

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

**A FUNÇÃO DOS CONCEITOS DE AÇÃO E DE
JURISDIÇÃO NA APLICAÇÃO DO DIREITO**

Dissertação de Mestrado - Curso de Pós-
Graduação em Direito - Mestrado - da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná.

Professor Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA
NOVEMBRO DE 1997

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

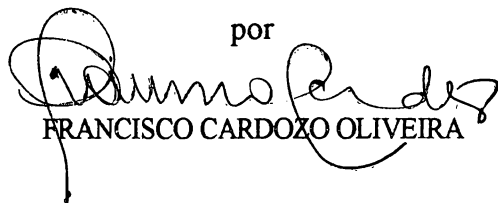
A FUNÇÃO DOS CONCEITOS DE AÇÃO E DE JURISDIÇÃO NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Dissertação de Mestrado - Curso de Pós-
Graduação em Direito - Mestrado - da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná.

Professor Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA
NOVEMBRO DE 1997

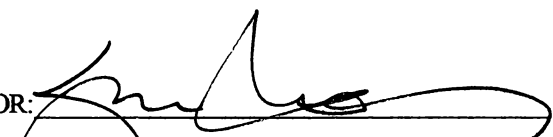
A FUNÇÃO DOS CONCEITOS DE AÇÃO E DE JURISDIÇÃO NA APLICAÇÃO
DO DIREITO

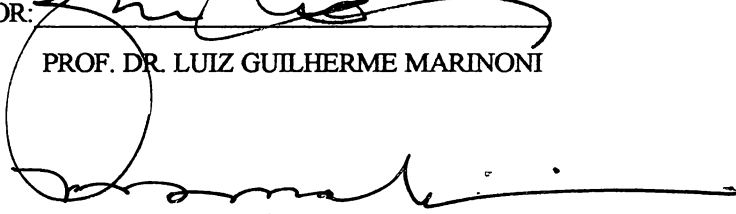
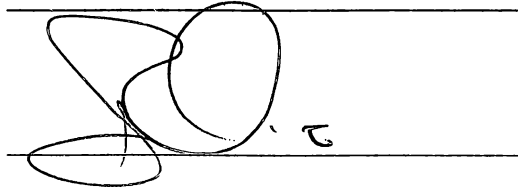
por

FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA

TERMO DE APROVAÇÃO

DISSERTAÇÃO APRESENTADA COMO
REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO
DO GRAU DE MESTRE, NO CURSO DE
PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DO PARANÁ PERANTE COMISSÃO
FORMADA PELOS PROFESSORES:

ORIENTADOR:


PROF. DR. LUIZ GUILHERME MARINONI

CURITIBA-PR, ____ DE ____ DE ____.

*À NANCY
PELO COMPANHEIRISMO E PELA
COMPREENSÃO DAS MINHAS
LIMITAÇÕES*

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	VIII
---------------------------------	------

PARTE I

A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE AÇÃO

CAPÍTULO I

AS FONTES ROMANAS.....	02
------------------------	----

CAPÍTULO II

O RACIONALISMO E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO.....	08
---	----

CAPÍTULO III

ORDEM E SISTEMA NO DIREITO.....	15
---------------------------------	----

CAPÍTULO IV

O PANDECTISMO E O CONCEITO DE PRETENSÃO DE WINDSCHEID.....	30
--	----

CAPÍTULO V

AS TEORIAS DA AÇÃO NO DIREITO MODERNO.....	39
--	----

CAPÍTULO VI

OS REFLEXOS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO.....	61
---	----

PARTE II

O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

CAPÍTULO I

CONSTITUCIONALISMO E ESTADO MODERNO.....	88
--	----

CAPÍTULO II

A REDUÇÃO DO DIREITO À LEI.....	110
---------------------------------	-----

CAPÍTULO III

A JURISDIÇÃO NO ESTADO MEDIADOR DE CONFLITOS.....	124
---	-----

CAPÍTULO IV

O PODER NA SOCIEDADE DE CONSUMO.....	141
--------------------------------------	-----

PARTE III

AS LIMITAÇÕES DOS CONCEITOS DE AÇÃO E DE JURISDIÇÃO

CAPÍTULO I

A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO.....	164
--	-----

CAPÍTULO II

OS IMPASSES ENTRE A OBJETIVIDADE DO DIREITO E A SUBJETIVIDADE DOS DIREITOS.....	176
---	-----

CAPÍTULO III

A POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA LÓGICA NO DIREITO.....	186
--	-----

CAPÍTULO IV

O PROBLEMA DOS VALORES.....	196
-----------------------------	-----

PARTE IV

OS CONCEITOS DE AÇÃO E DE JURISDIÇÃO NA PERSPECTIVA DO CASO CONCRETO

CAPÍTULO I

A FALSA CRISE DA RAZÃO.....	210
-----------------------------	-----

CAPÍTULO II

O SENTIDO DA HERMENÊUTICA.....	221
--------------------------------	-----

CAPÍTULO III

O PENSAMENTO TÓPICO.....	232
--------------------------	-----

CAPÍTULO IV

A RELAÇÃO ENTRE AÇÃO E DIREITOS A PARTIR DA IDÉIA DE AÇÃO DE DIREITO MATERIAL.....	241
--	-----

CAPÍTULO V

A COMPLEMENTAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE OS CONCEITOS DE AÇÃO E DE JURISDIÇÃO.....	254
---	-----

CONCLUSÃO.....	265
----------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	276
---------------------------------	-----

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho não teria sido possível sem a colaboração inestimável dos professores componentes do corpo docente do Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, que contribuíram com o seu conhecimento e a sua dedicação para iluminar o caminho do meu aprendizado. Manifesto a todos minha gratidão e meu respeito.

Agradeço também às funcionárias da Secretaria do Curso de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela sempre cordial e fraterna atenção com que me atenderam no decorrer dos anos em que freqüentei o curso de Mestrado.

Agradeço às funcionárias da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná que não mediram esforços para orientar-me na procura e na escolha dos livros necessários à pesquisa desenvolvida.

Finalmente agradeço a Ubirajara Ruy Nicolas e Christine Cardozo Araujo que decifraram os enigmas do programa de computador.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A pesquisa que se destina à obtenção do título de mestre em Direito investiga a formação e a articulação histórica e científica dos conceitos de ação e de jurisdição que, a seu modo, serviram de fundamento para uma teoria do direito processual moderno e contemporâneo. O objetivo é situar os confrontos e as antinomias que se estabeleceram entre um conceito e outro, no interior do ordenamento jurídico e, particularmente, do direito processual, e colocar em discussão a viabilidade teórica e prática das teorias que se propuseram a explicar os fenômenos jurídicos da ação e da jurisdição, ao longo dos tempos. Contrariamente ao que é dominante na doutrina brasileira, pelo menos, a pesquisa não se limita a estudar os conceitos pelas suas características externas, como um dado pronto e acabado no mundo, cujo trabalho do pesquisador se resumiria a uma análise lógica das premissas e a uma classificação no modelo gênero e espécie, mas procura relacionar o aspecto externo ao interno, de forma a identificar a *ratio* da formulação teórica e o seu modo de funcionamento no interior da ordem jurídica. Mesmo porque os conceitos no Direito não obedecem apenas a imperativos de ordem científica, mas, invariavelmente, exprimem opções ideológicas e, portanto, políticas.

Apesar de sustentar uma visão crítica dos conceitos de ação e de jurisdição, a pesquisa tenta pela própria crítica superar os impasses teóricos abertos insinuando um caminho teórico que poderá revelar-se frutífero para o desenvolvimento da ciência do processo e, conseqüentemente, das técnicas de tutela que garantam o exercício eficaz e eficiente dos

direitos. Por isso é que a pesquisa, desde o início, mantém latente uma preocupação com a operacionalidade dos conceitos de ação e de jurisdição propostos pelos teóricos e leva em conta o que atualmente se coloca como primordial para a ciência processual, que é o problema da efetividade na aplicação do Direito.

A primeira parte do trabalho trata da formação histórica do conceito de ação como ponto de partida para a construção de paralelos, com vistas a uma proposta de reelaboração do sentido e da perspectiva teórica dos conceitos em discussão, ao final. A investigação histórica se inicia pelo Direito Romano, trata das implicações conceituais do racionalismo no Direito, da sistematização do Direito, da construção do conceito de pretensão, notadamente da teoria a respeito do instituto proposta por Windscheid, até identificar as teorias modernas da ação e seus reflexos no direito processual brasileiro.

Para que se torne possível confrontar os postulados teóricos dos conceitos de ação e de jurisdição, na segunda parte a pesquisa se volta para a formação das premissas teóricas que permitiram a construção do conceito de jurisdição. Esta parte se inicia abordando o constitucionalismo e o Estado moderno e passa, em seguida, a tratar dos problemas colocados para os juristas pela redução do Direito à Lei, pela atuação da jurisdição no Estado que se pretende mediador de conflitos e, no final, coloca em evidência o modo pelo qual o poder e o Direito se estruturam na atual sociedade de consumo.

A terceira parte do trabalho se concentra em apontar as limitações dos conceitos de ação e de jurisdição propostos, em função das dicotomias entre direito público e

direito privado e entre a objetividade postulada para o Direito, reduzido à norma positiva, e a subjetividade que se estabelece em torno do exercício dos direitos, pelos titulares, da possibilidade do emprego da lógica na interpretação e na aplicação do Direito e do problema dos valores.

A última parte adquire um sentido propositivo, na proporção em que se volta para a necessidade da construção de uma teoria em torno da ação e da jurisdição que assuma a perspectiva do caso concreto, sem abandonar o postulado racionalista, revigorado pela crítica e pela criatividade, que reconheça a importância do trabalho interpretativo, no sentido proposto pela Hermenêutica filosófica, e que possa, tanto quanto possível, incorporar elementos do pensamento tópico, de forma a, dentro de uma visão unitária do ordenamento jurídico, reconhecer válida uma certa complementaridade funcional entre ação, esta de acordo com a teoria da ação de direito material, e jurisdição.

PARTE I

A FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE AÇÃO

CAPITULO I

AS FONTES ROMANAS

Entre os Romanos o processo se dividia em dois grandes regimes: o da ordo iudiciorum privatorum e o da extraordinaria cognitio. A ordo iudiciorum privatorum era de natureza privada e se desenvolvia perante o magistrado ou juiz que detinha poderes de iurisdictio, ou seja, o poder de declarar o direito, (dare, dicere).

Na história da ordo iudiciorum privatorum sucederam-se dois períodos: o das legis actiones e o do processo per formulas.

No regime da extraordinária cognitio o processo se desenvolvia perante um funcionário público, apenas. Embora aos Romanos fosse estranha a figura do Estado, concebido apenas no século XVIII, no alvorecer do constitucionalismo, o instituto processual da extraordinária cognitio, embrionariamente, já apontava para o futuro monopólio estatal da função de interpretar e aplicar o Direito.

Nos interessa mais de perto investigar os contornos da actio romana exatamente como ponto de partida da investigação pretendida buscando o rumo tomado pela ciência jurídica para enfrentar o problema do conceito de ação, do ponto de vista teórico, e a operacionalidade do direito de ação, na prática, tudo sem abandonar a concepção sistêmica do jurídico e da juridicidade.

Ao lado da actio, própria da ordo iudiciorum privatorum, o direito romano também permitia o exercício da jurisdição através dos interdicta, instituto de defesa de direitos manejado pelo pretor.

O exercício da actio estava relacionado ao direito obrigacional, mais propriamente ao direito privado. Os interditos, ao contrário, editados pelo pretor, buscavam estabelecer vínculo jurídico de natureza publicista. O exercício dos interdicta, por exemplo, deu a feição dos meios de proteção do direito possessório. Ribas Malachini, citando Moreira Alves, observa que "a tutela possessória surgiu em virtude da faculdade que tinha o pretor até o momento da sentença, nos juízos reivindicatórios, de atribuir provisoriamente a posse da coisa a uma das partes, protegendo-a com o interdito em caso de turbação." Tal explicação, diz ele, "conta com o apoio de vários estudiosos modernos, tendo em vista que muitos institutos romanos se formaram a partir de incidentes processuais e, ainda, que tal atribuição provisória da posse, no curso das ações reivindicatórias, se fazia, possivelmente, antes mesmo da existência do ager publicus." (Eficácia Preponderante das Ações Possessórias, Revista de Processo, n. 71, pág. 14/29).

Ovídio Baptista da Silva alerta para um outro aspecto não menos importante da actio romana que serviu de fundamento para alguns institutos do direito processual moderno. Segundo ele, "o procedimento privado da actio, mesmo no direito romano clássico que o generalizou para abranger, também, a tutela jurisdicional dos direitos absolutos, sempre conservou uma inafastável conotação com a idéia de obligatio. Essa forma de proteção jurisdicional supunha a incoercibilidade inerente à primitiva obligatio romana que não permitia a execução jurisdicional in natura, dando ensejo, no máximo, a uma sentença de condenação, em que o juiz não executava, limitando-se a reprovar o ilícito e recomendar o

cumprimento pelo condenado." (Ação de Imissão de Posse, São Paulo, RT, 1997, pág. 23). A litis contestatio, por sua vez, não transformava o direito em obrigação a partir da existência do processo. Apenas estabelecia os limites da controvérsia, pressupondo, inclusive, a preexistência de vínculo obrigacional entre as partes, sendo que em razão do processo operava-se uma espécie de novação. A redução jurisdicional dos direitos a direitos obrigacionais, que corresponde à redução operada no direito romano dos direitos à forma processual da actio, de acordo com Ovídio Baptista, está visível na concepção moderna do "processo de conhecimento" como forma de tutela autônoma e separada do "processo de execução".

A idéia de jurisdição como função declaratória apenas tem origem na concepção romana de actio e de obligatio.

De fato, lembra Ovídio Baptista da Silva que o que caracterizava o procedimento privado da actio era justamente a ausência de atividade executória. Para o direito romano a iurisdictio se contrapunha ao imperium, situação que na modernidade acabou por prejudicar a efetividade da tutela jurisdicional. Enquanto a actio se limitava a declarar o direito no âmbito do direito privado, a partir da concepção de obligatio, os interdicta permitiam ao pretor, no exercício do imperium, criar meios de proteção dos direitos. Todavia, o conceito de jurisdição ficou restrito ao procedimento privado da actio porque o seu caráter declaratório tinha por finalidade solucionar o litígio. A ordem do pretor, produzida a partir de juízos de verossimilhança, permanecia condicionada a futura composição definitiva do litígio. Daí a aproximação entre o procedimento da actio e o conceito de jurisdição. Ordenar,

enquanto atividade própria do pretor, não estava incluída no conceito de jurisdição. No Direito Romano consolidou-se clara oposição entre iurisdictio e imperium, entre julgar, atividade própria da actio, e ordenar, comando do pretor para proteção de direitos.

O que se tem então é que para o Direito Romano a ordem não está contida no ato jurisdicional. A ordem é apenas efeito do ato jurisdicional.

Mas o próprio Ovídio Baptista da Silva adverte que se consolidou verdadeira confusão no conceito de obligatio, oriunda do período bizantino do último estágio do Direito Romano devida à incompreensão do conceito de actio (pretensão de direito material) e "ação" (pretensão de tutela jurídica), cuja preocupação central era a uniformização de acesso à via judicial.

Apesar das restrições apontadas por Ovídio Baptista da Silva, não se pode deixar de reconhecer que entre os objetivos da actio estava o de estabelecer os limites dentro dos quais podiam ser exercidos os direitos pelos titulares, no âmbito da ordem jurídica e diante da situação de fato, circunstância que, a seu modo, contribuía para a descoberta de acréscimos de sentido e de extensão do exercício dos direitos prontamente incorporados ao ordenamento.

Dentro dessa idéia, relativamente ao trabalho pretoriano, Vittorio Scialoja anota que a atividade do magistrado, derivada do imperium, que lhe atribuía enorme poder de coerção, acabou por constituir normas jurídicas, pertencentes ao chamado direito honorário ou pretório que deu forma a grande parte do direito romano privado. Os romanos falavam

muito mais de ação do que de direitos, ao contrário do que ocorre na atualidade. Explica Scialoja que para os romanos "se constituye, por tanto, la acción y, constituída la acción, viene em consecuencia el derecho; pues quien sabe que, hallándose em un determinado caso y presentándose al pretor tendrá el juez, puede decir que tine la acción y, em consecuencia, el derecho. En una palabra, el acto legislativo (siempre en sentido moderno y no en sentido romano) en este caso no es constitución de derechos, sino constitución de acción, de donde nace después la consecuencia de la atribución de um derecho objetivo a los individuos singulares. Ahora bien, esta concepción de derecho público es una de las razones por las que los romanos han hecho tanto hincapié sobre el concepto de acción, y no sobre el de derecho; pues, de otra manera, em la mayor parte de estos casos no habrían podido hablar de derecho. Hablando de acción, naturalmente, no se descartaba el derecho; no es que no hayan hablado em la ciencia también de derechos, pero han acentuado siempre de manera especial el momento de la acción. Por lo demás, este momento de la acción, para los juristas, es también lo más importante en todas las relaciones jurídicas, toda vez que es naturalmente el momento de la controversia aquel em que el derecho tiene necesidad de ser claramente definido, de ser declarado (y eso es lo que está llamada a hacer la ciencia del derecho); el momento de la litis es más importante, desde el punto de vista práctico, que el momento, más abstracto, del derecho subjetivo; y la ciencia romana, eminentemente práctica, no podía de destacarlo con preferência", (Procedimiento Civil Romano, Buenos Aires, EJE, 1954, pág 100).

O pretor romano não estava desobrigado da obediência à lei. Entretanto, era permitido ao pretor ditar as condições e os requisitos da própria intervenção judicial de tal forma que a atividade jurisdicional acabava por dar substância ao direito e, conseqüentemente, criar normas fixas, (ius edicendi). O Direito Romano, que não obedecia a uma sistematização formal, pelo menos do modo como conhecemos hoje, permitia que o Direito se deixasse determinar através dos interdicta.

Embora se possa reconhecer como faz Ovídio Baptista da Silva que a estrutura da actio limitou o conceito de jurisdição, excluindo do seu âmbito a contribuição vigorosa da atividade do pretor na criação de meios de proteção de direitos, não se pode negar o caráter prático do Direito Romano que pode fornecer subsídios na busca da efetividade da tutela dos direito nos tempos atuais.

Estabelecidos os contornos da actio e dos interdicta, enquanto formas de proteção de direitos, e do conceito de jurisdição para os romanos, impõe-se identificar os impasses surgidos do processo de assimilação desses institutos pelo Direito moderno e contemporâneo.

CAPÍTULO II

O RACIONALISMO E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO

O Renascimento que varreu a Europa lançou as bases para as formulações do jusracionalismo que tinha como fundamento a exaltação do indivíduo e da liberdade individual. O racionalismo possibilitou ao Direito livrar-se dos fundamentos teológicos e transcendentais que constituíam a base dos institutos jurídicos, durante a Idade Média. Ao proclamar que as ações são lícitas ou ilícitas por si mesmas e não porque admitidas ou proibidas por Deus, Hugo Grócio introduz o pensamento laico no e do Direito.

Utilizando-se das premissas propostas por Descartes, Hugo Grócio formula as bases do jusnaturalismo moderno ou do jusracionalismo constituídas pelo laicismo, racionalismo, individualismo e subjetivismo. Sob o ponto de vista lógico não há diferença entre o jusnaturalismo teológico e o racional. A diferença é epistemológica, na medida em que o que muda é o critério de verdade. O que tinha origem no divino e no sagrado passa a ter gênese na razão e no indivíduo.

As idéias que fundamentam o jusnaturalismo moderno ou jusracionalismo podem ser sintetizadas a partir dos seguintes pontos:

- a) O fundamento do Direito está na razão humana;
- b) Atitude individualista;
- c) Predominância dos direitos subjetivos que o indivíduo possui por natureza;
- d) O universo é regido por leis racionais, matemáticas;
- e) O Direito é um sistema onde se deduz uma norma da outra;

f) Consideração dos fatos e dos conceitos jurídicos fora de suas contextualizações históricas;

Para o jusracionalismo, o Direito não é conferido ao homem pela lei, mas a lei é que tem como fundamento os direitos inatos do homem. Na construção do sistema dos chamados direitos privados a doutrina do direito natural divino cede lugar a uma teoria do direito natural de cunho subjetivista. O problema central para o Direito passa a ser o indivíduo como ente capaz ou incapaz de adquirir direitos e de defendê-los, o modo pelo qual ele exterioriza sua vontade e a forma como o Direito deve considerá-la e valorá-la. Prevalece, portanto, uma concepção individualista do Direito a partir da qual começam a ser formulados conceitos como o de sujeito de direito, direito subjetivo, ato e negócio jurídico etc., reconhecendo-se em todos eles a autonomia individual e a atuação da vontade individual, enquanto potência propulsora do Direito.

Conforme assevera Riccardo Orestano, *"Le vaste correti di pensiero che con le loro implicazioni filosofiche e ideologiche portarono in Europa al giusnaturalismo del sec. XVII e al jusracionalismo del sec. XVIII miravano soprattutto all'esaltazione dell'individuo e dessa sua libertà".... "i diritti civili, pei giusnaturalisti, non sono conferiti all'uomo dalla legge, ma la legge è fondata sui diritti innati dell'uomo. Lo stesso significato di diritto naturale si transforma: la vecchia dottrina oggettivistica del diritto naturale diviene sempre più una teoria dei diritti naturali in senso soggettivo"...."A princípio ordinante e nucleo essenziale del "sistema" giuridico verrà elevato l'individuo, considerato nella sua capacità, nelle*

manifestazioni della sua volontà, nelle sue attività. Elementi necessari di ogni trattazione diverranno quindi la teoria del "soggetto di diritto" (*subiectum iuris*), la teoria dei "diritti soggettivi" (*iura et obligationes*), intesi nella loro essenza come possibilità e necessità morali, e infine la teoria degli "atti giuridici" (*actus iuridici*), cioè di quelle *mudae assertiones et dispositiones* da cui nascerà la costruzione del "negozio giuridico" (*Rechtsgeschäft*), quale riconoscimento dell'autonomia individuale e attuazione della volontà del privato", (Azione, *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè Editore, vol. IV, pág 788).

Paralelamente ao individualismo e à metafísica da subjetividade que inspiram o direito privado, no campo do direito público, a partir do racionalismo, passam a vigorar idéias que, em nome da segurança jurídica, pregam a neutralidade da lei, enquanto expressão da vontade do soberano, e por extensão do Estado, este enquanto produto da razão, e também a neutralidade do juiz, neste último caso como reflexos na atividade interpretativa dos textos normativos. Aliás, a concepção moderna de Estado tem seus contornos traçados pelo racionalismo. Carl Schmitt, citado por Ovídio Baptista, observa que, "Con la concezione dello Stato come prodotto artificiali del calcolo umano è compiuto il passo decisivo. Tutto il resto, ad esempio lo sviluppo che va dal meccanismo dell'orologio alla macchina a vapore, al motore elettrico, al procedimento chimico o biologico, viene da sé con l'evoluzione ulteriore della tecnica e del pensiero scientifico, e non ha bisogno di nuove decisioni metafisiche... Ma così, il concetto Hobbesiano di Stato diventa un fattore essenziale di quel grande processo durato quattro secoli, attraverso il

quale, grazie a concezioni tecniche si è prodotta una generale 'neutralizzazione', e lo Stato in particolare è divenuto un strumento tecnico-neutrale...La neutralizzazione, culminante nella tecnizzazione generale, può quindi collegarsi con la tolleranza, e l'una può naturalmente trapassare con facilità nell'altra...Un simile Stato tecnico-neutrale può essere tanto tollerante quanto intollerante; in entrambi i casi resta neutrale allo stesso modo. Il suo valore, la sua verità e la sua giustizia stanno nella sua perfezione tecnica. Tutte le altre idee di verità e di giustizia sono assorbite dalla decisioni del comando legale; l'introduzione di quelle idee nell'argumentazione giuridica creerebbe soltanto nuovo conflitto e nuova insicurezza. Na machina dello Stato, o funziona o non funziona. Nel primo caso, mi garantisce la sicurezza della mia esistenza fisica; in cambio pretende obbedienza incondizionata alle leggi del suo funzionamento." (Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica, São Paulo, RT, 1996, pág. 111/112).

A neutralidade técnica perseguida torna o Estado e, conseqüentemente, o Direito, infenso a valores. Está assim aberto o caminho para a abordagem formalista e conceitual dos institutos jurídicos. As idéias de ação e de jurisdição absorvem as novas fundamentações teóricas de modo a agasalhar o individualismo e a subjetividade instituidoras do direito privado e a neutralidade pretensamente objetiva do que se convencionou chamar de direito público.

A construção teórica segundo a qual o direito privado constitui um sistema elaborado a partir da idéia de direito subjetivo, enquanto que o direito público trata da organização do Estado tem como uma de suas conseqüências a exclusão do processo do âmbito do

direito privado. Inicia-se, assim, a teorização em torno de uma ciência processual apoiada no reconhecimento da autonomia entre processo e direito. A processualística começa a ser reconhecida como atividade do Estado. Riccardo Orestano nota a mudança anotando que *"La coincidenza non à casuale, chè mentre il diritto privato veniva costruendo la propria autonomia, la dottrina processuale, di conseguenza, veniva cecando la propria, sia rispetto al diritto prevato dal quale era stata esclusa, sia rispetto al diritto pubblico, nell'ambito del quale essa rischiava di esser sommersa, come un aspetto meramente organizzativo di una delle attività dello Stato."*, (op. cit. pág 790). Em meio ao afastamento do direito privado e o risco de se ver considerado mero procedimento administrativo estatal, surge a chamada ciência do processo marcada pelo conceitualismo racionalista e pela suposta neutralidade ideológica do Estado moderno.

De todo modo, está marcado o confronto dentro do qual os juristas tentarão estabelecer e preservar as bases do direito privado, a partir de uma metafísica da subjetividade e, ao mesmo tempo, elaborar o arcabouço teórico do direito público, a quem caberá normatizar a organização e o funcionamento do Estado. Direito público que, enquanto parte do Direito, passa a se ocupar do processo e também do problema da jurisdição.

Este confronto se torna mais agudo quando se percebe que a construção teórica que considera o indivíduo como realidade a partir da qual se fundamenta o Direito esbarra na objetividade da Lei e do Estado. Riccardo Orestano anota que *"Se la scuola del diritto naturale aveva rappresentato la tendenza a rompere il nesso tra individuo e Stato, ad affermare l'individuo e il*

suo diritto come l'unica realtà, ad esso il criticismo Kantiano, l'idealismo, la restaurazione, il romanticismo e lo storicismo venivano portando una progressiva rivalutazione dell'elemento "gruppo" "società" "nazione" "Stato" cioè ad affermare un ordine oggettivo più o meno incombente sull'individuo", (op. cit. pág. 791).

Os conceitos de ação e de jurisdição, na modernidade, acabam por refletir esse confronto, essa dificuldade da doutrina em demarcar no campo jurídico o espaço da individualidade e o espaço do que é grupal ou coletivo.

Interessa aqui assinalar os efeitos do racionalismo nos institutos jurídicos, particularmente nos de ação e de jurisdição.

Talvez a marca mais evidente deixada pelo racionalismo foi a de separar o conceito de jurisdição do conceito de ação. Para os Romanos a idéia de jurisdição estava vinculada a de ação, pois, para eles, a actio era o veículo pelo qual era possível declarar-se o direito (iudicare). Conforme alerta Ovídio Baptista da Silva, ainda que notadamente a idéia de jurisdição se tenha vinculado mais à actio que, como visto, assumiu feição eminentemente declaratória de direitos, em detrimento do poder de império reservado aos interditos, havia para os romanos inegável ligação entre ação e jurisdição. A jurisdição se expressava através da ação. A ação em certa medida equivalia à própria jurisdição. Uma estava contida da outra.

O racionalismo opera a separação radical entre ação e jurisdição. Embora tanto a jurisdição como a ação estivessem integradas na teoria da ciência processual que principiava nascer, expulso que foi o processo do âmbito do direito privado e correndo o risco de se

tornar mero procedimento administrativo, regulado pelo direito público, o conceito de ação se vê impregnado do subjetivismo próprio do direito privado, enquanto que o conceito de jurisdição encontrava fundamento no poder objetivo do Estado de legislar e de administrar a Justiça.

O conceito de jurisdição que para os romanos estava circunscrito aos poderes inerentes à actio, com o racionalismo ganha autonomia e, como instituto integrante da ciência do processo proposta, representa o poder do Estado de distribuir Justiça. Já o conceito de ação busca o seu fundamento teórico no poder da vontade individual de um lado e de outro numa pretensa autonomia em relação ao direito privado. O conceito de ação de um lado, o de jurisdição de outro. A ação como potência da vontade individual e direito assegurado pelo Estado aos indivíduos, por força da individualidade que os caracteriza. A jurisdição como expressão do poder estatal. Está armado o jogo de paradoxos sobre os quais se tentará construir uma ciência do direito processual.

CAPÍTULO III

ORDEM E SISTEMA NO DIREITO

O racionalismo acentua a preocupação com a sistematização do Direito. O intuito é conferir ao Direito caráter científico, cujo arcabouço teórico, em última análise, se apóia na razão.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior anota que "Auctoritas e ratio haviam dominado o pensamento jurídico medieval cujo caráter dogmático assinala um respeito pelos textos a serem interpretados, tomados como pontos-de-partida das séries argumentativas. Tal vinculação ao texto não é eliminada, mas se torna ainda mais sensível na medida em que a exegese jurídica vai se tornando mais artificial e mais livre, para evitar um rompimento das necessidades práticas com o Corpus Juris. No entanto, quando o pensamento europeu começa a distanciar-se da cosmovisão medieval, a teoria jurídica perde sua conexão metódica com suas bases. O humanismo renascentista modifica a legitimação do Direito Romano, purificando e refinando o método da interpretação dos textos e, com isto, abrem-se as portas para a entrada da ciência moderna na teoria jurídica.", (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação, São Paulo, Editora Atlas S/A, 1990, pág. 64/65). A ciência jurídica moderna terá como tarefa racionalizar o direito para adequar a teoria jurídica às exigências impostas por uma sociedade mais complexa que a medieval. Este processo de racionalização do Direito para Tércio Sampaio Ferraz Júnior está em que "os modernos pensadores não indagam mais, como os antigos, das relações morais do bem na vida, mas sim das suas condições efetivas e racionais de

sobrevivência (cf. Habermas, 1972:56). Tais necessidades práticas de uma sociedade tornada mais complexa exigem soluções técnicas que estão na base do desenvolvimento das doutrinas jurídicas. Assim, se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes, como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora. É nesse momento que surge o temor que irá obrigar o pensador a indagar como proteger a vida contra a agressão dos outros, o que entreabre a exigência de uma organização racional da ordem social. Daí, conseqüentemente, o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do Direito. Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado pensamento sistemático. Entre as críticas então feitas à antiga forma de os glosadores realizarem sua teoria estava sua falta de sistematicidade. Evidentemente, existia neles um certo impulso para um tratamento sistemático da matéria jurídica, mas ainda longe das exigências que a nova ciência moderna iria estabelecer. Nesta época, introduz-se igualmente o termo sistema, que se torna escolar e se generaliza, tomando uma das configurações básicas que hoje lhe atribuímos.", (op. cit. pág 65).

A neutralidade como expressão da técnica, portanto, fundamenta o processo de racionalização e de sistematização do Direito.

Embora a sistematização do Direito se desenvolva com o racionalismo e a partir do Renascimento, de certo modo, o problema da ordem nunca foi estranho ao Direito. Pelo contrário, a história do Direito se confunde com o problema da ordenação dos valores, das idéias, dos princípios. Nelson Saldanha escreve que "Santo

Agostinho já dizia, em uma das frases iniciais de seu pequeno tratado De Ordine que "conhecer e compreender a ordem é muito difícil para os homens, e muito raro"... "O conceito de ordem, impondo-se com efeito ao espírito dos homens, foi desde logo assumido pela perspectiva religiosa, e daí a imagem genérica da ordem como ordem do mundo, ou como - se se trata da ordem comum "das coisas" - reflexo da majestática ordenação divina do universo", (Ordem e Hermenêutica, Rio de Janeiro, Livraria e Editora Renovar Ltda., 1992, pág. 6). Mais adiante conclui que, "A idéia de Direito, desde o pensamento clássico, sempre envolveu - tal como ocorreu com a de justiça - as noções de coordenar e subordinar, bem como as de acerto e de simetria, noções que convergem para a de ordem. O Direito, em qualquer sociedade, existe junto com a política; mas existe com o sentido de complementar a organização política com uma dimensão ordenadora mais flexível e mais complexa, que não se limita a dar forma às relações de poder (embora o faça) mas que as remete a um especial plexo de valores e a um peculiar sentido de sistema"... "o processo jurídico só se compreende em função de uma ordem, conjunto de princípios e estruturas, que o fazem possível e inteligível.", (op. cit. pág 168).

A ordem, portanto, confere inteligibilidade ao Direito. Somente pela ordenação é possível conhecer o Direito e, conseqüentemente, interpretá-lo.

Considerado que a ordem é intrínseca ao Direito e que, de certo modo, ordenação e sistematização sempre foram fatores determinantes ou determinadores da existência do Direito, a questão passa a ser a de identificar no que consistiu, basicamente, a sistematização imprimida ao Direito na modernidade, a partir do

racionalismo.

Não resta dúvida de que uma certa ordem sempre identificou o Direito, o justo e o injusto, o certo e o errado, o moral e o imoral, o legal e o ilegal.

De acordo com Antonio Menezes Cordeiro, em introdução a obra de Claus-Wilhelm Canaris, "o Direito teve, desde sempre, o seu sistema interno. O externo, porém, só se tornou possível quando a Ciência do Direito atingiu um determinado nível de desenvolvimento. A situação pode ser testada com clareza nas grandes compilações do Direito Romano, em particular no Digesto. As soluções aí reunidas tinham uma lógica imanente: procurando tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença, elas atingiram uma adequação formal que assegura a atualidade de muitas delas até aos nossos dias. A arrumação exterior dessas soluções era, contudo, pré-sistemática: obedecendo aos acasos da História ou a puros juízos de oportunidade empírica, os fragmentos do Digesto, mesmo quando reportados aos mesmos temas, dispersam-se pelos seus cinquenta livros. O Direito Privado continental resulta de três recepções sucessivas do Direito Romano: a recepção das universidades medievais, a partir de Bolonha, a recepção humanista, com tônica em França, no século XVI e a recepção pandectística, na Alemanha, do século XIX.", (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Lisboa, FCK, págs. LXX e LXXI*).

A princípio, portanto, o Direito Romano não obedecia a uma sistematização rigorosa. O que havia de fato era a ordenação dos institutos jurídicos de acordo a certas semelhanças ou dessemelhanças, sem que o processo de sistematização obedecesse a um rigor

metodológico. O racionalismo inicia a construção de uma sistematização do Direito que, a partir da generalização de certos princípios alçados à condição de teoria, permite inferir efeitos por dedução. Com isso, aprofunda-se o processo de sistematização do Direito que, além da similitude dos institutos jurídicos, passa a buscar uma certa concatenação lógica e metodológica entre eles.

A aceitação da lógica racionalista como suporte da sistematização, em variados graus, terá como consequência inevitável a relegação para segundo plano da natureza histórico-cultural do Direito, insuscetível de ser abarcada pelo reducionismo lógico proposto.

