidade do ordenamento jurídico. Primeiro, foi um simples aceno a ela em sua obra famosa de 1.868, nos limites de uma nota de rodapé; ali, citando alguns autores alemães precedentes, afirmou que a lei vai do comando abstrato (**lex generalis**) ao comando concreto (**lex specialis** contida na sentença) e finalmente à realização deste (**execução**), tudo isso significando que o direito (não só o subjetivo, como também o objetivo) sofre uma fundamental transformação através do processo. Em obra posterior a essa, ele apresentou de forma sistemática a tese, dizendo que a função do juiz não é aquela de reconhecer um direito preexistente, nem

a do processo é a de tutelar um direito privado; as regras contidas na lei limitam-se a fornecer uma **trilha obrigatória**, mais ou menos precisa, para a formação da norma concreta, mas é o juiz, através do processo, quem vai **completar o direito substancial**, produzindo a norma concreta. O direito, pois, na concepção de Von Bülow, se forma escalonadamente, a principiar da norma incompleta contida na lei e consumando-se com a sentença que completa essa norma e faz nascer o direito subjetivo do caso concreto.

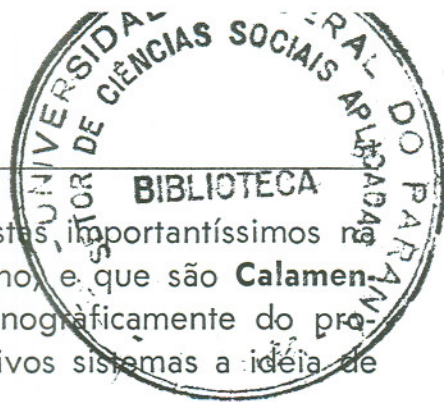
Outro marco fundamental na história da tese unitária do ordenamento jurídico foi **Kelsen**, com a sua **doutrina pura do direito**. Desenvolveu notavelmente o jurisfilósofo checoslovaco a idéia da **formação gradual do direito**, afirmando que este se produz através de sucessivas etapas — (a. a norma fundamental, imanente na consciência do povo; b. a constituição; c. a lei; d. o decreto; e. o negócio jurídico; f. a sentença; g. a execução), das quais cada qual constitui pressuposto da seguinte e execução da precedente. O direito não impõe um **dever-ser** ao indivíduo, mas enuncia sanções e lhe mostra qual a conduta com a qual ele poderá evitar a aplicação destas; o cânone que impõe essa conduta é, porém, de natureza social e não jurídica. E a sentença, aplicando a sanção, é também fonte de direito, de natureza **totalmente constitutiva** e não meramente declaratória do direito preexistente. ⁽⁴⁾

5 — A tese unitária na Itália. — Essa idéia teve bastante divulgação e prestígio, seja entre os autores alemães (especialmente **Binder**, que da tese unitária tirou sérias consequências para o direito processual) ou italianos; entre estes, é fundamental o pensamento de **Capograssi**, cujas reflexões sobre a experiência jurídica exercem marcada influência sobre aqueles que ainda hoje aceitam a unidade do ordenamento jurídico.

Na verdade, o primeiro a sustentar na Itália essa idéia foi anterior a Capograssi; trata-se de **Mortara**, segundo o qual **o direito subjetivo é que nasce no processo**, pois a norma e a pretensão, ainda estando bem próximas, não mantém contato: a sentença opera como o **interruptor** de eletricidade, que dá passagem à faísca que as unirá, ocasionando o nascimento do direito subjetivo.

Os que vieram depois, e foram tantos, não escondem a influência do filósofo italiano do direito, e não só deste, mas também de Kelsen. Com variações que não a desnaturam a tese unitária é defendida expressamente, na Itália, de maneira mais destacada, por **Peke-**

(4) V. Von Bülow, *Die Lehre*, cap. I, nota 3; Rocco, *La sentenza civile*, esp. n.º 50, nota 1; Kelsen, *Reine Rechtslehre*.



lis, Allorio, Satta e Ascarelli; outros dois juristas, importantíssimos na história do pensamento processualístico italiano, e que são Calamandrei e Carnelutti, embora não tratassem monograficamente do problema, também tem à base dos seus respectivos sistemas a ideia de Kelsen e Capograssi.

Pekelis é particularmente conhecido por um artigo escrito para uma obra enciclopédica, sobre a ação do direito moderno, no qual nega a existência de direitos subjetivos materiais e de relações subjetivas entre pessoas; o único direito que existe é a ação, que estabelece um vínculo entre o autor e o juiz e outro entre este e o réu; e, por uma **ilusão de ótica**, as pessoas crêem que estão relacionadas diretamente entre si, tomando por realidade a sombra (linear) do ângulo formado por aquelas duas relações.

Para **Allorio**, as normas jurídicas, mesmo as substanciais, têm como destinatário o juiz. As normas substanciais se conceituam como **normas de valoração jurídica**, e são estáticas; ele dá particular importância ao **momento jurisdicional** na gênese da norma concreta, dizendo que esta aparece através do exercício de um poder outorgado por **normas de produção jurídica**, entre as quais estão as leis do processo. É nítido o sabor Kelseniano de sua teoria, que não dá por produzida a norma substancial concreta senão através do acerto jurisdicional.

Satta, declarado adepto de Kelsen e Capograssi repudia a **teoria estática** da jurisdição, nega a existência de direitos subjetivos e afirma que o ordenamento jurídico é realizado pelo próprio ordenamento jurídico, através das atividades conjugadas do juiz e das partes no processo: assim, é neste que se produz a norma concreta. Nas considerações de Satta, o qual na presente fase de sua vida cultural não esconde uma viva vocação para os temas espirituais e filosóficos, o ponto de partida é dado moral **homem** — é sempre o homem, o qual mantém a sua originária soberania perante o Estado, e de cuja atividade, através do exercício da ação, depende a produção jurídica. O professor da Universidade de Roma, descrente das revistas de direito processual existentes na Itália, em 1969 fundou uma sua, na qual, praticamente sozinho, vem depositando o fruto de suas meditações filosóficas e jurídicas. E nessa publicação se vêem renovadas as suas ideias **Kelsenianas** (embora em alguns pontos Satta pareça criticar Kelsen, com palavras que, todavia, não vão além de mera crítica verbal), seja quando ele defende a teoria normativista contra as críticas de **de autores, escolas e escolinhas** que introduzem indevidamente no estudo do direito, indesejáveis dados **históricos e sociológicos** — seja afirmando que o **direito é aquilo que o juiz afirma que é direito**, que a

verdadeira relação (lógica e histórica) entre a jurisdição e a legislação é a que evidencia o primado daquela, que a visão unitária do direito é a única que deve ser seguida.

Ascarelli, num artigo escrito em 1957, observou que não a norma constitui objeto da interpretação, mas o texto (o qual, uma vez interpretado, revela a norma). O trabalho do intérprete é, assim, como que uma conexão entre o passado e o futuro, pois com a aplicação concreta êle projeta em direção dêste a formulação abstrata, que é um dado pretérito. Mas, continua o ex-professor da Universidade de São Paulo, em sua indagação histórica o intérprete é obrigado a fazer várias **escolhas**, seja determinando a **ratio** do texto analisado ou identificando a hipótese legal abstrata em que o fato acertado se enquadra. E a formulação (concreta) da norma nasce justamente do concurso dessas escolhas, através das quais o intérprete se insere na produção do direito e através das quais os princípios se "**positivam**", tornando-se imperativos. ⁽⁵⁾

6 — Calamandrei e Carnelutti. — Êsses dois processualistas nunca dedicaram monografias ao estudo da teoria unitária ou dualista do ordenamento jurídico, mas ambos tem como premissa lógica necessária às suas doutrinas a idéia da inaptidão da lei para reger as relações entre pessoas, da necessidade de uma outra atividade complementar de produção jurídica, do direito que nasce da sentença, e tantas outras coisas que só nas teorias de Kelsen e seus seguidores podemos encontrar.