A relevância substantiva do sistema, de acordo com Antonio Menezes Cordeiro, *"pode ser comprovada através de seus reflexos nas codificações civis" "a codificação implica a sujeição das fontes ao pensamento sistemático", (op. cit. pág. LXXXIV).*

O Código Napoleônico de 1804 é fruto do trabalho de sistematização racional do Direito. O Código se reparte em três livros: Das Pessoas, Dos Bens e das Diversas Modificações da Propriedade e Das Diferentes Formas por que se Adquire a Propriedade. Anota Antonio Menezes Cordeiro que *"toda a matéria se desenvolve, pois, a partir de idéias centrais simples e claras: a pessoa, enquanto indivíduo, carece de bens que movimenta para sobreviver e se expandir.", (op. cit. pág. XCI).* A sistematização, portanto, se realiza a partir de idéias unificadoras, (indivíduo, individualidade, modo de apropriação de bens, etc), que assumem o caráter de teoria e que permitem o agrupamento não apenas por semelhança mas lógico do conjunto de normas.

O Código Civil Alemão do século XIX traduz o aperfeiçoamento científico da codificação, superando a sistematização proposta pelo Código Napoleônico de 1804. Os pandectistas aprofundaram o trabalho sistematizador conseguindo evitar contradições e garantindo a harmonia entre os institutos jurídicos disciplinados pelo Código Civil alemão.

O Código Napoleônico de 1804 e o Código Civil alemão do século XIX são produtos do esforço sistematizador do Direito e, de certo modo, tornaram-se modelos para os códigos surgidos posteriormente. Antônio Menezes Cordeiro anota que *"as duas grandes codificações - primeira e segunda - foram, inquestionavelmente, a francesa e a alemã. Mais do que a importância dos textos em que se consubstanciaram, convém recordar que esteve em jogo o culminar das duas grandes tradições juscientíficas do continente europeu: a segunda sistemática, como produto do jusracionalismo e a terceira sistemática, como resultado da pandectística. E na sequência surgiram os dois grandes estilos que repartem hoje o espaço juscultural românico."*, (op. cit. XCVIII).

A sistematização do Direito representada pela codificação e a aceitação de que a inteligibilidade do fenômeno jurídico ocorre no e através do sistema evidenciaram a necessidade da teorização em torno do tipo de sistema capaz de dar conta do fenômeno jurídico.

Partindo-se do fundamento proposto por Claus-Wilhelm Canaris de que o que caracteriza o sistema é a ordenação e a unidade, pode-se dizer que pelo menos duas propostas de sistematização do Direito mereceram a atenção dos juristas. Pode-se denominá-las, grosso modo, de modelo de sistema fechado ou completo e de modelo de sistema aberto ou incompleto. Em torno de um e

de outro construíram-se gradações teóricas que não representaram, necessariamente, um novo modelo de ordenação distanciada do problema da completude ou incompletude do Direito e do sistema que lhe é subjacente.

O sistema fechado ou completo estaria ligado a uma concepção lógico-formal do Direito. Canaris cita Max Weber para quem o conceito de sistema lógico-formal traduz *"a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas, o que requer: que todos os fatos possam logicamente subsumir-se numa das suas normas, ou caso contrário, a sua ordem abdica da garantia essencial"*, (op. cit. pág. 29). Por esse conceito o Direito assume caráter estritamente lógico a exemplo do que ocorre com a matemática e, em certa medida, com as ciências naturais.

Karl Larenz, ao tratar da jurisprudência dos conceitos menciona a "genealogia dos conceitos" de Puchta que defendeu a idéia de que a ciência jurídica deveria tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de conceitos, construído de acordo com as regras da lógica formal. Para Puchta a interpretação é processo lógico-dedutivo. O conceitualismo sugerido, que tem raízes no racionalismo, fornece o fundamento teórico para a concepção formalista do Direito.

O formalismo jurídico encontra a sua mais expressiva elaboração teórica na proposta de Hans Kelsen para quem o Direito é ciência normativa cujo fundamento último de validade seria dado pela formulação hipotética concebida por ele como a norma fundamental

(Grundnorm). Para Kelsen "a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada. O fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm).", (Teoria Pura do Direito, São Paulo, Martins Fontes, 1991, pág. 207).

O normativismo Kelseniano concebe o Direito como sistema de normas dentro de uma ordenação conceitual, através da qual é possível deduzir uma norma de outra, escalonadamente, e onde a unidade do sistema é garantida pela lógica-formal.

Uma ordenação lógica de normas, obviamente, é a-histórica porque somente fora da história é possível garantir a generalidade e abstração dos conceitos formulados. Através de um corte epistemológico, o normativismo separa o mundo do conceito jurídico, da norma, do deve-ser, do mundo dos fatos, da experiência, do sensível, do ser. Referido corte epistemológico isola o aspecto normativo do direito do seu aspecto factual para possibilitar a generalização do conceito e, ao mesmo tempo, serve de suporta para a construção uma teoria descritiva da norma despreocupada do conteúdo valorativo do Direito.

Somente um normativismo de conceitos puros, despregados dos valores das circunstancialidade, pode dar conta de garantir a idéia de completude do sistema jurídico.

O isolamento conceitual no qual o normativismo lógico-formal introduz o Direito logo se mostrará inadequado para explicar o fenômeno jurídico em toda a sua complexidade. A lógica formal não se mostra adequada para, isoladamente, sustentar uma construção teórica que insista em negar o conteúdo valorativo do Direito e a contingência dos fatos como elementos integrantes da juridicidade.

O problema para a sistematização do Direito é assegurar a organicidade da ordem jurídica sem, necessariamente, pressupô-la completa e acabada.

A idéia de sistema fechado e completo apoiado na lógica formal pareceu garantir a organicidade da ordem jurídica ou como quer Canaris a unidade do sistema jurídico, nos seus aspectos interno e externo. Entretanto, mostrou-se insuficiente para adequar o conteúdo fático e axiológico do Direito dentro de um sistema de normas e de puros conceitos.

A realidade e o valor não se deixam explicar pelo conceito puro. Algo da realidade, do factual, do valor sempre escapa a uma explicação lógica. De certo modo, o fático e o que é medido pelo valor introduz a imperfeição no conceito. O conceito então tende a se distanciar do que pode ser valorado e do factual multifacetado. Ernilno Stein anota que *"quando queremos representar uma espécie de universalidade projetamos algo para o mundo abstrato que chamamos mundo ideal. A idealização era primeiro a esfera onde se poderia falar de sentido e de significado. Com isto surgiu a questão da oposição entre*

realidade e idealidade. A realidade é o universo singular que aparece no seu modo de generalidade ou de universalidade. Essa era a maneira de resolver a questão. Mas essa distinção que se fazia entre realidade e idealidade era uma distinção que contrabandeava para dentro da linguagem uma espécie de distinção ontológica: o ideal é perfeito, o real menos perfeito. O ideal é pureza formal, abstrata, e o real é aquilo que introduz no conhecimento a singularidade e de certo modo a imperfeição do conhecimento. Portanto, se fazia uma distinção que era de caráter ontológico: existe o mundo ideal e existe o mundo real.", (Aproximações sobre Hermenêutica, Porto Alegre, EDIPUCRS, 1996, pág 22 e 23).

Para a idéia de que o Direito compõe um sistema fechado e completo de normas o objetivo é o atingimento de um estágio em que o ordenamento jurídico possa ser conhecido a partir das normas mesmas que o integram, livre de valores, de valoração e de todo o princípio que não se reduza a norma pura. Para a imperfeição da realidade sobra o desdobramento singular dos fatos e a imprecisão epocal do valor. Na estrutura conceitual do normativismo o fato e o valor somente ganham relevância na medida em que eles próprios se deixam conceitualizar. A conceitualização retira do fato e do valor a imperfeição da realidade e lhes fornece a perfeição abstrata do conceito, tudo pela mediação da lógica formal. O objeto da lógica formal no Direito é conceitualizar valores e fatos.

Uma vez reconhecido que o Direito tem natureza sistemática e que mesmo a hermenêutica jurídica, conforme acentua Juarez Freitas, é processo sistemático e sistematizante, porque enfrenta a tarefa de dar sentido às normas

em meio à dinamicidade dos fatos e dos valores, somente um sistema concebido como aberto e incompleto pode explicar o fenômeno da juridicidade.

Um sistema para o Direito considerado aberto e incompleto não pode discuir de garantir a unidade que lhe é própria sob pena de negar o caráter sistemático do ordenamento jurídico. O sistema é aberto e incompleto porque a incompletude é própria do ordenamento jurídico. Mas se a incompletude é própria do Direito ela não se pretende permanente e infinita. O Direito se torna Direito porque sistematiza e se deixa sistematizar. A incompletude do sistema que informa o Direito tende para a completude, para o finito, ao mesmo tempo em que realça o lacunoso, o vazio provocado pela existência da norma, em função do trabalho da hermenêutica que confronta o normativo e o fático, e que é ele também eminentemente sistematizante e sistematizador. O que é incompleto quer ser completo, embora esteja implícito nesse querer um certo reconhecimento da impossibilidade teórica da completude. A busca da completude afirma existência da incompletude e assegura a unidade do sistema que constitui o Direito.

A unidade do sistema deve repousar em elementos que sejam capazes de reconhecer válidos ao mesmo tempo a incompletude do ordenamento jurídico e o processo sistematizante inerente ao Direito. O sistema deve propiciar a abertura necessária para a assimilação pelo ordenamento jurídico da dinamicidade inerente ao Direito e à sua relação intrínseca com os fatos e os valores. Mas a abertura não pode impedir a atuação do caráter sistematizante do Direito e mais concretamente da hermenêutica jurídica.

O sistema apropriado ao Direito precisa garantir a unidade entre os vários institutos jurídicos, de modo a conferir organicidade ao ordenamento. Precisa também admitir como integrante do fenômeno jurídico uma certa ordem de valores que resiste à sistematização porque conectada à realidade concreta e histórica. Daí a abertura do sistema para possibilitar a assimilação dessa ordem de valores e, no limite, lidar com a resistência dos valores à sistematização.

Nesse contexto, ganha relevo o sistema como ordem axiológica ou teleológica proposto por Canaris. Segundo ele, "sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito de pura conexão de meios aos fins mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores", (op. cit. pág. 67). De acordo com Canaris, a racionalidade da ordem de valores resulta da "hipótese de que a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional e que, com isso, se possa abarcar num sistema correspondente, está suficientemente corroborada para poder ser utilizada como premissa científica. Ela é a possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, em especial, pressuposto de um cumprimento, racionalmente orientado e racionalmente demonstrável, do princípio de justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença.", (op. cit. pág. 74/75).

O que está pressuposto no pensamento de Canaris é uma certa adequação racional de valores na aplicação do Direito que difere substancialmente da subsunção proposta pela lógica-formal. Referida adequação racional de valores tem como preocupação básica a busca da solução justa, conforme ao Direito. Está, portanto, distanciada da procura por uma vinculação entre fato e hipótese normativa, mediada pela lógica formal. É certo que à ordem de valores se reconhece força normativa na medida em que um determinado princípio axiológico está "formalmente" inserido no ordenamento jurídico, como, por exemplo, o princípio da legalidade ou o princípio da igualdade. A ordem de valores atua para Canaris de forma a *"uma vez legislado um valor (primário), pensar todas as suas consequências até o fim, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores."*, (op. cit. pág. 75).

Assentado que o sistema para o Direito se constitui como ordem de valores, impõe-se identificar os valores específicos que possibilitam a unidade interna do sistema e a adequação valorativa. Para Canaris, *"trata-se de encontrar elementos que, na multiplicidade dos valores singulares, tornem claras as conexões interiores, as quais não podem ser idênticas à pura soma deles."*, (op. cit. pág. 76). Insiste ele em que *"a característica principal da idéia da unidade é a recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos. Mas isso significa que, na descoberta do sistema teleológico, não se pode ficar pelas "decisões de conflitos" e dos valores singulares, antes se devendo avançar até aos valores fundamentais mais*

profundos, portanto até aos princípios gerais duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da ratio legis, a ratio iuris determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão "orgânica" e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica se torna perceptível. O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.", (op. cit. pág. 76/78).

Os princípios gerais de Direito atuam como elos sistematizadores no interior do ordenamento jurídico de forma a propiciar a ordem de conexão interna entre normas e entre os diversos institutos jurídicos. Atuam como força centrípeta que reconhece e mantém vigorante o carácter sistemático do Direito. A ordem de valores que conforma os princípios gerais, por sua vez, tem força centrífuga permitindo assimilar o carácter dinâmico do Direito, ditado pela multiplicidade dos fatos e dos valores, através da abertura para a realidade, para o factual, para a história.

A abertura do sistema jurídico está relacionada à incompletude do ordenamento jurídico e, por extensão, do próprio conhecimento científico. Admitir-se a incompletude do sistema jurídico é, ao mesmo tempo, reconhecer que a ordem jurídica é modificável.

Esta abertura não é autopoiética, conduzida a partir do próprio sistema e obediente de um código binário, como propõe Luhmann, porque referida ao factual e ao

histórico, precipualmente. Embora Luhmann reconheça que "o sistema jurídico opera simultaneamente sob premissas normativas e cognoscitivas; está disposto a aprender e a não aprender, na medida de sua própria estrutura diferenciadora. É um sistema fechado e aberto: é fechado por que é aberto e aberto por que é fechado. Abertura e não abertura não supõem nenhuma contradição, já que não estão definidas no sentido de uma mútua relação excludente; sua contradição, porém, situa o sistema sob exigências específicas de anulação de seu paradoxo.", (O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito, Sequência n. 28, Junho/94, pág 21), lembra que a autopoíesis "é um sistema que reproduz os elementos de que é constituído em uma ordem hermético-recursiva, por meio de seus próprios elementos", (op. cit. pág 20), e, nesse ponto, se aproxima do normativismo Kelseniano que propõe que a ciência do direito tenha como objeto apenas as normas e suas implicações de validade.

A abertura do sistema jurídico repousa numa ordem de valores historicamente condicionada que não permite a redução a um esquema que se limite a reconhecer o que é jurídico e o que deixa de sê-lo, a partir de variáveis determinantes, exclusivas do próprio sistema.

CAPÍTULO IV

O PANDECTISMO E O CONCEITO DE PRETENSÃO DE WINDSCHEID

No final do século XVIII e começo do século XIX o antigo ius in iudicio persecuendi passa a integrar novo aparato conceitual que permite a teorização do processo, organizado como direito público e reconhecido como instrumento de garantia do direito privado. Enquadrado como direito público, o processo é organizado como sistema normativo contraposto aos fundamentos do sistema de normas do direito privado. O problema para os Pandectistas do século XIX será o de enfrentar a alternativa entre explicar conceitualmente a possibilidade de uma relação entre direito substancial o processo ou construir uma teoria da ação como direito autônomo que, por sua vez, sirva de fundamento para a ciência do direito processual.

Ao separar a ação em sentido material da ação em sentido formal, Savigny opta por situar o direito de agir, surgido da violação do direito, no âmbito do direito privado relegando, desse modo, a ação em sentido formal para a órbita do direito público sem, contudo, estabelecer um limite preciso a ser observado entre uma e outra. Para Savigny, o problema da ação estaria na distinção entre os seus aspectos substancial e formal, mas sempre considerada como um elemento, um reflexo, uma espécie de acessório do direito substancial.

A partir do trabalho dos pandectistas, Windscheid descreve o que para ele seria o conceito de actio no Direito Romano e aponta o modo pelo qual a idéia da actio deveria ser resgatada pelo Direito moderno. O escrito de

Windscheid encerrou viva polêmica com Theodor Muther, em torno do conceito de actio no Direito Romano e a repercussão desse conceito no Direito moderno, discussão essa que acabou por influenciar todo o pensamento jurídico a respeito do processo e seus institutos.

Windscheid procura demonstrar que o conceito Romano de actio era estranho ao Direito moderno e que não coincidia com o de azione (Klagerecht). De acordo com Windscheid, a actio era a expressão de um direito de crédito, de uma obligatio, sendo o ordenamento jurídico romano um ordenamento de pretensões judicialmente perseguíveis e não um ordenamento de direitos. Ao se opor ao pensamento de Windscheid, Muther resume o que seria a idéia fundamental da doutrina de Windscheid. Para Muther a concepção moderna do Direito de Windscheid está em que:

a) O ordenamento jurídico é ordenamento de direitos;

b) O Direito é o prius e a ação o posterius;

c) A ação é somente o ato de agir em Juízo;

d) Direito e ação se confundem. A ação não tem existência autônoma;

Já a concepção Romana de Direito se traduziria pelas seguintes premissas:

a) O ordenamento jurídico romano não é ordenamento de direitos, mas ordenamento de pretensões judicialmente perseguíveis;

b) O Direito não é um prius, nem a ação um posterius;

c) A actio é um elemento autônomo do ordenamento jurídico;

d) A actio está no lugar do direito;

e) A actio é a pretensão perseguível em Juízo;

f) Direito e actio não concidem;

g) O conceito moderno de ação é estranho a actio porque a actio não pressupõe a existência de direitos.

Sendo a actio, portanto, expressão do direito e considerado que a idéia de actio não pressupõe a existência de direitos, torna-se possível admitir que através da actio o pretor detinha o poder de criar direitos. Entretanto, o próprio Windscheid adverte que, ao considerar que a actio era a expressão do direito, queria dizer que a actio era o modo como se manifestava a pretensão, como se revelava o direito e que, desse modo, *"in questo senso noi possiamo dire che le actiones romane per noi sono diritti, pretese giuridiche. Tuttavia, l'actio nom è identica alla pretesa giuridica, essendo diretta im primo luogo ala persecuzione giudiziaria. Noi possiamo quindi anche dire che l'actio indica ciò che a noi, dal nostro punto di vista, appare come pretesa giurídica."*, (Polemica Intorno All "Actio", Sansoni - Firenze, pág. 313).

Ao tratar do modo pelo qual o pretor operava, Windischeid anota que *"La competenza del pretore è la giurisdizione, il ius dicere. Come egli voglia rendere giustizia, è affar suo. Il pretore coscienzioso non si discosterà in modo leggero o arbitrario dal diritto vigente, ma non vi è legato. Se egli ius dicit senza o contro una regola del diritto, ciò che egli pronunzia non è perciò meno ius; poiché lo Stato gli ha concesso il potere di pronunziare il ius. Ma è anche vero che esso gli ha concesso soltanto il potere di dichiarare il diritto, nom quello di fare il diritto. Il pretore non è un*

legislatore; la legislazione appartiene all'assemblea popolare. Ciò che il pretore pronunzia è diritto per il caso per il quale lo pronunzia, ma non è diritto senza che egli l'abbia pronunziato. Perciò anche le comunicazioni del pretore, nelle quali fa sapere ai cittadini che cosa egli pronunzierà come diritto, contengono proprio soltanto regole per l'esercizio della sua giurisdizione, regole giudiziarie, non giuridiche. E poiché non sono regole giuridiche, colui il quale in un dato caso può invocare una di queste regole, non può neppure dire di avere un diritto, bensì soltanto di avere la prospettiva che la pretesa da lui avanzata sarà riconosciuta dal tribunale.", (op. cit. pág 297/298).

De acordo com Windscheid, portanto, o Edito pretoriano é regra processual que permite ao titular do direito obter provimento jurisdicional perante o tribunal, mas não equivale, rigorosamente, a norma jurídica. Mas não faltou quem visse na definição de actio concebida por Windscheid o equivalente da norma jurídica.¹ Na resposta em que rebateu as acusações de Muther, Windscheid deixa claro que a sua concepção de actio não equivale à norma jurídica exatamente porque a fórmula do pretor se destinava a reger determinada situação concreta, enquanto que a norma jurídica tinha e tem caráter geral e abstrato, embora não tenha repellido a idéia de que o pretor, ao expedir a fórmula, estava investido do poder criativo de dar ao direito a "expressão" necessária para que o titular pudesse buscar o que lhe era devido perante o adversário, no tribunal.

¹ Giovanni Pugliese, por exemplo, na introdução aos escritos de Windscheid e Muther, para a edição italiana, afirma que é fora de propósito falar em poder criativo de direitos através da actio. O que criava direitos, no sistema do ius honorarium, que diferia do ius civile, não era a actio, mas a fonte da actio ou seja, o Edito Pretoriano. De acordo com Pugliese, Windscheid se equivocou ao ver na actio o equivalente da norma jurídica.

Como se sabe, o ataque mais contundente aos escritos de Windscheid partiu de Theodor Muther que entendia que o titular detém o direito que antecede à actio. E que o ordenamento jurídico romano não era ordenamento de pretensões juridicamente perseguíveis, mas ordenamento de direitos e só de direitos, no sentido subjetivo, podiam ser buscados em juízo. A expedição da fórmula pressupunha a existência prévia de um direito subjetivo. O direito à fórmula não se confundia com o direito substancial. A actio, para Muther, é a pretensão do titular do direito perante o pretor para a expedição de uma fórmula no caso de violação do seu direito. Esse direito público, explica ele, *"il diritto di agire o l'actio in questo senso, si può ritenere connesso fin da principio, come diritto condizionato, al diritto originario, anche quando il secondo non è stato ancora violato, in modo che esso non è veramente né un "annexum" di quello, né un'aggiunta al suo contenuto, bensì un particolare diritto condizionato, in modo che abbia origine solo in seguito alla violazione di quel diritto originário."*, (op. cit. pág 234). A actio, desse modo, traduziria apenas a pretensão do titular do direito violado à tutela jurisdicional que, por sua vez, não se confunde com a pretensão de direito material.

O resultado da polêmica entre Windscheid e Muther teve como consequência principal a afirmação da doutrina em torno dos institutos e da autonomia do direito processual em relação ao direito substancial.

Um outro conceito que permeia a polêmica em questão é o de pretensão. A investigação sobre o conceito e a função da actio, no Direito Romano teve como objetivo para Windscheid formular o conceito de pretensão que seria o equivalente da actio no Direito moderno.

O conceito de pretensão atesta a desvinculação da ação do direito material. De acordo com Riccardo Orestano, *"Anche qui vi è un'eco della distinzione che abbiamo già visto in Savigny fra azione in senso sostanziale e azione in senso formale. Ma in nuove posizioni l'azione in senso formale viene considerata come entità distinta e diversa, come un diritto autonomo, il diritto d'agire, con una varietà estrema di costruzioni, cui contribuiscono da un lato tutti gli sviluppi del dommatismo giuridico, dall'altro al progressivo affermarsi della scienza processuale tedesca, la quale, specie dopo l'entrata in vigore del regolamento processuale germanico del 1879, tenderà ancor più ad affermare la propria autonomia e ad assumere come uno dei propri oggetti fondamentali la dottrina dell'azione in senso formale."*, (Azione, *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè Editore, vol. IV, pag. 796).

Rigorosamente, o conceito de pretensão é estranho aos Romanos. De fato, a introdução do conceito de pretensão, (direito de exigir de outrem uma prestação ativa ou uma abstenção, segundo o BGB, § 194), na teoria do direito processual, a partir da doutrina de Windscheid, visava a substituir a função que a actio desempenhava no Direito Romano, através da qual, pensava Windscheid, o pretor tinha o poder de dar "expressão" aos direitos, poder esse que não se ajustava ao formalismo do Direito moderno.

Do tratar do conceito de pretensão Enneccerus, Kipp e Wolf anotam que "El concepto de la pretensión es extraño a la antigua teoría. Lo que nosotros llamamos pretensión se calificaba (bajo el supuesto de existir la protección a derecho) derecho de acción, acción en el sentido material, actio. Pero se distinguía el concepto de la acción. Mientras que, según Savigny II, § § 204 y 205, la acción aparecía como un nuevo derecho que se desenvolvía sobre el derecho vulnerado, otros afirmaban que la acción no era por sí un derecho, sino sólo un complemento del derecho (PUCHTA § 81 y Vorlesungen), "una parte integrante de la emanación del derecho, a cuya protección sirve la demanda" (WACHTER I WURTT PrP II § 62 NOTA 1), "el poder residente en el derecho de afirmar validez frente a la voluntad opuesta de otros" (ARNDTS § 96). Solo WINDSCHEID demostró que aunque los romanos incluyeran en el concepto de la acción el elemento de la protección judicial, esto se explica en virtud de la evolución histórica, en particular en virtud del establecimiento de nuevas acciones (y, sólo como consecuencia, de nuevos derechos) por el derecho pretorio, cosa que no se ajusta ya a nuestra concepción actual, ya que considera totalmente el derecho como el fundamento, y la persecución judicial sólo como una consecuencia. Por tanto, substituyó para el derecho moderno el concepto de la acción por el concepto de la pretensión", (Derecho Civil, Tradução Espanhola da 39ª Edição Alemã, Tomo I, pág. 470). A actio romana não se ajustava ao Direito moderno porque se chocava com o primado da sistematização que não podia admitir que novos direitos surgissem através da prática judiciária, sem que previamente positivados no ordenamento. Para não quebrar a unidade do sistema jurídico proposto, introduziu-se o conceito de

pretensão, que separava o Direito enquanto tal da forma de sua proteção judicial. Com isso, o sujeito de direito não perdia a autonomia que o caracterizava, dispondo do poder de exigir o cumprimento da obrigação do devedor, independentemente da provocação do aparelho estatal de proteção aos direitos violados, sem que o reconhecimento da existência desse poder pudesse significar o surgimento para ele de novos direitos, além daqueles previstos no ordenamento jurídico positivo. Todo esse esforço ignorou o fato de que o próprio direito tido como violado, do qual surgia a pretensão para o titular, tinha sua existência condicionada e limitada à lei de origem estatal que, na modernidade, passou a estabelecer o alcance e o conteúdo dos direitos.

Enquanto a actio Romana servia não apenas para garantir direitos existentes no ordenamento jurídicos mas também para dar "expressão" aos direitos e, desse modo, investia o pretor de certo poder criativo, conforme o mencionado por Windscheid, o conceito de pretensão tenta manter a supremacia da vontade do indivíduo, diante da potência avassaladora do Estado, fazendo-a mover-se dentro de um sistema normativo hermético que direciona o querer individual, outrora sem limites demarcados, a priori, tão-somente contra o obrigado na relação jurídica. Se pela actio era facultado ao pretor dar "expressão" aos direitos, dotando-o de certo poder criativo, através do conceito de pretensão, o direito a ser afirmado pela sentença será apenas aquele previamente contido no ordenamento jurídico.

Substancialmente, tanto o instituto romano da actio como o de pretensão estão baseados na vontade do indivíduo como mola propulsora da ordem social e, por extensão, da ordem jurídica. De acordo com Ovídio Baptista, a

actio se restringia ao direito privado, enquanto atividade de julgar, de declarar o direito e de solucionar o litígio. Do mesmo modo, o conceito de pretensão, enquanto poder de exigir a prestação atua a partir do direito privado, de índole individual. A diferença entre uma e outra reside em que, para os Romanos, não havia a preocupação teórica de dar ao Direito um caráter sistêmico, formal e abstrato, ao contrário do que acontece na modernidade, onde o Direito só é Direito se estiver positivado em determinado ordenamento. Na modernidade, a realização do Direito está condicionada pelo sistema e sua justificação racional. Embora o poder inerente à pretensão tenha como objetivo traduzir a vontade individual, essa vontade está subordinada à existência da norma positiva no ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo em que encobre o poder criativo de que dispunha o pretor, no manejo da actio, a pretensão opera definitivamente a desvinculação entre ação e direito substancial.

O racionalismo e a consequente sistematização do Direito são os pressupostos que permitem na modernidade a teorização em torno da ação e do seu lugar no ordenamento jurídico.

CAPÍTULO V

AS TEORIAS DA AÇÃO NO DIREITO MODERNO

Reconhecida a autonomia do direito processual em relação ao direito substancial, os processualistas se voltam para a construção de uma teoria geral do processo. A autonomia do direito processual, seguindo trajetória da teoria processual do século XIX, é reflexo do reconhecimento da ação como direito autônomo em relação ao direito substancial. Assim, é natural que o conceito de ação acabe por se tornar a preocupação central dos teóricos do então novel direito processual. O direito de ação passa a ser estudado nos seus vários aspectos, multiplicando-se o número de juristas e de teorias gerais que tentam explicá-lo. As teorias a respeito do direito de ação, de certa forma, constituem os passos iniciais para a construção de uma teoria geral do processo que venha a consolidar a autonomia científica do processo.

Ainda que autônomo, era necessário identificar a natureza do vínculo do direito de ação com o direito substancial. Daí que, conforme acentua Riccardo Orestano *"lo sviluppo della scienza processuale portò a parlare sempre più insistentemente di una "autonomia" dell'azione rispetto al diritto sostanziale, tanto che pochi ormai ne dubitano. Le dispute però si son subito trasferite su un altro piano. Ammesso infatti che l'azione sia da considerarsi un diritto autonomo si è concreto od astratto."* E continua *"La concretezza è affermata da tutti coloro che fanno dipendere il diritto d'agire dall'esistenza del diritto affermato, ritenendo che esso spetti solo a chi abbia effettivamente ragione nel campo del diritto sostanziale e miri*

ad ottenere una decisione favorevole (dal WACH al LABAND, dal CHIOVENDA al CALAMANDREI e con varietà di formulazioni da tantissimi altri). L'astrattezza è invece sostenuta da tutti coloro che, sulla scia di alcune osservazioni dell'HASSE e del MUTHER, ritengono che il diritto d'agire astragga dall'effettiva esistenza della situazione giuridica affermata e spetti a chiunque creda in buona fede, o anche semplicemente manifesti l'opinione, anche non sincera, di avere un diritto (BULLOW, PLÓSZ, DEGENKOLB, GIERKE)" (Azione, *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè Editore, vol. IV, pág. 799). A natureza concreta ou abstrata do direito de ação, portanto, se estabelece em função da relação desse direito com o direito substancial. De certo modo, essa abordagem não deixa de tratar do problema da autonomia entre o direito de ação e o direito substancial. Apenas o enfoque passa por uma sofisticação conceitual visando, obviamente, ao aprofundamento da análise científica.

Embora tentando construir uma unidade do ordenamento jurídico, os conceitos de direito de agir ou de ação em sentido substancial, que nasce com a violação do direito, e ação em sentido formal, propostos por Savigny, acabam por desencadear a discussão em torno da natureza da ação, da distinção entre direito público e direito privado e, o mais importante, da relação entre direito substancial e direito de ação.

Já na polêmica com Windscheid, Muther demonstrava a distinção entre direito substancial violado e direito de ação. Ele afirma que o lesado tem direito à tutela jurídica, perante o Estado, direito esse que tem natureza pública e que não se confunde com o direito substancial violado. De acordo com Muther "Sono dati al titolare del diritto un potere e una

signoria sopra l'altra persona, in forza di che egli può richiede che questa riconosca e rispetti in linea di fato il suo diritto, ma non gli è dato, ove questo potere e signoria non bastino, un altro potere e signoria di richiedere che cessi l'inossevanza del suo diritto; ciò significherebbe porre un'impotenza al posto di un'altra impotenza. Il primo potere e signoria perdurano anche dopo la lesione. Ma, essendosi dimostrato insufficiente, deve ora intervenire un altro potere più forte per ristabilire lo stato di diritto violato. Questo è il potere dello Stato, che ha il compito e l'incarico di mantenere l'ordinamento giuridico. Al singolo cittadino, però, é imposto dallo Stato di rispettare di fatto i diritti dei suoi concittadini. Se egli non lo fa, allora lo Stato ha il potere di richiedere la cessazione della violazione è un diritto dello Stato verso un suo cittadino. Così abbiamo due diritti corrispondenti l'uno all'altro, tutti e due di natura pubblicitica: il diritto del leso verso lo Stato alla concessione della tutela statale (la azione) e il diritto dello Stato contro l'autore della lesione all'eliminazione della lesione stessa. Il diritto originario (privato) del leso continua a sussistere con la sua forza ed efficacia originaria, si tratti di un diritto relativo o assoluto, cioè della signoria sulla volontà di una persona determinada o delle signoria sulla volontà di tutte le persone all'infuori del titolare del diritto." (Polemica Intorno All "Actio", Sansoni - Firenze, pág. 235/236).

Windscheid antes mesmo dos ataques de Muther já afirmava que para os juristas modernos a ação se traduzia como o ato de agir em juízo.

O direito substancial lesado se distingue do direito de ação na medida em que se torna necessária a intervenção estatal para garantir o respeito aos direitos do titular, este individualmente considerado. Essa autonomia do direito de ação permite ao lesado exigir a prestação de tutela jurisdicional por parte do Estado e permite ao Estado eliminar a lesão investindo contra o indivíduo que deu causa à lesão. A teorização em torno da autonomia do direito de ação em relação ao direito substancial procura resolver o confronto surgido da presença Estado e da estatalidade na gênese do Direito moderno e o individualismo que fundamenta o direito privado, este, de certo modo, o pressuposto essencial sobre o qual assentado o Direito até então. Se é o Estado, um ente abstrato, quem está encarregado de eliminar a lesão causada a determinado titular de um direito, não é mais possível admitir, no plano teórico, que o titular desse direito, enquanto tal, por força do direito mesmo de que é titular, detenha o poder de perseguir em juízo o que lhe é devido. O titular do direito tem o poder sobre outrem para exigir que seu direito seja respeitado e reconhecido. No caso de violação do direito, não lhe é dado um novo poder para fazer cessar a lesão porque um outro poder assim concebido significaria *"un'impotenza al posto di un'altra impotenza"*, conforme assevera Muther. A insuficiência desse poder contido no direito do titular é que permite a intervenção estatal para fazer cessar a lesão. Mas o direito a essa intervenção estatal não pode ser reconhecido como integrante do direito substancial do titular lesado porque significaria admitir que a existência do direito independe da vontade individual e tem sua vida dependente do poder da estatalidade. Retirar a acionabilidade da

esfera do direito substancial preserva o poder da vontade individual como fonte do direito substancial ao mesmo tempo em que permite contruir o espaço do direito público reservado para a expressão do poder do Estado e da estatalidade. O direito de ação deduzido perante o Estado passa a integrar a esfera do direito público onde não predomina a vontade individual. Mas o direito substancial, ainda que violado, permanece íntegro, continua a existir e preserva a sua eficácia original. A intervenção estatal, através do direito de ação, atuará para eliminar a situação de fato lesiva, sem contudo conferir ao titular do direito lesado um outro direito diferente daquele de que ele era titular antes da lesão. O objetivo é manter o poder da vontade individual sem subordiná-la ao poder estatal.

Em que pese a separação apontada, o que preponderou, de início foi uma visão subjetivista do conceito de ação. Ainda que pensada dentro da esfera do direito público, as teorias acerca do direito da ação utilizaram elementos próprios do direito privado para sustentar os seus fundamentos. Essa contradição de princípios se explica pela imposição conceitual de pensar o direito de ação sempre na perspectiva do direito substancial. A medida da autonomia se dá sempre em relação ao direito substancial.

Dentro dessa ótica é que, basicamente, duas correntes se formaram para explicar a natureza do direito de ação reconhecido autônomo. A teoria do direito concreto à tutela jurídica e a teoria do direito abstrato de agir. Ambas lidam com o mesmo problema num plano diferente, mas não necessariamente novo: o da autonomia do direito de ação.

Entre os concretistas se destaca Wach para quem o direito de ação é um direito autônomo, sem relação como o direito material violado ou ameaçado. A ação se dirige contra o Estado e contra o adversário. Mas, somente existiria direito de ação quando a sentença judicial fosse favorável ao pleito daquele que invoca a tutela jurisdicional.

Giuseppe Chiovenda também é reconhecido concretista pela elaboração da teoria da ação como direito potestativo. Para Chiovenda *"La acción es un derecho potestativo, y hasta puede decirse que el derecho potestativo por excelencia. Hasta aquí la categoría de los derechos potestativos se ha agrupado en torno a la característica común, esto es, a la tendencia a producir un estado jurídico nuevo frente a un adversario, ya sea la cesación del derecho ajeno y la liberación de la obligación propia (como em las impugnaciones del derecho de desistir), ya sea la fundación de un derecho propio (como en el rescate), que puede ser también un derecho otra vez poseído (como en la impugnación de una renuncia). Pero cuando entre los derechos potestativos se comprende el derecho de impugnar la legitimidad del hijo, ya se abren las puertas de esta categoría a la acción. El derecho de impugnar la legitimidad no es más que pura acción y, precisamente, una acción de declaración de certeza, que es derecho subjetivo por sí mismo, pero no ejercicio de algún otro derecho subjetivo: el estado legítimo es un estado jurídico que puede existir o no existir, pero no eliminarse o fundarse en virtud de un derecho. Decimos, pues, que entre los derechos potestativos se comprenden no solo aquellos que tienden a la producción de un estado jurídico nuevo, sino también aquellos que tienden a hacer corresponder el estado de hecho en*

sentido más o menos amplio al estado de derecho, esto es, las acciones de declaración de mera certeza y de condena y la acción ejecutiva. La esencia de los derechos de la primera clase está en el poder de determinar el nacimiento de la condición para que una voluntad concreta de ley sea tal y se haga efectiva en el campo de los hechos. Apenas es necesario recordar que esta conformidad del estado de hecho con la voluntad de la ley se obtiene mediante la obligación del juez de actuarla: de ahí que quien quiera concebir la acción como derecho de producir esta obligación, no hará otra cosa que poner más en claro la afinidad de la acción con los otros derechos potestativos." (La Acción En El Sistema de Los Derechos, Bogotá, Editorial Temis S/A, 1986, pág. 35/36).

Conforme definiu Pontes de Miranda, direitos potestativos, espécie de direitos formativos, são aqueles direitos que se exerce por ato unilateral do titular, ou seja, por declaração unilateral de vontade.² O direito de ação, reconhecido como direito potestativo, teria seu exercício condicionado apenas à vontade do titular do direito e, como assinala Chiovenda, uma vez exercido, teria o poder de atuar a vontade concreta da lei para que ela se faça efetiva no mundo dos fatos. A conformidade da situação fática

² Acentua Pontes de Miranda que "*Há, porém, poderes que existem por si, que são direitos, independentemente de outros. No direito privado, permite-se a quem tenha interesse, na sucessão a ação de indignidade. Não é preciso que, julgada a ação, seja o autor o beneficiado; portanto, não é poder contido ou anexo ao de suceder, concretamente. Chamou ERNST ZITELMANN a tais direitos "direito de poder jurídico", Rechte des Rechtlichen Kannens (Internationales Privatrecht, I, 43), direitos potestativos. A expressão "direitos secundários" (ANDREAS VON TUHR, Der Allgemeine Teil, I, 160) é infeliz. Se atendemos a que à pessoa é dado o poder, às vezes, de influir na esfera jurídica de outrem, adquirindo, modificando ou extinguindo direitos, pretensões, ações e exceções, ressalta a existência de direitos formativos, que são espécie de direitos potestativos.*" (Tratado das Ações, São Paulo, RT, 1970, pág. 39).

com a vontade da lei, segundo Chiovenda, se obtém mediante a atuação do juiz. Daí que, conforme ressaltam Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra, "em última análise, a teoria de Chiovenda configura a ação como um direito - um direito de poder, sem obrigação correlata - que pertence a quem tem razão contra quem não tem. Visando à atuação da vontade concreta da lei, é condicionada por tal existência, tendo assim um caráter concreto. Não deixa, portanto, de ser um direito à obtenção de uma sentença favorável." (Teoria Geral do Processo, São Paulo, RT, 1986, pág. 215).

Além disso, é preciso notar que Chiovenda toma emprestado ao direito privado a teoria da vontade e o conceito de direito potestativo para formular o conceito de direito de ação. O empréstimo, de per si, não prejudicaria o fundamento da autonomia do instituto do direito de ação em relação ao direito privado, considerando-se que os institutos de direito privado, de certo modo, sempre foram os alicerces do Direito como um todo, e se o transplante tivesse tomado o cuidado de observar as adaptações necessárias a um instituto jurídico próprio do direito público. É bem verdade que essa distinção entre direito público e direito privado nunca foi muito clara e precisa, em que pese o esforço dos juristas modernos em afirmar o contrário. Hoje mais de acentua a tendência ao esmaecimento de fronteiras entre um ramo e outro. O mesmo não se pode afirmar relativamente à época em que se teorizava sobre os institutos do recém-nascido direito processual, onde a nitidez de fronteiras entre direito público e direito privado fora erigida em dogma.

A contradição que se esboça na teoria de Chiovenda se torna mais aguda na medida em que se constata que ele se filiava à

teoria dualista do ordenamento jurídico, porque entendia que a função do processo é a de declarar a concretude da norma que se materializa pela ocorrência fática da hipótese nela prevista e que, portanto, ao contrário da teoria unitária do ordenamento, não reserva ao processo um certo iter criativo de direitos e obrigações. Direito substancial e direito de ação para Chiovenda são categorias distintas. Entretanto, ao tratar dessa distinção Chiovenda afirma que "All llevar la acción, em cuanto se coordine a una utilidad privada, al campo del derecho privado, no queremos negar la importancia del proceso como instituto de derecho público. Y hasta hemos visto que el proceso es el desarrollo de una relación de derecho público, al menos entre el juez y Estado. Pero el proceso no es solamente una relación de derecho público. Todo acto del proceso nos presenta el uno y el trino, como ejercicio o actuación de un derecho privado, presupuesto o cumplimiento de un deber del juez, y condición de la sujeción jurídica de una parte o de las partes. En ello vemos caer las barreras pacientemente edificadas por la doctrina entre el derecho privado y el público: atribuir el proceso más al uno que al otro es disminuirlo. Uno vio al proceso viviendo de crédito porque pide prestado al derecho privado la acción, al derecho público la jurisdicción. La verdad es que viviendo de crédito el proceso civil se ha enriquecido extraordinariamente y tiene un patrimonio autónomo. Otro dijo que los derechos no son más que acciones. La verdad es que en el proceso el derecho se manifiesta en la totalidad de sus aspectos y de sus relaciones. Todas las leyes jurídicas, desde aquellas que gobiernan el interés del individuo a aquellas que regulan el poder soberano del Estado, y sus razones históricas y

lógicas, se agitan y viven en el proceso civil: el mismo aparece verdaderamente en el mundo jurídico como el punto.", (op. cit. pág 39/40).

Chiovenda não esconde o uso que faz dos institutos de direito privado para elaboração de sua teoria da ação como direito potestativo. Ao contrário, afirma a ligação existente entre o direito substancial e o direito processual, embora reconheça o avanço deste a partir dos empréstimos feitos aos institutos do direito privado. O curioso é que Chiovenda, em pleno ambiente teórico que lutava por afirmar a autonomia do direito processual em relação ao direito substancial e a extensão da separação que deveria imperar entre um e outro, ouse propor uma teoria para o direito de ação que, de certo modo, trafegava na contramão da doutrina então reconhecida como dominante no assunto, na medida em que toma uma categoria própria do direito privado para o enquadramento do direito de ação e chega a afirmar que, no processo, o direito se manifesta em sua totalidade, como a sugerir que, pelo processo, o direito adquire substância.

As dificuldades em que se enreda a construção teórica de Chiovenda evidencia que o problema colocado para os processualistas não era apenas o de distinguir o direito de ação dos demais institutos jurídicos, principalmente os de direito privado, mas o de buscar o enquadramento dos institutos de direito processual dentro do ordenamento jurídico. A teoria do direito de ação não dependia apenas do modo pelo qual se concebia a ação, mas também e principalmente do modo como esse direito, uma vez formulado, devia ser enquadrado no ordenamento jurídico, de tal forma que a discussão, por vezes, deixava de lado a questão da ação, de per si, e avançava sobre a validade e o alcance das

formulações já consagradas em relação a outros institutos jurídicos. Nesse sentido, Riccardo Orestano escreve que "Ovviamente le soluzioni non dipendono soltanto dal modo in cui si considera volta a volta l'azione, ma pure dal modo in cui si considerano le categorie d'inquadramento. Così, ad esempio, elaborata la categoria dei diritti potestativi, fu facile includervi l'azione e anzi, come abbiám visto, affermare che essa fosse il diritto potestativo per eccellenza (CHIOVENDA); ma la validità di questa classificazione doveva poi subire gli assalti di una critica diretta non solo contro tale modo di qualificare l'azione, ma pure contro la validità della stessa categoria dei diritti potestativi. Ugualmente, quando si volle distinguere diritto soggettivo e potere, non solo la possibilità di ritenere l'azione un potere era condizionata dal modo di concepire questa categoria, ma pure la classificazione poteva avere significati molteplici, a seconda che, ad esempio, si considerasse tradizionalmente il potere come una species del diritto soggettivo, oppure come genus comprendente sia il potere in senso tecnico o ristretto sia il diritto soggettivo, oppure ancora si assumessero diritto soggettivo e potere come due genera distinti, per altro accumulati dal rientrare l'uno e l'altro in quel più ampio quadro delle figure giuridiche soggettive (capacità, posizione, situazione, rapporto giuridico, facoltà, interesse legittimo, dovere od obbligo, onere, ecc.), le quali sarebbero fra di loro così strettamente connesse che nessuna potrebbe esser definita se non si definiscono esattamente le altre." (op. cit. pág 799).

O enquadramento do direito de ação dentro do ordenamento jurídico acaba por ampliar o alcance do trabalho teórico de forma a atingir a categoria jurídica sob a qual se

concebia o referido direito de ação. Se concebido o direito de ação como direito potestativo então era necessário questionar a validade mesma da teoria aceita para a categoria dos direitos potestativos, dentro do ordenamento jurídico. Assim, a validade de um conceito passava a depender da do outro, situação que podia significar a incursão do teórico pelo campo do direito público ou do direito privado, dependendo da natureza que pretendesse ver reconhecida para o direito de ação.

Este fato explica pelo menos em parte as diversas correntes teóricas que se propuseram a explicar o direito de ação e as várias divisões e subdivisões teóricas construídas em torno do direito de ação.

Paralelamente às teorias da ação como direito concreto também ganharam destaque aquelas teorias que concebiam a ação como direito autônomo e abstrato.

Degenkolb formulou teoria segundo a qual o direito de ação independe da existência efetiva do direito material de que seria titular o autor. Para ele, existe ação mesmo quando a sentença nega o pedido do autor. O direito de acionar é direito à tutela jurídica que não nasce do direito privado. O fundamento do direito à tutela jurídica repousa no reconhecimento do sujeito de direitos pelo Estado. De acordo com Degenkolb *"debe encontrarse a la doctrina procesal una base autónoma, objetiva, imparcial. WINDSCHEID há llevado al extremo la concepción civilística de la acción; BULOW ha construido una doctrina procesal autónoma, pero, dejada la actio al derecho privado, aparece incierta su base. Debe encontrarse una base común a la acción victoriosa y a la no victoriosa. Ahora bien, entre el derecho y la sentencia no corre una*

relación segura: puede vencer quien no tenía derecho, y perder quien lo tenía. Lo que es constante en toda litis es la obligación del demandado de participar en la litis: cualquiera tiene, pues, el poder de llevar a otro ante el juez. Este es el derecho de accionar: pero el mismo no es más que un derecho privado. Y su fundamento es la misma personalidad, porque con esta se da la conciencia del derecho; es, pues, la aspiración al derecho, el derecho al derecho, respecto a lo cual la existencia efectiva del derecho privado es meramente accidental. Lo que el actor pide inmediatamente en el proceso no es tanto la actuación de un derecho, cuanto la garantía del valor jurídico de su conciencia jurídica." (*In La Acción En El Sistema de Los Derechos, Giuseppe Chiovenda, pág 100*).

Já Carnelutti propõe uma teoria integral da ação como direito ao juízo, onde a ação estaria dirigida contra o juiz e não contra o Estado.

Tanto na teoria de Degenkolb como na de Carnelutti é possível encontrar traços de uma concepção unitária do ordenamento jurídico que pressupõe que o direito surge a partir do processo e da sentença.

O mais evidente, entretanto, é que as teorias da ação como direito autônomo e abstrato, nas suas diversas variações, provocam o aprofundamento da separação entre direito substancial e direito processual. A natureza abstrata do direito da ação, uma vez reconhecida, retira dele o caráter de direito subjetivo e lhe atribui o de poder. Afirmar que o direito de ação é direito subjetivo é admitir também que um tal direito guarda relação com o direito substancial. A concepção do direito de ação como poder, ao contrário, desfaz qualquer relação possível entre

o direito de ação e o direito substancial. Ao mesmo tempo em que provoca a ruptura radical com o direito substancial, a teoria do direito de ação como direito autônomo e abstrato, reafirma a natureza pública do direito de ação ao reconhecê-lo como categoria de poder jurídico.

Considerar que o direito de ação não é direito subjetivo e que, pelo contrário, ele é um poder conferido ao indivíduo, reconhecido sujeito de direitos por determinado ordenamento jurídico, implica admitir também que esse direito possa ser exercido por qualquer indivíduo que entenda ter razão.

Mas o direito de ação mesmo não sendo direito subjetivo, é direito que tem como fundamento a personalidade do indivíduo que, por meio desse direito, segundo Degenkolb, faz atuar no mundo dos fatos o valor jurídico de sua consciência jurídica. A consciência jurídica a que se refere o jurista não está reportada a existência de um direito substancial específico. A consciência jurídica do indivíduo que move a ação apenas aspira a ter direito e, através da ação, exerce o direito ao direito. A teoria da ação como direito autônomo e abstrato não nega a antecendência lógica do direito substancial, relativamente a ação e ao processo, enquanto categoria positivada no ordenamento jurídico. Referida teoria, entretanto, não pretende retirar do direito substancial o fundamento de validade do direito de ação. O fundamento de validade da teoria da ação como direito autônomo e abstrato é a existência de uma relação de direito processual dentro da qual o autor tem o poder de obrigar a parte contrária a participar do processo. Destarte, a relação jurídica processual é ela mesma necessária e suficiente para a formulação do direito de ação como categoria autônoma e

abstrata, de modo que o que passa a ser importante é o liame de atos jurídicos processuais que separa a propositura da ação, da sentença.

A procedência ou a improcedência da ação proposta ou a afirmação ou a negação da existência do direito substancial do autor não interfere na relação jurídica processual. Haverá relação jurídica processual mesmo que a sentença afirme, injustamente, que o autor não tem direito ou que, ao contrário, também de forma injusta, assegure que ele tem direito de que, em verdade, não é titular. Num caso ou noutro, materializou-se a relação jurídica processual. O direito de acionar foi exercido e pelo exercício desse direito realizou-se para o autor, no mundo dos fatos, a garantia do direito ao direito.

A teoria da ação como direito autônomo e abstrato, ao relegar a tarefa do processo de tornar efetivo o direito substancial para segundo plano e ao dar ênfase a uma suposta consciência jurídica individual, como fundamento último do direito de acionar, contraditoriamente, ao invés de afirmar a natureza da ação como direito público acaba por concebê-la como categoria de direito privado, ainda que negado, expressamente, qualquer relação entre o processo e o direito substancial. Permanece, portanto, a tensão entre o direito substancial e o direito de ação diluída agora na fluidez do caráter abstrato atribuído ao direito de ação, a ser exercido por uma também abstrata consciência jurídica individual.

Na esteira do pensamento de Chiovenda, Liebman formulou teoria que trata do vínculo entre o direito substancial e o direito processual, através da categoria que chamou de condições da ação, sem deixar de reconhecer a

natura autónoma e a abstrata do direito de ação. De acordo com Liebman, "Nel sistema delle norme del diritto processuale (che sono, come si è visto, norme strumentali) sono riconosciute agli interessati delle posizioni soggettive giuridicamente rilevanti, alcune attive, altre passive. Quelle attive costituiscono i diritti soggettivi processuali, che sono i diritti d'iniziativa e d'impulso e consistono nel potere di provocare il compimento di uno od altro atto da parte degli organi giurisdizionali. Il primo e fondamentale di questi diritti, quello con cui il sistema nel suo complesso prende contatto col mondo esterno, è l'azione, che è appunto il diritto di provocare non già un singolo atto processuale, ma addirittura l'esercizio stesso della funzione giurisdizionale. Le norme strumentali, nel regolare l'attività degli organi istituiti per adempiere a questa funzione, conferiscono infatti alla parte interessata il potere esclusivo di promuoverla. L'azione è dunque il diritto soggettivo che consiste nel potere di produrre l'evento a cui è condizionato l'effettivo esercizio della funzione giurisdizionale: per effetto della proposizione della domanda, l'organo giurizionario si pone in movimento in obbedienza alle regole interne che disciplinano la sua funzione. Essa può perciò definirsi il diritto alla giurisdizione. L'azione si dirige verso lo Stato, nella sua qualità di titolare della potestà giurisdizionale. Non perciò lo Stato è obbligato ad alcunchè verso l'attore: quando è legittimamente stimolata, la funzione si svolge per soddisfare un interesse pubblico ed in applicazione delle norme che internamente la regolano. L'azione è poi sempre proposta nei confronti di una controparte, a carico della quale si chiede che sia pronunciato il provvedimento;

all'azione corrisponde perciò nella controparte uno stato di soggezione al potere e all'attività dell'organo giudiziario.", (Manuale Di Diritto Processuale Civili, Milano, Dott. A Guifre Editore, 1957, pág. 37/38).

E continua "In tal modo risultano chiare le posizione soggettive emergenti dal sistema delle norme processuali (e diverse, nel loro schema e nel loro contenuto, da quelle proprie del diritto sostanziale): potestà dell'organo, diritto di provocarne l'esercizio (azione), soggezione agli effetti di questo esercizio. Tra il diritto di una parte e la soggezione della controparte il collegamento non è diretto, bensì indiretto, attraverso la potestà dell'organo, che il primo può soltanto provocare con riguardo ad una determinata fattispecie concreta e nei confronti di una determinata controparte: il convenuto non può sottrarsi agli effetti dell'attività messa in opera dall'organo giurisdizionale, attività che sebbene sia provocata mediatamente dall'attore, non è tuttavia a lui giuridicamente imputabile, essendo esercizio di potestà sovrana, di cui è investito in via originaria ed esclusiva l'organo statale. Ma il convenuto non è il solo soggetto che non può sottrarsi agli effetti giuridici dei provvedimenti che saranno emanati dall'organo giurisdizionale: in identica situazione si trova anche lo stesso attore, il quale, avendo provocato l'esercizio della giurisdizione, rimarrà egualmente assoggettato a quegli effetti, anche se siano per essere eventualmente, in tutto o in parte, sfavorevoli ai suoi interessi. La possibilità che l'atto giurisdizionale conduca ad effetti sfavorevoli all'attore è la conseguenza del carattere astratto dell'azione, già sopra illustrato. Il contenuto favorevole e l'esito

fruttuoso del provvedimento giurisdizionale dipendono dal risultato del processo e non possono perciò essere già compresi nel diritto di provocarne lo svolgimento. Ma l'azione, sebbene astratta, non è affatto generica, al contrario essa si riferisce ad una fattispecie determinata ed esattamente individuata ed inoltre idone a divenire oggetto dell'attività giurisdizionale dello Stato: essa è il diritto ad ottenere dal giudice che provveda nei riguardi di una determinata situazione dannosa, di cui si chiede la rimozione o la riparazione mediante l'attuazione del diritto ad essa applicabile; e sorge caso per caso tutte le volte che la situazione dei fatti, in cui si trova una persona, è tale da giustificare una sua domanda all'autorità, affinché provveda sulla situazione stessa, attuando la legge ad essa applicabile. L'azione dipende perciò nella sua esistenza da alcuni requisiti costitutivi, che si chiamano condizioni dell'azione e che è necessario individuare con precisione."....."Le condizioni dell'azione sono l'interesse ad agire, la legittimazione e la possibilità giuridica."(op. cit. pág. 39/41).

A teoria de Liebman concebe o direito de ação como direito subjetivo, autônomo e abstrato. Ainda que reconheça a natureza abstrata do direito de ação, Liebman entende que, no caso concreto, a existência da ação depende da configuração das chamadas condições da ação. As condições da ação somente podem ser reconhecidas à luz do caso concreto porque é na análise do caso concreto que será examinado o direito do autor a obter o provimento jurisdicional capaz de reparar eventual dano pela aplicação da norma correspondente positivada no ordenamento.

O que Liebman propõe é uma teoria eclética através da qual o direito de ação possa ser reconhecido abstrato e autônomo, sem se confundir com o chamado direito constitucional de petição e, ao mesmo tempo, o exercício desse direito esteja subordinado à verificação da existência de determinadas condições que, no limite se confunde com o exame acerca da existência do próprio direito material invocado pelo autor em Juízo, mas, é claro, neste último caso, sem se confundir também com as propostas das teorias da ação como direito concreto.

Para que referida construção teórica obtenha sucesso, Liebman propõe que o exame das condições da ação não seja reconhecido como verdadeiro exercício da jurisdição, mas simples juízo de admissibilidade da jurisdição. Ou seja, o exame das condições da ação se revela uma espécie de pré-juízo por meio do qual o juiz examina a possibilidade de o exercício da jurisdição propriamente dito produzir os resultados tendentes a tornar concreto o comando da norma. Feito o exame das condições da ação e uma vez reconhecida a materialização no caso concreto de referidas condições é que o juiz então passará a desempenhar atividade jurisdicional propriamente dita, ao examinar e proferir decisão sobre o mérito da causa. O direito de ação para Liebman é direito à sentença de mérito. Sendo a ação direito à sentença de mérito a existência da ação está como que condicionada à existência das chamadas condições da ação.

Todavia, ao contrário do que supõe Liebman, o exame das condições da ação é já em si mesmo exame do mérito da demanda. Com efeito, a análise da legitimidade da parte para a causa, por exemplo, não pode ser dissociado da do mérito da demanda. Se A propõe ação contra B

alegando que B deixou de pagar o preço ajustado em contrato de compra e venda firmado entre ambos, o reconhecimento de que A é parte legítima para propor ação contra B e de que B é parte legítima para ocupar o pólo passivo da demanda proposta por A somente pode ser feito a partir da análise da essência do contrato de compra e venda e, portanto, da relação jurídica de direito material existente entre ambos.

Do mesmo modo, quando o juiz declara a inexistência das condições da ação profere verdadeiro julgamento, no exercício de atividade jurisdicional porque, em verdade, declara a inexistência do direito de que o autor se diz titular em relação à parte contrária.

A análise das condições da ação, portanto, não pode ser reconhecida como simples juízo de admissibilidade sem conteúdo de atividade jurisdicional. Referida análise está contida na atividade jurisdicional propriamente dita. E mais que isso. A análise das condições da ação é teoricamente indissociável da análise do mérito da demanda.

O conteúdo das chamadas condições da ação remete para a análise da relação jurídica de direito material controvertida. Nesse sentido é que se pode afirmar que as condições da ação, no limite, permitem a formação de um juízo sobre a viabilidade da demanda, a partir da relação jurídica de direito material controvertida. O problema da legitimidade da parte para causa é ilustrativo dessa afirmação. Com isso, a autonomia do direito de ação em relação ao direito substancial acaba negada e a teoria de Liebman se aproxima da teoria da ação como direito concreto. Por outro lado, a prevalecer a idéia de Liebman de que o exame das condições da ação não é atividade jurisdicional, a teoria que propõe sobre

o direito de ação acaba por se confundir com a concepção defendida pela teoria da ação como direito abstrato.

Vista a partir das teorias precedentes, a teoria eclética proposta por Liebman não se sustenta sem que apoiada numa ou noutra concepção teórica formulada pelos processualistas que o antecederam nessa árdua tarefa.

Liebman insiste em que o direito de ação é direito subjetivo. Logo, o direito de ação não é apenas autônomo em relação ao direito substancial. O direito de ação é ele mesmo o fundamento a partir do qual se construirá uma teoria do processo, na medida em que, sendo reconhecido direito subjetivo processual, à exemplo do que ocorre com o conceito de direito subjetivo, concebido no âmbito do direito privado, permita a construção de um sistema de direito processual também ele apoiado na vontade de um sujeito de direitos e obrigações agora de natureza eminentemente processual. Nesse sentido é que se formulam conceitos como os de interesse de agir, pretensão, relação jurídica processual etc.

As teorias modernas da ação, no fundo, sob a pregação da autonomia do direito processual em relação ao direito privado, e na esteira da pandectística, acabam por transpor para o direito processual conceitos de direito privado, na maioria das vezes sem qualquer esforço de adaptação.

O conceito de relação jurídica processual, por exemplo, essencialmente, não difere do conceito de relação jurídica de direito privado, que se estrutura entre sujeitos de direito titulares de direitos e obrigações. A relação jurídica processual também se estrutura entre sujeitos, ou entre partes. A diferença na

transposição do conceito reside apenas no fato de se determinar se a relação jurídica se estabelece no processo entre as partes, entre o autor e o juiz, entre o juiz e o demandado ou entre autor, juiz e demanda. O fundamento do conceito de relação jurídica processual como se percebe é semelhante ao conceito de relação jurídica de direito privado.

A autonomia e a ruptura com o direito substancial não parece tão profunda quanto se esboçara.

CAPÍTULO VI

OS REFLEXOS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Rigorosamente, somente a partir da chegada de Liebman, por volta de 1940, é que a abordagem metodológica em torno do direito de ação e do direito processual ganha novo impulso no Brasil. Até então a discussão travada na Alemanha a respeito do direito de ação não havia repercutido entre os processualistas brasileiros, de modo significativo. Sobre o direito de ação, o que predominava era a teoria civilista consagrada pelo artigo 75, do Código Civil de 1916.

A teoria civilista da ação foi concebida por Savigny a partir da definição de Celso, (*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicium persequendi*). De acordo com Savigny, uma vez verificada a lesão ao direito do titular esse direito se apresenta modificado pelo surgimento da relação, entre o titular do direito agora violado e o causador da lesão, e que contém a faculdade de promover a reparação da lesão. Essa relação que se apresenta diante da violação do direito Savigny indentifica como direito de agir ou ação em sentido substancial que, por sua vez, não se confunde com a ação em sentido formal, que é a efetiva atividade do ofendido para fazer atuar o direito de agir de que é titular. O direito de agir, portanto, está inserido no âmbito do direito privado, enquanto que a ação em sentido formal é regida pelo direito público.

No Brasil, a teoria civilista da ação foi defendida por João Monteiro que pregava que "*O fundamento jurídico da acção é o próprio direito violado e o seu momento funcional a mesma violação por parte de pessoa determinada. Esta violação cria um vínculo de direito indentico*

a uma obrigação, da qual é sujeito ativo o titular da relação de direito e sujeito passivo o seu violador.", (Curso de Processo Civil e Commercial, 2ª ed., São Paulo, Duprat & Comp., 1905, pág 87), e a ampla aceitação de que desfrutava, na época, acabou sendo decisiva para sua inclusão no Código Civil de 1916, sob a advertência de Clóvis Beviláqua que entendia que "a acção tem um lado formal" que se expressa por meio do processo.

Libman influenciou a discussão em torno do direito de ação no Brasil, de modo a ressaltar aspectos científicos e doutrinários que a até então permaneciam relegado a plano secundário. De acordo com Alfredo Buzaid "O conceito de ação, tema tormentoso do direito processual civil, levou Liebman às mais profundas meditações, enquanto permaneceu na América; fo nestas terras que escreveu "Concepto de la Acción Civil" e o seu famoso estudo sobre "O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito" que prepararam o seu ensaio fundamental sobre "L'azione nel sistema del Diritto Processuale Civile". A esse tempo eram bem conhecidas as correntes principais, que procuravam explicar a natureza jurídica da ação. Uma a considerava direito concreto, que se resolve no direito a obter do Poder Judiciário uma sentença favorável. Partidário desta teoria, deu-lhe Chiovenda conotação original, não só ao considerar a ação um direito potestativo, como também por sustentar que o objeto do processo é a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar-lhe a atuação, isto é, a ação. A outra doutrina é a da ação havida como direito abstrato; esta doutrina tem cambiantes várias, desde a posição extremada daqueles autores que reputam a ação direito de obter a prestação jurisdicional desprovida de qualquer condição, até os moderados,

que lhe impõem condições subjetivas e objetivas de admissibilidade. Desta corrente intermédia, um dos processualistas mais notáveis é Liebman, para quem a ação é direito subjetivo processual, não direito subjetivo material. Por isso lhe corresponde não uma obrigação, mas o exercício de uma função por parte de órgão do Estado e uma sujeição por parte do adversário, que não pode evitar os efeitos da ação.", (A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro, Revista de Processo n. 27, Julho/Setembro de 1982, pág. 16/17).

Como se nota a teoria eclética de Liebman sobre o direito de ação amadureceu durante sua permanência na América Latina e, particularmente, no Brasil. Influenciada pelos ensinamentos de Liebman, surgiu no Brasil a chamada escola processualista de São Paulo que passou a defender a existência de uma teoria geral do processo a partir de institutos jurídicos como relação jurídica processual, autonomia da ação e instrumentalidade do processo, impossibilidade de criação de direitos pelo processo etc.

O próprio Alfredo Buzaid reconhece que a influência dos ensinamentos de Liebman foi decisiva para o pensamento processual contemporâneo brasileiro a ponto de as suas principais teorias estarem incorporadas ao Código de Processo Civil de 1973. Buzaid afirma que o Código de Processo Civil de 1973 perfilha a doutrina de Liebman quando estabelece a possibilidade de o processo ser extinto sem julgamento do mérito, verificada a ausência de qualquer das condições da ação, (inciso VI, do artigo 267), ao definir o que se entende por mérito, (artigo 128), ao outorgar ao juiz um poder geral de cautela, (artigo 798), ao disciplinar os institutos dos títulos executivos extrajudiciais e

da ação cautelar, entre outros.

O reflexo da doutrina de Liebman na legislação brasileira, particularmente no Código de Processo Civil de 1973, se deveu à escola processualista de São Paulo que abraçou sem reservas a teoria de Liebman a respeito do direito da ação, encarregando-se de difundí-la no País até alcançar relativa aceitação a ponto de se tornar dominante na matéria.

O conteúdo da ação não é uma prestação de natureza material, diz José Frederico Marques. Para ele, *"a ação é direito público subjetivo, autônomo, abstrato e instrumental. Autônomo porque tem vida própria e não se confunde com o direito subjetivo a que se encontra ligada; abstrato porque desnecessário que o direito substancial seja reconhecido como existente; e instrumental porque seu fim é o de obter o julgamento da pretensão resultante de um direito subjetivo material."* (Instituições de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, vol I).

De acordo com Moacyr Amaral Santos a ação *"é um direito subjetivo público distinto do direito subjetivo privado invocado e, portanto, abstrato e genérico."* (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 8ª ed., 1. vol.)

Admitido que a ação, efetivamente, seja direito público subjetivo, autônomo, abstrato e instrumental, é de se indagar qual a posição que ocupam a pretensão e o direito subjetivo materiais nessa formulação. A resposta a essa indagação encontra-se nos princípios que inspiram a teoria da ação como direito abstrato, autônomo e instrumental. Por apartar-se do direito material, a princípio, a ação como instituto eminentemente procesual não teria qualquer ligação com a pretensão e o direito subjetivos materiais.

Ocorre que, conforme acentua Humberto Theodoro Júnior, embora a ação seja abstrata, não se pode deixar de observar que seu exercício só é admissível quando o promovente esteja invocando um possível direito material que, pelo menos em tese, se mostre oponível ao demandado. Assim, a existência, pelo menos aparente, da pretensão e do direito subjetivos materiais é pressuposto de admissibilidade da ação. Sem eles não se concebe o exercício do direito de ação. Mas, admitido que a pretensão e o direito subjetivo materiais são pressupostos da ação, fica difícil sustentar a tese de que a ação seja direito abstrato e autônomo em relação ao direito substancial. Proposta a ação, caberia às chamadas condições da ação fazer a ponte entre o direito processual e o direito material. Só que a análise das condições da ação se revela análise do próprio direito material invocado pela parte, colocada veladamente como condição de admissibilidade da ação, o que, essencialmente, solapa o fundamento da teoria do direito de ação como direito abstrato e autônomo.

Conforme acentuam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, eles próprios de certa forma herdeiros dos postulados da escola processualista de São Paulo, *"Caracteriza-se a ação, pois, como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela um direito (direito público subjetivo), ou um poder. Entre os direitos públicos subjetivos, caracteriza-se mais especificamente como direito cívico, por ter como objeto uma prestação positiva por parte do Estado (obrigação de dare, facere, praestare): a facultas agendi do indivíduo é substituída pela facultas exigendi. Nessa concepção, que é a doutrina dominante, a ação é dirigida apenas contra o Estado (embora, uma vez*

apreciada pelo juiz, vá ter efeitos na esfera jurídica de outra pessoa: o réu, ou executado). Nega-se, portanto, ser ela exercida contra o adversário isoladamente, contra este e o Estado ao mesmo tempo, ou contra a pessoa física do juiz. Diversa não é a opinião da maioria dos processualistas brasileiros contemporâneos. Sendo um direito (ou poder) de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição (existindo, portanto, antes do processo), a ação tem inegável natureza constitucional, (CF, artigo 153, § 4º). A garantia constitucional do direito de ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mais ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório, o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz, através daquilo que se denomina tradicionalmente "devido processo legal". Daí resulta que o direito de ação não é extremamente genérico, como muitos configuram. Trata-se de um direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste: favorável ou desfavorável, justo ou injusto, e, portanto, de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (que independe da existência do direito subjetivo material) e instrumental porque sua finalidade é o julgamento de uma pretensão de direito material. Nesse sentido, é conexo a uma situação jurídica concreta.", (Teoria Geral do Processo, São Paulo, RT, 6ª ed., 1986, pág. 219/220).

Evidente, portanto, a influência de Liebman na formulação do direito de ação, na medida em que Grinover, Cintra e Dinamarco reconhecem ser referido direito autônomo, instrumental e abstrato, porém conexo a uma situação jurídica concreta. Essa conexidade se revela por meio das chamadas condições da ação e,

de certo modo, mitiga o caráter abstrato reconhecido inerente ao direito de ação.

A idéia de direito de ação como direito autônomo e abstrato, de acordo com Grinover, Cintra e Dinamarco, permite a construção de uma teoria geral do processo, fundamentada não apenas no conceito de ação, mas no de jurisdição, processo e defesa. Dinamarco, entretanto, contesta a prioridade metodológica dada à ação porque, no seu modo de ver, *"o direito processual é, antes de mais nada, a disciplina do exercício da jurisdição - e a ação, no sistema do direito processual, é apenas o poder de estimular o Estado-juiz a exercê-la, valendo pois como condição para a ativação da máquina judiciária (e o que importa, acima de tudo, são os resultados do exercício da jurisdição. O destaque político dado à ação só se justifica quanto à ação civil; quando se passa ao campo penal, já não é a ação que tem todo esse significado, mas as garantias da defesa e do contraditório, no clima do "due process of law.", (Fundamentos do Processo Civil Moderno, São Paulo, RT, pág. 264).* A contestação de Dinamarco reafirma o seu objetivo de construção de uma teoria geral do processo que não se restrinja ao direito processual civil, mas que possa também abarcar os institutos próprios do direito processual penal. Uma teoria geral do processo colocada como paradigma epistemológico para o direito processual civil e para o direito processual penal e que possa disciplinar institutos jurídicos de ambos os ramos do direito processual harmonicamente.