Todos conhecem o pensamento de **Carnelutti** sobre o escôpo do processo. Quando êle diz que êste existe para a **justa composição da lide**, pressupõe naturalmente que as normas jurídicas substanciais contidas na lei não tenham por si sós aptidão para compô-la (i é, para, qual regra concreta, regular o conflito de interesses). Essa idéia, que está à base de todo o sistema de Carnelutti, foi por êle manifestada num dos seus mais antigos escritos, um trabalho sobre a sentença condicional. O efeito da sentença, diz êle, é **tornar concreto ou particular** o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal; o comando abstrato é representado por um arco, o qual só se fecha em círculo quando houver o **comando complementar**; êste reside na sentença (não dispositiva) e no negócio jurídico. É, como se vê, uma derivação da teoria de Kelsen.

(5) Mortara, *Commentario*, vol. I, n.º 18; Capograssi, *Intorno al processo*, p. 254, e *Giudizio processo scienza verità*, p. 7; Pekelis, *Azione*; Allorio, *La Pluralità degli ordinamenti*, p. 247; Satta, *Diritto processuale civile*, n.º 2 e 96, e *Norma, diritto, giurisdizione*; Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e In tema di interpretazione*.

Calamandrei, escrevendo sobre as atividades do juiz em comparação com a de um historiador, dizia coisas parecidas. Para o processualista toscano, o momento essencial da jurisdição é aquele em que o juiz **transforma** a norma abstrata (a qual se dirige a todos e a nenhum) em comando concreto; a norma da lei é em si mesma uma hipótese abstrata e inerte, que não pode tornar-se preceito concreto **a poder de magia** e por isso é necessário que o juiz, inserindo-se na realidade, desempenhe o seu papel de comandar e impor sanções. ⁽⁶⁾

7 — **Pan-processualismo**. — Em um artigo muito recente (1968), **Micheli** retoma o fio de um seu trabalho anterior e, partindo de uma crítica a Satta e a Ascarelli, sustenta à sua maneira a teoria unitária. Aparentemente, ele faz uma crítica a essa tendência, mas é uma crítica meramente verbal e no fundo a sua tese é uma variação da mesma.

Micheli concorda que a concretização do comando gera: abstrato do legislador é obra do intérprete, mas observa que intérprete não é só o juiz, senão também o povo através das normas consuetudinárias, e os próprios interessados, enquanto desenvolvem sua atividade dentro e fora do processo (transação, juízo arbitral, conciliação). Ele leva em conta as reflexões de Fazzalari num trabalho sobre a experiência do processo e afirma que a experiência jurídica não se circunscreve a este e ao juízo de um órgão do Estado, mas deve estender-se à consideração de toda a atividade jurídica realizada pelos sujeitos fora do processo. É **pan-processualista**, e muito estreita, a visão de quem, como Capograssi e Satta, concentra as suas atenções na utilidade **só do processo** à concretização do direito. A realidade mostra como o ordenamento jurídico é mais complexo do que dizem as teorias unitárias.

Mas, nem porque busque uma visão mais ampla do fenômeno jurídico, a opinião de Micheli deixaria de ser unitária (essa ampliação, aliás, não é totalmente estranha à obra dos escritores precedentes). Na verdade, ele entende que só há concretização da norma quando há controvérsia; sem esta, haverá mera **atuação espontânea** do direito. Mas essa afirmação de Micheli é em si uma veemente negação da teoria dualista, segundo a qual a norma se concretiza automaticamente, independentemente de controvérsia, independentemente de controvérsia, independentemente da consciência ou vonta-

(6) Carnelutti, *Diritto e processo*, esp. n.º 9 e 13, *Istituzioni*, esp. n.º 17, e *La sentenza condizionale*; Calamandrei, *Istituzioni*, esp. §§ 8, 11 e 13, e *Il giudice e lo storico*, esp. n.º 8-9.

de de quem quer que seja, e antes da existência do processo: e a êsse resultado positivamente não chega Micheli. (7)

8 — Chiovenda e Liebman. — Posição autenticamente dualista é, em verdade, a de **Chiovenda**. Também êle não escreveu monograficamente sobre a matéria, porém não se limitou a deixar implícito o dualismo à base de sua tese da atuação da vontade concreta da Lei como escôpo do processo: êle em várias oportunidades se manifestou sobre o assunto, tomando posição bem definida.

No silêncio do principal processualista italiano, já não seria lícito duvidar se êle colocasse ou não a legislação e a jurisdição em planos distintos, ou se considerasse ou não já formada a norma do caso concreto no momento em que o juiz é chamado a intervir. Mas êle disse tantas vezes, expressamente, que a norma concreta se forma automaticamente com o suceder de fatos previstos na norma abstrata, que ao processo de cognição (condenatório, constitutivo ou meramente declaratório) não toca senão declará-la, e que a função do processo executório é atuá-la praticamente. Além disso, enfrentou os que sustentam a unidade do ordenamento jurídico, e o fez tachando de absurda uma das consequências inevitáveis dessa tese (que, no caso de cumprimento voluntário, o elemento produtivo da norma concreta é a vontade do indivíduo) e mostrando que ela conduziria à conclusão de que os juros moratórios correm a partir do trânsito em julgado da sentença e não a partir da citação.

Também na obra de **Liebman** sempre foi muito clara a idéia dualística, pois êle, além de adotar plenamente a doutrina de Chiovenda quanto ao escôpo do processo (doutrina que se assenta necessariamente naquela idéia), em vários de seus trabalhos sustenta que a atividade do juiz no processo é teórica e não volitiva, que a jurisdição não tem eficácia produtiva do direito nem no caso da sentença injusta (mas a tem na hipótese da sentença constitutiva). (8)

9 — Polêmica recente. — Também **Liebman**, porém, situava-se entre aqueles que nunca se preocupam em dedicar trabalhos especiais a essa disputa: sempre lhe bastou ter idéias claras a respeito e pausar a sua produção exclusivamente processualística, segundo essas idéias (que, como vimos, êle expôs aqui e ali). Mas, ainda bem recentemente (1969), um artigo de **De Fina** provocou uma resposta polêmica do fundador da Escola Processual de São Paulo.

(7) Micheli, *L'unità dell'ordinamento*; Fazzalari, *L'esperienza del processo*.

(8) Chiovenda, *Principi*, esp. § 2.º, I-II; Liebman, *Efficacia ed autorità*, esp. n.º 6 e 10, e *Manuale*, esp. n.º 3 e 26.

Em seu trabalho, **De Fina** defende a obra revolucionária com que Satta está procurando comprometer em seus fundamentos a velha e tradicional estrutura do direito processual e da própria teoria geral do direito; secundando e apoiando incondicionalmente Satta, aquele livre docente de direito constitucional da Universidade de Palermo sustentou que o direito não reside no ordenamento jurídico, êle é constituído no processo; que êste é o palco onde se identificam ordenamento e jurisdição, ação e postulação do juízo; que em certo momento a norma entra em crise, consumando-se a sua virtude imperativa; que o processo termina onde acaba a eficácia da norma.