Ainda que recuse a prioridade metodológica conferida ao direito da ação, o que pretende Dinamarco é aprofundar a autonomia do direito de ação em relação ao direito material o suficiente para a construção de uma teoria do processo. O seu pensamento, portanto, não destoa

do de Liebman e, para mais além, das propostas da teoria abstrata da ação. Nesse sentido, a discussão em torno da ação fornece o alicerce indispensável para a construção dos demais institutos processuais. Daí, a inegável importância que assumiu para os processualistas em geral dentro e fora do Brasil.

Cintra, Grinover e Dinamarco dão ênfase também ao aspecto constitucional do direito de ação. Para eles, a garantia constitucional do direito de ação tem como objeto o direito ao processo.

Nesse ponto, parece haver certa aproximação entre o direito de petição e o direito de ação.

Ovídio Baptista da Silva critica a teoria de Liebman, amplamente aceita no Brasil, e que chama de "eclética". Para Ovídio "o argumento central desenvolvido pelos defensores da "teoria eclética" consiste em recusar um direito de "ação" que seja tão absoluto que não tenha condições capazes de legitimar o seu exercício (Galeno de Lacerda, Despacho Saneador, 76). Daí porque não se poderá confundir o verdadeiro "direito processual de ação" - dizem eles - com o simples direito, abstrato e incondicionado, de "acesso aos tribunais". Como se vê, pela linha de argumentação desenvolvida pelos partidários da "teoria eclética" é visível sua preocupação de opor-se à teoria do "direito abstrato de ação", (Curso de Processo Civil, Porto Alegre, SAE, 2ª ed., 1991, pág. 83). E continua "O erro fundamental de ambas as teorias, tanto a do chamado "direito concreto de ação" quanto desta última, está na confusão entre ação e direito subjetivo; ou ainda entre direito subjetivo e pretensão. A doutrina confunde, de um modo geral, quando trata do conceito de "ação" processual o

"direito subjetivo de acesso aos tribunais" com o exercício efetivo e concreto deste direito através da "ação". Ora o "direito de acesso aos tribunais" como temos isistentemente afirmado, ainda não é ação, mas simples estado de quem tem direito subjetivo e que tanto pode estar, como ocorre entre nós, num texto de direito provado (art. 75 do Código Civil), quanto em algum preceito constitucional; ou até mesmo não estar expresso em qualquer regra jurídica escrita, porque o direito de ser ouvido pelos tribunais é princípio imanente e insuprimível em toda e qualquer comunidade estatal.", (op. cit. pág. 83/84).

Efetivamente, na definição do direito de ação proposta por Cintra, Grinover e Dinamarco fica evidente a aproximação entre a ação, no sentido processual e ação enquanto direito constitucional de acesso aos tribunais. Uma não se confunde com a outra. O direito de acesso aos tribunais é atribuído a todos os cidadãos indistintamente e emerge do estado de cidadania. Já a ação que se materializa no processo tem fundamento diverso que tanto a teoria de Liebman e a teoria da ação como direito abstrato não ousam investigar porque a investigação deixaria a descoberto o elo entre o direito de ação e o direito substancial.

Ao mesmo tempo em que critica a teoria eclética, como contraponto, Ovídio Baptista da Silva defende a teoria do direito de ação como ação de direito material, na esteira do pensamento de Pontes de Miranda.

De fato, a teoria do direito de ação como ação de direito material engrossa corrente doutrinária que rivaliza com a chamada escola processual de São Paulo que, como já demonstrado, abraçou a teoria do direito de ação proposta por Liebman.

Pode-se afirmar que, no Brasil, a aceitação da teoria sobre o direito de ação de Liebman se confronta com a da teoria da ação como ação de direito material de Pontes de Miranda. Deve-se reconhecer, entretanto, que a teoria de Liebman tem maior aceitação.

Mas, a crítica de Ovídio Baptista da Silva tem importância na medida em que permite evidenciar os equívocos da teoria Liebmaniana e serve de ponte para a defesa teórica da concepção de Pontes de Miranda.

Segundo Ovídio Baptista, "Quando o juiz declara inexistente uma das "condições da ação", ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu - não contra o Estado - é improcedente. E tal sentença é, já, sentença de mérito. A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma "condição da ação" não constitui decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a reproposição da mesma ação, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, parte do falso pressuposto de que a nova ação proposta por outra pessoa, ou pela mesma que propusera a primeira, agora contra outrem, seria a mesma ação que se frustrara no primeiro processo. Toma-se o "conflito de interesses" existente fora do processo, a que CARNELUTTI denominava "lide", como o verdadeiro e único objeto da atividade jurisdicional. Como este conflito não fora composto pela primeira sentença que declara o autor carecedor de ação, afirma-se que seu mérito permaneceu inapreciado no julgamento anterior. Daí porque, no segundo processo, com novos figurantes, estar-se-ia a desenvolver a mesma ação. Ora, no

segundo processo, nem sob o ponto de vista do direito processual, e muito menos em relação ao direito material, a ação seria a mesma. Mudando-se as partes, transforma-se a demanda. Afirmando o juiz que o autor não tem legítimo interesse para a causa, sem dúvida estará afirmando que o conflito de interesses por ele descrito na petição inicial não merece que o Estado lhe outorgue proteção, o que significa declarar que tal conflito é irrelevante para o direito. E, neste caso, igualmente lhe falta a ação de direito material, ou esta seria ilegítima por falta de interesse. Não a ação processual que jamais será ilegítima por falta de interesse.", (op. cit. pág. 90).

No cerne da crítica de Ovídio Baptista está a distinção entre o conceito de ação de direito material e a "ação" processual. Para ele, a aceitação generalizada pelos processualistas das teorias abstratas a respeito do direito de ação e da conseqüente recusa da teoria da ação de direito material, esconde um pressuposto ideológico consistente na abolição das ações especiais e sumárias e na admissão, no plano processual, de apenas uma "ação" ordinária e plenária.

A teoria da ação de direito material não nega a preexistência do direito em relação a ação. Mas, na medida em que reafirma o pressuposto de que a cada direito corresponde uma ação que o assegura, acaba por diluir a autonomia que deveria imperar entre direito de ação e direito substancial.

Na formulação do conceito de ação de direito material Pontes de Miranda segue a trilha aberta pela doutrina alemã, particularmente pelos escritos de Windscheid que abordam o problema da pretensão e suas implicações na aplicação do Direito.

A correta compreensão do que venha a ser pretensão para Pontes de Miranda implica analisar o que ele entende por direito subjetivo, que é o antecedente lógico da configuração material da pretensão para o titular do direito, principalmente se colocada a violação desse direito como ponto de partida para a aplicação da norma jurídica.

No seu portentoso Tratado de Direito Privado, Pontes de Miranda afirma que todo o direito subjetivo, como produto da incidência da regra jurídica, é limitação à esfera de atividade de outros possíveis sujeitos de direito. Diz ele que *"o pedaço de terreno de 50 x 50 metros é coisa, no sentido do mundo fático, mas a sua apropriação por A é no plano das relações humanas interpessoais: nem B, nem C, nem outrem pode apropriar-se dele. Como coisa, o terreno não pode sentir, nem ter atenção para o que se passa, e tudo que se passa, no tocante a ele, juridicamente, é só no mundo jurídico. Apenas esse mundo jurídico, por sobre o mundo fático, mas integrado nele, é que dá acesso, ou que fecha passagem para o mundo fático. Se o objeto é coisa, ato ou omissão de outrem, tem isso importância no que diz respeito à determinação dos sujeitos passivos, isto é, das pessoas que ficam no lado passivo da relação jurídica."*, (Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1955, pág. 252, vol. 5).

O direito subjetivo então não é faculdade, mas contém faculdade porque poder jurídico de ter faculdade. A faculdade é o meio fático para a satisfação de interesses, enquanto o direito subjetivo é meio jurídico para a satisfação desses interesses, de modo que não haveria direito subjetivo sem regra jurídica, (direito objetivo). Só a regra jurídica pode

incidir sobre o suporte fático que ela regula.

Mundo fático e mundo jurídico para Pontes de Miranda são dois mundos distintos, porém complementares. O primeiro é o mundo das relações humanas e o último, o das regras jurídicas, o do ordenamento. É através do mundo jurídico que ele vislumbra o mundo fático. Ao fazer do mundo jurídico a janela para o mundo fático se revela o idealismo que impregna o seu pensamento. As categorias jurídicas em Pontes de Miranda se assemelham a categorias lógico-matemáticas. Resta saber se essas categorias se prestam a explicar o fenômeno jurídico que, como se sabe, não se mostra ao estudioso como os fenômenos naturais e suas propriedades.

Sendo o direito subjetivo, no caso, limitação à esfera de direitos de outrem, pela incidência da regra jurídica, torna-se necessário indagar do modo como ocorre a incidência da regra de direito objetivo, bem como localizar a intersecção espaço-temporal entre os tais mundo fático e mundo jurídico. A teoria dos fatos e atos jurídicos proposta por Pontes de Miranda poderá ajudar nessa tarefa, principalmente se revisitada pela trilha aberta por Marcos Bernardes de Mello, (*Teoria do Fato Jurídico*).

Fatos jurídicos são fatos da vida valorados pelas normas jurídicas. Os fatos pertencem ao mundo fático, o plano do ser, enquanto os fatos jurídicos, pelo predicado, têm validade no mundo jurídico, plano do dever-ser. O mundo jurídico, como tal, não altera o mundo fático e só o mundo fático pode alterar o mundo jurídico, muito embora alguns juristas admitam que o Direito, como instituição social que é, pode provocar mudanças no comportamento humano e, por extensão, na sociedade. Do ponto de vista lógico, de acordo com a doutrina de Pontes de Miranda, os

efeitos dos fatos jurídicos não impõem modificações no mundo fático, necessariamente.

A formação da norma jurídica se dá pela junção do suporte fático, que é fato do mundo do ser, e pelo preceito, que é o efeito lógico previsto no mundo jurídico (dever-ser), provocado pela incidência que ocorre no momento em que se configurar no mundo do ser (da realidade) aquela situação fática que compõe o suporte fático indicado na hipótese normativa. É importante ressaltar que, para Pontes de Miranda, incidência e aplicação ocorrem no tempo em momentos distintos e inconfundíveis. A incidência da norma jurídica ocorre no momento que os elementos do suporte fático nela previstos se materializam na realidade. Ao juiz caberia fazer coincidir na sentença aplicação e incidência buscando identificar a única norma aplicável ao caso, que é aquela que incidiu anteriormente, quando teriam se materializado no mundo do ser os elementos do suporte fático que ela contém, de modo a achar a justiça da decisão que, diga-se, não tem aqui conteúdo valorativo, mas lógico, porque o termo está associado a justiça, encaixe, entre o que incidiu no âmbito do direito material e o que o processo deve reconhecer como solução válida e eficaz.

A principal implicação dessa diferença espaço-temporal entre incidência e aplicação está em que à ação não cabe criar direitos mas apenas certificar a existência daqueles previstos no ordenamento, ou mais precisamente, no direito material. Nesse ponto, a teoria da ação de direito material se aproxima das outras teorias acerca do direito de ação. Coerente com a visão sistêmica do Direito proposta pelos Pandectistas, Pontes de Miranda retira da ação e, conseqüentemente do processo, o poder de criar

direitos e, desse modo, impõe ao direito o caráter de sistema fechado de normas, regulado pela lógica formal e pelo dogma. Daí a centralidade do conceito de pretensão no pensamento de Pontes de Miranda, enquanto formulação identificadora do nascimento da ação para o titular do direito que, como lembrado anteriormente, sem retirar o poder da vontade individual que dá suporte às normas de direito privado, reduz a energia dessa mesma vontade fazendo-a prisioneira do ordenamento jurídico, situação que resulta, aparentemente, numa aporia insolúvel.

O mundo jurídico, enquanto mundo de categorias de pensamento, está dividido em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Através destes planos lógicos se identificam a existência do fato jurídico como "ser" jurídico, a presença ou não de vícios que possam maculá-lo, aferição que é feita diante de previsões encontráveis no próprio conjunto normativo, e sua eficácia que é capacidade de produzir efeitos na e para a ordem jurídica.

Os fatos jurídicos obedecem a classificação que em geral se baseia na vontade individual presente em cada espécie considerada. A vontade individual é fundamento das normas de direito privado e, por extensão dos conceitos de direito subjetivo e de pretensão, não apenas por razões de ordem política e filosófica. Tal critério de classificação e de identificação dos fatos jurídicos, do ponto de vista científico, deve ser admitido com reservas, na medida em que pretende explicar o fato jurídico como fato jurídico do direito privado e não da totalidade do direito, embora Pontes de Miranda faça referência à materialização de uma espécie de negócio jurídico no exercício do direito de ação pelo particular perante o Estado que monopolizou a

jurisdição.

Por esse critério volitivo, os fatos jurídicos podem ser classificados do seguinte modo:

Fatos Jurídicos

1) Conformes ao direito:

- a) fato jurídico (stricto sensu)
- b) ato-fato jurídico
- c) ato jurídico (lato sensu), este subdividido em I) ato jurídico (stricto sensu) e II) negócio jurídico;

2) Contrários ao direito:

- a) fato ilícito (stricto sensu)
- b) ato-fato ilícito
- c) ato ilícito (absoluto, relativo, invalidante e caducificante).

De acordo com o grau de intensidade da vontade humana no conteúdo do fato ou do ato, o fato ou o ato jurídico considerado move-se na classificação porposta desde fato jurídico (stricto sensu), que não contém elemento volitivo, até a categoria do negócio jurídico em que a vontade tem o poder de regular a amplitude dos efeitos pretendidos.

Ao criticar o conteúdo volitivo e, portanto, individualista do conceito de negócio jurídico, Marcos Bernardes de Mello afirma que o que cria efeitos jurídicos no negócio jurídico não é a vontade, mas as normas jurídicas. Reconhece ele que o sistema jurídico impõe limitações à vontade negocial. Esquece-se, porém, que, se é a norma que autoriza a produção de efeitos jurídicos, toda a classificação dos fatos jurídicos, baseada na vontade, perde sentido e o negócio jurídico que, ao se apoiar na vontade humana, preserva uma pressuposta ligação com a realidade, ao passar a depender da norma jurídica para existir e para produzir efeitos perde todos

os vínculos com a realidade. O resultado é que o autor não consegue se desvencilhar do paradoxo representado por um conceito de negócio jurídico que se funda na subjetividade do sujeito de direito, mas que esbarra na objetividade do sistema jurídico que não tolera a existência de um voluntarismo anárquico que crie empecilhos à racionalidade do ordenamento. O conceito que propõe, a título de conclusão, é exemplar dessa dificuldade. Para ele negócio jurídico seria o *"fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predefinidos e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico."* (Teoria do Fato Jurídico, São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 153).

O conceito de negócio jurídico tendo como fundamento a vontade individual guarda certa relação de complemento com o de direito subjetivo. Se de um lado a vontade atua para garantir a existência do negócio jurídico, por outro, através do conceito de direito subjetivo, assegura a cada parte a faculdade de exigir do obrigado a prestação a que se vinculou, pelo contrato ou pela lei, tudo sem que intervenha o Estado, aparentemente, mas só aparentemente, porque tanto o negócio jurídico como o direito subjetivo, a par da subjetividade que os inspira, existem pela e na estatalidade objetiva do ordenamento jurídico.

Ainda permanece necessário investigar o que seja pretensão para Pontes de Miranda. Pretensão para ele é *"a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação*

positiva ou negativa. Ao "posso" do titular da pretensão corresponde o "ser obrigado" do destinatário. Não há pretensão sem destinatário; nem obrigação sem que haja pretensão. E obrigação tem dois sentidos, o de dever e o de pretensão", (op. cit. pág 451). Logo, pode-se afirmar que pretensão é poder que se afirma entre obrigados pelo contrato ou por disposição legal. Jamais haverá pretensão sem que antes dela se tenha estabelecido relação jurídica entre titular da pretensão e aquele a quem ela se dirige. Pontes de Miranda, aliás, alerta para o fato de existirem três posições em vertical: o direito subjetivo, a pretensão e a ação, segundo ele separáveis e com relações distintas entre direito e dever, pretensão e obrigação, autor e réu e excipiente e excepto.

O fim da pretensão é a satisfação da obrigação. De acordo com Pontes de Miranda foi Windscheid quem fixou o conceito científico de pretensão, embora o parágrafo 194, do Código Civil Alemão, no seu modo de ver, ao definir pretensão como direito a exigir de outro um fazer ou um não fazer, originou certa confusão entre direito e a pretensão. O direito, em si mesmo, tem extensão e não intensidade, enquanto a pretensão lança-se em direção a algum ato ou omissão dirigida sempre a alguém. Por isso, afirma ele que "pretensão não é o direito nem a ação, nem a "ação" (processual)", (Tratado das Ações, São Paulo, RT, 1970, Tomo I, pág. 116). Nesta distinção, Pontes de Miranda demonstra mais esmero na elaboração do conceito de pretensão do que Windscheid. Este último não distinguia claramente pretensão de ação de direito material.

Se Pontes de Miranda adota o conceito de pretensão proposto por Windscheid é certo que ele admite, ainda que implicitamente,

que a pretensão, ao pretender explicar "cientificamente" o modo como surge para o titular do direito o poder de exigir o cumprimento da obrigação, na realidade, funciona como limite ao poder da vontade desse mesmo titular mantendo-o preso à exigibilidade de um direito que se afirma existente só porque previamente contido na lei ou no contrato, mais na lei do que no contrato, diga-se. A pretensão, como poder, como querer exigir, não tem força para dar eficácia a direitos que não aqueles previstos no ordenamento jurídico. Essa potência da vontade presente no conceito de pretensão, que está longe de ser aquela vontade de poder de que falou Nietzsche, só aparece perante o obrigado. Mas é potência que se anula no momento mesmo em que surge porque não conta com força própria suficiente para impor-se ao obrigado. Acaba resumida a um apelo para que o obrigado cumpra a obrigação. No fundo é poder nenhum. É conceito que gira no vazio criado entre o conceito de direito subjetivo e o de ação de direito material. Opera no vácuo deixado pela cisão conceitual entre direito substancial e direito processual. O conceito de pretensão tenta manter o domínio da vontade individual no turbilhão avassalador da objetividade do ordenamento jurídico.

A pretensão só se realiza na ação. Por isso, não tem sentido separar pretensão e ação de direito material. Segundo Pontes de Miranda, a pretensão se distingue da ação porque existiriam pretensões não acionáveis. Para Pontes *"a pretensão contém a ação que é exigência somada à atividade para a satisfação. Exigir (pretensão) ainda não é agir, (ação), para a satisfação."* (op. cit. pág 47/48). Todavia, é o contrário o que ocorre. A ação é que contém a pretensão. Só quando ajo no mundo fático efetivamente exijo, até porque

ninguém se vê compelido a cumprir a obrigação em função dos apelos do titular para que o cumprimento se materialize. O conceito de pretensão, como formulado, de certo modo, traduz o que Alf Ross chama de encarnação do válido, do metafísico, do ideal, no reino do existente, do físico, do real. Qualquer atividade do titular do direito tendente a ver satisfeita a obrigação é ação. Desde um simples telefonema até o pedido de tutela perante do Estado. Ao colocar-se a exigibilidade como antecedente lógico da ação confunde-se a relação obrigacional, surgida para as partes, em função da lei ou do contrato, que estabelece deveres recíprocos, com o ato de exigir que se cumpram os deveres contratados ou previstos em lei. Aquela exigibilidade surge do direito mesmo, em sua intensidade e extensão. Já esta última só se materializa na ação, pela atividade do titular do direito que foi violado. É como ocorre na realidade. Só através de uma construção puramente idealista é possível separar pretensão e ação e reduzir nesta última a exigibilidade que a caracteriza.

Direito subjetivo e pretensão são poderes. Aquele, poder da vontade do titular do direito para tornar efetivo o seu exercício. Esta, poder de exigir o cumprimento da obrigação. Pontes de Miranda entende que ambos os institutos são poderes distintos e, para evidenciar a distinção, mostra que o direito subjetivo surge do dever do obrigado de cumprir a prestação, como contratado, ou como previsto em lei. A pretensão, por sua vez, aparece quando o devedor não cumpre a obrigação que lhe cabia cumprir, permitido que se abra para o credor ou titular do direito a oportunidade de exigir o que é devido. O que distingue o poder contido no direito subjetivo daquele outro presente na pretensão é exatamente o

descumprimento da obrigação ou a violação da Lei. Enquanto perdura a expectativa do credor de que o devedor cumpra a obrigação o que se tem é apenas a configuração do direito subjetivo, do poder surgido do contrato ou da lei. No momento em que essa expectativa se frustra pelo descumprimento do pacto ou pela violação do texto legal começa a existência da pretensão que dá ao credor o poder de exigir o cumprimento da obrigação a que estava vinculado o devedor. Como o direito subjetivo está relacionado ao direito, é correto que se distinga da pretensão que se relaciona com a acionabilidade para garantir a satisfação da obrigação.

A pretensão ainda, na doutrina de Pontes de Miranda, se distinguiria da ação de direito material e da "ação" processual.

O conceito de ação de direito material parte do princípio de que a cada direito corresponde uma ação que o assegura, (artigo 75, do Código Civil Brasileiro). Esta ação de direito material não se confunde com a ação ou atividade processual derivada do exercício do direito à tutela jurisdicional que decorre do monopólio estatal da jurisdição. Se a ação de direito material se traduz no exercício da pretensão surgida para o titular do direito em razão do descumprimento da obrigação, a "ação" processual é o exercício de pretensão que surge para o particular de ver satisfeito seu direito através da tutela jurisdicional a que se obrigou o Estado, por força do monopólio da jurisdição. A ação de direito material se dirige ao obrigado, a "ação" processual, ao Estado. No fundo, ambas são ações de direito material. Uma surge no âmbito do direito privado material e a outra, no do direito público material. Se é correta a distinção feita por Pontes de Miranda entre "ação" processual e ação de direito material é ponto que merece

análise detida que será feita mais adiante. Por enquanto, interessa preservar o conceito de ação de direito material que é o que melhor explica o fenômeno da ação no ordenamento jurídico, além de contribuir para superar a separação radical e injustificada, operada pela doutrina dominante, entre direito substancial e direito processual.

Contraposta à consideração da ação como direito autônomo, abstrato e instrumental, a teoria da ação de direito material defendida por Pontes de Miranda e por Ovídio Baptista da Silva, entre outros, amplia a discussão para teorizar não só o momento processual da ação, mas também o modo como o fenômeno da ação repercute no direito substancial.

Partindo do pressuposto de que a função imediata do processo é realizar o direito objetivo, Pontes de Miranda entende que há uma relação jurídico processual entre o autor e o Estado que se completa com a citação do réu e com angulação Estado-réu. Como antecedente dessa relação desenvolveu-se uma outra, situada na órbita do direito material e que nasce, segundo ele, na vida da pretensão ou do direito material mesmo *"a) quando a pretensão exercida não é satisfeita e o titular age (reminiscência do ato de realização ativa dos direitos e pretensões), ou b) quando, tratando-se de pretensões que vêm sendo satisfeitas pelos atos positivos ou negativos, ocorre a interrupção dessa conduta duradoura."* (Tratado das Ações, Tomo I, pág. 114/115). Assim, acrescenta que, *"enquanto o direito de propriedade, os outros direitos reais e outros direitos com sujeitos passivos totais vêm sendo atendidos pela não-ingerência de outrem, (=continuidade da omissão ou continuidade de atos que eles exigiam), não há ação; enquanto os outros direitos, (com sujeitos passivos não-totais), não*

sofrem com a interrupção da conduta duradoura (=com o omitir ou com o fazer), ou com a falta de ato em determinado momento, não há ação; enquanto os direitos reais não têm que ser reintegrados em elementos seus que serviram a outros direitos, não há ação; Se já passou em julgado a sentença, a ação foi satisfeita." (Tratado das Ações, Tomo I, pág. 115). O fundamento dessa cessação da ação é o mesmo da existência do plano processual superposto ao do direito material.

Existiriam então dois planos: o do direito material e o do direito processual, do mesmo modo que nas propostas das teorias da ação como direito concreto ou como direito abstrato. Com a diferença de que no caso da teoria da ação de direito material existe uma ação dentro do próprio direito material que se dirige contra o réu, além daquela ação que, no plano processual, o autor propõe contra o Estado e deste, pela citação, contra o réu.

Ovídio Baptista da Silva anota que no plano do direito material, além do direito subjetivo e da pretensão, há a ação do titular do direito que é também conduta, agir, (agere, ação), porém a atividade do titular do direito tende, direta e imediatamente, a realizá-lo independentemente de qualquer ato voluntário do obrigado. Enquanto materializada a pretensão, o titular do direito espera que o obrigado, por ato próprio, cumpra a obrigação. Quando, porém, o titular do direito se vê obrigado a, por ato seu, obter o cumprimento da obrigação esse agir é ação surgida na esfera do direito material, conforme prevê, inclusive, o artigo 75, do Código Civil, que continua a vigorar em toda a sua plenitude.

A ação de direito material não se confunde com a "ação" processual que é exercício do direito de ação, instituto de direito

público material. Ao monopolizar a jurisdição, o Estado assegurou ao particular o direito de ação que, geralmente, vem previsto nos textos das constituições. Quando o titular do direito recorre ao Estado para buscar a tutela jurisdicional está a exercer a ação de direito material e também o direito constitucional de ação, tudo através da propositura da "ação" processual. A ação de direito material se dirige contra o obrigado e a ação de direito público material contra o Estado. O direito constitucional de ação está garantido a todos, indistintamente, ao passo que a ação de direito material só emerge para o titular do direito violado, especificamente.

É de se perquirir então se a divisão rígida entre ação de direito material e o exercício do direito de ação, constitucionalmente previsto, é sustentável, do ponto de vista teórico e prático. Na realidade, ambas as ações estão interligadas, seja por se tratarem de institutos de direito material, seja porque não é concebível que o Estado possa ser considerado devedor da prestação jurisdicional, em relação ao particular, utilizando-se nessa formulação os mesmos fundamentos do direito privado, mais especificamente do direito obrigacional. Poder-se-ia afirmar que o direito de ação é atributo da cidadania e, como tal, não se dirige contra o Estado, no sentido de uma relação entre credor e devedor. O exercício do direito de ação pelo particular é a materialização de garantia prevista na ordem jurídica, (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Brasileira de 1988). É ato de cidadania que deve ser definido no âmbito do direito público, apoiado nos fundamentos que lhe são próprios, jamais pode ser considerado ato do credor para exigir satisfação de obrigação, por parte do devedor, como se dá no direito privado.

Embora possam ser diferenciadas por causa dos planos que lhes são próprios, a ação de direito material e o direito de ação são complementares e o exercício de uma necessariamente implica a existência da outra, de modo que se pode dizer que ação de direito material e o direito de ação são dois aspectos de um mesmo instituto jurídico visto em todos os seus ângulos: a ação.

A "ação" processual é o procedimento previsto no ordenamento jurídico para o exercício do direito de ação.

Mesmo a teoria da ação de direito material relega a questão do processo e de suas normas para um outro plano, de certo modo secundário, alheio ao direito material. Persiste ainda aqui a idéia da separação entre o que é direito substancial e o que é direito processual. Tal separação é incompatível com a concepção sistêmica do direito e só se explica pela tentativa dos juristas de preservar a vontade individual como pressuposto do direito privado e da teoria da ação de direito material em meio à objetividade do ordenamento jurídico, do direito de ação e do Estado.

Uma outra questão a ser enfrentada é a que diz respeito às diferenças entre a teoria da ação de direito material e as teorias da ação como direito autônomo, concreto ou abstrato e instrumental. Ovídio Baptista da Silva assinala que a doutrina, ao tratar do conceito de "ação" processual confunde direito subjetivo de acesso aos tribunais com o exercício efetivo desse direito por parte do titular do direito violado. Na análise que faz dos pressupostos da teoria eclética proposta por Liebman o autor menciona que a tentativa do processualista Italiano de *"procurar um conceito de "ação" processual que não se confundisse nem com o fenômeno estudado pela*

doutrina do "direito concreto de ação" e nem com o chamado "direito constitucional de petição" não teve em conta o fato de que apenas existem duas relações jurídicas, uma de direito material - conteúdo do processo - que é a lide; e a outra, relação de direito público, que se estabelece entre as partes e o Estado, como manifestação da pretensão destas a que ele preste jurisdição. Como o autor terá direito à tutela jurídica estatal sempre e, tendo razão, terá igualmente direito contra o réu, por serem, neste caso, duas as relações jurídicas de que nascem direitos subjetivos, duas haverão de ser as ações: a ação de direito material e a "ação" processual. Não pode haver terceira categoria que não se confunda com o fenômeno já identificado pelos "concretistas" e, simultaneamente, não seja também "ação" abstrata indicada pela teoria pura do "direito abstrato de ação", (op. cit. pág. 91). Onde o autor vê duas relações jurídicas distintas, em verdade só pode haver uma, com dois aspectos diferentes, um de direito material privado e outro de direito material público, isto porque, como mencionado anteriormente, a ação que se propõe perante o Estado é a mesma que surge para o titular do direito por ocasião do descumprimento da obrigação, ambas delimitadas no e pelo ordenamento jurídico.

PARTE II

O CONCEITO DE JURISDIÇÃO

CAPÍTULO I

CONSTITUCIONALISMO E ESTADO MODERNO

O Constitucionalismo e o Estado moderno conferem expressão jurídica e política ao ideário do liberalismo. A tarefa da Constituição e do Estado será racionalizar e limitar o exercício do poder, de modo a garantir a liberdade do cidadão. A teoria da separação dos poderes de Montesquieu estabeleceu os limites do poder e a Declaração dos Direitos do Homem é estatuto da liberdade individual. O Direito Constitucional que se ocupa da Constituição praticamente nasceu junto com o Estado Moderno.

De acordo com Paulo Bonavides "A origem da expressão *Direito Constitucional*, consagrada há cerca de um século, prende-se ao triunfo político e doutrinário de alguns princípios ideológicos na organização do Estado Moderno. Impuseram-se tais princípios desde a Revolução Francesa, entrando a inspirar as formas políticas do chamado Estado liberal, Estado de direito ou Estado constitucional. Consubstanciava-se numa idéia fundamental: a limitação da autoridade governativa. Tal limitação se lograria tecnicamente mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos.", (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 5ª ed., 1994, pág. 22).

De fato, a técnica da separação dos poderes, assim como a concepção do próprio Estado, buscam a construção de uma estrutura de poder aparentemente neutra que garanta a governabilidade e a máxima expressão do indivíduo e da individualidade. Implícito na idéia de separação está o controle de um poder pelo

outro que, no plano teórico, deveria ser suficiente para assegurar estabilidade no exercício do poder. A par dessa estabilidade, o poder que se expressa no Estado deve ser neutro. Tem-se, portanto, que o Estado é fruto do racionalismo e do desejo de construção de um espaço social dominado pelo princípio da individualidade e pelos princípios do contrato social conforme prescrevera Rousseau³. Somente pela neutralidade do Estado e pelo respeito ao contrato social é que estaria assegurada a liberdade individual. A esse respeito escreve Paulo Bonavides que *"a vitória da ciência, que descerrava horizontes até então encobertos na fenomenologia da natureza, acendia as esperanças e o otimismo dos filósofos racionalistas. Cuidavam eles haver transposto assim o pórtico de uma era que prometia ao homem a solução do caso social. A implacável investida que se fez contra as antigas instituições, destruídas nos alicerces, pedia que, ao desmoronamento das velhas idéias, sucedesse a reconstrução da realidade social, nomeadamente em seu aspecto político. E o pensamento daquela idade conflagrada cuidou desse modo levar a cabo, com pleno êxito, a reconstituição da autoridade, em bases completamente novas, que dessem ao indivíduo, com a carta de seus direitos fundamentais, ideologia fundada em valores rígidos e absolutos. O direito natural, no que tange à ordem política, chegara ao seu ponto culminante de florescimento, exercendo sobre a consciência dos reformadores europeus do século XVIII prestígio raramente alcançado por outras doutrinas. Supunha-se estar de posse da chave do destino social, encaminhado à felicidade do gênero humano. Antes,*

³ De acordo com Rousseau somente o contrato social é capaz de assegurar uma forma de associação que proteja a pessoa e os bens de cada membro da sociedade, sem impedir que cada um, unindo-se a todos, não obedeça senão a si mesmo e permaneça livre.

porém, que a realidade contradissesse aquele majestoso sistema de idéias ou pusesse abaixo aquele esboço otimista de organização social, em que a razão humana anunciava, no plano teórico, a obra da perfectibilidade das instituições, tudo levava a crer no triunfo dos esquemas de técnica constitucional do liberalismo. Um desses esquemas foi o da divisão de poderes, que tinha como objeto precípua servir de escudo aos direitos da liberdade, sem embargo de sua compreensão rigorosamente doutrinária conduzir ao enfraquecimento do Estado, à dissolução de seu conceito, dada a evidente mutilação a que se expunha o princípio básico da soberania, uma de cujas características, segundo Rousseau, era a indivisibilidade.", (Do Estado Liberal ao Estado Social, Belo Horizonte, Del Rey, 5ª ed., 1993, pág. 60/61).

Teoricamente, portanto, a constituição deveria assegurar a liberdade individual e circunscrever o exercício do poder através do Estado. Enquanto ente através do qual o poder se exerce, o Estado é expressão da soberania, ou seja, da força de impor à generalidade dos cidadãos a obrigação pelo cumprimento das leis que, pelo seu poder, são editadas. Além de exigir o cumprimento das leis, o Estado tem igualmente o poder de legislar e o poder de julgar. O poder de executar, legislar e julgar que o Estado detém, todavia, de acordo com Montesquieu, de forma a evitar a onipotência, devem ser separados para que o poder detenha o poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*). A técnica da separação dos poderes, portanto, expressa a doutrina individualista do liberalismo econômico que engendra mecanismos para conter o exercício do poder e afastar a possibilidade de ingerência arbitrária na esfera individual.

Mas a separação proposta acaba por provocar, no limite, o enfraquecimento do Estado que, afinal de contas, deve conter força coativa suficiente para impor a todos o cumprimento de suas leis.

O Estado moderno, tal como concebido pelo constitucionalismo nascente dos séculos XVII e XVIII, antes de mais nada é tributário do individualismo. O indivíduo antecede ao Estado. Com isso, o poder que se exerce através do Estado encontra limites na liberdade individual que rege a vida em sociedade. De fato, o individualismo e a razão são os fundamentos a partir dos quais se organiza a sociedade e, por conseguinte, o Estado. O Estado então aparece mais como entidade destinada a garantir a plenitude do indivíduo e da racionalidade, esta também mais enquanto atributo individual e individualizante, do que propriamente um ente destinado a assegurar um modelo de espaço público construído em torno de interesses comuns da cidadania. O interesse comum, o espaço público, somente adquirem sentido na medida em que construídos pela razão, a partir dos interesses e do espaço do indivíduo e da individualidade.

Daí que os institutos de direito público, que passam a ser formulados com o constitucionalismo, trazem a marca dos conceitos próprios do direito privado que regula o âmbito da vida do indivíduo e de seus interesses. Em parte a formulação dos institutos de direito público tomando como fundamento os de direito privado se deve à consolidação destes alcançada muito antes que o constitucionalismo impusesse aos juristas a tarefa de repensar o exercício do poder tendo como limite a liberdade individual.

O racionalismo, que serviu de base para a construção dos institutos de direito

privado, enquanto paradigma epistemológico, através da constituição, será também o fundamento para a construção dos institutos de direito público, inclusive, para a disciplina jurídica do exercício do poder.

O liberalismo econômico, por sua vez, se integra ao constitucionalismo pelo fornecimento do aparato ideológico que sustenta o discurso político sob o qual se instaura a nova ordem normativa.