A resposta do professor da Universidade de Milão foi que, em primeiro lugar, deveriam os desafiantes da velha estrutura demonstrar o êrro básico em que se assentam as impositões tradicionais — i. é, demonstrar que a norma não existe, nem o ordenamento, senão dentro do processo. Mas, prossegue, a dimensão social do direito reside iustamente na força vinculante de suas normas, e seria decepçionante se todo o trabalho legislativo não valesse mais do que **escrever na água**, o que aconteceria se a norma só valesse enquanto obedecida, cessando a sua eficácia quando e se o particular não se agradasse dela. Em suma, disse Liebman que Satta se bate contra uma realidade evidente, contra uma organização feita em moldes que os seus expedientes e sutilezas não conseguem esconder. E acrescentou que é estéril de conseqüências para o direito processual tôda essa filosófica problemática das relações entre a norma e o homem, entre o ordenamento e a coletividade — mas o que é certo e insofismável é a existência da norma e do ordenamento como dados insuprimíveis da realidade objetiva. ⁽⁹⁾

10 — Fazzalari. — Em favor da tese dualista, escreveu Fazzalari em 1957 um livro em que aborda com muita propriedade essa questão central da teoria geral do processo e deduz as implicações de uma ou de outra das teorias em debate.

O livro começa pondo em relevo os reflexos da polêmica entre Windscheid e Muther sôbre os estudos romanísticos e sôbre a teoria geral do direito; depois de analisar as teorias de Bülow e Kelsen e as suas repercussões na obra de Allorio, Satta, Pekelis e outros, Fazzalari nega que se possa resolver a questão das relações entre direito substancial e processo **sub specie aeternitatis**, pois não vê por que todo e qualquer ordenamento jurídico deva conter normas primárias e normas sancionatórias, normas substanciais e normas jurisdicionais, preceitos e sanções.

(9) De Fina, *Ordinamento e giurisdizione*; Liebman, *Diritto e giurisdizione*.

Na análise do direito romano, porém, chega à conclusão de que mesmo aí não havia atividade criativa do pretor, o qual não se inseria no **processus** da produção do direito nem mesmo na faixa reservada ao **jus honorarium**. Descendo ao nível do direito positivo italiano, o autor também ali afirma a tese dualista, dizendo que aquêle ordenamento contém três espécies de normas: reguladoras da atividade privada, da atividade dos órgãos públicos (legislativos e executivos) e da atividade jurisdicional.

Depois, tendo feito uma incursão pela teoria geral do direito (com esclarecimento sobre o direito subjetivo), passa a estudar as aplicações da teoria dualista em vários institutos processuais, falando sobre o processo de conhecimento, a **causa petendi**, a legitimação, o objeto do processo, a **ação**, o processo de execução, o título executivo, os embargos do executado. ⁽¹⁰⁾

11 — Crítica: direito romano e common law. — Foi com referência ao direito romano que começou a ser sustentada com seriedade a tese da unidade do ordenamento jurídico (v. **supra**, n.º 2): tendo Windscheid sustentado que o sistema jurídico de Roma era um sistema de **actiones**, não de direitos, e que a êstes não se chegava senão através daquelas, e tendo dito Muther em resposta polêmica que não, que em Roma a função do **proetor** era meramente recognitiva, ou interpretativa, estava lançado o germe para as discussões que até hoje atormentam a teoria geral do direito e a do processo. Por isso, é natural que no exame crítico dessa disputa se principie pelo direito romano.

Na fase nebulosa de sua própria formação, o Estado vai aceitando uma forma de compromisso com as forças preexistentes, contentando-se em absorver normas consuetudinárias no ordenamento jurídico positivo, ou mesmo em atuar normas consuetudinárias como tais, ou ainda em emitir decisões fundadas em sentimentos populares não formulados, latentes na consciência comum — e só gradativamente vai insinuando a sua vontade através de normas positivas próprias. E por isso é que constitui ensinamento comumente repetido a prioridade histórica da jurisdição sobre a legislação, entendido que só quando atinge um certo grau de maturidade o Estado chega a emitir normas com valor **erga omnes** e caráter abstrato; antes, não o faz por não se sentir suficientemente forte perante os indivíduos para impor os preceitos enunciados.

Ora, quando se fala em **direito romano**, entende-se o direito de uma época histórica em que pelas razões vistas o direito substancial

(10) Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*.

não emanava todo êle de fontes que se assentassem no poder estatal. Ao lado do **jus civile**, grande era o número de normas consuetudinárias a regerem as relações entre pessoas o Estado romano não era suficientemente forte para impor o **seu** direito aos estrangeiros (**peregrini**). Além disso, muitas normas de direito substancial constavam aos editos, espécie de programa normativo mediante o qual cada pretor, assessorado pelo seu **consilium** de jurisconsultos, ao assumir o cargo prometia distribuir justiça segundo os critérios que enunciava. No entanto, mesmo com referência a um Estado débil assim perante os indivíduos, que não conseguira impor plenamente ainda a força de seus preceitos substanciais genéricos e abstratos, é indiscutível que o direito do caso concreto só nascesse após a pronúncia do magistrado.

Quando a norma aplicada era de **jus civile** ou de direito peregrino, nem a novação operada pela **litiscontestatio** parece ser um argumento decisivo em favor da criatividade do direito pelo pretor, pois o julgamento final era sempre de acôrdo com a norma preexistente. E ainda quando a norma era de **direito honorário**, é mais provável que ainda aí a decisão segundo ela não constituísse uma criação de direito do caso concreto. É verdade que o direito pretoriano é definido como o conjunto de normas **que os pretores introduziram para ajudar, suprir ou corrigir o direito civil, em nome da utilidade pública** (D 1,1,7,1 Papin), sendo que o uso do verbo **introduzir** dá claramente a idéia de criação do direito, mas, por outro lado, há a afirmação de que **proetor jus facere non potest** (Gai, 3,32). Assim, se lembrarmos que a divisão de poderes era coisa muito longe de ser conscientemente conhecida na civilização romana, a publicação do **edictum perpetuum** terá sabor de ato legislativo do pretor, e não de ato jurisdicional; e seremos levados a crer que, quando o mesmo pretor vem a julgar segundo os preceitos estabelecidos no edito (agora, então, desempenhando atividade jurisdicional), a norma levada em conta é anterior à sentença, ainda que criada pela mesma pessoa física que participe do **judicium**. Além disso, mesmo quando fazia a sua promessa programática anual o pretor não estabelecia arbitrariamente as regras a observar, tirando asas do nada ou de sua vontade; os jurisconsultos que o assessoravam eram afinal (como geralmente se repete) a **viva voz do direito**, representavam autênticamente o espírito jurídico do povo romano, e seus pareceres muito raramente eram repudiados pelo pretor.

Só pesadas tôdas essas observações, resta muito pequena margem à criatividade pretoriana, e verossimilhança menor ainda à tese da unidade do ordenamento jurídico romano.

É interessante, ainda, a observação de que assim como no Estado embrionário, também em alguns Estados muitíssimo evoluídos se vêem sistemas em que não há um direito escrito acima do juiz, a lhe limitar o critério material dos julgamentos: é o que se dá nos países que adotam a **common law**, sistema jurídico cujo espírito reside na idéia de que **os litígios devem ser resolvidos com a ajuda dos princípios obtidos, por indução, da experiência jurídica do passado — e não por dedução, das regras estabelecidas arbitrariamente por uma vontade soberana**; a razão, e não a vontade soberana, deve ser a justificação profunda da decisão. Trata-se de um sistema eminentemente consuetudinário, cujas normas se revelam através dos órgãos judiciais, em decisões com muito mais possibilidade de aderência às exigências do caso concreto que aquelas fundadas em norma escrita, a qual por sua própria natureza é muito mais rígida que o costume. Nêsse sistema, certos julgados enunciam normas de eficácia vinculativa para o futuro (**holding** se chama a parte da sentença que as contém), e às quais fica daí em diante adstrito o tribunal.

Porém, ainda nos ordenamentos jurídicos pertencentes à família da **common law** não é lícito dizer que o juiz cria, na sentença, a norma do caso concreto; ao contrário, é da essência do sistema a decisão segundo os princípios do **holding** de alguma decisão anterior. Assim, as decisões judiciais não constituem fonte do direito no sentido de que produzem a norma do caso concreto em julgamento: elas podem ser consideradas fontes, sim, mas apenas pondo-se atenção à força vinculativa que adquirem, como precedente judiciário, com referência a casos futuros (fonte normal). Diante disso, pois, não se pode afirmar, ao menos assim à primeira vista, que a **common law** seja um sistema de produção judiciária do direito, no sentido que essa expressão é usada nas presentes reflexões.

Nos países de direito escrito, com mais fortes razões, é de criticar a afirmação de que a jurisprudência constitua em si mesma fonte do direito: a autoridade que tem, para efeitos futuros, é de mero fato (**rationis imperio**, e não **ratione imperii**), e não há uma força vinculativa dos julgados anteriores, nem dos de grau superior sobre os futuros juízos dos órgãos subordinados. A Súmula do Supremo Tribunal pode ser o início de uma evolução que não se sabe ainda a que pôrto conduzirá, mas o certo é que hoje ela constitui mera auto-limitação (e limitação relativa) que a nossa suprema corte se impõe, sem qualquer vinculação (no plano jurídico) dos outros tribunais. ⁽¹¹⁾

(11) Pugliese, *Introduzione*, esp. p. XXVIII; Chiovenda, *Principi*, II, p. 70; Betti, *Processo civile (diritto romano)*, esp. n.º 4; Biondi, *Istituzioni*, esp. § 20; Correia & Sciascia, *Ma-*

12 — Crítica: filosofia do direito. — A questão da unidade ou dualidade do ordenamento jurídico é de relevantes conseqüências, seja no direito substancial, seja na teoria do processo, conseqüências teóricas e práticas que justificam uma tomada de posição a respeito. Mas ela é em si mesma, acima de tudo, uma questão de filosofia do direito, e por isso deve ser previamente discutida no plano das abstrações jurisfilosóficas.

E, nesse plano, imediatamente se percebe o sabor **normativista** da concepção unitária, — o que é muito natural, já que a tese teve a sua formulação básica definitiva justamente na obra do maior de todos os normativistas, Kelsen. Mesmo quando se tenta compreender mais amplamente a experiência jurídica e, num repúdio ao **pan-processualismo**, atribuir a obra de concretização da norma ao **intérprete** (expressão muito mais ampla do que **juiz**), resta-se sempre no campo norma. E será lícito dizer que o direito é a norma, que a experiência jurídica se reduz a esta? Por mais que afirmem a necessidade de uma visão global da experiência jurídica, os unitaristas acabam, paradoxalmente, aproximando-se a uma resposta afirmativa, pois não vêem no ato do devedor que paga, das partes que contratam, que se conciliam, do árbitro que emite um laudo, do juiz que pronuncia uma sentença ou que satisfaz o credor na execução, senão meros elos da cadeia de atividades destinadas à concretização, ou mesmo à criação da norma.

O direito, em verdade, não só na **norma** vive, mas também no **fato** ao qual a norma se aplica, e no **valor** que motiva a enunciação da norma abstrata e que deve presidir a interpretação dos textos em que ela se consubstancia. O direito se insere na vida do Estado como um instrumento para a realização de certos valores considerados essenciais à coesão do grupo social e à caminhada em direção dos fins comuns: a emoção atrativa ou repulsiva com que a opinião dominante recebe uma certa massa de fatos (os quais são, dessa forma, considerados lícitos ou ilícitos — ou seja, favorecedores da coesão ou da desagregação social) é um juízo de valor que tende a cristalizar-se em norma jurídica. Ora, nesse quadro é arbitrário concentrar na norma a definição da experiência jurídica, a qual começa com o fato e se dirige ao fato: i, é, o sistema normativo é uma resultante da valo-

nual, esp. §§ 4.º (p. 19 e 9.º (p. 26); Antokoleitz, *Tratado de Derecho Romano*, cap. I, §§ 4.º (p. 19 e 14; Arangio-Ruiz, *Cours de droit romain*, p. 65-67; Carrel, *La genesi del procedimento formolare* esp. cap. III, § II (p. 51), cap. V, § XXII (p. 225), § XXIII (p. 227), e § XXIV (p. 230); Roscoe Pound, *Justice*, esp. p. p. 60-63, e *The spirit*, esp. p. p. 13, 21, 182; Farnsworth, *An introduction*, esp. pp. 61-62; Tunc & Tunc, *Le droit*, esp. n.º 31-33; Massitte, *Casos*, esp. p. 5; Micheli, *L'unità*, esp. n.º IV; Liebman, *Giurisprudenza*; esp. n.º 4, e *Diritto e giurisprudizione*, esp. p. 86; Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, esp. n.º 10; Colesanti, *Giurisprudenza*, esp. n.º 2.

ração de fatos aplaudidos ou redupliados, e se destina à disciplina concreta de fatos futuros que reentrem na mesma categoria dos anteriormente valorados (categoria essa isolada pelo legislador e descrita na hipótese legal).

Essa breve incursão pelo campo da filosofia do direito visa apenas a demonstrar como não se deve inserir no **processus** de produção da norma concreta a atividade do intérprete (seja este o juiz, ou os próprios interessados, o árbitro, ou quem quer que seja). Não se nega a sua inserção na experiência jurídica, nem se discute a validade de interpretação do binômio **fato-norma** segundo os cânones éticos da sociedade atual. O ponto importante a fixar é que o intérprete já encontra uma norma concreta consumada e a sua atividade é meramente cognitiva: as **escolhas** que a sua tarefa lhe impõe situam-se exclusivamente no plano teórico e nunca no axiológico — de modo que lhe cabe apenas **investigar** a verdade dos fatos **ocorridos, acertando** depois se estes recebem de tal norma a sua disciplina concreta, além de esclarecer qual o sentido **atual** da norma (ou seja, que valor a opinião atualmente dominante na sociedade pretende tutelar através dela, e de que forma quer tutelar-lo). Não cabe ao intérprete estabelecer um ainda inexistente contato entre o fato e a norma, nem dar a esta o significado que ditarem os seus sentimentos pessoais. Quando ele intervém, já encontra uma realidade consumada (o fato em sua relação lógica com a hipótese da norma geral, o significado axiológico desta e, enfim, a norma concreta que “brotou” do encontro do fato com a norma). E o seu dever é o de ser fiel a essa realidade, referindo-a sem distorções históricas (quanto ao fato) ou axiológicas (quanto ao valor expresso da norma). Daí resulta que há concretização da norma, i. é, a sua aplicação ao caso concreto, não só independentemente da inserção do intérprete mas também independentemente da opinião dos próprios sujeitos da relação jurídica e do seu comportamento (controvérsia, satisfação voluntária, etc.).