Racionalismo e liberalismo econômico, portanto, constituem as duas principais premissas que estruturam o exercício do poder na constituição idealizada no rastro das mudanças sócio-políticas provocadas pela Revolução Francesa.

O Estado e a constituição racionalizam o exercício do poder e, conseqüentemente, a vida em sociedade. Referida racionalização opera por recortes da realidade elevados à categoria de conceitos.

Um desses recortes racionalizantes pode ser percebido no conceito de nação que, de acordo com Sieyès, é a titular do Poder Constituinte, e o de povo.

A origem da Constituição está no Poder Constituinte que é seu suporte lógico, político e jurídico, através do qual adquire existência no mundo jurídico e legitimidade como instrumento para a disciplina e regulação do exercício do poder. Mas o Poder Constituinte que dá origem a Constituição deve ter um suporte fático, para usar a terminologia de Pontes de Miranda, que sempre que materializado no mundo dos fatos desencadeie o efeito jurídico que resulta na Constituição. Este suporte fático para Sieyès seria a nação.

A nação, entretanto, enquanto expressão dos interesses permanentes da comunidade, de acordo com Sieyès, ainda é categoria porque não se confunde com o conjunto de pessoas que a compõem, em determinado momento histórico. Os interesses permanentes da comunidade não equivalem aos interesses individuais. São interesses supraindividuais que podem até contradizer os interesses individuais. Logo, os interesses permanentes da comunidade devem ser entendidos como uma formulação teórica que, embora retire da realidade o seu substrato, por força da racionalização, se transmuda em categoria conceitual que, por sua vez, faz emergir uma outra categoria conceitual que é o Poder Constituinte.

A expressão dos interesses permanentes se manifesta na comunidade. A comunidade então se forma pela reunião dos indivíduos, pelo povo e aí teríamos finalmente a fonte real da Constituição. Sieyès afirma que não. A comunidade ou a nação é distinta do povo. Povo para ele é mero conjunto de indivíduos. Já a comunidade encerra interesses que lhe são próprios diferentes dos interesses individuais. É a comunidade, portanto, a fonte real do Poder Constituinte, da Constituição e, por conseguinte do Estado.

A comunidade não se forma pelos indivíduos mas pela expressão de interesses permanentes. Logo, pode-se afirmar que a nação se contrapõe aos indivíduos na medida em que expressa interesses que lhe são próprios. Essa diferenciação de interesses entre nação e indivíduo só é possível em função da racionalização conceitual, cujo objetivo evidente é garantir que o Estado, a Constituição e o Poder Constituinte possam estar a salvo do concerto da vontade concreta dos indivíduos. A Constituição

que se origina do Poder Constituinte é obra da razão e não depende, necessariamente, da vontade individual dos membros da comunidade.

Já para Rousseau o governo legítimo é o governo da vontade geral. E a vontade geral é encontrada pela participação de todos os homens nas decisões. Para Rousseau, portanto, cada indivíduo detém uma parcela do poder que se expressa na vontade geral que, por sua vez, origina o governo.

O pensamento de Sieyès prevalece sobre o de Rousseau nas Constituições do século XIX. O encadeamento conceitual de que se constitui, na prática, resulta na limitação do sufrágio e, conseqüentemente, da participação popular na formação do Poder Constituinte de que resulta a Constituição e o governo.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que a doutrina de Rousseau, que se expressa através do contrato social, pretendia estruturar a sociedade o governo pelo comando da vontade geral. Ressalta que essa doutrina *"tinha implícita, porém, uma séria consequência política, que era a condenação das instituições que então prevaleciam na França, na Europa. É a sua doutrina um dos instrumentos de crítica à estrutura política francesa e européia do século XVII. Isso não foi desconhecido pelos seus contemporâneos, que se serviram de suas idéias, como das de outros ligados à mesma corrente, para sustentar a necessidade de se refazer o pacto social. Por refazer o pacto social, entendiam a necessidade de se substituírem as instituições existentes por novas instituições, que fossem adequadas à liberdade dos indivíduos, ao respeito ao direito natural deles, e que de algum modo associassem os governados ao governo, que trouxessem pelo menos a participação da vontade geral no governo. Essa*

idéia de se refazer o contrato social imediatamente se liga à idéia de Constituição: a Constituição escrita seria o instrumento pelo qual se renovaria o pacto social e se estabeleceria, de forma legítima, o governo respeitoso da liberdade, respeitoso dos direitos, o governo em que a vontade geral tivesse a última palavra.", (O Poder Constituinte, São Paulo, Saraiva, 2ª ed., 1985, pág. 8/9).

Sobre esse pressuposto de refazimento do pacto social é que se assenta a Revolução Francesa. A teoria da separação dos poderes de Montesquieu é vista como forma de garantia da observância dos direitos individuais e Sieyès elabora a sua teoria do Poder Constituinte com o objetivo de identificar a fonte última do poder e de sua legitimidade.

Todavia, a teoria do Poder Constituinte reelabora a idéia de vontade geral, racionalizando o princípio de força histórica geradora do poder, e acaba por limitar o conteúdo democrático das mudanças. Esta limitação não decorre apenas do conceito que recorta a realidade. Ela é fruto também da tensão política que circunscreve o momento pós-revolucionário e que acaba por definir o rumo político das reformas propostas.

A par dessa limitação que a teoria de Sieyès consolidou em relação ao pensamento de Rousseau, Paulo Bonavides aponta uma outra contradição que se estabeleceu entre Rousseau e Montesquieu. Segundo comenta a *"contradição em que se esteia a doutrina liberal-democrática do primeiro estado jurídico, assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade que se*

coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos.", (Do Estado Liberal ao Estado Social, pág. 39).

Essa contradição, segundo Bonavides, foi encoberta pela ideologia da Revolução Francesa com construção da engenhosa teoria do Estado liberal-democrático. Entretanto, liberalismo e democracia nem sempre coincidiram. O próprio Paulo Bonavides citando Gerhard Leibholz alerta que "A possibilidade de dissociar a democracia do liberalismo se cinge, em última análise, à distinção dos valores fundamentais sobre os quais se baseiam. O valor essencial que inspira o liberalismo não se volta para a comunidade, mas para a liberdade criadora do indivíduo dotado de razão. Partindo desse ponto de vista, havia o liberalismo desenvolvido um sistema metafísico completo, fundado na fé de que uma solução racional total podia resultar do livre concurso das opiniões individuais em todos os domínios da vida"... "A importância que tem o indivíduo para o conteúdo do liberalismo clássico manifesta-se, com particular relevo, no fato de que, originariamente, o valor da personalidade era concebido como ilimitado e anterior ao Estado. É sob esse aspecto que se introduz a doutrina liberal nas primeiras constituições escritas, as cartas americanas e francesas, cujas teses adquiriam, para a democracia liberal, o valor de uma profissão de fé religiosa e mística. Nos Estados Unidos, essa mentalidade fundada na crença da personalidade soberana e ilimitada do indivíduo, precedendo o Estado, se manteve até o fim do século XIX, graças à atitude conservadora da Suprema Corte.", (op. cit. pág. 40).

A Constituição liberal democrática é antes garantia da liberdade individual do que propriamente estatuto destinado a construir o espaço público propício à expressão da cidadania.

Mas essa preocupação com o indivíduo e o individual devia ao menos assegurar a efetiva participação social do indivíduo de modo a lhe permitir influenciar no modo de exercício do poder que se daria então através do Estado, ente encarregado de governar a sociedade. Todavia, não é o que ocorre exatamente porque o individualismo que funda o Estado Constitucional é o individualismo construído pela teoria econômica liberal que vê cada indivíduo como ser dotado de uma espécie de potência que se expressa pela razão e que o torna apto a exercer o governo de si mesmo e do meio que o rodeia. O indivíduo concebido pelo liberalismo econômico não se submete ao governo do Estado porque portador de uma liberdade que não pode ser limitada, enquanto força que movimenta a razão e modifica a realidade circundante. Ao contrário, o Estado é que se submete à força criadora da liberdade individual, que seria a garantia do progresso da humanidade.

O indivíduo livre concebido pelo liberalismo econômico não está, necessariamente, preocupado com a construção de um espaço público, comunitário, que expresse os valores permanentes da comunidade como queria Sieyès até porque referidos valores permanentes não são valores que digam respeito ao indivíduo unicamente considerado. O indivíduo, antes de mais nada, está preocupado em dar expressão e efetividade para a liberdade de que é portador. Só reflexamente é que a liberdade criadora do indivíduo poderá fazer surgir o espaço público, a comunidade, e somente na medida em que o público e

o comunitário sirvam eles também para potencializar a liberdade individual e a sua função criadora.

Toda a liberdade individual, portanto, se expressa no espaço privado e apenas repercute no espaço público. O Estado Constitucional nasce para garantia da liberdade individual e, por conseguinte, do espaço privado, porque também concebido como expressão da liberdade individual.

Mas a liberdade enquanto atributo do indivíduo, embora ilimitada, não tem força suficiente para constituir-lhe cidadão que influencia os destinos da comunidade. É que o poder que se expressa no Estado e na Constituição emerge do Poder Constituinte e da nação que não se formam, necessariamente, no âmbito de um concerto de individualidades unidas em torno de objetivos comuns. A liberdade individual não se presta a construir objetivos comuns porque fazê-lo seria negar-lhe existência, na medida em que reconhecido, implicitamente, que o indivíduo sozinho já não seria capaz de comandar o próprio destino, e se veria então obrigado a abdicar da liberdade em busca de interesses comuns a outros indivíduos e de, portanto, sujeitar-se à vontade alheia. A liberdade que constitui o indivíduo reproduz no espaço público a liberdade do individualismo. Referido individualismo que faz de cada indivíduo potência única e soberana não permite a existência de outro poder que lhe seja externo. O poder do Estado e da Constituição, portanto, não tem como fonte o indivíduo, mas a nação, esta enquanto expressão dos interesses permanentes da comunidade. E se o indivíduo não é a fonte de onde emana o poder que se expressa no Estado ele também está dispensado de influenciar o modo pelo qual este poder se estabelece e é

exercido. A potência da vontade individual em relação ao Estado moderno e à Constituição é mais categoria conceitual do que propriamente instrumento de cidadania e de construção democrática.

A Constituição e o Estado garantidores da liberdade individual expressam, ainda que de forma mitigada pela aplicação da teoria da separação dos poderes, um poder que é supraindividual. De fato, o poder da vontade individual acaba contrastado com um outro poder que lhe é externo e que se pretende universal, posto que postula impor-se a todos os membros da comunidade através das leis que formula.

Para afirmar a supremacia da liberdade individual, o poder do Estado e da Constituição tem ele mesmo que se conceber neutro. O contraste entre o poder do Estado e o poder que emana da vontade do indivíduo se resolve pela neutralidade do primeiro que busca pela própria neutralidade alcançar a universalidade do conceito que se imuniza da realidade pela abstração.

A neutralidade do Estado objetiva interferir o menos possível na esfera individual. Por outro lado, o alijamento da vontade individual, concretamente considerada, como força criadora do Estado e da Constituição confere estabilidade ao exercício do poder. Um Estado neutro e inatingível pelo concerto histórico da vontade geral, ou mesmo pelo da vontade individual, é a estrutura ideal almejada pelo ideário do liberalismo econômico.

Conforme adverte Konrad Hesse, *"a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A*

Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen).", (A Força Normativa da Constituição, Porto Alegre, SAFe, 1991, pág. 24).

Apesar das limitações apontadas, o Constitucionalismo e o Estado moderno se impuseram como forças indutoras da democracia na sociedade.

O primado da liberdade individual deu ensejo a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 que, por sua vez, inspirou a multiplicação no texto das Constituições de uma estrutura de direitos reconhecidos inerentes à personalidade e à liberdade individual.

Para o constitucionalismo, então, o poder do Estado somente adquire sentido quando destinado a promover a liberdade individual.

Já no século XX, em razão da intensificação das demandas políticas e sociais, a configuração do Estado e da Constituição buscou incorporar os chamados direitos sociais e o Estado, na tentativa de assegurar o bem-estar da comunidade, adquiriu força e ampliou sua esfera de poder para assumir a direção do desenvolvimento social e econômico. Esta nova fase do Estado, em oposição ao denominado Estado liberal, onde predominava a doutrina da liberdade individual, passou a ser designada de Estado do bem-estar social e que, segundo o que observam os cientistas políticos, encontrar-se-ia em declínio na atualidade, cedendo espaço para o ressurgimento do Estado liberal, pretensamente renovado pela

incorporação da preocupação com o desenvolvimento social.

O direito de ação ou direito de petição inseriu-se na Constituição, desde logo, como direito posto à disposição do indivíduo para assegurar a fruição de direitos. Nesse sentido, o direito de ação ou direito de petição, integra os chamados direitos e garantias individuais, pois teria como objetivo precípua dar ao indivíduo a oportunidade de exigir do Estado a promoção dos meios necessários para fazer valer perante os demais membros da sociedade e perante o próprio Estado os direitos de que é titular.

Do mesmo modo, no Estado Constitucional, a jurisdição passou a expressar o poder de que dotado o Estado para a solução dos conflitos interpessoais e sociais. Pelo poder jurisdicional de que dispõe, o Estado promove a interpretação e a aplicação a cada caso das leis que edita, através do poder legislativo, cujo cumprimento se impõe aos indivíduos indistintamente.

O poder jurisdicional do Estado atua pelo exercício do direito de ação. De fato, sendo direito conferido ao indivíduo de buscar a proteção estatal para o exercício do direito de que é titular, é natural que caiba ao próprio indivíduo exercitá-lo perante o Estado. Todavia, embora necessária a provocação da jurisdição, a jurisdição ela mesma concentra o poder de declarar o que é ou não direito, em determinada situação concreta, a partir do ordenamento jurídico produzido pelo próprio Estado. Daí se coloca o problema de se situar se o poder de provocar a jurisdição não se amesquina diante do poder da própria jurisdição e, conseqüentemente, do Estado de estabelecer o que seja ou não direito, através da jurisdição e do

poder de legislar, situação que pode colocar sob suspeita a construção teórica do direito de ação e, por conseguinte, de toda a força do indivíduo e do individualismo que nele se acumula e se expressa.

É bem verdade que a jurisdição ao ser reconhecida poder do Estado também teve que se reconhecer neutra, assumindo a característica própria do Estado moderno. A neutralidade da jurisdição se evidencia pela função a ela reconhecida de apenas declarar a existência de direitos. A função declarativa retira da jurisdição o poder de império, de ordenar, que lhe eram conferidos pelo Direito Romano. A redução do poder jurisdicional à função declarativa tem como objetivo evitar que as decisões dos tribunais acabem por comprometer a neutralidade que se deseja do Estado e venham a invadir a esfera de competência dos demais poderes que integram o Estado, de modo a influir na modificação da realidade, particularmente no âmbito da liberdade individual, com prejuízo para o primado do livre comércio defendido pelo liberalismo econômico. A redução em questão obedece portanto a imperativo de caráter ideológico e não apenas dogmático-conceitual.

De todo modo, o direito de ação ou de petição e o poder jurisdicional estruturam o processo e o acesso aos tribunais, a nível constitucional.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho, *"o princípio da garantia de via judiciária, visando uma melhor definição judiciário-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos "segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado", a abertura da via judiciária é uma*

imposição directamente dirigida ao legislador no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos aspectos processuais.", (Direito Constitucional, Lisboa, Livraria Almedina, 1993, pág. 386). E continua "A defesa de direitos através dos tribunais representa também uma "decisão fundamental organizatória" (D. LORENZ), pois o controlo judicial constitui uma espécie de "contrapeso" clássico em relação ao exercício dos poderes executivo e legislativo.", (op. cit. 386). Afirma ainda que "Verdadeiramente fundamental no princípio da abertura da via judiciária é a sua conexão com a defesa dos direitos: reforça o princípio da efectividade dos direitos fundamentais, proibindo a sua inexecutabilidade ou eficácia por falta de meios judiciais. Esta efectiva protecção jurídica implica um controlo das questões de facto e das questões de direito suscitadas no processo, de forma a possibilitar uma decisão material do litígio feita por um juiz em termos juridicamente vinculantes.", (op. cit. pág. 387).

O acesso aos tribunais e, conseqüentemente, à jurisdição, que se dá por meio do direito de ação ou do direito de petição, assegura a efetividade e o exercício dos direitos e garantias inscritos na Constituição. Indiscutivelmente, a outorga de direitos pela Constituição seria inócua se na própria Constituição não estivessem inscritos os meios e os modos de tornar efetivo o usufruto de tais direitos pelos titulares. De nada valeria a Constituição garantir o direito à liberdade se a liberdade que constitui o direito não pudesse ser experimentada pelo indivíduo de forma concreta tendo ele a faculdade de buscar do próprio Estado, invocando a norma Constitucional, a proteção

adequada ao direito de que dispõe em caso de violação ou mesmo a simples declaração da existência de tal direito em relação a terceiros e até, se necessário, em face do próprio Estado e da sociedade.

O poder jurisdicional e o direito de ação constituem os fundamentos do direito processual. E o processo, conforme acentua Chiovenda, citado por Luiz Guilherme Marinoni, deve dar a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.

Ao tratar das garantias constitucionais, Luis Roberto Barroso ressalta que *"As garantias jurídicas, ao ângulo subjetivo, correspondem aos meios processuais de proteção dos direitos, vale dizer, às ações - e respectivos procedimentos - dedutíveis perante o Poder Judiciário. A ele cabe prestar a jurisdição, que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados. A função jurisdicional é, tipicamente, de restauração da ordem jurídica, quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação prática da norma concreta que deve disciplinar determinada situação. O seu exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia em torno da realização do Direito e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei. De todas, as garantias jurídicas são as que investem o particular em posição mais segura, por sua previsão objetiva e efeitos predeterminados."* (O Direito Constitucional e a Efetividade de sua Normas, Rio de Janeiro, L E Renovar Ltda, 3ª ed., 1996, pág. 121).

Assim, quando o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Brasileira de 1988,

assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, nada mais faz do que permitir a qualquer cidadão o exercício do direito de ação ou direito de petição e a utilização do processo para invocar o poder jurisdicional do Estado e ter garantida a eficácia do direito de que é titular, seja ele de natureza constitucional ou infraconstitucional.

No âmbito constitucional, em torno do poder jurisdicional, do direito de ação ou de petição e do processo se estrutura o direito processual constitucional. Encontram-se na Constituição os princípios gerais que disciplinam a ação, o processo e o poder jurisdicional de modo a tornar possível a sistematização que ocorrerá necessariamente a nível infraconstitucional. Os princípios gerais contidos na Constituição conferem aos institutos processuais o sentido ético e político buscado pelo Poder Constituinte de modo que, tanto a ação como o processo e o poder jurisdicional, não podem ser resumidos a simples técnica de resolução de conflitos interpessoais e entre particulares e o Estado. Referidos institutos estão inseridos no contexto do desenho democrático e social almejado pela Constituição. Constituem, portanto, verdadeiros instrumentos operacionais do constitucionalismo e das idéias que lhe são subjacentes, na proporção em que asseguram ao titular o efetivo exercício dos direitos inscritos na Constituição.

O "*Habeas Corpus*", o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular são ações tipicamente constitucionais que têm como um dos objetivos principais conferir efetividade às garantias e direitos integrantes da Constituição.

O direito ao contraditório e à ampla defesa, que sintetizam o princípio jurídico

do devido processo legal, (due process of law), constituem garantias constitucionais do processo, enquanto fórmulas para o exercício do direito de ação e para a atuação do poder jurisdicional.

Mas o poder jurisdicional é, de per si, essencialmente, manifestação do poder do Estado. A *fortiori* no Brasil, onde a Constituição de 1988 erigiu a jurisdição à categoria de poder de Estado. Compete à jurisdição interpretar e aplicar o direito positivo na perspectiva de determinada situação concreta. A tarefa interpretativa confere à jurisdição, que é poder, o poder de declarar ou de decretar a extensão e os limites dos direitos em determinado momento histórico, a partir do que consta do texto normativo. A interpretação atua como filtro entre o normativo e o factual. Mas a interpretação própria do poder jurisdicional está assinalada por uma dupla filtragem. Aquela própria da interpretação, do signo, do significado, que ocorre ainda no âmbito da linguagem e uma outra que se determina pela contingência do poder estatal que se impõe a todos os membros da sociedade, não apenas enquanto força de coerção, mas também e principalmente como visão do Estado do que deva ser admitido como jurídico e justo.

O poder jurisdicional declara o que é e o que não é direito. Declara o que é direito porque o direito, a princípio, está contido no ordenamento jurídico positivo posto pelo poder de legislar que também integra o poder do Estado.

A redução da jurisdição à função declarativa tem como consequência o reconhecimento de que o que é direito antecede ao ato interpretativo e à aplicação. Sendo, pois, declaração, o que a jurisdição declara é seu antecedente lógico. O que antecede a jurisdição

segundo os juristas é o direito. De fato, conforme ressalta Cândido Rangel Dinamarco, *"a jurisdição é atividade pública e exclusiva, com a qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a atuação da vontade do direito em casos concretos, seja revelando-a mediante uma declaração (processo de conhecimento), seja promovendo com meios práticos os resultados por ela apontados (execução forçada)."*, (*Fundamentos do Processo Civil Moderno*, São Paulo, RT, pág. 77).

A vontade do direito a que se refere Dinamarco é, portanto, o ente que antecede a jurisdição. A referência à vontade do direito está reportada mais ao direito positivo do que propriamente a vontade do titular do direito que, através do direito de ação ou de petição, provoca a jurisdição. A vontade do direito é, em essência, o conteúdo da norma positivada no ordenamento jurídico. A jurisdição, portanto, ainda que provocada pela atividade do titular do direito, que exerce o direito de ação ou o direito de petição, não se movimenta pela expressão da vontade desse mesmo titular que se contém na ação que surge do direito mesmo ou da "ação processual", retomada a divisão conceitual de Pontes de Miranda. A jurisdição se reporta ao direito, à norma, ao ordenamento sendo absolutamente indiferente à vontade que se expressa na ação que surge do direito para o titular ou mesmo à "ação processual". Com isso, se estabelece a tensão entre a jurisdição e a ação, esta como expressão do direito do titular, que é diferente do direito de ação ou de petição, conforme evidenciado anteriormente. A jurisdição, por força da função declarativa que lhe é inerente, está presa à norma, ao direito positivo, enquanto que a ação encontra seu fundamento na

vontade individual. A jurisdição e a norma, ambas expressão do poder do Estado, estão contrapostas no Estado moderno à ação que surge do direito para o titular, que é expressão da vontade individual, do individualismo.

O contraste mencionado reforça a teoria de inserção do direito processual numa concepção unitária do ordenamento jurídico. De fato, de acordo com Orestano, *"Da Jellinek a Santi Romano questa visione unitaria prende una consistenza sempre maggiore e si inserisce nella scienza giuridica come un dato concettuale, da cui neppure i processualisti possono più prescindere. Il processo civile viene così ad esser considerato non più a sé stante, ma come aspetto particolare della funzione giurisdizionale, che appare in sé unica ed omogenea qualunque sia l'oggetto su cui si esercita. Così ad esempio la distinzione fra giurisdizione penale e giurisdizione civile non sarà più riferita, come un tempo, ad una diversità funzionale, ma unicamente alla diversità delle cause trattate (Calamandrei, Vanini ecc.) e si affermerà nettamente che "il fine del processo civile è un fine di giustizia come quello del processo penale ed è tanto pubblico quanto il fine del diritto" (Carnelutti). Le conseguenze di questa nuova visione si renderanno a poco a poco evidenti anche suì piano sistematico, portando a fare emergere - non solo in sede di scienza, ma pure, di riflesso, in sede legislativa - il concetto di giurisdizione, e ponendo in crisi, correlativamente, i concetti di azione, di rapporto processuale e di presupposto processuale."* (Azione, *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè Edotira, vol IV, pág. 804).

A jurisdição concebida como poder do Estado de declarar o direito passa a ser proeminente e coloca o direito de ação em plano

secundário. A jurisdição se constitui no principal conceito que serve de fundamento ao direito processual, conforme, por exemplo, se pode inferir do conceito de justa composição da lide, de Carnelutti, que, inclusive, incorpora elementos sociológicos. Já não se evidencia determinante o exercício do direito de ação pelo titular do direito, perante o Estado. O que prevalece é a idéia de que a atuação da jurisdição deve ser suficiente e eficaz para, pelo esforço interpretativo e de aplicação da norma, pacificar o conflito social subjacente do processo. O sistema do direito processual que, através da teoria da ação, privilegiava a atividade processual na perspectiva do litigante, do sujeito que exerce o direito de ação e que provoca a jurisdição, muda de enfoque e passa a dar maior relevo à perspectiva do poder do Estado e do juiz que, pelo Estado, exerce a jurisdição. O que é determinante para essa mudança é, indubitavelmente, a presença do Estado que reforça o caráter de direito público do direito processual e que é também produtor do direito e o detentor do poder jurisdicional, ou seja, do poder de declarar o que é e o que não direito.

A longa construção teórica em torno do direito de ação e, por conseguinte, da separação radical entre direito substancial e direito processual, reflexo das premissas do individualismo, se vê confrontada com a objetividade do conceito de jurisdição. A tensão resultante desse confronto marca o ordenamento jurídico e constitui desafio que reclama solução teórica.

A jurisdição, portanto, pelo menos do ponto de vista teórico, está contraposta ao direito de ação.

CAPÍTULO II

A REDUÇÃO DO DIREITO À LEI

No Direito Romano, a par das leis, boa parte do direito privado se constituía pelo chamado direito honorário ou pretório, de sólida tradição consuetudinária, derivado da atividade de imperium do pretor.

O Ocidente herdou dos Romanos o Corpus Iuris Civilis texto sobre o qual se debruçaram os glosadores e comentadores medievais na tentativa de estabelecer uma ordem de exposição dos institutos jurídicos, de início em torno do Direito Privado. O racionalismo Cartesiano representou contribuição definitiva na busca da ordenação e da sistematização do Direito.

A preocupação teórica com a sistematização do Direito está correlacionada ao propósito político que sustenta os ideais do Constitucionalismo e do Estado moderno de racionalizar a juridicidade de forma a garantir segurança e estabilidade nas relações jurídicas necessárias à difusão do liberalismo econômico.

Ovídio Baptista da Silva atribui à prevalência do princípio da segurança sobre o da justiça no Direito a submissão do pensamento jurídico aos postulados das ciências da natureza. A codificação evidencia o objetivo de atingir a segurança jurídica através da lei positiva e circunscrita ao código. Para Ovídio *"a idéia de segurança ocupa o ponto central da doutrina política de Hobbes, sendo, como diz Antonio de Gennaro, a preservação da paz, para ele, a "norma ética suprema", legitimadora da formação do Estado, como instituição política capaz de evitar a "guerra de todos contra todos", que teria caracterizado o convívio social antes da*

existência do Estado: "Se quindi, anche dopo l'introduzione di una serie di norme razionali culminanti nella norma suprema che prescrive di cercare na pace, Hobbes continua a dipingere lo "stato di natura" come una condizione di guerra "di tutti contro tutti" ciò non può più dipendere dalla totale irrazionalità o contraddittorietà di tale stato, ma dal fato che ad Hobbes preme accentuarne la radicale insicurezza al fine di méglío evidenziare la necessità dalla nascita dello Stato o condizione giuridica umana. Quest'ultima, assicurando coattivamente l'osservanza di fatto o anche in foro externo delle leggi naturali o razionali, transforma una stato di guerra o di razionalità potenziale in uno stado de pace o di razionalità effettiva (Introduzione alla storia del pensiero giuridico, Torino, 1979, p. 242)." (*Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, RT, 1996, pág 108).

O Estado é a Lei são para Hobbes fatores asseguradores da paz social e, por consequência, inibidores da insegurança e da irracionalidade. A racionalização torna possível a existência do Estado e da Lei. A Lei racional a que se refere Hobbes, enquanto produto da razão, deve assemelhar-se à lei da natureza. O jusnaturalismo se converte no jusracionalismo. O paradigma que serve de fundamento para o Direito passa a ser a razão e a Lei, esta como expressão daquela.

Para que o Direito esteja contido na Lei é necessário que não apenas a Lei, mas também o poder que a edita e o processo pelo qual se positiva obedeçam aos postulados do racionalismo. Assim, o Estado assume a tarefa monopolística de editar a Lei que deve ser observada por todos como expressão do poder que lhe é próprio. Por outro lado, a legitimidade da

Lei não repousará mais nos costumes observados pela comunidade, mas estará reportada à observância do processo técnico-jurídico previsto na ordem normativa para sua edição. A Lei positiva, que assume a forma escrita, delimita a legitimidade da Lei. Com isso, acentua-se a visão formalista do Direito.

As idéias de ordem normativa e de sistematização decorrem da racionalização tornada possível no âmbito jurídico pela equiparação do Direito à Lei.

O fato de a legitimidade da Lei se reportar ao próprio sistema normativo e somente a ele torna secundária a relação da Lei com a justiça e, para mais além, destrói a vinculação entre o Direito, a ética e os valores. Pois a Lei para ser reconhecida racional, assim como o próprio Estado, há que ser ela também neutra. A neutralidade, por sua vez, somente pode ser alcançada por uma crescente racionalização. O círculo se fecha em torno do intercâmbio entre a Lei que se quer racional e o processo de racionalização.

A racionalização somente é possível pelo distanciamento dos fatos, da realidade, do mundo da vida. A realidade é por demais multiforme, imersa em valores, preferências, hábitos, tendências que não permitem uma racionalização totalizante, embora a racionalização se conceba como totalizadora. Desse modo, o processo de racionalização para se tornar eficaz conduz a uma idealização da realidade. A realidade ideal que não se altera pela ação do homem e do seu destino é que será regulada pela Lei.

A codificação se torna possível porque a realidade é uniformizada pela racionalização. Todas as condutas individuais e

sociais devem ser passíveis de regulamentação por uma determinada disposição legal. As Leis se multiplicam na tentativa de abarcar toda a realidade passível de legalização, de modo a não permitir que nenhuma conduta se materialize sem que legalmente sancionada. A conduta regulada pela Lei é conduta relevante para o Direito, ao passo que a conduta não regulada pela Lei não é jurídica e não tem importância para o Direito.

Sobre o problema do jurídico e do não-jurídico Tércio Sampaio Ferraz Júnior menciona que *"A positivação do direito, que no século XIX será representada pela crescente importância da lei, aos poucos vai modificar a atuação do direito, na sociedade, com implicações decisivas para o desenvolvimento da ciência dogmática como um saber autônomo. De fato, com ela cresce a disponibilidade temporal do direito, adaptada a prováveis necessidades futuras de revisão, possibilitando, assim, um alto grau de pormenorização dos comportamentos como jurisdicisáveis, não dependendo mais o caráter jurídico das situações de algo que tenha sido sempre direito. O direito se torna um instrumento da modificação planificada da realidade, abarcando-a nos seus mínimos aspectos. Ora, com isto surgem em plena evidência as condições para a colocação do problema do âmbito do direito, da existência ou não de situações não-jurisdicisáveis, portanto, da existência do âmbito do não-jurídico, uma das questões básicas na elaboração dos sistemas jurídicos pela ciência dogmática (por exemplo: todo comportamento humano é jurídico ou existem comportamentos como piscar os olhos, suspirar desanimadamente, que escapam à regulação jurídica?)."* (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação, Atlas, 1990, pág 79-80).

O Direito se resume a um sistema de leis positivas editadas pelo Estado e que regulam condutas individuais ou sociais. A construção teórica do Direito se volta para o estudo da Lei de forma a obter pela sistematização legal o ordenamento jurídico capaz de garantir a eficácia do princípio da segurança jurídica. A Escola da Exegese, em França, e o Pandectismo, na Alemanha, deram início à elaboração dos postulados da moderna ciência do Direito que se revela eminentemente positivista e dogmática.

A caracterização do Direito como Lei positiva implica, num primeiro momento, a aceitação de que a existência do Direito está condicionada à existência da Lei. Com isso, somente a Lei posta traduz Direito. Entretanto, se a Lei é o Direito, a tarefa reservada para a interpretação é a de declarar a Lei aplicável à situação concreta verificada, apenas. Ou seja, o Direito não se produz pela interpretação porque a Lei que é o antecedente lógico do processo interpretativo já contém o Direito que normatiza a situação concreta. Daí competir à interpretação tão-somente declarar a Lei que rege o caso concreto.

Num segundo momento, o Direito posto como Lei retira do indivíduo a condição de portador de direitos, na esteira do que propunha o individualismo. Realmente, se o Direito existe na Lei, não se pode conceber, a princípio, que esse mesmo Direito tenha como fundamento a vontade individual que é o elemento nuclear do individualismo.

Confrontada com a Lei, a vontade individual não apenas deixa de ser o fundamento do Direito, particularmente, do direito privado, como o fundamento de sua validade passa a

depende da existência da Lei. É a Lei que torna determinado ato jurídico e não a vontade individual que impulsiona o indivíduo para a prática do ato que gera efeitos jurídicos.

Dessa forma, com a prevalência da Lei como expressão do Direito, acaba solapado o fundamento da teoria que tinha como pressuposto a existência de direitos que decorrem da natureza mesma do indivíduo.

A vontade individual, entretanto, é reconhecida pela Lei como potência de direitos. Mas a vontade individual que a Lei reconhece como núcleo de direitos, principalmente, no âmbito do direito privado, é antes um conceito fruto do racionalismo do que propriamente a vontade tomada de um determinado sujeito concreto. A vontade individual somente se torna reconhecível como tal dentro dos limites postos pela Lei. Disso resulta que, em última análise, é a Lei que estabelece o alcance e a extensão dos direitos, independentemente do que tenha querido o titular.

Vontade individual e Direito Natural não estão entre os fundamentos da legitimidade do Direito que decorre da Lei porque a própria Lei se torna o fundamento último da legitimidade do Direito. Ao reportar a legitimidade do Direito à Lei, a teoria jurídica prescinde de qualquer fundamento metajurídico para a explicação do Direito. A consequência é que o problema da justiça se torna secundário para a teoria jurídica. A subsunção, que se utiliza de silogismos, apoiada na lógica formal é o meio e a metodologia que serve para interpretar e conhecer o direito. Conforme escreve Luiz Fernando Coelho *"A ontológica imbricação entre direito e lei faz com que a aparência determine o ser: o direito do Estado só pode ser legítimo porque implicado pela atuação legítima do Estado, o lugar geométrico da*

positividade, segundo Reale, quadro que se completa pela instituição de estruturas sociais que dizem o direito: juris dicere, a atuação de um poder judiciário que é o Estado mas que se apresenta como soberano em si: à soberania estatal se acrescenta a soberania judicial, dita jurisdição. E assim, a positividade vem a ser a nota característica do direito estatal, soberano em sua gênese e soberano em seu "eidos". (Teoria Crítica do Direito, Porto Alegre, SAFe, 1991, pág 272).

O pressuposto da existência de uma Lei positiva posta, infensa a valores, é adequado para o exercício do poder jurisdicional que tem como objetivo apenas declarar a existência de direitos.

A jurisdição concebida como poder do Estado de declarar o que é o que não é direito somente alcançará viabilidade prática na medida em que preordenado um sistema normativo que contenha o texto legal sobre o qual recairá a declaração. A Lei positiva é portanto pressuposto indispensável para o exercício do poder jurisdicional que declara o Direito.