Na verdade, a inaptidão da norma geral a tornar-se concreta ao simples encontro com o fato previsto hipoteticamente é um ponto-de-fé, um axioma que as teorias monísticas nunca chegaram a demonstrar. O que autoriza a afirmação de que não existe norma, não existe ordenamento jurídico, senão no processo e através do processo? A existência objetiva da lei é um fato, e é também universalmente reconhecido que o fato de sua existência é em si um vínculo à vontade dos homens (vínculo por força do qual a maioria pauta o seu comportamento segundo os cânones queridos pelo legislador). Além disso, se com a sua inobservância cessasse toda a sua eficácia vinculativa (o que os unitaristas afirmam), que critério outro teria o juiz

para julgar? Que o juiz julga segundo a lei é um dado de tamanha evidência (confirmado inclusive pelo nosso direito positivo, pois a sentença proferida contra literal disposição de lei é até rescindível: CPC 798), que precisaria mesmo toda aquela complicada e às vezes oracular argumentação dos adversários da tese dualista para torcer a realidade, com profundas especulações filosóficas sobre o homem, o seu valor, a sua ação (especulações que chegam a resultados talvez válidos, mas sem relevância para a questão).

A solução dualista, ao contrário, pauta-se pela simplicidade de sua demonstração, a simplicidade de quem afirma coisas evidentes que não requerem expedientes sutis de argumentação para serem demonstradas, nem especial iniciação do leitor para compreendê-las. Em proposições simples e convincentes, os sustentadores da tese dualista observam os fenômenos em primeiro lugar sobre um plano objetivo, afirmando que o direito do caso concreto nasce independentemente de qualquer atividade (mesmo teórica) do intérprete, a quem cabe, depois, o acertamento ou a atuação da norma concreta, que é norma e que é concreta antes da inserção do intérprete no mecanismo. Só assim se foge ao absurdo (mal disfarçado pelas sutilezas filosóficas dos defensores das teses monísticas) de que, no caso de satisfação voluntária de interesse alheio conforme à lei, ou a prestação é feita sem que houvesse direito, ou o direito nasceu justamente com o ato de sua extinção. ⁽¹²⁾

13 — Críticas: direito positivo. É chegado o momento de constatar no plano mais humilde do direito positivo se são fundadas as objeções feitas à teoria monista, ou se o nosso ordenamento jurídico é feito para operar unitariamente, sem aquele afirmado nítido destaque entre a função legislativa e a jurisdicional. Da análise dogmática de alguns institutos logicamente dependentes da questão debatida (coisa julgada, efeito retardado da sentença, dívida de jogo), poder-se-á reconstruir a orientação básica do nosso ordenamento.

O mais agudo sintoma de uma tomada de posição da nossa lei frente às duas teses em exame é a vigente disciplina do instituto da **coisa julgada**. Sabemos que, na história das doutrinas processuais, há duas tendências básicas a respeito desse instituto: a **teoria material**, segundo a qual a coisa julgada tem uma função prevalente de determinar a regra do caso concreto, regra a ser observada daí em diante por todos, mesmo pelos juizes que forem chamados a apreciar a mesma ação, e **teoria processual**, que sustenta a prevalência, ou mesmo exclusividade, da função negativa da coisa julgada, i. é, função

(12) Reale, *Filosofia do Direito*, esp. n.º 179 e 196.

de extinguir a ação, com a consequência prática de que já não se trata de impor julgamentos futuros conformes ao precedente, mas de impedir toda e qualquer nova apreciação do mesmo **thema decidendum**. O ordenamento jurídico brasileiro opta decididamente pela teoria processual, considerando nula e portanto rescindível a sentença proferida **com ofensa à coisa julgada** (CPC 798, I, b) e reconhecendo essa ofensa sempre que um juiz **decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide** (o CPC 289 afasta-se do conceito de ofensa à coisa julgada contido no art. 395, n.º 5, do c.p.c. italiano, segundo o qual só a sentença **contrária** a uma precedente passada em julgado é revogável). E uma lógica consequência disso é que a nossa lei dispõe que o reconhecimento pelo juiz de que há uma sentença precedente com autoridade de coisa julgada levará a um provimento **de rito**, terminativo do processo (CPC 182, II, e 184).

Essa orientação encontra eco na mais antiga e incontestada tradição luso-brasileira, pois todos os autores, desde o regime das Ordenações e do Regimento 737, até ao dos códigos estaduais e ao do Código de Processo Civil, invariavelmente afirmam que a existência de coisa julgada **impede qualquer novo julgamento da mesma matéria** (no Brasil, pois, nunca progrediu a tese, alhures afirmada, de que a coisa julgada impõe que no segundo processo eventualmente instaurado seja dada uma sentença de mérito conforme à precedente).

E essa mesma orientação também se projeta para o futuro, pois o Anteprojeto Buzaid (que, a propósito, introduz um louvável aperfeiçoamento, eliminando a injustificável exceção de coisa julgada) estatui que o processo se extinguirá sem julgamento no mérito quando o juiz acolher a respectiva **alegação** (art. 297, IV), não podendo nenhum juiz decidir novamente as questões já decididas em sentença definitiva, relativas à mesma lide (art. 511).

Ora, essa orientação constante no direito pátrio, a respeito da coisa julgada e das consequências processuais do seu reconhecimento, constitui seguríssimo sintoma de que a atividade jurisdicional é considerada pelo ordenamento brasileiro num nível nitidamente diverso daquele em que se situa a legislativa, i. é, completamente fora do plano da produção do direito. É que, como é intuitivo, se a coisa julgada tivesse a força de criar direito entre as partes, então o juiz do segundo processo incumbiria julgar **no mérito**, segundo essa norma criada, pois do contrário não teria sentido falar em criação da norma; como conceber que uma norma concreta seja criada com a finalidade **específica de nunca ser aplicada**? Aliás, o autor do Anteprojeto anuncia expressamente na sua exposição de motivos a ori-

entação dualista que depois se revela em artigos da legislação constituinte.

Na regulamentação da eficácia da sentença também reside um elemento de confirmação da tese dualista. Partindo da idéia de que pode trazer prejuízo aos indivíduos a imposição a êles das delongas do processo (em troca do poder de autotutela que um dia lhes foi subtraído), o legislador neutraliza os riscos causados pela espera, outorgando eficácia **ex tunc** à sentença e por várias formas impedindo que ela acabe por incidir sobre uma situação diversa daquela existente ao momento da instauração do processo. Entre tantos dispositivos ligados a essa idéia, um básico é o do CPC 166, IV, que dá à citação a eficácia de constituir o devedor em mora, com a consequência que, a partir daí, contam-se juros moratórios em benefício do autor (e essa mesma orientação é mantida no Anteprojeto, cf. art. 246); ora, essa construção também leva a crer que o ordenamento jurídico não vê na sentença o momento do nascimento da norma concreta, porque do contrário seria mais natural que desse início aos efeitos daquela a partir do seu trânsito em julgado, antes do qual não haveria, em hipótese, o direito subjetivo (êsse é o tratamento em princípio dado apenas à sentença constitutiva; v. **infra** n.º 14).

Contra as teses unitárias **pan-processualistas** (i.é, aquelas que resolvem o ordenamento jurídico no processo, fora do qual não há uma norma concreta, cf. **supra**, n.º 7), há ainda o argumento fornecido pela disciplina legal das dívidas de jôgo (CC 1.477-1 479): é um caso em que não há a menor possibilidade jurídica de acerto judicial, e nem por isso deixa de haver um direito subjetivo, uma obrigação (e tanto isso é verdade, que se houver um pagamento voluntário a importância não é repetível).

Além de tudo isso, não pode ser esquecido que o nosso ordenamento jurídico é todo êle feito para operar em dois planos distintos, havendo normas com diferentes graus de imperatividade, havendo códigos diferenciados (em que, bastante aproximadamente, separa-se a matéria substancial da processual), havendo soluções práticas diversas conforme se trate de questões de mérito ou de forma, havendo, enfim, cada qual com o seu método, seus critérios, suas finalidades, um direito material e um direito processual bem distintos entre si. (13)

(13) Liebman, *Efficacia*, n.º 8-10, *Manuale*, n.º 142 e *Diritto e giurisdizione*; Pereira e Souza, *Primeiras Linhas*, nota 298; Lobão, *Segundas Linhas*, notas 281-284; Paula Baptista, *Compendio*, §§ 115-117; Gusmão, *Cousa Julgada*, p. 20; Ramalho, *Praxe Brasileira*, § 232; Ribas, *Consolidação*, art. 581; João Mendes Jr., *Direito Judiciário*, p. 144; João Monteiro,

14 — Figuras particulares. — Defendida a teoria dualista do ordenamento jurídico no plano das abstrações próprias à filosofia do direito e demonstrada a sua aceitação pelo direito positivo brasileiro, resta examinar alguns argumentos comumente lançados contra essa teoria: trata-se das sentenças dispositivas, das injustas e das constitutivas, que são por alguns consideradas como irresistível demonstração da tese oposta ou ao menos como casos de inevitável concessão a esta.

A sentença **dispositiva** não é uma quarta espécie de sentença, ao lado das três que a doutrina tradicionalmente arrola. A dizer a verdade, o único que a distingue das não-dispositivas é a fonte formal de que emana a norma acertada por ela, ou seja, a circunstância de o juiz julgar segundo critérios menos rígidos que o da lei escrita. Trata-se, nos países de direito escrito, dos casos em que a lei não traça em tôdas as suas linhas o desenho da categoria de fatos sobre os quais incide a sua previsão, omitindo também, por isso mesmo, a formulação precisa do juízo de valor; assim à vista das particularidades e exigências de cada caso, o juiz formulará êle próprio o juízo de valor que entender apropriado, decidindo conforme essa convicção (no direito brasileiro, exemplifica-se com a fixação de alimentos, a disposição sobre a guarda de filhos). Mas a liberdade de **escolha** do juiz não chega ao ponto de confundir a sua atividade com a do legislador: a dêste se pauta por um insondável critério político de conveniência, ao passo que a do juiz consiste sempre em buscar em algum lugar, ainda que no mais recôndito dos sentimentos da sociedade, a norma geral da qual se origina a regra do caso concreto; e tanto é verdade, que o juiz tem o dever de motivar a sentença dispositiva, a qual é ainda sujeita aos recursos normais (nesse sentido é que deve ser apreciada a liberdade aparentemente ilimitada que o CPC 114 dá ao juiz). E não é nada fácil descobrir um caso em que, por ser lacunosa a lei e não ser possível descobrir em nenhuma outra fonte a norma abstrata, possa o juiz **criar** a regra concreta; daí a discutível utilidade do art. 1.º do c.c. suíço, segundo o qual numa situação dessas o juiz decidirá **como se fôsse legislador**. A sentença dispositiva, tudo somado, em nenhum caso pode deixar de se integrar, conforme o seu objeto, numa das três conhecidas categorias: condenatória, constitutiva, declaratória.

Programa, § 237; Carvalho de Mendonça, Da Ação Rescisória, p. 41; Vidigal, Da Ação Rescisória, n.º 96; J. F. Marques, Instituições, n.º 1.103; Buzaid, Exposição de Motivos, n.º 36; Attardi, L'interesse ad agire, esp. cap. III, n.º 8 (p. 210); Aliorio, La pluralità n.º 14; Schwab, Der-Streitgegenstand, § 12; De Stefano, L'oggetto del processo, p. 337; Gabriel Rezende Filho, Curso, n.º 548 e 560; Estellita, Da Causa Julgada, introdução; Amorim, Da Causa Julgada no Cível, p. 30; Oliveira Lima, Da Causa Julgada no Cível, p. 15.

Nem a sentença **injusta** constitui um argumento do pêso que muitos lhe dão. Num plano estritamente jurídico, é impossível determinar a existência da injustiça da sentença, porque ou ela já passou em julgado e a imutabilidade que a reveste impede qualquer apreciação a respeito, ou não passou em julgado e então os seus efeitos estão ainda suspensos, não se podendo falar, nesse caso, de criação de direito. Apenas fora dos limites subjetivos da coisa julgada é que essa injustiça poderá eventualmente ser apreciada, como quando o sucumbente injustiçado propõe ação de perdas-e-danos contra o advogado, alegando negligência dêste (por não ter arguido certos fatos relevantes, por ter deixado de juntar documento decisivo, por ter omitido a interposição de recurso): — mas aí não será julgada novamente a mesma lide, e a injustiça da primeira decisão será conhecida **incidenter tantum**, como questão e não como objeto de decisão. Fora do campo jurídico se poderá, sem dúvida, afirmar a injustiça da decisão (e nesses limites se deve reconhecer a força criadora da sentença injusta), mas as instituições humanas carecem de meios para determinar se num dado caso concreto a decisão foi justa ou injusta, e se correspondeu a uma prévia vontade do direito objetivo ou produziu ela própria a norma concreta.

Por fim, a sentença **constitutiva**. É forçar a realidade das coisas, dizer que através desta o juiz nada mais faz do que declarar um precedente direito ou poder no autor à modificação jurídica, e que é no exercício dêsse **direito potestativo** que reside o fato concretizador da norma; ou que a norma se concretiza por força de lei, após o acertamento daquele direito. É preciso reconhecer que, ao lado do acertamento do direito à modificação jurídica, a sentença constitutiva contém um segundo momento lógico, em que o juiz, inserindo-se com isso no processus de produção da norma concreta, causa a alteração jurídica desejada pelo autor, i. é, modificada a vontade do direito objetivo válida para as relações apreciadas na sentença. Assiste-se, então, a uma inversão da disciplina dogmática da coisa julgada e da eficácia da sentença — dados que constituem seguro ponto de apôio para dirimir a disputa entre a teoria dualista e a unitária: a sentença constitutiva tem (salvo exceções, cf. CC 158) eficácia **ex nunc** (claramente reveladora da idéia de que se trata de situação jurídica nova), e a sua parte dispositiva passa a ser regra concreta que as partes observarão doravante para todos os efeitos, i. é, válida para todas as relações em que a sua presença possa ser relevante (devendo, inclusive, ser conhecida em eventual sentença que aprecie tais relações dependentes). Mas, sob o aspecto da polêmica entre as duas teorias, a sentença constitutiva é uma simples exceção e não autoriza que se façam afirmações muito genéricas, ao ponto de afirmar que

em todos os casos a norma concreta não nasce senão mediante a sentença (seja esta de que classe for) ou em geral, mediante a obra do intérprete. A demonstrar a sua excepcionalidade como argumento em favor da tese unitária, está a circunstância de que muitos dos processos constitutivos não pertencem à função jurisdicional do juiz, mas à **jurisdição voluntária**, mediante a qual este simplesmente assiste o interessado na administração de certos interesses privados (e tanto assim é, que as sentenças proferidas em processos de jurisdição graciosa não recebem a autoridade da coisa julgada, devendo ser rescindidas pelas vias ordinárias; i. é, a sua eficácia é comparável à de um ato privado). (14)

15 — Aplicações. — O quesito da unidade ou dualismo do ordenamento jurídico, que aqui vimos em seus aspectos principais e colhendo em sua essência as formulações doutrinárias básicas, é uma questão metodológica que se situa à cabeceira da teoria do processo, de tal modo que desprezá-la significaria caminhar às escuras entre um emaranhado de institutos cuja disciplina harmoniosa depende de uma tomada de posição a respeito de um denominador comum, de um elemento coordenador. A sua solução deve estar conscientemente presente na solução dos diversos problemas particulares da ciência do processo, que essa é a única forma de evitar graves contrastes lógicos que certamente comprometeriam qualquer doutrina científica como tal.