Quanto mais abrangente e unívoca a letra da Lei mais se torna possível o poder de declaração da jurisdição. O sistema de normas é organizado de modo a permitir que a tarefa declarativa da jurisdição encontre o Direito aplicável ao caso concreto na literalidade do texto legal. Por isso, o sistema particulariza e recorta condutas normatizadas, intui ações e omissões no objetivo de abarcar todas as possibilidades de jurisdicização redutíveis à letra da lei. Toda a conduta para ser jurídica deve estar contida na Lei. Assim, o esforço interpretativo feito pelo poder jurisdicional poderá se desincumbir do trabalho de declarar o

Direito sem colocar em risco o postulado da segurança jurídica, porque não estará obrigado a indagar do justo e da justiça para além daquilo que o texto da lei expressa como sendo o justo para a solução do caso concreto. Pierre Bourdieu enfatiza que *"Pertence aos juristas, pelo menos na tradição dita romano-germânica, não o descrever das práticas existentes ou das condições de aplicação prática das regras declaradas conformes, mas sim o pôr-em-forma dos princípios e das regras envolvidas nessas práticas, elaborando um corpo sistemático de regras universal. Participando ao mesmo tempo de um modo de pensamento teológico - pois procuram a revelação do justo na letra da lei, e do modo de pensamento lógico pois pretendem pôr em prática o método dedutivo para produzirem as aplicações da lei ao caso particular - eles desejam criar uma "ciência nomológica" que enuncie o dever-ser cientificamente; como se quisessem reunir os dois sentidos separados da idéia de "lei natural", eles praticam uma exegese que tem por fim racionalizar o direito positivo por meio de trabalho de controle lógico necessário para garantir a coerência do corpo jurídico e para deduzir dos textos e das suas combinações consequências não previstas, preenchendo assim as famosas "lacunas" do direito."* (O Poder Simbólico, Difel/Bertrand Brasil S/A, Rio de Janeiro, 1989, pág. 221).

A jurisdição por se conceber poder eminentemente declarativo do Direito, a partir do texto legal, está de fato mais preocupada em garantir conformidade e sistematicidade do ordenamento jurídico do que em debruçar-se sobre a realidade onde incidente a regra jurídica. A força do poder de declaração da jurisdição reside na sistematização do ordenamento jurídico que se acentua inclusive pelo próprio

trabalho interpretativo feito para a aplicação das normas aos casos concretos. Essa preocupação com o "pôr-em-forma" de normas e princípios a que se refere Bourdieu, que nada mais é do que a operação através da qual se reduz o real à norma, resultaria prática salutar se incorporasse à norma os valores subjacentes da concretude dos fatos. Contudo, a racionalização exigida pela normativismo não é compatível com a indeterminação inerente ao valor, ao mundo da vida, obrigando o intérprete cada vez mais a desprezá-los como elementos necessários à construção do Direito e do justo.

O positivismo legalista nega a marca da diferença. Embora a sistematização produza uma generalização da legalidade por meio da qual se busca abranger toda a realidade jurisdicizável, a Lei enquanto expressão do Direito, objetiva o desenvolvimento de uma univocidade de sentido, na proporção em que disciplina condutas de uma perspectiva lógica e dogmática. A generalidade da Lei não se desdobra numa pluralidade de sentidos, pelo menos na perspectiva do positivismo jurídico. A natureza genérica da Lei diz respeito a uma categoria que pressupõe que determinado texto normativo possa ser aplicado a um número indeterminado de condutas verificadas na realidade. A generalização opera pela formulação de hipóteses que uma vez verificadas na realidade possibilitam a incidência da norma e a produção dos efeitos considerados jurídicos pela ordem normativa. A possibilidade dessa generalização repousa numa certa padronização de condutas e de comportamentos o que, por sua vez, implica na indiferenciação generalizada de condutas e de comportamentos.

Contrariamente ao que se poderia supor, a própria doutrina do individualismo que serve de fundamento teórico para o direito privado está profundamente assinalada pela indiferenciação porque a vontade individual que lhe confere expressão não se reporta à vontade de um sujeito concreto, mas antes a uma categoria jurídica integrante do sistema normativo que serve de postulado para toda a teoria em torno do direito obrigacional e da contratualística.

A padronização de condutas e de comportamentos e a indiferenciação também favorecem o processo de semelhanças e dissemelhanças ou de auto-referência a que se refere Luhmann por meio do qual o sistema jurídico separa o que é legal do que é ilegal, o jurídico do não-jurídico, o Direito do não-Direito.

Entretanto, a padronização de condutas e de comportamentos e a indiferenciação não permitem que a Lei contenha uma variedade de sentidos que permita ao intérprete, por meio da interpretação, situar a diferença própria do caso concreto sobre o qual incide a hipótese normativa. O sistema normativo somente reconhece a diferença que o estrutura enquanto tal. Essa estrutura diferenciadora não conduz, necessariamente, ao reconhecimento da diferença que se opera no mundo concreto dos fatos. Ela apenas permite ao sistema adaptar-se à evolução social, na perspectiva própria do sistema já que, conforme observa Luhman *"toda a evolução e construção de uma complexidade mais rica pressupõe linhas divisórias e, somente desta forma, pode o mundo observar-se a si mesmo"*, (O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito - Sequência nº 28, Junho/94, pág. 29).

Ao lado da padronização de condutas se estabelece igualmente uma padronização de sentido que reforça a natureza genérica do texto legal e facilita a tarefa de declaração do Direito pelo poder jurisdicional.

Kelsen, entretanto, pondera que a "idéia subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação." (*Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1991, pág. 368).

A viabilidade do processo interpretativo portanto dependeria da possibilidade de a Lei positiva conter sentidos, *a priori*, indeterminados. Mas essa possibilidade de indeterminação de sentidos contraria o postulado de segurança jurídica que escora a ordem normativa. Fica afastada a contrariedade referida se o produto da interpretação é ele mesmo reconhecido como norma, como Lei do caso concreto. De acordo com Kelsen "A interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito Internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica representa a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando

esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa." (op. cit. pág. 369).

Para Kelsen, portanto, ao lado da norma genérica inscrita no ordenamento e preexistente ao fato concreto que exige regulação por meio da aplicação da norma, existe a possibilidade da configuração de uma norma individual especificamente destinada a reger uma situação concreta determinada. Essa norma individual resultaria do ato de aplicação e sua gênese está relacionada à norma de caráter genérico que integra o ordenamento. Embora se relacione à existência de uma norma genérica, a norma individual surgida do processo de aplicação pode até se situar fora da suposta abrangência do sentido integrante dessa mesma norma genérica que lhe serviu de fundamento.

Indiscutivelmente, o pressuposto que faz o Direito repousar única e exclusivamente em uma norma positiva preexistente à situação concreta que ela deve regular retira a possibilidade lógica e técnica do fenômeno da interpretação jurídica, enquanto ato destinado a encontrar o sentido normativo apropriado ao caso. Entretanto, não é menos certo também que a admissão da existência de uma norma individual que se revela pela interpretação seja suficiente para assegurar, *a priori*, a produção de Direito novo pelo trabalho interpretativo.

Quando Kelsen afirma que a norma individual pode contemplar um determinado sentido que se situe fora do da norma genérica que lhe serve de fundamento não quer dizer, obviamente, que a norma individual cria direito que, a princípio, não estava contido na norma positiva. Pois para ele a norma individual é antes ato de vontade do julgador que faz a interpretação do que ato cognoscitivo do sentido das normas jurídicas genéricas e preexistentes. A norma individual que regula o caso concreto nasce de um ato de vontade do julgador que não guarda relação com o ato de vontade do legislador que criou a norma genérica. Assim, a norma individual é dotada do mesmo conteúdo normativo que a norma genérica. Todavia, a norma individual não se liga à norma genérica por um ato de conhecimento e, conseqüentemente, de descoberta dos sentidos nela contidos, mas, ao contrário, deriva de um ato de vontade do julgador. Em última instância, não existe ato interpretativo para o surgimento da norma individual. A norma individual se produz como norma do mesmo modo que a norma genérica, ou seja, por ato de vontade e não por ato de inteligência, de compreensão do sentido da norma de caráter genérico. Disso resulta que a pluralidade de sentidos que Kelsen reconhece válida para a norma jurídica de caráter genérico não se evidencia fundamento suficiente para negar a ficção da univocidade de sentidos que o seu normativismo implicitamente encerra.

Esta ficção de univocidade de sentidos que a teoria pura de Kelsen contempla se mostra mais evidente quando ele afirma por exemplo que *"Os tribunais criam Direito, a saber - em regra - Direito individual; mas dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de*

Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica." (op. cit. pág. 272).

O tribunal cria Direito mas somente o faz porque permitido pela ordem normativa por meio da qual obtém a fundamentação de validade "pela demonstração de que a norma individual corresponde a uma norma geral superior pressuposta como justa", (op. cit. pág. 270).

A norma individual é ato de vontade mas também é ato que deriva de uma norma genérica existente. Obtida a norma individual por ato de vontade, acaba negada a possibilidade de um ato interpretativo válido e eficaz do sentido da norma genérica. Mas, por outro lado, como o fundamento de validade da norma individual repousa na norma genérica superior o seu conteúdo significante se reduz ao dessa norma genérica que lhe possibilita o surgimento, o que equivale a admitir que o Direito está contido na Lei, sem que se possa admitir a possibilidade de criação de direitos a partir do ato de interpretação e de aplicação levado a efeito pelos tribunais. Num caso ou noutro, a função declarativa da jurisdição se mostra evidente, posto que o Direito está reduzido à Lei positiva.

CAPÍTULO III

A JURISDIÇÃO NO ESTADO MEDIADOR DE CONFLITOS

Pelo exercício do poder de declarar o que é e o que não é Direito, o Estado detém o monopólio da força de coerção, o que lhe confere habilitação para mediar e solucionar conflitos interpessoais e sociais, e, ao mesmo tempo, autoridade para proibir ao particular a possibilidade de, pelo uso da força, fazer prevalecer perante outrém o direito de que se reconhece titular.

A jurisdição propicia ao Estado administrar a justiça através da aplicação da Lei positiva à generalidade dos casos concretos. Conforme escreve Rogério Lauria Tucci, citando Hugo Alsina, *"desde que proibida às pessoas a efetuação de justiça de mão própria, o Estado assume o dever de administrá-la, deste derivando a ação, ou seja, o direito de solicitar a atuação do Estado para a definição e a proteção de um (outro) direito e a jurisdição, isto é, o poder conferido pelo Estado a determinados órgãos para solucionar, mediante sentença, as questões litigiosas que lhes sejam submetidas, e fazer cumprir suas próprias resoluções". Tem-se, destarte, que o poder-dever em referência lhes é atribuído com a finalidade precípua de realização do Direito.*" (Jurisdição, Ação e Processo Civil, Revista de Processo n. 52, Outubro/Dezembro de 1988).

Concomitantemente ao objetivo de preservar a eficácia do primado da segurança jurídica, a jurisdição também busca assegurar a paz social atuando de forma a pacificar os conflitos surgidos na sociedade.

Manifesta-se através da jurisdição e, conseqüentemente, do processo, o propósito do Estado de mediação dos conflitos interpessoais e sociais. O prolongamento de qualquer situação conflituosa é prejudicial aos interesses do Estado, na medida em que venha a provocar desequilíbrio nas relações pessoais e sociais e estabelecer uma guerra de todos contra todos que o Estado deve evitar, conforme pontificava Hobbes.

Depois de inventariar o pensamento de Chiovenda, para quem a jurisdição tem caráter eminentemente de atividade substitutiva, de Allorio, que restringia a tarefa jurisdicional à declaração de coisa julgada, e de Carnelutti, que entendia que a jurisdição consiste na justa composição da lide, mediante sentença de natureza declarativa, Ovídio Baptista da Silva conclui que a jurisdicionalidade se determina por dois pressupostos básicos, a saber: "a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função, o juiz ao aplicar a lei ao caso concreto pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir, ao passo que o administrador deve desenvolver a atividade específica de sua função tendo a lei por limite de sua ação, cujo objetivo não é a aplicação simplesmente da lei ao caso concreto mas a realização do bem comum segundo o direito objetivo; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o juiz com relação ao interesse sobre o qual recai a sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativa ao interesse tutelado." (Curso de Processo Civil, Porto Alegre, SAFe, vol I, 1991, pág. 28 e 29).

A identificação dos elementos ou dos pressupostos do ato jurisdicional não explica adequadamente o fenômeno da jurisdição. Sem dúvida alguma, a essência do ato jurisdicional deriva do fato de ele ser praticado por autoridade estatal na condição de terceiro imparcial. Entretanto, mais que ser praticado por autoridade estatal, o ato jurisdicional é exercício do poder do Estado. Torna-se necessário, portanto, além de apontar os elementos que compõem o ato jurisdicional, identificar o ato jurisdicional enquanto totalidade integrante do ordenamento jurídico. A correta compreensão da jurisdição somente pode ser atingida pela complementação necessária entre o que compõe o ato jurisdicional é o que se compõe no ordenamento jurídico pela atuação da jurisdição. Ao contrário do que afirma Ovídio Baptista da Silva, o ato jurisdicional somente pode ser reconhecido quando visto não apenas pelo que é mas também pela finalidade a que sua prática se destina.

Essa compreensão não pode prescindir do conceito de lide de Carnelutti que, embora advirta que somente existe lide *"quando taluno pretende la tutela di un suo interesse in contrasto com l'interesse di un altro e questi vi resiste mediante la lesione dell'interesse o mediante la contestazione della pretesa"*, (Studi di Diritto Processuale, Padova, Antonio Milani, 1939, 3º vol., pág. 29), coloca o conflito e o objetivo de pacificação como elementos integrantes da jurisdição.

O arcabouço teórico e político que propiciou o surgimento do Estado moderno tinha como objetivo o de, através do Estado, assegurar a paz social. A jurisdição como poder que integra o Estado está inserida nesse objetivo pacificador de conflitos. Daí porque, conforme assevera

Carnelutti, o ato jurisdicional pressupõe a existência de um conflito de interesses interpessoal ou social que reclama a atuação do poder estatal para a devida composição, de forma a evitar que a situação conflituosa se eternize no tempo e coloque em risco a existência do próprio Estado.

De acordo com Galeno de Lacerda, *"A verdade é que a jurisdição, como atividade específica do Poder Judiciário, existe por causa do conflito e para solucioná-lo. Esta a finalidade indiscutível do Judiciário como poder autônomo do Estado."* (Comentários ao CPC, Rio de Janeiro, Forense, 4ª ed., 1992, vol VIII, Tomo I, pág.12). Para Galeno de Lacerda, *"a causa que obriga o juiz a prover, a usar da jurisdição no processo, só pode ser o fato jurídico da lide, do conflito atual ou virtual existente entre as partes."*(op. cit. pág 12).

O conceito de lide de Carnelutti traduz o conflito de interesses subjacente ao processo. Assim a lide é o objeto do ato jurisdicional porque nela está materializado o conflito concreto que reclama solução por parte do Estado. Da perspectiva do conflito concreto que reclama solução, se torna secundária a discussão em torno da existência ou não de jurisdição no processo executivo ou ainda da diferenciação entre ato jurisdicional e ato administrativo. Como bem notou Ovídio Baptista da Silva, ao tratar da adoção do conceito Carneluttiano de lide por Galeno de Lacerda em confronto com a posição de Chiovenda, que concebia a jurisdição como atividade eminentemente substitutiva, a partir do momento em que as distinções entre institutos jurídicos passam a ser essenciais para a conceituação de um determinado instituto jurídico o que se tem, no final, é quase uma aproximação

conceitual entre as mais diversas correntes que, no plano teórico, a princípio, procuram extremar posições e enfoques. Se é verdadeiro que o Estado, pelas suas diversas funções tem como objetivo pacificar conflitos, também o é, *a fortiori*, que o objetivo precípua do poder judiciário é a solução de conflitos de interesses. A nota da distinção, portanto, entre ato administrativo e ato jurisdicional, de um ponto de vista extrínseco, se situa no grau de intensidade que impregna o ato jurisdicional desse objetivo de obter a justa composição da lide e de pacificar o conflito de interesses.

O fundamento de uma tal distinção entre ato administrativo e ato jurisdicional se acentua se considerada a definição de ato administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello que entende ato administrativo como *"a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional"*, (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1994, pág. 173/174).

Diferentemente de outros doutrinadores⁴, Celso Antônio Bandeira de Mello não se preocupa em definir ato administrativo como manifestação de vontade da administração ou do

⁴Hely Lopes Meirelles conceitua ato administrativo como toda a manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria, (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 12ª ed., 1986). Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernández definem ato administrativo como *"la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria"*, (Curso de Derecho Administrativo I, Madrid, Editorial Civitas S/A, 1986).

administrador, essencialmente. Ao contrário, atribui ao ato administrativo o caráter de declaração do Estado retirando do conceito as marcas do direito civil que impregnam os conceitos de institutos de direito público, o que se evidencia correto na medida em que, ao conceituar ato administrativo, o jurista deve preocupar-se com o fato de se tratar de ato jurídico emanado do Estado, por força do poder que é exercido sobre os administrados e que, por isso, não pode ter as características do negócio jurídico oriundo da manifestação de vontade dos particulares. Um conceito de ato administrativo na perspectiva dos pressupostos de direito público aproxima-se do conceito de ato jurisdicional situação que contribui para que a distinção entre um e outro, embora necessária, do ponto de vista teórico, não se mostre determinante da essência de um e outro, até porque se se tomar a distinção entre dois institutos jurídicos como elemento integrante do conceito de um e outro não se terá em qualquer dos casos um conceito estritamente científico, mas uma relação de dependência que mais identifica do que diferencia ou define.

Ao se tomar o conflito concreto como essência do ato jurisdicional pode-se reconhecer jurisdicional qualquer ato que, dentro do processo, tenha por objetivo compor a lide e pacificar o conflito. Dessa forma, tanto pode haver ato jurisdicional no processo de conhecimento, como no de execução e até no âmbito da jurisdição voluntária. Resulta evidente que, no caso do processo de execução, desde o momento em que o credor propõe a ação para exigir o que lhe é devido por parte do devedor está materializado o conflito e, portanto, a lide que reclama composição. É que a justa composição da lide não se resume à prolação de sentença declarativa,

conforme o proposto por Carnelutti. Como expressão do conflito de interesses no processo, a noção de lide deve ser ampliada para abranger todas aquelas situações em que o conflito permanece latente no processo. Não resta dúvida que é um determinado conflito de interesses que dá ensejo ao surgimento do processo de execução. Havendo conflito de interesses está configurada a necessidade da prática de ato jurisdicional de forma a compor a lide.

É óbvio que a justa composição da lide no processo de execução, na maioria das vezes, não se exerce por meio de sentença, mas pela prática de atos que objetivam obter do devedor a satisfação da obrigação reclamada pelo credor. Esse conjunto de atos praticados no processo de execução são atos jurisdicionais porque visam a obter o pagamento da dívida ou o cumprimento da obrigação que é, nesse âmbito restrito, a justa composição da lide.

O mesmo se passa com os procedimentos de jurisdição voluntária. Materializado o conflito de interesses, existe lide e necessidade da prática de ato jurisdicional. Em essência o conflito está presente na jurisdição voluntária. O que determina a natureza administrativa ou jurisdicional de um determinado ato, no campo da jurisdição voluntária, é a intensidade do conflito de interesses materializado neste tipo de procedimento, do mesmo modo que a intensidade do conflito de interesses, num outro plano, separa ato administrativo de ato jurisdicional. Assim, quanto menor o conflito maior a tendência da exigência da prática de atos de natureza administrativa, dentro do procedimento de jurisdição voluntária. Na medida em que se intensifica o conflito de interesses revela-se,

igualmente, uma maior necessidade da prática de atos de natureza jurisdicional.

Há os que, como Calamandrei, enxergam no conceito de lide proposto por Carnelutti um conceito sociológico e não jurídico. Para que essa afirmação obtenha significado é preciso que o fenômeno jurídico seja concebido como uma revelação de validade supraempírica no reino da realidade, conforme adverte Alf Ross. Não é o que se dá, todavia. O Direito é fenômeno histórico-social que não se aparta da realidade e cuja natureza normativa resulta da relação entre o fato concreto e a existência da norma. Por isso, não se mostra desarrazoado que um fato sociológico seja, ao mesmo tempo um fato jurídico. A rigor, não existe fato jurídico que não seja antes de tudo um fato social. Não se pode esquecer, entretanto, que é a natureza normativa do Direito que confere a determinado fato sociológico a característica de fato jurídico. No caso do conceito de lide, é preciso notar que referido conceito é antes de tudo jurídico porque pertencente ao ordenamento normativo. O conflito interpessoal e social esse é conceito eminentemente sociológico. Mas o conflito que se manifesta na realidade se introduz no mundo jurídico por meio do conceito de lide. A lide, portanto, é o conceito jurídico de conflito. A circunstância de a lide ser o conceito jurídico de conflito só a torna conceito sociológico se vista na perspectiva da sociologia. O que ela é, precipuamente, é conceito jurídico porque reconhecido como tal pela ordem normativa. Nem por isso deixa de guardar relação com o conflito que ocorreu na realidade e que lhe é subjacente, exatamente por causa da referibilidade da ordem normativa ao mundo dos fatos, sem que essa relação lhe desnature o sentido e a relevância para o

processo e para a jurisdição.

O conceito de jurisdição de Carnelutti tomada como justa composição da lide reforça a idéia de uma teoria geral do direito processual, dentro de uma visão unitária do ordenamento jurídico, onde a distinção entre direito substancial e direito processual, vista na perspectiva do direito de ação, não se evidencia relevante.

Neste sentido, de acordo com o que escreve Cândido Rangel Dinamarco, "A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, corresponde à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. Certamente, essa postura guarda relação com a maneira como é visto o próprio Estado na cultura ocidental contemporânea e com os postulados do chamado Estado social: é inegável a relatividade histórica das instituições jurídicas, especialmente das de direito público, que refletem mais diretamente o modo de ser do próprio Estado em que se inserem, recebendo os influxos do regime político em vigor." (A Instrumentalidade do Processo, São Paulo, Malheiros, 5ª ed., 1996, pág. 81).

Efetivamente, o conceito de jurisdição reorienta toda a teoria do direito processual como notou Riccardo Orestano ao afirmar que "A centro ideale e punto di partenza della costruzione del "sistema processuale" si tende ora, infatti, a porre un qualche concetto che permetta di inserire il processo civili in um quadro unitariamente concepito. Secondo i punti di vista, sarà ad esempio la nuova categoria del "diritto giustiziale materiale" che disciplina il comportamento decisorio del giudice, elaborata dal

GOLDSCHMIDT, sarà la categoria dei "fatti giurisdizionali" che costituiscono i procedimenti normali di realizzazione del diritto secondo il *PERASSI*, sarà il concetto di "composizione della lite" in *CARNELUTTI*, il concetto di "attuazione della sanzione" in *REDENTI*, il concetto di formazione del giudicato in *ALLORIO*, il concetto di ristabilimento della certezza in *SEGNI*. Ma soprattutto sarà lo stesso concetto di giurisdizione che assume, in sé medesimo, ruolo principale rispetto a tutti gli altri: la "chiave di volta d'ogni sistema processuale" (*CARNELUTTI*)" (*Azione, Enciclopedia Del Diritto, Giuffrè Editore*, vol IV, pág. 804).

Do mesmo modo com o que ocorreu com o conceito de ação, a teoria do direito processual passa a gravitar em torno do conceito de jurisdição. Isso se deve, obviamente, a um maior aprimoramento teórico em torno dos institutos de direito público. Mas deriva também da proeminência do Estado e da atividade estatal dentro da sociedade reconhecidos necessários para a garantia da harmonia social e individual, conforme ressaltou Cândido Rangel Dinamarco. O processo passa a ser concebido como instrumentalização do poder de modo a tornar efetivos os postulados de justiça defendidos pelo o Estado. Assim, o poder jurisdicional assume também uma conotação política na proporção em que o seu exercício se encontra balizado pelos objetivos postos para o Estado onde inserido.

Todavia, a mudança de postura metodológica que toma a jurisdição como ponto de partida de toda a reflexão em torno do direito processual, relegando a problemática do direito de ação para segundo plano, exige uma reordenação dos institutos de direito processual de modo a enquadrá-los nessa nova perspectiva. O direito de

ação e o de relação jurídica processual deixam de ser relevantes para a compreensão do direito processual. A especificidade do poder jurisdicional passa a concentrar a preocupação dos teóricos do direito processual. Torna-se necessário identificar o objeto e as características da jurisdição. A discussão em torno do direito de ação é confinada aos limites de uma teoria geral do processo sem deixar de acentuar-se a distinção entre direito substancial e direito processual. A concepção da ação como direito subjetivo cede lugar a da ação como poder que confere ao titular a expectativa de tutela jurídica, apenas, o que demonstra, segundo Riccardo Orestano, a progressiva abstração atribuída ao instituto, típica de uma situação histórica de atmosfera autoritária, como foi, por exemplo, a Alemanha nacional-socialista. A prevalência da idéia de jurisdição sobre a de ação não resolve a contradição que se estabelece entre elas, dentro do direito processual. Há uma subordinação do poder que representa à ação ao poder que exprime a jurisdição, tanto no campo teórico como no campo da aplicação e da interpretação do Direito.

A mudança de enfoque na teoria do direito processual se mostra mais reveladora porque deixa perceber a influência histórico-social sobre o pensamento juscientífico. Referida influência não deveria causar estranheza porque a natureza cultural do Direito exige uma construção teórica reportada a uma realidade sócio-cultural historicamente determinada. Entretanto, a construção teórica no Direito, invariavelmente, está fundamentada no pressuposto de que os institutos jurídicos podem ser pensados no âmbito de uma teoria geral supraempírica e, por conseguinte, de validade absoluta que não pode ser

refutada pelo acontecer ininterrupto dos fatos.

Em que pese o esforço para a construção de uma teoria geral do direito processual, assim como do Direito em geral, assemelhada àquela válida para as ciências da natureza, os conceitos acabam por assimilar o influxo da realidade histórico-social e, ao invés de modificá-la, são por ela modificados. A mudança de enfoque na teoria geral do processo é um exemplo claro desse processo. Desde o século XIX que o direito de ação era tomado como a idéia central em torno da qual se levantaria uma teoria geral do processo. Como ficou claro, anteriormente, esse fato se deve ao racionalismo e ao individualismo que serviam de fundamento para a reflexão teórica dos juristas. Ocorre que já no século XX, a partir da consolidação do princípio de que caberia ao Estado papel preponderante no desenvolvimento sócio-econômico das nações, essa tendência se inverte para que a reflexão teórica juscientífica eleja a jurisdição que deriva do poder do Estado como o instituto central para a teoria do direito processual.

É bem verdade que num caso ou noutro o objetivo de construção de uma teoria geral do processo se mostra comum e continuado. Entretanto, é inegável que a mudança de paradigma é relevante e impõe severas correções de rumo nos objetivos traçados.

Essa mudança, fruto do influxo histórico-social e de concepções filosóficas predominantes em determinado momento histórico não é muito diferente daquelas oscilações conceituais que se deram em relação à natureza do direito de ação, que variava entre as teorias do direito de ação como direito concreto e as teorias do direito de ação como direito abstrato, conforme já explicitado, que também evidenciam o reflexo no

âmbito do Direito do choque de idéias que permeava a sociedade e que, desse modo, extrapolava o campo estritamente jurídico.

Referidas mudanças de paradigmas comprovam, efetivamente, que os conceitos jurídicos não podem ser concebidos à semelhança do que ocorre com os conceitos próprios das ciências da natureza e que eles, definitivamente, são conformados por uma determinada realidade histórico-social o que, a princípio, poderia limitar a postulação de uma teoria geral de validade absoluta e a-temporal para o Direito e, mais especificamente, para o direito processual.

Cândido Rangel Dinarmarco reconhece que a jurisdição não pode ser compreendida apenas como um conceito, sem que se lhe identifiquem os escopos e, por conseguinte, a instrumentalidade que adiciona ao processo de modo a torná-lo instrumento de garantia da cidadania e de efetivo exercício dos direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. De acordo com Dinamarco, *"as conhecidas tradicionais tentativas de definição teleológica da jurisdição permaneceram no plano jurídico, com a crença de ser suficiente explicar a função jurisdicional, que antes de tudo é política, em face da mecânica do direito. Aceite-se que, enquanto se tomassem parâmetros exclusivamente jurídicos, seria até razoável a esperança de encontrar fórmulas universais e definitivas. O que torna absolutamente inviável essa tarefa é a grande premissa metodológica da processualística moderna, consistente no enfoque instrumentalista e teleológico do processo mesmo, considerado agora como um sistema aberto e "dependente", legitimado pela aptidão, que tenha e positive, de prestar serviços à comunidade."* (A Instrumentalidade do Processo, São Paulo,

Malheiros Editores, 5ª ed., 1996, pág. 150).

A assertiva de Dinamarco torna evidente a dificuldade envolvida na proposição de um conceito de jurisdição universalmente válido, partindo-se de premissas estritamente jurídicas. Mas essa dificuldade se avoluma na proporção em que a teoria do direito processual passa a ser sustentada por pressupostos de ordem teleológica que colocam a necessidade de compreender o processo não apenas como realidade ontológica, mas como atividade que se reconhece e delimita por fins.

A preocupação em torno dos fins da jurisdição, inevitavelmente, extrapola os limites do direito processual e, conseqüentemente, deixa em segundo plano uma visão estritamente técnica do fenômeno do processo, o que não significa o abandono puro e simples da técnica em detrimento de uma indagação metafísica dos fins da jurisdição e do processo. O que ocorre é que a técnica deve subordinar-se aos fins da jurisdição e do processo reconhecidos legítimos. Em função dessa subordinação, se verifica uma relativização do conceito de jurisdição, na proporção em que este deve assimilar não apenas os fins próprios ao processo e ao Direito, mas também e principalmente os fins pelos quais se orienta a atividade estatal como um todo.

O problema dos fins da jurisdição implica também a aceitação de que a atividade jurisdicional está envolvida por uma ordem de valores que se forma a partir da realidade histórico-social. É exatamente essa ordem de valores que irá delimitar os fins que a atividade jurisdicional deve perseguir de modo a atingir os objetivos visados pelo Estado.

Como o que se coloca em evidência são os fins da atividade jurisdicional,

bem como os valores que informam referidos fins, a discussão em torno dos princípios intrínsecos inerentes à jurisdição, (tais como o princípio da investidura, da indeclinabilidade, do juiz natural, da indelegabilidade, da improrrogabilidade, da aderência ao território, da independência ou inevitabilidade, da inércia, da imparcialidade etc..), da unidade da jurisdição, da classificação da jurisdição, ou mesmo da discriminação da competência estabelecida pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais que tratam de organização judiciária, se revela de alcance limitado, na medida em que coloca em perspectiva apenas um dos aspectos da jurisdição. Esse enfoque, na maioria das vezes, aborda a jurisdição do ponto de vista normativo e dogmático, como fenômeno posto por determinada ordem jurídica, o que não deixa de ser relevante. Entretanto, o estudo da jurisdição deve, na medida do possível e do desejável, desvencilhar-se dessa visão parcial em busca de uma compreensão do instituto jurídico em toda a sua extensão levando em conta, principalmente, que a jurisdição é, antes de mais nada, expressão do poder do Estado.

Dentro dessa ótica, de acordo com Cândido Rangel Dinamarco, a jurisdição busca atingir escopos sociais, políticos e jurídicos. O principal escopo social da jurisdição está na eliminação do conflito mediante critérios justos. Dinamarco cita Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Luhmann para lembrar que *"no procedimento judiciário, a confrontação direta entre contendores é reduzida e enfraquecida através da criação de critérios de lealdade que se cruzam e não deixam ver quem é realmente contra e a favor. E que a institucionalização dos conflitos tem a serventia social de canalizá-los pelas vias civilizadas da linguagem adequada, do respeito*

recíproco, do contraditório e acima de tudo, da sinceridade das alternativas de comportamento no contexto de atuação e da sua estrutura de motivações." (op. cit. pág. 130, nota 17).

Um dos objetivos da jurisdição, portanto, é eliminar o conflito interpessoal ou social, concretamente configurado, porque é esse conflito que se reflete no processo não se podendo admitir a existência de um conflito que se materializa no processo e que é ao mesmo tempo diferente daquele encontrável na realidade dos fatos. É o conflito real que entra no processo e que se expressa, por exemplo, no conceito de lide.

A concretização dos valores de liberdade e de igualdade está entre os escopos políticos da jurisdição. Indiscutivelmente, a atuação da jurisdição se justifica pelo objetivo de buscar realizar concretamente os valores da liberdade e da igualdade que são os fundamentos da ordem jurídica. No caso do Brasil, integram os escopos políticos da jurisdição os objetivos traçados pelo artigo 3º da Constituição Federal de 1988, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por fim, o escopo jurídico da jurisdição se relaciona à jurisdição do ponto de vista interno ao sistema jurídico. É neste quadro de objetivos que se insere o problema da divisão da jurisdição, das classificações das normas-princípios que a informam, da relação do processo com o direito substancial e dos institutos jurídicos-processuais que tornam possível a

atuação da jurisdição, (direito ao contraditório, ampla defesa, direito à prova etc.).

CAPÍTULO IV

O PODER NA SOCIEDADE DE CONSUMO

O Príncipe, de Maquiavel, e o Renascimento marcam a secularização da política e do exercício do poder. Todavia, é a Revolução Francesa, no século XVII que, na esteira do racionalismo e do iluminismo, fornece as diretrizes para a política liberal e, a seu modo, democrática, o conceito de nacionalismo, o modelo de organização técnico-científica, os códigos de legislação e a ideologia do mundo moderno. De acordo com Hobsbawm, as exigências da burguesia francesa foram formuladas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios dos nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. A Declaração previa distinções ainda que, conforme assinala o historiador *"somente no terreno da utilidade comum"*. A assembléia representativa pensada pelos revolucionários franceses não era um órgão eleito democraticamente. Para os liberais da época bastava uma monarquia constitucional apoiada numa oligarquia possuidora de terras. A tomada do poder pelo terceiro estado não significou, necessariamente, um aprofundamento social da idéia de democracia, na medida em que o acesso ao poder e o exercício dele se restringiam a determinada classe, no caso, a dos possuidores de terras. A noção de povo a que se referia a Declaração dos Direitos de 1789 não incluía a totalidade dos cidadãos da nação. Havia mais uma proposta de que os benefícios do liberalismo econômico atingissem toda a população do que propriamente a aceitação da possibilidade de acesso imediato dos cidadãos franceses ao poder, através do voto, sem qualquer distinção econômica ou social.

Quando Sieyès responde à indagação que formula acerca do que compõe a idéia de nação, ele ressalta que a nação é a expressão dos interesses permanentes de uma comunidade que podem em determinada época encontrar-se contrapostos aos interesses dos homens que compõem a nação.

O movimento revolucionário francês de 1789, que moldou a forma e o modo do exercício do poder no mundo moderno, impôs limites para o acesso ao poder e para o alcance que se deveria dar aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, embutidos na idéia de democracia pensada a partir do liberalismo econômico. As alianças formadas entre os revolucionários deixa entrever os limites que definiam o formato do Estado moderno. Nos primeiros anos, a revolução se manteve através de alianças entre girondinos, jacobinos e sansculottes que assinalaram as fases pelas quais passou o movimento. No início intensa mobilização de massa seguida de inclinação para a esquerda com o governo de Robispierre. Com a queda de Robispierre e o fim do terror, ocorre o rompimento entre os moderados e consolida-se a inclinação para a direita subindo ao poder Napoleão Bonaparte que, tendo destruído a revolução jacobina e com ela os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, foi um dos mais bem sucedidos governantes da história da França.