A sua mais eloqüente manifestação talvez seja sobre a questão do **escopo da jurisdição** (ou escopo do processo, como preferem outros), a qual é tão intimamente ligada ao das relações entre direito substancial e processo, que quase se pode dizer que ambos não são senão uma só questão, vista de ângulos diferentes. A respeito, veja-se que das três teorias fundamentais que hoje se dividem as preferências dos juristas, apenas uma (a de **Chiovenda**) é a expressão de uma solução dualística, enquanto que as outras duas (**Carnelutti** e **Redenti**) são nitidamente ligadas à unidade do ordenamento jurídico. Quando dizia Chiovenda que a função jurisdicional visa à atuação da (pre-existente) vontade concreta da lei, já com isso afirmava que a norma é concreta independentemente da participação dos órgãos da jurisdição. Mas essa participação é pressuposta na teoria dos **comandos complementares** de Carnelutti, e tanto que para êle a jurisdição tem o escopo de **compor** (i. é, de disciplinar) a lide, — coisa que para os

(14) Chiovenda, *Principi*, § 18, II; Liebman, *Efficacia*, n.º 6, *Manuale*, n.º 26, e *La cosa giudicata*; Calamandrei, *Istituzioni*, § 9.º, e *La relatività*, n.º 8; J. F. Marques, *Instituições*, n.º 282, 853, 1.073, e *Jurisdição Voluntária*, cap. IX, B (p. 213 e segs.); Raselli, *Le sentenze determinative*, n.º 30; Montesano, *Condanna civile e tutela esecutiva*, § 29; Mortaria, *Principii*, n.º 18.

seguidores da teoria dualista só pode ser tarefa do direito substancial. Na opinião de Redenti, por fim, a jurisdição se destina a **aplicar as sanções e garantias previstas e impostas pelo direito**; as normas jurídicas, difusas pelo ordenamento, enunciam a necessidade de certa conduta e ligam à inobservância desta uma ameaça, ou remédio, que consiste justamente na sanção, a qual mais tarde, se houver provocação do interessado, será aplicada pelos órgãos da jurisdição; ora, é viva a presença de Bülow e Kelsen nessas afirmações, as quais só são logicamente aceitáveis (prescindindo-se de outras críticas) dentro do sistema unitário do ordenamento jurídico.

Esse sistema favorece também a tese de que o direito subjetivo tem por objeto uma prestação alheia, i. é, que êle é um direito a um comportamento e não a um bem. Talvez no direito romano a tese fôsse aceitável, quando não havia execução patrimonial e o que se fazia, com a **manus injectio**, era pressionar o obrigado (mediante encarceramento, venda no mercado e até mesmo morte) e criar em sua vontade a determinação de cumprir o mandamento da lei. Mas desde o momento em que a execução passou a ser feita sobre o patrimônio do devedor, do qual é tirado o bem devido ou o seu equivalente econômico independentemente da vontade dêste, a doutrina se tornou insustentável — e, para salvá-la, foi preciso dizer que num dado momento o direito sofre uma metamorfose, passando a ter por objeto já o bem devido e não o comportamento da parte contrária; ou que com a condenação a obrigação se transforma em sujeição à autoridade dos órgãos executórios, no sentido de que o titular ativo já não tem direito à prestação, mas à sanção a ser atuada sobre o devedor (essa é a teoria de Calamandrei sobre a condenação civil). Mas, quem assumir a teoria oposta (dualista) terá propensão a dizer que objeto do direito subjetivo é originariamente um bem, com referência ao qual a lei dá a uma pessoa uma posição de vantagem sobre outra; e a execução forçada perseguirá esse mesmíssimo objeto (ou o seu equivalente econômico), sem que sejam necessários expedientes de argumentação (como o da metamorfose do direito) para justificar o fenômeno. A obrigação e o processo (notadamente o de execução) podem, então, ser considerados dois instrumentos preordenados à atuação da vontade da lei, — instrumentos dos quais o segundo só é disponível se o primeiro tiver sido ineficaz a afastar a controvérsia.

Não havendo qualquer alteração na situação jurídica substancial através da sentença condenatória, i. é, sendo meramente **declarado** um direito subjetivo preexistente, a prescrição que reinicia a fluir a

partir dessa sentença se conta pelo mesmo prazo da que antes corria (segundo a natureza do direito), e que ficou interrompida pela citação e impedida pela pendência do processo. Dessa forma, a adoção da teoria dualista é decisiva para afastar a opinião de que a prescrição de que trata o CPC 1.010, II, é a ordinária por se tratar de um direito novo, para o qual não há especial previsão. . .

A ação, na teoria dualista, é considerada distinta do direito subjetivo substancial, seja como direito à sentença favorável (teoria concreta), seja como poder de exigir uma sentença de mérito (teoria abstrata); é através dela que uma das pessoas empenhadas na controvérsia usa de um dos instrumentos que a lei lhe põe à disposição (ou seja, o processo). Na teoria unitária, ao contrário, ela se identifica com o direito subjetivo incerto ou insatisfeito (**Satta**), ou mesmo é o único direito que realmente existe (**Pekelis**).

E uma consequência disso é que o **título executivo** (em geral) seria mero documento de legitimação formal da execução, pois não teria sentido, na teoria unitária, ligá-lo à **criação** da ação executiva.

Outra coisa que não teria sentido seria a discussão sobre a pertinência dos institutos da **hipoteca**, da prova, da coisa julgada, ao direito processual ou ao direito substancial, pois êstes dois estariam como que fundidos em um só; mas se nota que a tendência dos unitaristas é levar êsses institutos para a teoria do direito substancial, sendo oposta a tendência dos dualistas.

Êsses não são meros **exemplos dos incontáveis institutos processuais** em que está presente a influência da questão das relações entre o direito substancial e o processo; a menção a essas consequências da polêmica não pode ter outro sentido senão o de salientar a relevância desta e mostrar como ela não se resolve numa estéril disputa acadêmica. E mesmo as presentes notas, escritas sob a convicção da vantagem da tese dualista sobre a concepção adversária, têm muito menos a finalidade de defender aquêlo ponto-de-vista do que a de chamar a atenção para o problema metodológico fundamental. O importante não é a utópica concordância de todos sobre os problemas científicos do direito, mas a coerência com que cada um sustenta os próprios pontos-de-vista; e essa coerência não se atinge se não houver uma diretriz constante na apreciação dos diversos institutos em particular. ⁽¹⁵⁾

(15) Redenti, *Intorno al concetto di giurisdizione*, esp. n.º II; Barbero, *Il diritto soggettivo*; Calamandrei, *La condanna*, n.º 4-5; Vidigal, *Escopo do Processo Civil*.