O legado da Revolução Francesa, portanto, inclui o ideário de uma democracia cercada de distinções, onde o exercício do poder encontra limites e restrições. Essas distinções marcaram profundamente a prática política e a organização do poder na sociedade moderna. O liberalismo econômico de um lado e, por outro, os diversos matizes de socialismos, nos

séculos XIX e XX, se apropriaram da razão iluminista, naquilo que lhes era conveniente, para forjar uma racionalidade democrática, limitada pelo formalismo.

O ideal democrático que, segundo Maffesoli, constitui a modernidade nasce mutilado pelos formalismos, pelas distinções, pelos limites. Por isso, o que padece de esgotamento na atualidade é o ideal democrático e a racionalidade impostos pela Revolução Francesa, apoiados em distinções, e não o ideal democrático buscado pela razão iluminista, genericamente considerado.

Além das distinções e dos formalismos, a racionalidade da Revolução Francesa também instaura a precariedade no exercício do poder e a preocupação constante dos governantes com os interesses dos governados. A legitimidade do exercício do poder se reporta aos interesses dos governados e não mais decorre da circunstância de o governante ter subido ao poder pela graça divina ou por força da hereditariedade.

Se a legitimidade do poder repousa nos interesses dos governados, surge a necessidade de identificar os governados, separá-los e, de alguma forma, controlá-los. A sociologia, ao lado de outras ciências, na modernidade, ficará encarregada de pensar os controles e os limites para o cidadão integrante da nação. Mas, é necessário enfatizar que o cidadão concebido pela Revolução Francesa é sujeito que instrumentaliza a razão e, pelo poder da vontade individual, constrói a democracia, controla, elege e exerce o poder. A potência que constitui o sujeito, entretanto, está solapada pelas distinções. Nos séculos XIX e XX a individualidade e o sujeito que a constitui estarão ameaçados de desintegração em função das

distinções e diferenciações formais que incorporam ao longo do tempo e que contribuirão para reduzir a possibilidade de realização plena da democracia.

A sociologia de Durkheim, fundada no positivismo de Augusto Comte, tratará de situar o indivíduo na especificidade do social e de descobrir e formular os meios de coerção que lhe são exteriores. Para Durkheim, fato social é toda a maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma determinada forma de coerção ou então que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria independente das manifestações individuais que possa ter.

A objetividade epistemológica, todavia, não impedirá Durkheim de ver na solidariedade mecânica, que liga o indivíduo ao grupo e que se exprime no Direito, o conjunto de crenças e de sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade que forma um sistema determinado e que tem vida própria. Segundo ele, existem em nós duas consciências. Uma que contém os estados que são pessoais a cada um e outra que abrange os estados que são comuns a toda a sociedade e que se espelha na semelhança.

De outro modo, a solidariedade orgânica, baseada na divisão social do trabalho, pressupõe, que os indivíduos sejam diferentes uns dos outros. A dessemelhança fará com que os indivíduos sejam separados segundo a natureza particular da atividade social desenvolvida.

Além de fator de agregação do indivíduo em sociedade, de motivar o nascimento da sociologia como ciência e de situar-se na base da sociologia de Durkheim, a coerção denuncia a tentativa do poder surgido da Revolução Francesa, e da ideologia que lhe dá suporte, de esquadrinhar o social e de confinar o indivíduo, e a potência

da vontade individual, que de certo modo estaria assegurada na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, de forma a garantir que o espaço reservado para o exercício do poder se mantenha a salvo dos efeitos de possíveis insurreições.

Estando o poder dependente do concerto da capilaridade decorrente das vontades individuais, tornou-se necessário identificar o modo de funcionamento do grupo social, para garantir a perenidade de determinado grupo no exercício do poder, e os controles integradores da sociabilidade, sem eliminar de todo a possibilidade do jogo democrático e da potência da subjetividade e do sujeito. Para Foucault, os poderes funcionam como uma rede de dispositivos e de mecanismos no meio dos quais ninguém escapa porque não existe exterior possível, qualquer limite ou fronteira. Essa rede de e do poder se intensificou com a Revolução Francesa e com o Estado moderno por ela configurado, exatamente pela força propulsora do ideário difundido desde então. Do ponto de vista do poder instituído e instituidor era necessário demarcar os espaços do poder espalhado na sociedade, gerados em torno de uma sociabilidade surgida da prática democrática consentida e, até certo modo, concedida e incentivada pelos detentores do poder.

A ênfase de Durkheim na coerção ressalta a necessidade de escarafunchar as consciências individuais para descobrir o poder que nelas se aloja e que a qualquer momento pode implodir a realidade que informa a precariedade do exercício do poder nas sociedades modernas.

Mas, um exame mais apurado revela que o trânsito entre a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica intensifica as distinções e as limitações no e para o indivíduo. A divisão do sujeito em duas consciências a fim de

estabelecer a ligação feita pela solidariedade mecânica entre o individual e o social marca a duplicidade da personalidade individual de tal forma que o cidadão que a Revolução Francesa queria senhor da razão e da vontade enfrenta cada vez mais dificuldades para enxergar no espelho a totalidade prometida do eu, sem a qual não poderá controlar e influenciar o poder que se exerce sobre ele e que, apesar de tudo, insiste em se afirmar exatamente a partir da concretude do indivíduo e da individualidade. A solidariedade orgânica, por sua vez, ao invés de solidificar-se pela coordenação e pela subordinação entre indivíduos e individualidades, estreitará cada vez mais o espaço da consciência individual reduzindo o homem ao papel da máquina.

Durkheim não perdeu de vista os limites da sua teoria sociológica. O conceito de anomia pretende explicar e resolver a falta de solidariedade dentro da divisão social do trabalho. A solução, no caso, só poderá ser encontrada na regulamentação. Falta de solidariedade, portanto, se resolver na regulamentação que nada mais é do que o refinamento das formas de coerção.

De acordo com John Horton, o homem dividido, *homo duplex*, de Durkheim somente se humaniza através do controle social e da manutenção da ordem.

Já para Max Weber a ação social se orienta pelas ações dos outros que podem ser passadas, presentes ou esperadas como futuras. A ação social é uma ação orientada pelo sentido sugerido pelo sujeito ou pelos sujeitos tendo como referência o comportamento dos outros. O sentido da ação social é imaginado como fato tornado compreensível para o sujeito.

Daí que a relação social consiste na probabilidade da existência de uma ação socialmente orientada num sentido indicável. Toda a relação social deve ter um conteúdo significativo.

A realidade weberiana tornou-se desencantada pelo processo de racionalização. Para além da racionalização, o indivíduo é responsável por si mesmo no domínio das "ordens" e das "instalações" da vida moderna.

Mas a racionalização radical das condições de vida, reconhece Weber, resulta na regra irracional autocrática da organização. O homem da compartimentalização burocrática está remetido sobre si mesmo por um mundo tornado objetivamente sem sentido e sóbrio e, portanto, realista que o força a imaginar um sentido objetivo e uma relação significativa com as coisas, em particular, com a realidade, conforme adverte, inclusive, Karl Loewith.

Em Weber continua a ser enfatizada a tensão entre o compromisso do indivíduo com a ação política, com o social, entre iguais, e o compromisso com a individualidade e a diferença. Mas se a racionalidade delimita o espaço social e desencanta a realidade, tornada secularizada por força da própria ação racionalizadora, o espaço do indivíduo e da individualidade, pela estreiteza que o constitui, não reúne forças suficientes e capazes para a construção do espaço da liberdade, que é o lugar da luta contra a "prisão de ferro" do mundo racionalizado. A ação eticamente orientada, como única atitude de resistência possível, em meio à racionalização constante, só pode ser uma ética do individualismo exacerbado que, paradoxalmente, ao invés de negar o mundo burocratizado, acaba por conformar o indivíduo com o pragmatismo raso da

eficiência instrumental e o valor absoluto do sucesso pregado pela burocracia. O indivíduo ético por responsabilidade, que age com o sentido do dever, tem o mundo racionalizado como o seu complemento ideal. A intensidade da complementação entre um e outro não permite o distanciamento necessário, por parte do indivíduo, suficiente para a construção heróica de uma liberdade diferente daquela modelada pela racionalidade totalizante do mundo.

A modernidade racionalizada não deixa de ser um aprofundamento das distinções contidas no ideário da Revolução Francesa e que, especificamente, se presta a tornar possível o capitalismo e a ideologia que lhe serve de sustentação.

A impossibilidade da construção de um espaço de liberdade individual e de uma diferença no mundo racional da modernidade weberiana autonomiza o exercício do poder e cria uma esfera própria de operacionalidade do poder, distante da turbulência do concerto das vontades individuais. Todo o poder tem legitimidade e se mantém legítimo desde que garanta o funcionamento da burocracia produtora de bens econômicos. O poder se mantém a partir de sua eficácia. Eficácia que se mede pela ação dos indivíduos baseada na crença de que o poder existe e de que a regulamentação que propõe tem validade legal.

Se o poder para Weber, conforme lembra Dreifuss, se define como a probabilidade de um ato situado dentro de uma relação social estar numa posição que lhe permita realizar sua própria vontade apesar de encontrar resistência, é certo que o poder exercido no mundo da racionalidade burocrática não encontrará opositores porque o espaço da individualidade submergiu na burocracia totalizadora e

totalitária. Entre homens consumidores da satisfação fácil e do prazer sem coração, tornou-se demasiado custosa a construção da liberdade e da democracia.

E o Direito, por seu turno, enquanto ordem que forma o poder, não escapa da racionalidade avassaladora. De acordo com Bourdieu *"a previsibilidade e a calculabilidade que Weber empresta ao "direito racional" estão fundamentadas na homogeneização dos habitus jurídicos, ou seja, na padronização própria do mercado e da esfera do consumo."* (O Poder Simbólico, Lisboa, Difel Difusão Editorial Ltda., 1989, pág.).

No estudo dos problemas teóricos postos pelos processos integrativos Talcott Parsons aprofunda a análise da relação entre solidariedade mecânica e solidariedade orgânica partindo da contribuição de Durkheim.

Para Parsons a solidariedade mecânica tem relação com a estrutura da sociedade que, nas sociedades modernas, se expressa na forma organizacional do governo, diretamente ligada à regulação, à chefia e à autoridade. Já a solidariedade orgânica organiza o sistema de normas institucionalizadas ligadas à estrutura dos papéis na sociedade, cujo objetivo é descobrir a maneira pela qual os interesses potencialmente conflitantes podem ser conciliados, sem ruptura. A solidariedade orgânica se expressa através de instituições como o contrato, a propriedade e a ocupação profissional.

Mas a idéia principal está em que para Parsons, a partir da institucionalização dos sistemas de normas, desenvolve-se uma integração social independente, sem direção centralizada. O complexo normativo que institucionaliza a chefia e a autoridade é paralelo às normas que institucionalizam a vida

econômica. O poder para Parsons tem paralelo com o dinheiro. Serve, portanto, para regular a integração social. O poder e o dinheiro são instituições que interagem significativamente com o indivíduo e com a individualidade. O indivíduo, para internalizar os valores e as normas, estará submetido à coerção da autoridade, cuja atuação visa a atingir a esfera da consciência individual.

O paralelo estabelecido por Parsons entre o poder e o dinheiro assinala a institucionalização do processo democrático que tem como objetivo eliminar a precariedade que cerca o exercício do poder por determinado grupo social, garantir a estabilidade do complexo de normas que institucionaliza a economia e desencadear o processo de integração social do indivíduo. Mas esse processo de integração atua na consciência individual na forma de controle social. Assim, os diversos sistemas sociais têm por objetivo a socialização do indivíduo. E o processo de socialização nada mais é do que o processo pelo qual valores e normas ditados pela sociedade são internalizadas pela consciência individual.

No processo de socialização a marca da ação individual se perde e o espaço democrático se encolhe, na exata medida em que o poder se mostra cercado pela institucionalização crescente e pelo retraimento da espontaneidade do indivíduo, que integra a ação política fundadora do poder, enquanto expressão da liberdade individual e da cidadania.

A coerção representada pela institucionalização crescente do poder, que se reduz à autoridade e que se volta para ameaçar a individualidade a fim de conformá-la ao processo de socialização, empurra o indivíduo para o espaço reservado ao papel que ele desempenha na

sociedade. O papel, por sua vez, também está institucionalizado de modo a, como diz Parsons, neutralizar tendências para o desvio do cumprimento das expectativas. A única alternativa possível para o indivíduo e para a individualidade é se conformar com as expectativas prescritas para o papel desempenhado na sociedade.

Sem o espaço da individualidade, perde-se a identidade que no mundo da institucionalização somente pode ser reencontrada na instantaneidade da troca e, conseqüentemente, no ato mecânico de consumir. Mas aqui e agora o que se tem é um simulacro de individualidade, enredada na aparência e no aparente, despida do suporte instituinte da subjetividade.

O exercício e a constituição do poder, cuja potência repousa na vontade individual, cerne do ideário democrático pregado pela Revolução Francesa e refletido no Estado moderno, na sociedade dos sistemas de instituições institucionalizadas e institucionalizadoras, perderam sua capacidade de expressão da organização do social e da nação e, conseqüentemente, o sentido democrático que os legitimava.

O que triunfou pela Revolução Francesa foi um determinado modo de apropriação do racionalismo e do iluminismo, conveniente aos interesses do liberalismo econômico, na época. Essa apropriação parcial forneceu à sociologia positivista de Augusto Comte o material necessário para o desenvolvimento da chamada ciência social positiva, através da qual começou a ser pensada a sociedade. O nascimento da sociologia moderna está marcado pela preocupação dos sociólogos com a questão do controle do indivíduo e do espaço do social. Referida preocupação não é gratuita, posto

que o ideário da Revolução Francesa instaurou a precariedade do exercício do poder, limitado pelo tempo e pela escolha de certo modo democrática dos mandatários. Tornou-se necessário investigar os meandros do social para descobrir nele as articulações que podiam influenciar a alteração da composição de forças que sustentam o poder. É para esse fim que se dirige a sociologia de Durkheim, de Weber e, em certa medida, o pensamento de Parsons.

Mas, quando a sociologia se agarra à necessidade de descobrir e formular os meios e modos do controle do indivíduo e do social, deixa escorregar pelo vão dos dedos o espaço da subjetividade, da vontade individual, que constituem princípios que, para os revolucionários franceses, deveriam ser a base do jogo democrático e a potência geradora, instauradora e delimitadora do poder e do seu exercício.

Esse paradoxo está na base da sociedade de consumo contemporânea, embora se possa dizer que hoje, aparentemente, ele foi superado pelo domínio avassalador da teia de controles sociais que não deixou espaço para a subjetividade.

Sem subjetividade, sem a vontade individual movida pela razão iluminista, desapareceu o conflito do qual emergia a legitimidade do poder. A agora cedeu lugar à agoralidade do presente sem perspectiva. Michel Maffesoli se regozija com essa constatação afirmando que os poderes dormem em paz, enquanto ninguém pode mais, não sabe mais ou não ousa sonhar. Para ele a ditadura contemporânea, que faz surgir a pós-modernidade e decreta a falência do racionalismo e do ideário democrático, é doce e dissimulada. Doce e dissimulada porque o indivíduo

se tornou prisioneiro do presente. Sem lugar no futuro, a vontade individual abdicou do poder de discutir e gerar o espaço do poder de tal modo que o exercício do poder institucionalizou-se, criando uma especificidade própria que não é mais afetada pelo concerto das vontades dos cidadãos que integram a nação. De certo modo, a regulamentação Durkheimiana e a racionalização da vida postulada por Weber atingiram seus objetivos.

O cidadão da contemporaneidade conformou-se a organizar o presente e refugiou-se no cotidiano banal, despreocupado com o sonho do futuro e com o domínio do mundo. O conflito de idéias e de princípios entre homens que, através da razão, construíam o espaço público e o alcance da democracia, de onde emergiria o poder que governaria a nação, cedeu lugar a um tipo de conflito que não mais depende da iniciativa individual dos cidadãos e de suas idéias. Institucionalizou-se o conflito, a discussão, de modo que agora é a própria instituição do poder que fornece ao cidadão consumidor as pautas e diretrizes sobre as quais ele é chamado a opinar. Com o desaparecimento da subjetividade, o indivíduo não é mais senhor de si. Perdeu a capacidade de enxergar-se como individualidade capaz de pensar a si próprio e a realidade que o cerca. Nada pode dizer sobre o poder. Apenas opina, entre alternativas simplificadas e simplificadoras. O conflito na sociedade de consumo não tolera discussão, nem sujeitos, nem subjetividade. Ao cidadão do mundo do consumo só é permitido assinalar opções entre alternativas limitadas colocadas pelo poder e pelos poderosos. Ou, como diz Maffesoli, na contemporaneidade, *"existe apenas o conflito lúdico de imagens, de pouco sangramento, onde a violência pode ser ritualizada, quem sabe até institucionalizada."* (A

Contemplanção do Mundo, Porto Alegre, Artes e Ofícios Editora Ltda., 1995, pág.).

Isso não significa a falência do ideal democrático, como quer Maffesoli. O esmagamento da individualidade revela apenas que as distinções impostas pela Revolução Francesa impediram a construção de uma democracia forjada pelo e para o homem racional.

Embora a sociedade de consumo tenha banido a individualidade do espaço construído e construtor do social, com algum esforço ainda é possível identificar traços de uma diferença constituinte do eu que remanesce naquilo que se poderia designar de simulacro de individualidades componentes da sociedade e, por outro modo, da nação.

Maffesoli insiste em que o que ele chama de subjetividade das massas, na pós-modernidade, estaria delineada pelo jogo das formas, pelo presenteísmo, pelo gozo de uma felicidade partilhada e por uma nova ética dos afetos compartilhados. Na modernidade, teria ocorrido uma saturação da subjetividade, do sujeito.

Não é bem assim. O tipo de modernidade proposta pelo ideário surgido da Revolução Francesa sufocou o sujeito e a subjetividade, propositadamente. Não houve saturação ou esgotamento no sentido de que a modernidade não conseguiu materializar o seu projeto de sociedade e de democracia, sustentada na racionalidade. Ao contrário. O domínio da vida social buscado incessantemente pelo ideário em torno do liberalismo econômico e dos socialismos ditos reais atingiu plenamente o seu objetivo que era o de reduzir o homem à passividade do mundo do consumo sem fronteiras.

O propósito aqui é o de investigar a possibilidade da existência de alguma individualidade, de alguma diferença, em meio à subjetividade das massas. Identificar-se a necessidade individual da busca da diferença na sociedade totalizadora e totalizante que não se confunda com aquelas liberdades intersticiais referidas por Maffesoli, próprias das esferas do banal e do cotidiano para onde se refugiou o sujeito sem qualidades, desprovido do poder da ação instituidora do político, do social e, por conseguinte, do Direito. O caso, ao que parece, não seria o de procurar a manifestação de uma necessidade da diferença porque, a rigor, ela não existe. Não existe lugar para a diferença em um mundo onde a aparência e a forma são fundadoras da ordem social. O que subsiste é a diferença da necessidade. A diferença assinalada pela necessidade imposta no reino do consumo. Somente me torno diferente nos e pelos produtos que consumo. O carro, a roupa, o restaurante da moda, são eles o suporte da diferença. Uma diferença que prescinde da subjetividade e que se esgota na objetividade do ato de consumo.

A diferença, portanto, está restrita à necessidade criada pelo mundo do consumo. Essa necessidade, economicamente falando, não está orientada pelos desejos individuais de aquisição de bens para a satisfação individual, o que, segundo a teoria econômica, estaria por trás da determinação dos preços das mercadorias. Uma necessidade surgida ao redor do sujeito e da subjetividade. A necessidade que informa a diferença, na sociedade de consumo, é exterior ao sujeito, na medida em que são as coisas que se encarregam de estabelecer o que deve ou não ser consumido e o que, em sendo consumido, constituirá a diferença do consumidor. O que difere em mim e

me diferencia está constituído pelo tipo de automóvel que dirijo, por exemplo, e, desse modo, me é exterior.

Mas essa diferença delineada pelo consumo é aparente porque a necessidade que a gera não é imposta a um determinado sujeito e sim a toda uma subjetividade massificada. Assim, não apenas uma, mas várias individualidades são "constituídas" através das necessidades impostas pelo mundo do consumo que, quando satisfeitas, acabam por igualar os sujeitos de modo que somente uma nova necessidade de consumo, numa circularidade infinita, poderá trazer-lhes a aparente sensação da diferença diante da totalidade do mundo do consumo e da multidão dos consumidores tornados ditadores das necessidades e das diferenças.

Uma tal diferença dependente da necessidade do consumo não tem força para constituir uma individualidade capaz de recriar a subjetividade para, através dela, realçar o espaço perdido onde se deveria travar a luta democrática pelo poder.

O indivíduo refugiado no cotidiano do consumo é incapaz de construir o espaço social do controle e do exercício do poder. O poder tem uma especificidade que lhe é própria onde opera alheio aos desejos do sujeito e da subjetividade. O divórcio entre a subjetividade do indivíduo e a objetividade do poder está marcado pelo paradoxo constituinte da modernidade inspirada pela coerção social institucionalizada e pelos micropoderes dela decorrentes, por um lado e, de outro, pelo poder protegido pela institucionalização formal e buscando reduzir a precariedade e a temporalidade de que é constituído. Nada, portanto, se esgotou. O

formalismo de parte dos revolucionários franceses continua a atingir os objetivos propostos.

Maffesoli opõe racionalidade e imaginário para afirmar que a religiosidade e a cultura do sentimento estão mais difundidas na vida social da pós-modernidade. Durkheim via a solidariedade mecânica constituída por um conjunto de crenças e sentimentos comuns à média dos membros da sociedade. Material e espiritual, portanto, se cruzam na teia constituinte do social desde a sociologia de Durkheim, de modo que Maffesoli, efetivamente, não inova neste aspecto. Durkheim insiste em que uma certa consciência integra sua proposta de controle social, enquanto que Maffesoli descreve a sociedade controlada e institucionalizada tomando o estilo de vida da sociedade de consumo como representativo da sentimentalidade que impregnou as relações sociais. Mas se Maffesoli não inova neste aspecto, pelo menos, num outro, quando intenta caracterizar a sociedade atual, acaba por confundir imaginário com uma forma de irracionalidade que imperaria na era pós-moderna em substituição à racionalidade pregada pelo projeto do iluminismo. Sucede, porém, que o imaginário não é necessariamente sinônimo de irracionalidade e nem pode ser tomado como tal. A assim chamada cultura do sentimento, a religião do consumo e as religiosidades em geral são manifestações de irracionalidade que habitam o social e o individual em todas as épocas, inclusive naquela reconhecida moderna. A vida sentimental e religiosa não serve para configurar o arcabouço ideológico e epistemológico de um determinado período histórico.

O imaginário não se confunde com irracionalidade. O imaginário se constitui da transitoriedade do sujeito no mundo e do mundo que se constrói por força da subjetividade. Por isso,

desde a sua fonte psicanalítica, onde o imaginário funda o sujeito articulado com o real e o simbólico, a idéia de imaginário se liga muito mais a um sujeito que pensa o mundo e a si próprio com as ferramentas da razão e da racionalidade iluminista do que a um simulacro de individualidade errática que se constitui pelas emoções, vivências sentimentais e pela ritualização irracional da existência.

Daí que o sonho que torna viável o futuro não está ligado àquele imaginário sinônimo de irracionalidade referido por Maffesoli. Muito menos está associado à imagem tornada característica essencial de um estilo estético de vida fornecedor do sentido coletivo da existência e substituta do dever-ser racional pelo que é e que se deixa ver. A imagem não instaura o imaginário. A imagem é totalitária. É imagem-ditadura, conforme acentua Oliviero Toscani, fotógrafo da indústria de roupas Benetton. O imaginário articula-se com a idéia de um sujeito e de uma subjetividade desafiadora da objetividade do mundo. Um sujeito que sonha de olhos abertos e que ao sonhar ultrapassa o presente para descobrir a premissa que permitirá construir o futuro. Um imaginário que se apoia na razão iluminista, basicamente.

A tarefa então é descobrir se o cidadão consumidor é capaz de construir o sonho que engendrará o futuro a partir do dado no presente.

O homem consumidor está prisioneiro da individualidade exacerbada. A individualidade do cidadão consumidor, entretanto, se constitui e é constituída apenas pelo que é aparente, pelo sensível, pela forma. É, portanto, uma individualidade precária que não permite ao sujeito conceber-se como ente distinto do que se

constitui o social que o cerca. O sujeito está submerso na subjetividade da massa ou, para citar Durkheim, foi tomado pelos sentimentos comuns da sociedade. Sem subjetividade, o indivíduo permanece amarrado ao presente institucionalizado. Portanto, não sobra espaço para a construção do tempo histórico que ultrapassa o presente. Não se articula mais um imaginário no sentido aqui defendido. A racionalidade do presente torna o indivíduo irresponsável, desobrigado do agir e de criar o espaço da sociabilidade. O prazer do consumo fácil decreta o fim da história e da historicidade.

O sonho agora é sonho de consumo. O sonho que se articula com o político, por onde se estrutura o poder e o Direito, perdeu sentido num mundo em que o sentido da ação do sujeito já não faz sentido.

Nada disso, porém, assegura o triunfo da irracionalidade. Expressa tão-somente a finitude daquela racionalidade particularmente apoiada em formalismos e distinções. Permanece o desafio de redescobrir a razão iluminista, segundo Rouanet, capaz de crítica e de autocrítica.

O formalismo e as distinções legados pelo ideário da Revolução Francesa encontram na sociologia de Durkheim, de Weber e até na de Parsons o campo fértil por onde, através da coerção, da regulamentação, da racionalização burocrática e da institucionalização, buscam estruturar a vida social de forma a controlar a individualidade e a autonomizar o exercício do poder. A atual sociedade de consumo é a expressão de um certo grau de burocratização e de institucionalização que atingiu a vida contemporânea e sufocou o sujeito e a subjetividade.

Cumpre, portanto, traçar os reflexos no Direito do processo de institucionalização e de burocratização da vida social que resultou na configuração da sociedade de consumo do modo como a conhecemos hoje. Deve-se ressaltar, neste aspecto, dois pontos. A produção do Direito, num primeiro e principal enfoque e a forma como o Direito constitui estrutura de poder na sociedade.

Hannah Arendt principia explicar o modo pelo qual a produção do Direito se manifeste na sociedade de consumo burocratizada. Diz ela que na sociedade de consumo o *homo faber* cedeu lugar ao *homo laborans*, onde o centro da vida social não é mais o mundo construído pelo homem, mas a mera necessidade da vida, a pura sobrevivência. O *homo laborans* está no mundo, mas é indiferente ao mundo. Somos todos força de trabalho, operários, um produto eminentemente fungível. Na sociedade de consumo nada tem sentido para além da esfera da sobrevivência. O indivíduo abandona a individualidade porque a sociedade requer de seus membros um funcionamento puramente automático. Para o Direito, a sociedade de consumo ou do *homo laborans* significa a contingência de todo e qualquer direito que vale em função de decisões. A manipulação contraditória de institutos jurídicos não mais afeta a função normativa. Através de medida provisória ou de decretos, por exemplo, pode-se conceder aumentos de salário, majorar ou reduzir preços, conceder ou negar benefícios de toda ordem etc., num único dia e negá-los no outro, tudo em permanente mutabilidade e instabilidade. O Direito mesmo é objeto de consumo. Tudo pode ser normatizado porque o Direito não depende mais de um fundamento ontologizante, de um *status*, de um saber, de uma diferença, até porque diferenças como já visto não

mais existem. Na sociedade de consumo, segundo Hannah Arendt, opera-se uma radical reestruturação do Direito na medida em que a congruência interna do sistema jurídico deixa de fundamentar-se sobre a natureza, o costume, a razão, a moral e passa a basear-se na uniformidade da vida social e na sua capacidade para a indiferença que permite qualquer tipo de mudança de conteúdo, de princípio e de valores de forma indiscriminada.

Mesmo tornado objeto de consumo, o Direito não perdeu a sua essência de poder que estrutura a distribuição da justiça na sociedade. O monopólio da jurisdição e da produção legislativa ampliou o poder simbólico do Estado de nomeação, de criar coisas nomeadas e, conforme ressalta Bourdieu, de fazer o social através da ordem consagrada pelo Direito.

O poder que se exerce através do Direito, por força dos formalismos e das distinções surgidas com o ideário da Revolução Francesa e da institucionalização crescente da vida social, desde então, autonomizou-se e passou a operar numa especificidade alheia aos conflitos encontrados na sociedade e aos anseios dos indivíduos. O dogmatismo exacerbado cavou um fosso entre o mundo jurídico e o social. A forma encontrada para manter as distinções que ao mesmo tempo constituem o mundo jurídico e o ameaçam de desintegração foi dar ao Direito o estatuto de um sistema de normas que não está reportado ao que se passa na sociedade.

A norma se fundamenta na norma num mundo lógico sem contradições. O poder que o Direito encerra baseia-se na simples constatação da existência do Direito. O Direito perdeu a historicidade. A lógica das proposições jurídicas se encarregou de explicar o real e a realidade,

independentemente da existência do real e da realidade.

O Direito da sociedade de consumo ignora o indivíduo e a individualidade. É poder institucionalizado e institucionalizador. Paradoxalmente, entretanto, dentro do sistema jurídico, valores subjetivos como vontade individual, direito de ação, liberdade de contratar convivem ao lado de institutos objetivos e objetivantes como os de jurisdição e de ordem pública. O que mostra que no mundo das normas, apesar das aparências, as contradições continuam a existir e cobram solução que somente pode ser encontrada no mundo vivido e vivenciado, para além da lógica formal.

O reencontro do mundo jurídico com a vida social deve ser reconstruído pelo trabalho da razão livre dos limites impostos pelo legado da Revolução Francesa e pela racionalização radical da vida. Uma razão crítica do pensamento e da experiência. A razão iluminista instauradora da verdadeira modernidade.

PARTE III

AS LIMITAÇÕES DOS CONCEITOS DE AÇÃO E DE JURISDIÇÃO

CAPÍTULO I

A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Ultimamente, estabeleceu-se certo consenso de que a divisão rígida entre direito público e direito privado, dentro do ordenamento jurídico, perdeu sentido. Aprofundou-se a interligação entre os chamados dois ramos do direito a tal ponto que não seria mais possível distinguir os direitos em função de um ou outro ramo, especificamente. Entretanto, embora não se deva negar a existência de uma certa fusão entre o que deveria ser entendido por direito privado ou por direito público, permanece ainda a tensão entre o que é público e o que é privado, entre o que delimita o poder do Estado e o que normatiza a liberdade, entre o interesse público e o interesse individual, que reclama atenção, na proporção em que se torna necessário estabelecer os limites ou as intersecções entre o que é público e o que é privado, principalmente do ponto de vista de uma abordagem hermenêutica do Direito.

Casos surgidos em torno da liberdade de imprensa, do direito à intimidade, dos limites da intervenção do estado na economia, neste último, principalmente, diante dos postulados do neoliberalismo etc., são alguns dos exemplos que evidenciam a necessidade de se tratar do problema porque está claro que se a divisão entre direito público e direito privado, do ponto de vista estritamente dogmático, encontra-se esmaecida, a tensão entre o que é público e o que é privado ainda se manifesta na realidade mesmo que com sentidos e características pretensamente diversos e renovados.

O problema da separação entre direito público e direito privado começa com a formulação de Ulpiano que estabeleceu que "*Publicum just est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*" (O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, o privado à utilidade dos particulares). Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citando Hannah Arendt, procura explicitar o modo pelo qual se estabeleceu desde a antiguidade a distinção entre o espaço público e o privado e que serviu de base para a divisão dogmática entre direito público e direito privado. A *oikia* dizia respeito à esfera privada que traduzia a necessidade de alimentação, de repouso e de procriação atividades que, de acordo com Hannah Arendt, se traduziam no labor. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "*a palavra privado tinha o sentido de privus, de ser privado de, daquele âmbito em que o homem, submetido às necessidades da natureza, buscava a sua utilidade no sentido de meios de sobrevivência. Neste espaço não havia liberdade, da qual se estava privado, em termos de uma participação num auto-governo comum, pois todos, inclusive o senhor, estavam sob a coação da necessidade. Liberar-se desta condição era privilégio de alguns, os cidadão ou cives.*" (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação, São Paulo, Atlas, 1990, pág. 27).

A *polis* ou *civitas* constituía a esfera pública. Na *polis* o que predominava era a liberdade e a igualdade, onde o cidadão praticava a ação, a política, a atividade dos cidadãos que, entre iguais, exerciciam o auto-governo, sem limites. Somente os limites da cidade e da propriedade e as leis para o comportamento podiam impor limites à ação do cidadão, na *polis*. A delimitação física da cidade era trabalho do

arquiteto, enquanto que a elaboração das leis de comportamento era trabalho que competia ao legislador. Pelo trabalho se produziam produtos, bens de uso, ao contrário do que ocorria com o labor que tinha como resultado bens de consumo. O trabalho denota uma prática de violência, na proporção em que transforma e modifica a natureza. Por isso, conforme adverte Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "a legislação enquanto trabalho do legislador não se confundia com o direito enquanto resultado da ação. Em outras palavras, havia uma diferença entre lex e jus na proporção da diferença entre trabalho e ação. Deste modo, o que condicionava o jus era algo imanente à ação: a virtude do justo, a justiça." (op cit pág. 28).

Na modernidade, a ação se confunde com o trabalho, na proporção em que a virtude que caracteriza a ação passa a se identificar com atividade finalista que dizia respeito ao trabalho, o que obriga a redução do Direito à norma positiva. A atividade política se limita à troca de produtos, onde o homem se mostra e se relaciona através dos produtos, e o próprio Direito passa a ser considerado bem que se produz. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, "O direito considerado objeto de uso é o direito encarado como conjunto abstrato de normas, conjunto abstrato de correspondentes direitos subjetivos, enfim o direito, objeto de uso, é um sistema de normas e direitos subjetivos constituídos independentemente das situações reais ou pelo menos considerados independentemente destas situações reais, mero instrumento de atuação do homem sobre outro homem. Está aí a base de uma concepção que vê no direito e no saber jurídico um sistema neutro que atua sobre a realidade de forma a obter fins úteis e desejáveis." (op cit pág. 29/30).

Contudo, a própria idéia de trabalho acaba absorvida pela idéia de labor, que caracterizava a esfera privada da necessidade, na antigüidade, transformando o Direito na contemporaneidade em mero objeto de consumo, despidido de conteúdo e de significado e que traduz mera técnica de controle e de planejamento. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior o resumo dessa condição contemporânea está em que "com o advento da sociedade do animal laborans, ocorre uma radical reestruturação do direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, sobre o costume, sobre a razão, sobre a moral e passa reconhecidamente a basear-se na uniformidade da própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença. Indiferença quanto à incompatibilidade de conteúdos, isto é, aceita-se tranquilamente a inconsistência e se convive com ela. Indiferença quanto à divergências de opinião, isto é, aceita-se uma falsa idéia de tolerância, como a maior de todas as virtudes. Este é afinal o mundo jurídico do homem que labora, para o qual o direito é apenas e tão-somente um bem de consumo." (op cit pág. 32).

Reside nessa indiferenciação a que se refere Tércio Sampaio Ferraz Júnior a progressiva publicização do privado e numa outra dimensão, esta mais nefasta, a privatização do espaço público situação que acabou por confundir, no campo dogmático e normativo, a natureza do que se entendia por direito público e por direito privado.