BIBLIOGRAFIA

- Allorio**, La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale, in *Rivista di diritto civile*, 1955, p. 247.
- Amorim**, da Coisa Julgada no Cível, Typographia do Forum, Belo Horizonte, 1899.
- Antokoletz**, Tratado de Derecho Romano, ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1930.
- Arangio-Ruiz**, Cours de droit romain, ed. Jovene, Nápoles, 1935.
- Ascarelli**, Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione, in *Rivista di diritto processuale*, 1957.
- In tema di interpretazione ed applicazione della legge, in *Rivista di diritto processuale*, 1958.
- Attardi**, L'interesse ad agire, Cedam, Pádua, 1958.
- Barbero**, Il diritto soggettivo, ed. Foro it., Roma, 1939.
- Betti**, Processo civile (diritto romano), in *Novissimo Digesto Italiano*.
- Biondi**, Istituzioni di diritto romano, Giuffrè, Milão, 1944.
- Buzaid**, Exposição de Motivos ao Anteprojeto de Código de Processo Civil, Imprensa Nacional, Rio, 1964.
- Calamandrei**, La condanna, in *Studi sul processo civile*, Cedam, Pádua, 1934.
- Il giudice e lo storico, in *Rivista di diritto processuale, civile*, 1939.
- Istituzioni di diritto processuale civile, Cedam, Pádua, 1943.
- Capograssi**, Giudizio processo scienza verità, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1950, p. 7.
- Intorno al processo, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1938, p. 254.
- Carnelutti**, Diritto e processo, ed. Morano, Nápoles, 1958.
- Istituzioni del processo civile italiano, ed. Foro it., 1956.
- La sentenza condizionale, ed. Società Editrice Libreria, Milão, 1920.
- Carrelli**, La genesi del procedimento formolare, Giuffrè, Milão, 1946.
- Carvalho de Mendonça**, Da Ação Rescisória das Sentenças e Julgados, Livraria Francisco Alves, Rio, 1916.
- Chiovenda**, Principi di diritto processuale civile, ed. Jovene, Nápoles, 1928.
- Colesanti**, Giurisprudenza, in *Novissimo Digesto Italiano*.
- Correia & Sciascia**, Manual de Direito Romano, Saraiva, São Paulo, 1953.
- De Fina**, Ordinamento e giurisdizione — una polemica tra processualisti, in *Rivista di diritto processuale*, 1969.
- De Stefano**, L'oggetto del processo in un libro recente di Walter H. Habscheid, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, p. 337.
- Estellita**, Da Causa Julgada, Rio, 1936 (sem editôra).
- Fazzalari**, L'esperienza del processo nella cultura contemporanea, in *Studi in onore di Antonio Segni*.
- Note in tema di diritto e processo, Giuffrè, Milão, 1957.
- Farnsworth**, An Introduction to the Legal system of the United States, ed. Columbia University, 1963.
- Gusmão**, Causa Julgada, Duprat, São Paulo, 1914.
- Kelsen**, Reine Rechtslehre, ed. Deuticke, Leipzig-Viena, 1934 (tradução italiana de Treves: La dottrina pura del diritto, ed. Einaudi, Turim, 1963).

- Liebman**, Diritto e giurisdizione (note polemiche), in *Rivista di diritto processuale*, 1969.
— Efficacia ed autorità della sentenza, *Giuffrè, Milão*, 1962.
— Giurisprudenza, in *Nuovo Digesto Italiano*
— Manuale di diritto processuale civile, *Giuffrè, Milão*, 1957.
- Lobão**, Segundas Linhas sobre o Processo Civil, Forense, Lisboa, 1869.
- Marques, J. F.**, Instituições de Direito Processual Civil, Forense, Rio, 1960.
— Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, 1952.
- Mendes Jr.**, Direito Judiciário Brasileiro, Freitas Bastos, Rio — São Paulo, 1940.
- Micheli**, L'unità dell'ordinamento e il processo civile, in *Rivista di diritto processuale*, 1968.
- Monteiro**, Programma da Curso de Processo Civil, Duprat, São Paulo, 1912.
- Montesano**, Condanna civile e tutela esecutiva, Jovene, Nápoles, 1955.
- Mortara**, Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, ed. Vallardi, Milão, 1923.
— Principii di procedura civile, ed. Barbera, Florença, 1904.
- Muther**, Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen, ed. Buddeus, Düsseldorf, 1856 (tradição italiana de Pugliese & Heinitz: Sulla dottrina dell'“actio” romana, dell'odierno diritto di azione, della “litiscontestatio” e della successione singolare nelle obbligazioni) — v. **Pugliese**.
- Oliveira Lima**, Da Causa Julgada no Cível, Typographia Industrial, Recife, 1855.
- Paula Baptista**, Compendio de Theoria e Pratica do Processo-Civil Comparado com o Commercial, Garnier, Rio-Paris, 1907.
- Pekelis**, Azione (teoria moderna), in *Novissimo Digesto Italiano*.
- Pereira e Sousa**, Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, Imprensa Litteraria, Coimbra, 1872.
- Pugliese**, Azione (diritto romano), in *Novissimo Digesto Italiano*.
— Introduzione a Polemica intorno all'“actio”, ed. Sansoni, Florença, 1954 (trata-se de uma coletânea que reúne os dois trabalhos de Windscheid e o de Muther, mencionados nesta relação).
- Ramalho**, Praxe Brasileira, Typographia do Ypiranga, São Paulo, 1869.
- Raselli**, Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Pádua, 1950.
- Reale**, Filosofia do Direito, Saraiva, S. Paulo, 1969.
- Redenti**, Intorno al concetto di giurisdizione, Jovene, Nápoles, 1916.
- Rezende Filho**, Curso de Direito Processual Civil, Saraiva, São Paulo, 1950.
- Ribas**, Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares Concernentes ao Processo Civil, Typographia Nacional, Rio, 1878.
- Rocco, Alfredo**, La sentenza civile, Giuffrè, Milão, 1962.
- Roscoe Pound**, Justice According to Law, Yale University Press, 1951 (tradução brasileira de Monteiro: Justiça Conforme a Lei, ed. Ibrasa, S. Paulo, 1965).
— The Spirit of the Common Law, Marshall Jones Comp., Boston, 1921.
- Schwab**, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, ed. Becksche, Munique-Berlin, 1954 (tradução argentina de Banzhaf: El Objeto Litigioso en el Processo Civil, Ejea, Buenos Aires, 1968).
- Tunc & Tunc**, Le droit des Etats-Unis, Dalloz, Paris, 1955.

Vidigal, Da Ação Rescisória dos Julgados, Saraiva, São Paulo, 1948.

Von Bülow, Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen, ed. Roth, Giesen, 1868 (tradução argentina de Lichtschein: La Teoria de las Excepciones Processales y los Presupuestos Procesales, Ejea, Buenos Aires, 1964).

Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Stand punkte des heutigen Rechts, ed. Buddeus, Düsseldorf, 1856 (tradução italiana de Pugliese & Heinitz: L' "actio" del diritto odierno) civile romano dal punto di vista del diritto odierno) v. **Pugliese**. — Die Actio, Abwehr gegen Dr. Muther, ed. Buddeus, Düsseldorf, 1857 (tradução italiana de Pugliese & Heinitz: L' "actio". Réplica a Th. Muther) — v. **Pugliese**.