Não é o caso portanto de se buscar revitalizar doutrinariamente as premissas que sustentavam a diferença dicotômica entre direito público e direito privado, mesmo porque essa diferença já não se verifica no mundo dos

fatos, pelo menos do modo como concebida pelo Direito Romano que, de certo modo, se refletiu no Direito moderno. O que se torna necessário é reencontrar a diferença na indiferenciação generalizada. A distinção entre a esfera pública e a esfera privada exige a delimitação do espaço dentro do qual seja possível a expressão da individualidade, a construção de uma subjetividade que se autonomize em relação à indiferenciação da subjetividade de massa, própria da sociedade de consumo, e seja capaz de, a partir da diferença, construir o espaço público e, por conseguinte, estabelecer os fins do exercício do poder e do papel do Estado.

A diferença pode se constituir em um novo *topoi* para marcar a distinção entre as normas que expressam um interesse público e coletivo e aquelas outras que dizem respeito a um interesse particular, próprio do indivíduo e da individualidade.

Mas a diferença não se confunde com o individualismo e seus fundamentos porque não se constitui em mero reflexo da esfera privada sobre a esfera pública. Antes, o espaço público se constitui pela diferença. A cidadania assinalada pela diferença revigora o discurso político fundamentado na liberdade e na igualdade, mas que se forma a partir de uma subjetividade do diferente que não se deixa reduzir pela subjetividade de massa, própria da sociedade de consumo.

Uma tal diferença, contrariamente ao que acontece com a doutrina do individualismo, reconhece que o grupo, a coletividade, o Estado têm valores que não se traduzem na simples soma dos valores próprios das individualidades que os compõem. Referidos valores que são comuns aos membros do grupo, da

coletividade, do Estado, traduzem objetivos comuns. Esses objetivos comuns não se restringem a objetivos individuais compartilhados porque a partilha de valores se evidencia precária, posto que reportada a uma individualidade.

Todavia, é preciso ponderar que os objetivos comuns que expressam valores comunitários e grupais não constituem entidades autônomas despregadas da concretude dos sujeitos particulares. Os objetivos comuns se constituem pela ação da cidadania que constrói a esfera pública. Embora não dependa da vontade individual de um determinado sujeito, os referenciais dos objetivos comuns estão reportados a um sujeito, a uma subjetividade, mas não a uma individualidade de per si portadora dos valores universais, mas sim a uma subjetividade que se expressa e ganha força na ação conjunta, entre livres e iguais, que atua na esfera pública. Uma tal subjetividade que se reconheça enquanto tal através dos fins almejados pela comunidade.

Dentro dessa ordem, a dicotomia entre direito público e direito privado ganha uma dimensão de complementariedade na proporção em que tanto a esfera pública como a esfera privada se constitui a partir da ação da cidadania. Uma cidadania que, conforme assinala Hannah Arendt, se define como o direito a ter direitos que adquire maior significado na sociedade de massas que uniformizou a vida social e, por conseguinte, a própria individualidade. Celso Lafer, apoiado no pensamento de Hannah Arendt, escreve que *"É justamente para garantir que o dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários. É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas*

jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade.” (*A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt* - São Paulo, Cia da Letras, 1980, pág. 153/154). A cidadania, portanto, reconhecida como a aptidão de ter direitos é a base sobre a qual se estrutura a esfera pública. Obviamente que a aptidão a ter direitos que define a cidadania não se esgota no reconhecimento formal pela ordem jurídica da existência do cidadão e dos direitos. Somente o exercício concreto dos direitos outorgados por determinada comunidade é que deve ser o parâmetro legitimador do reconhecimento jurídico e teórico da ação efetiva do cidadão e da cidadania.

É bem verdade que, conforme relata Celso Lafer, Hannah Arendt entende que o que funda a esfera privada é a diferença, enquanto que a esfera pública é assinalada pelo princípio da igualdade até porque a igualdade resulta da organização humana para atingí-la. Entretanto, numa visão de complementariedade, a diferença não pode ser vista apenas como necessária à delimitação do espaço privado, separado do espaço público. A diferença é o *topoi* que assegura a existência do espaço público exatamente porque ela está na base da ação política e do discurso. A construção da igualdade pressupõe a diferença. Esta circunstância não opõe uma a outra, como se a diferença revelasse apenas à esfera do privado e a igualdade estivesse restrita à esfera pública. O que ocorre é que a diferença marca o espaço público, na exata medida em que necessária para

ação política, para o discurso e para a construção da igualdade. Mesmo sendo a marca do espaço público a diferença não deixa de delimitar o individual e o privado que se reforça na mesma proporção em que se reforça e estende a igualdade que conforma o espaço público, o social, o comunitário.

Uma outra advertência integrante do pensamento de Hannah Arendt carece de ser realçada porque correlacionada à extensão do entrave que a estranheza própria da diferença poderá causar ao agir conjunto, entre iguais. Conforme anota Celso Lafer, *"a visão arendtiana do privado e do público pressupõe e requer uma sociedade onde prevaleça um mínimo de igualdade no plano econômico. Com efeito, para que uma sociedade não se veja atolada pela questão social e, portanto, pela lógica da administração, que não dá espaço para a lógica da ação, é preciso que o dever político arendtiano da participação na esfera pública não se inviabilize em virtude da "estranheza" proveniente do hiato que separa a miséria da riqueza, que dificulta o agir conjunto. É neste sentido que a proposta de Hannah Arendt contém um ideal redistributivo necessário para reduzir, na esfera do privado, as diferenças sociais derivadas da desigualdade econômica à escala do razoável e permitir aos homens que não sejam apenas diferentes, mas possam ter condições para distinguir-se na esfera pública."* (op cit pág 152).

Uma vez estabelecido que a diferença é a distinção que fundamenta tanto o espaço público como o espaço privado, principalmente na sociedade de consumo, a dicotomia entre direito público e direito privado pode ser deslocada do pressuposto de que pertence ao direito público o que é comum e ao direito

privado o que é próprio da utilidade do particular para a premissa de que o direito público se constitui, basicamente, pelo direito à informação e pelo princípio da publicidade, onde não tolerada a mentira e o segredo, conforme o que explicitou Hannah Arendt sobre a matéria, que coloca a informação e a publicidade como condição de possibilidade do exame atento que permite discernir através do juízo reflexivo e, conseqüentemente, do agir conjunto. Como corolário do agir conjunto que objetiva a igualdade podem ser listados como pertencentes ao direito público, precipuamente, o direito constitucional, o direito tributário, o direito administrativo, o direito processual, o direito penal etc.

Por outro lado, integra o direito privado, basicamente, o direito à intimidade, (*right to be let alone*), que se rege pelo princípio da exclusividade que de acordo ainda com Hannah Arendt, citada por Celso Lafer "é onde escolhemos aqueles com os quais desejamos passar nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos; e nossa escolha é guiada não por semelhanças ou qualidades compartilhadas por um grupo de pessoas - ela não é guiada, de fato, por nenhum padrão objetivo ou normas, mas, inexplicável e infalivelmente, afetada pelo impacto de uma pessoa em sua singularidade, sua diferença em relação a todas as pessoas que conhecemos." (op cit pág. 267/268).

O direito privado deve se ocupar da vida íntima das pessoas, da tutela da inviolabilidade do domicílio, basicamente.

Dentro desse esquema classificatório o direito à propriedade e, conseqüentemente, o direito de herança, o direito comercial, o direito obrigacional, o direito do trabalho e até mesmo o direito de família,

poderiam estar inseridos na esfera do direito público porque se constituem em direitos informados pela visibilidade, pelo comum, pelo comunicável que caracteriza a esfera pública.

O esquema classificatório proposto não guarda relação com o enquadramento tópico dos direitos, nem pretende assegurar uma divisão estanque entre um ramo e outro, mesmo porque as diversas áreas do direito contêm normas positivas de caráter público e normas positivas de caráter privado. Ele apenas acentua o caráter preponderante em cada área do Direito de modo a direcionar a tarefa hermenêutica que num caso ou noutro deverá operar com feixes de valores diferenciados.

A crescente interligação entre direito público e direito privado obrigou a que a distinção entre direito público e direito privado se faça na perspectiva de cada norma, individualmente considerada. A natureza pública ou privada da norma é estabelecida pela intensidade de conteúdo de ordem pública que ela tutela. A ordem pública se traduz pelo interesse público tutelado pela norma. Assim, uma maior intensidade de interesse público tutelado pela norma assegura que uma tal norma venha a ser considerada norma de ordem pública e, portanto, integrante da esfera do direito público. Por outro lado, a menor intensidade de interesse público tutelado pela norma é determinante para o enquadramento de referida norma na esfera do direito privado.

A identificação do que no âmbito do Direito seja direito público ou direito privado se revela, a princípio, um dos *topoi* do próprio Direito, conforme já explicitado.

A mesma divisão entre direito público e direito privado contamina os conceitos de ação e de jurisdição. De fato, o fundamento

último do direito de ação reside no poder da vontade individual que, por sua vez, é o fundamento do direito privado. O direito de ação se desenvolveu a partir do direito privado sendo que somente na modernidade, depois da batalha teórica travada em torno da natureza do direito de ação é que se logrou separá-lo do direito privado para integrar o direito processual, ramo do direito de natureza eminentemente pública. Todavia, conforme já assinalado, esta separação entre o direito substancial privado e o direito de ação é precária e repousa em postulados científicos que não resistem a exame mais apurado.

Mesmo assim, o direito de ação serviu durante muito tempo de alicerce para a elaboração conceitual de todos os institutos de direito processual transitando da esfera do direito privado para a esfera do direito público.

Em determinado momento, porém, o conceito de jurisdição se firmou como novo fundamento teórico para o direito processual. Conforme assinala Riccardo Orestano *"nella valutazione della preminenza del diritto oggettivo e della progressiva risoluzione in esse del diritto soggettivo, e il processo - ogni processo - apparirà come l'esplicazione di una potestà dello Stato, di una funzione costitutiva e tipica dello Stato, la funzione giurisdizionale, rivolta ad un puro fine di giustizia, alla conservazione dell'ordine giuridico, all'attuazione dell'ordinamento, cioè in definitiva uno dei modi in cui l'ordinamento realizza se stesso, sicché ad esempio il PERASSI potrà dire che "la tutela giurisdizionale è la realizzazione del diritto come funzione istituzionale dello stesso ordinamento giuridico".*" (Azione, *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffré Editore, vol IV, pág 802). Referida formulação do conceito e da função da

jurisdição marca a passagem de um concepção privatística do processo para uma maior publicização do direito processual. Fica evidente também na formulação que a jurisdição é instituto jurídico situado no âmbito do direito público, na exata proporção em que expressa função típica do poder de Estado.

O fundamento teórico do direito processual, portanto, oscila entre uma concepção privatística e uma concepção publicista. O que essa oscilação deixa evidente é a fratura que a divisão entre direito público e direito privado causou ao ordenamento jurídico e que se reflete nos conceitos de ação e de jurisdição.

Para compatibilizar os conceitos de ação e de jurisdição, optou-se por reconhecer que a jurisdição, enquanto poder do estado de declarar o que é e o que não é direito, prepondera sobre o poder integrante do direito de ação e que, teoricamente, está colocado à disposição do titular do direito violado que reclama reparação por meio de tutela específica.

O que se observa é que a divisão entre direito público e direito privado atravessa o ordenamento jurídico criando paradoxos que não encontram solução no âmbito estritamente jurídico.

Fundamentalmente, a dicotomia entre direito público e direito privado revela a dificuldade que o Direito tem em resolver o problema colocado pela realidade de delimitar o espaço do indivíduo e sua individualidade e o espaço da comunidade, dos interesses comunitários, do Estado, sem abdicar dos fundamentos teóricos e jusfilosóficos próprios de uma e outra esfera. Essa dificuldade repercutirá na interpretação e na aplicação do Direito.

CAPÍTULO II

OS IMPASSES ENTRE A OBJETIVIDADE DO DIREITO E A SUBJETIVIDADE DOS DIREITOS

O conceito de direito subjetivo tem como fundamento a noção de livre arbítrio, do querer, da vontade individual. Coloca a pessoa como elemento essencial para a estruturação dos Direitos no ordenamento jurídico. Já o direito objetivo se caracteriza pelo conjunto de normas positivadas pela ação legislante do Estado.

Do confronto entre os conceitos de direito objetivo e direito subjetivo estabelece-se o impasse em torno do fato de se saber se o direito subjetivo, enquanto idéia instituinte da pessoa sujeito de direitos, é um dado que existe independentemente da existência da norma, do ordenamento jurídico, do direito objetivo ou se, ao contrário, o direito subjetivo somente se torna direito subjetivo a partir da existência da norma, do direito objetivo que lhe garante existência.

A aceitação da existência de certo modo autônoma do direito subjetivo depende da admissão teórica de que o direito subjetivo tem como fundamento a vontade individual. Conforme assevera Tércio Sampaio Ferraz Júnior *"a vontade livre é um dado existencial: pode ser constatado, mas não pode ser demonstrado."...* *"Existem, pois, situações em que, não obstante sua essência livre, a vontade não poderia ser reconhecida como base de um direito: os mentalmente enfermos, os loucos e as crianças."...* *"Afinal, mesmo sem corresponder ao tipo médio, o louco e a criança têm direito à herança, à propriedade. Ora, dizer que, nesses casos, a sua base ainda é a vontade livre é apelar*

para uma ficção que não cobre, corretamente, o âmbito do direito subjetivo." (Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação - São Paulo, Atlas, 1990, pág. 141/142). Efetivamente, a vontade individual não pode ser o suporte do conceito de direito subjetivo porque não basta o querer para adquirir direitos. O ter direitos exige uma ordem jurídica propensa a outorgá-los, sem o que o poder que se deposita na vontade individual não produz efeitos.

Maria Helena Diniz defende a existência de duas espécies de direito subjetivo. Segundo a autora, as espécies de direito subjetivo se dividem em: "a) o comum da existência, que é a permissão de fazer ou não fazer, de ter ou não ter alguma coisa, sem violação de preceito normativo, p. ex., o direito de ter um nome, de domicílio, de ir e vir, de casar, de trabalhar, de alienar bens etc.; e b) o de defender direitos ou de proteger o direito comum da existência, ou seja, a autorização de assegurar o uso do direito subjetivo, de modo que o lesado pela violação da norma está autorizado, por ela, a resistir contra a ilegalidade, a fazer cessar o ato ilícito, a reclamar reparação pelo dano e a processar criminosos, impondo-lhe penas. Essas autorizações são permissões concedidas pela coletividade, por meio de normas de garantia, que são as normas jurídicas." (Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, São Paulo, Editora Saraiva, 8ª ed., 1995, pág. 224). A autora rechaça a teoria da vontade individual como fundamento para a existência do direito subjetivo e advoga a tese de que o direito subjetivo está intimamente ligado ao direito objetivo, à existência do ordenamento jurídico.

Kelsen, por sua vez, afirma que o direito subjetivo é simples reflexo de um dever jurídico. O dever jurídico, obviamente,

decorre da existência mesma da ordem normativa. Kelsen, inclusive, não enxerga distinção entre dever jurídico e pretensão. Segundo ele, "Esta situação, designada como "direito" ou "pretensão" de um indivíduo, não é porém, outra coisa senão o dever do outro ou dos outros. Se, neste caso, se fala de um direito subjetivo ou de uma pretensão de um indivíduo, como se este direito ou esta pretensão fosse algo diverso do dever do outro (ou dos outros), cria-se aparentemente duas situações juridicamente relevantes onde só uma existe. A situação em questão é exaustivamente descrita como o dever jurídico do indivíduo (ou dos indivíduos) de se conduzir de determinada maneira em face de um outro indivíduo. Dizer que um indivíduo é obrigado a uma determinada conduta significa que, no caso a conduta oposta, se deve verificar uma sanção; o seu dever é a norma que prescreve esta conduta enquanto ligada uma sanção à conduta oposta. Quando um indivíduo é obrigado em face de outro a uma determinada prestação, é a prestação a receber pelo outro que forma o conteúdo do dever; apenas se pode prestar a outrem algo que esse outrem receba. E, quando um indivíduo está obrigado em face de outrem a suportar uma determinada conduta deste, é a tolerância desta mesma conduta que constitui o conteúdo do dever. Quer dizer: a conduta do indivíduo em face do qual o dever existe, correlativa da conduta devida, está já conotada na conduta que forma o conteúdo do dever. Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como "direito", este direito é apenas um reflexo daquele dever." (Teoria Pura do Direito, São Paulo, Martins Fontes Editora, 1991, pág. 140). Para Kelsen, portanto, o direito subjetivo somente tem existência a partir do disposto pelo

ordenamento normativo, ou seja, pelo direito objetivo. Nem poderia ser diferente, na medida em que Kelsen reduz o fundamento do direito à existência da norma.

Entretanto, a mera redução do direito subjetivo ao direito objetivo não resolve o impasse que se coloca entre um e outro. Do mesmo modo que a vontade individual não é fundamento suficiente para explicar a aquisição e a perda de direitos por parte do indivíduo, a fusão entre as idéias de direito subjetivo e direito objetivo não elimina o fenômeno pelo qual alguém adquire direito ou vem a perdê-los e o dever de explicitá-lo adequadamente. É que não basta a existência da norma positiva para que o indivíduo adquira, usufrua ou seja privado de direitos.

Quando Kelsen afirma que o direito subjetivo se confunde com o direito objetivo, a partir da noção de dever surgida entre um indivíduo e outro, praticamente permite a conclusão de que basta a existência da norma positiva para que os indivíduos adquiram direitos e deles usufruam. Assim, bastaria que o direito à propriedade ou o direito à herança integrassem uma determinada ordem jurídica para que os indivíduos sujeitos aos efeitos emanados do conjunto das normas positivas fossem considerados proprietários e herdeiros dos bens disponíveis. Não é o que ocorre, todavia. A par da outorga de direitos pela ordem normativa se configura também um processo que se pode denominar de subjetivação de direitos, por meio do qual, em razão de condicionantes históricas, os indivíduos adquirem ou perdem o usufruto de direitos.

Pode-se dizer então que existem dois momentos distintos na vida dos direitos. Um primeiro em que o direito nasce na ordem jurídica com a sua outorga pela ordem

jurídica e um segundo, através do qual os indivíduos passam a usufruir do direito previsto no ordenamento.

Mas, ao contrário do que pressupõe o pensamento Kelseniano, esses dois momentos da vida dos direitos não são coincidentes, não ocorrem simultânea e instantaneamente, com a simples vigência da norma e do ordenamento. A simples positivação do direito no ordenamento jurídico não assegura que os indivíduos possam dispor desse direito, enquanto sujeito de direitos. Ocorrida a positivação do direito, fica aberta a possibilidade, que poderá se confirmar ou não, de os indivíduos virem, efetivamente, a se tornarem titulares do direito outorgado pelo ordenamento. Essa possibilidade, embora aberta pelo ordenamento jurídico, ocorrida a outorga do direito, depende de fatores históricos-sociais que irão determinar em que medida e em que grau ocorrerá a efetiva subjetivação do direito, quem ou qual o número de pessoas poderá, materialmente, se tornar titular do direito reconhecido pela ordem jurídica. No caso, por exemplo, do direito de propriedade, mesmo que outorgado o direito pela ordem jurídica, é necessário que a comunidade que outorgou esse direito produza os bens passíveis de apropriação pela generalidade dos indivíduos, de modo a possibilitar então que se torne efetivo o direito subjetivo à propriedade.

Também não é viável teoricamente a premissa da coincidência do direito objetivo e do direito subjetivo porque este ao contrário daquele sempre estará referido a algo ou a alguém.

Com efeito, é da natureza do direito objetivo o caráter de generalidade e de impessoalidade. Contrariamente, o direito

subjetivo está sempre referido a um determinado indivíduo ou a um determinado bem, concretamente considerado. Logo, não seria possível que o direito surgisse na ordem jurídica já endereçado a alguém ou a algo, especificamente, sob pena de negar a generalidade própria da norma jurídica e, conseqüentemente, do Direito.

O fenômeno do direito subjetivo está contido na operacionalidade do direito e, a princípio, não pode ser conhecido e compreendido como categoria *a priori*. Conforme observa Tércio Sampaio Ferraz Júnior *"É na função operativa que percebemos o uso dogmático do conceito. Em primeiro lugar, a expressão tem uma carga valorativa positiva: direito subjetivo significa que a situação jurídica é considerada da perspectiva de um sujeito a quem ela favorece. Em segundo lugar, via de regra, esta situação favorável surge em face de normas que restringem o comportamento dos outros."...*"*Em terceiro lugar, o uso do conceito pressupõe a possibilidade de fazer valer sua situação em face de outros, ou seja, implica "faculdade" ou "poder" e ainda a afirmação autônoma do indivíduo (note-se que "faculdade" ou "poder" não designam coisas, substâncias, mas relações ou modo de operar relações).*" (op cit pág. 144).

O que parece claro é que a idéia de direito subjetivo, ao contrário do direito objetivo, se revela, enquanto conceito, na concretização do comando legal na generalidade dos casos verificados no mundo dos fatos e na aplicação do direito positivo pelos tribunais. É que, conforme assinala Alf Ross *"la idea de una validez es retenida como forma o estructura, pero el contenido debe encontrarse en la realidad histórica de la experiencia, de la cual el derecho es una parte. La obligación creada por el derecho*

positivo no es un verdadero deber ético, y por tanto, no es validez absoluta, sino una cosa híbrida que aparece si se concibe el carácter formal de una pretensión implicada en el deber combinada com un contenido empírico.” (Hacia Una Ciencia Realista del Derecho - Critica del Dualismo en el Derecho -, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 187).

O direito subjetivo para ter existência pressupõe, sempre, uma correlação. Essa correlação se estabelece no mundo dos fatos entre um determinado indivíduo titular de um determinado direito e um outro indivíduo ou ente jurídico obrigado a sofrer os efeitos concretos do exercício do direito por parte do titular.

Disso resulta, que nem mesmo a teoria que traduz o direito subjetivo como garantia conferida pelo direito objetivo, para o caso de violação, (Thon), ou a teoria do interesse que equipara o direito subjetivo ao interesse juridicamente protegido, (von Jhering), explicam adequadamente o instituto jurídico do direito subjetivo ou o fenômeno da subjetivação de direitos, exatamente porque a noção de direito subjetivo não se deixa apreender por inteiro, aprioristicamente. Enquanto instituto jurídico, o direito subjetivo somente pode ser pensado na perspectiva do caso concreto.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito subjetivo está contraposto ao direito objetivo que se revela por inteiro pelo fenômeno da positivação.

Esta contraposição não impediu que formulações teóricas do Direito oscilassem entre uma visão subjetivista e uma outra visão objetivista. A concepção que fundamentava o Direito em torno do direito subjetivo, cultivada pela Pandectística cedeu lugar no final do século

XIX e no século XX à uma visão objetivista do direito. Anota Riccardo Orestano que "Cosi il diritto soggettivo da potestà di volere quale attributo della personalità nella dottrina tradizionale dal PUCHTA al WINDSCHEID, diventa interesse protetto nella non meno celebre definizione dello JHERING e protezione dell'interesse nella "precisazione" del THON, per finire a mero effetto della norma giuridica nella costruzione del Kelsen. E se un SOHM nel secolo scorso ancora proclamava il diritto privato fondamento del diritto pubblico e dello Stato, sicché da esso dipendeva ogni altro diritto e se da noi, nei primi anni del nostro secolo, un Adolfo RAVÀ poteva affermare che solo il diritto privato era vero diritto, dieci anni dopo un Santi ROMANO darà la misura del rivolgimento dichiarando che "el diritto in ciò che ha di più culminante e quasi, si direbbe, di più essenziale, è principalmente pubblico". E anche queste ultime fragili riserve saranno destinate a cadere in tutti coloro, e ormai sono i più, che in un modo o nell'altro pongono a vertice e matrice di tutto il "diritto" la norma o l'ordinamento." (Azione, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffré Editore, vol. IV, pág. 801).

Todo a teoria em torno do direito privado teve como um dos seus fundamentos a idéia de direito subjetivo e, por conseguinte, exprimiu uma visão subjetivista do Direito e do ordenamento jurídico. Mas, com a consolidação do direito público e particularmente do constitucionalismo e do Estado moderno, passou a predominar a idéia de que o Direito está contido no ordenamento, o que significou o abandono da visão subjetivista em favor da concepção objetivista que colocava como premissa do estudo do Direito a norma positiva, basicamente.

Por isso, pode-se afirmar que a dicotomia entre direito objetivo e direito subjetivo atravessa todo o corpo do Direito, na proporção em que se constitui em pressuposto teórico para a formulação dos vários institutos jurídicos.

Neste particular, tanto a formulação do conceito de ação como o de jurisdição sofreram os condicionamentos derivados da postura adotada pelo pensamento jurídico dominante a respeito do direito. O conceito de direito de ação está intimamente relacionado ao de direito subjetivo, sendo que ambos, cada um a seu modo, refletem a tendência observada a considerar o direito a partir de uma visão subjetivista. De outro modo, o conceito de jurisdição mantém correlação estreita com o direito público e com uma visão objetiva do ordenamento jurídico. A ação é a energia gerada pela vontade individual do particular, mas é o Estado que a pontencializa, que a transforma em força, através do poder jurisdicional. A validade dos conceitos de ação e de jurisdição portanto depende de se reconhecer válida também a perspectiva teórica em que foram concebidos. Esse enfoque em perspectiva não invalida de todo o conceito. Apenas revela a natureza cultural e histórico-social do Direito.

Assim, se considerado que a jurisdição prepondera sobre o direito de ação estará implícito na consideração a visão objetivista do ordenamento jurídico o que, quase sempre, se traduz na prevalência da norma sobre a realidade normatizada. Admitido, porém, que o direito de ação prepondera sobre a jurisdição o que se verifica é a prevalência de uma visão subjetivista do ordenamento jurídico que não significa, necessariamente, a prevalência da realidade normatizada em relação à norma enquanto

tal.

De tudo resulta que os conceitos de ação e de jurisdição estão limitados pelos pressupostos teóricos que lhe serviram de fundamento e que, por sua vez, são resultado de condicionantes histórico-sociais. Revelam-se por isso explicações parciais do fenômeno da aplicação do direito, de validade limitada no tempo. Esta limitação aparece com clareza quando contrastada com a cisão que se materializa no ordenamento jurídico visto em perspectiva, a partir dos conceitos de direito objetivo e de direito subjetivo.

CAPÍTULO III

A POSSIBILIDADE DO EMPREGO DA LÓGICA NO DIREITO

O racionalismo e o constitucionalismo aprofundaram a idéia de ordem dentro do Direito e introduziram as bases para a atuação do poder legislativo conferido ao Estado, entidade que, a princípio, tinha por finalidade limitar o poder do absolutismo monárquico. A teoria da separação dos poderes, proposta por Montesquieu, ao separar no interior do Estado as funções de legislar e de julgar, de fazer as leis e de aplicá-las, também contribuiu para o predomínio da concepção dualista do ordenamento jurídico que implica aceitar como premissa que o Direito é anterior ao processo e com ele não se confunde. E é nessa categoria *a priori* que se escora o conceito de ação, pois, sendo o Direito predeterminado pelo legislador, ao intérprete caberá apenas, durante o processo identificar a regra de modo a fazer a subsunção que, em última análise, se traduz numa oporeção de lógica formal, onde à premissa menor, que é o dado da realidade concreta, incide a premissa maior, que é a regra geral inscrita no ordenamento normativo. Basicamente, é esta a proposta de Pontes de Miranda. Quando ele separa no tempo a incidência e a aplicação, parte do princípio de que o Direito é anterior ao processo e que, por força da lógica que delimita o mundo jurídico, a solução a ser dada ao caso concreto já se produziu no ordenamento, no instante em que configurados na realidade concreta os elementos do suporte fático da norma. Ao intérprete caberá apenas descobrir na ordem jurídica a norma que incidiu no caso e aplicá-la. Se a aplicação não reproduzir o que

ocorreu por ocasião da incidência, a decisão judicial será injusta, melhor será dizer, desajustada, ou seja, em desacordo com o que determinara a incidência. Todo esse procedimento de aplicação do direito mediatizado pela lógica exige do jurista a identificação do instante em que a incidência estará configurada e o momento a partir do qual estará autorizada a aplicação do Direito. Para a viabilidade teórica dessa premissa foi necessário, a princípio, separar direito processual e direito substancial até porque, conforme lembra Pontes de Miranda, o processo é a parte do direito mais rente ao mundo da vida e, portanto, o que mais sofre os influxos da realidade concreta que resiste à forma estática do conceito.

Depois de afirmar que a ciência jurídica se construiu através de um processo de verbalização da realidade, Riccardo Orestano descreve o modo de formação dos conceitos jurídicos onde, segundo ele, a partir da lógica Aristotélica *"Ontologismo e logica classificatória hanno in tal modo finito per improntare di sé lo svolgimento del pensiero nella tradizione europea, assumendovi un ruolo determinante nella formazione del concetto stesso di "scienza".* E continua *"Fato si è che da quando i giuristi hanno potuto impiegare espressioni come "il diritto soggettivo", "il contratto", "l'obbligazione", "il diritto reale", "l'azione" e via dicendo, il mondo del diritto si è popolato di entificazioni ancor più numerose e ancor più impegnate sul piano dell'astrazione di quante non ne avessero create due millenni di speculazione giuridica, com le sue costruzioni in genera e species e com la ricerca della loro essenza, nonché con i suoi procedimenti di riduzione dell'sperienza a ontologia."* (Azione, Enciclopedia

del Diritto, Giuffré Editore, vol. IV, pag. 814).

Conforme demonstra Orestano, grande parte da construção da ciência jurídica está concentrada numa atividade analítica e classificatória que busca a definição de uma essência determinável e diferenciável dos institutos jurídicos de modo a propiciar uma ordem classificatória. Este procedimento fez com que a dogmática jurídica enveredasse pela busca de conceitos cada vez mais gerais e abstratos que permitissem, pela síntese, agrupar várias institutos jurídicos e garantir, de certo modo, uma visão unitária do ordenamento jurídico. Daí que, por exemplo, a discussão em torno do direito de ação e da jurisdição tenha se concentrado essencialmente em torno da busca de uma definição como se a definição fosse suficiente para trazer à luz a verdadeira essência do que seja a ação ou a jurisdição.

A definição, todavia, não diz tudo acerca dos institutos jurídicos, dado, principalmente o caráter cultural e histórico-social do Direito. A lógica classificatória e a busca de uma ontologia do jurídico não dá conta de explicar o Direito em toda a sua extensão porque, a seu modo, somente permite compreender e conhecer o que é externo aos institutos jurídicos. Mas, além da lógica classificatória, a busca de um conceito, de uma definição contém certa dose de arbitrariedade, que traduz o objetivo de introduzir determinada ordem na realidade dos fatos que se mostra sempre multifacetada e impregnada de valores que não se ajustam o mais das vezes a uma definição geral e generalizante.

A construção de uma definição que logicamente dê conta de explicar um determinado instituto jurídico acaba por transformar a própria definição, o próprio

conceito, numa "realidade" apartada da concretude dos fatos e do mundo. Somente com a criação dessa "realidade" específica se torna possível a busca de uma essência conceitual dos institutos e a elaboração de classificações que possam de certo modo recortar a concretude dos fatos e constituir um arcabouço sistêmico que permita a compreensão e o conhecimento do que é Direito e do que não o é.

É exatamente esse procedimento que se verifica com o conceito de ação que se define por um *agire*, por uma atividade em abstrato, por uma entidade, uma "coisa", que existe independentemente da concretude do mundo. Mas, conforme assevera Orestano, *"L'única realtà, nel problema dell'azione, diviene così il comportamento della scienza giuridica, che da un certo momento há parlato di un problema dell'azione, há cercato di enuclare questo concetto, há cercato di formularlo, há cercato di definirlo, há operato con esso, há discusso intorno ad esso, plasmandolo e riplasmandolo, esaltandolo o negandolo. Ma dietro di esso, in senso ontologico, non c'è null'altro di reale, di effettivo, di concreto, se non il modo in cui tale concetto è stato volta a volta enucleato, formulato, definito, impiegato, discusso, esaltato, negato."* Por isso, diz ele, *"Il problema dell'azione, così come quello del diritto soggettivo, si risolve quindi nella sua storia, e meglio nella storia delle sue molteplici e mutevoli concezione, identificandosi interamente in essa, con tutte le sue inerenze, le sue connessioni, i suoi condizionamenti, i suoi voli e le sue cadute."* (op cit pág 816).

Com o conceito de jurisdição não é diferente. Enquanto conceito que expressa um dos poderes do Estado, a jurisdição é submetida a um processo de idealização e de generalização até

atingir o estágio em que possa ser vista como "realidade", ontologicamente considerada, separada da concretude do mundo. Os elementos constituintes da definição de jurisdição, assim como da de ação, são tomados arbitrariamente, observada a tendência dominante do pensamento jusfilosófico, em determinado momento histórico. Ainda que de início esses elementos possam estar correlacionados a realidade dos fatos, pelo processo de idealização e de generalização, eles são elevados a um grau de abstração que corta os elos que mantêm com a realidade concreta, e se constitui então o conceito como "entidade". Constituída a definição como "realidade", como "entidade" é possível então a classificação lógica dos fatos concretos, à luz do conceito.

Esse procedimento, consoante o que ressaltou Orestano, deriva da tomada como modo de pensar de parte da lógica Aristotélica exatamente aquela dos silogismos apodícticos que partem de premissas verdadeiras e levam a conclusões necessárias e que, por sua vez, se distingue dos silogismos dialéticos, também da lógica proposta por Aristóteles, que têm como premissas opiniões e permitem conclusões prováveis.

Entretanto, conforme adverte Luiz Fernando Coelho, *"O pensamento analítico, ao envolver necessariamente a abstração dos elementos contingentes do objeto "pensado", é inapto à intelecção de objetos que essencialmente consistem em realidades contingentes, quais sejam, os objetos do mundo da cultura, as realidades do setor do humano, onde o vir-a-ser é a contínua sucessão de contingências, onde a historiedade se identifica com a própria estrutura dos objetos."* Daí que *"o pecado da lógica formal (e abstrata) é o de constituir um jogo vazio de símbolos,*

incompatíveis com a realidade que se pretende expressar, por ser uma lógica adequada a um universo estático e atomístico, enquanto que o universo da juridicidade é dinâmico e total.”(Lógica Jurídica e Interpretação das Leis, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991, pág. (106/107-110).

A lógica formal desenvolvida a partir da lógica dos silogismos de Aristóteles, efetivamente, não é suficiente para abarcar toda a extensão do fenômeno jurídico. Especificamente, no que diz respeito aos conceitos de ação e de jurisdição é preciso atentar para o fato de que a cisão que se opera entre direito processual e direito substancial contribui sobremaneira para viabilizar o uso da lógica formal como meio de pensar e conhecer o Direito, com resultados obviamente limitados. A par dessa cisão, o pensamento jurídico dominante incumbirá a jurisdição da tarefa de apenas declarar o Direito que é dado pela norma positiva a que se reduziram os direitos. De outro lado, no âmbito do direito processual, o conceito do direito de ação é elevado à categoria de ente abstrato como forma de possibilitar a elaboração de uma teoria geral do processo que prescindia da existência do direito substancial e dê conta de sua existência de per si.

Somente por esses recortes, separações e classificações, o mais das vezes artificiais, porque escoradas em conceitos constituídos de elementos tomados arbitrariamente, se torna possível a abordagem do Direito pela utilização da lógica formal.

A consideração do Direito como *a priori* lógico reduz o processo hermenêutico a um processo eminentemente dedutivo, tomando-se a norma como premissa a partir da qual se concretiza

a solução para o caso concreto. Com isso, o saber jurídico se aproxima do saber matemático, porque como este está apoiado numa lógica de proposições.

Ocorre que, inferir a solução para o caso concreto a partir de uma concatenação de idéias que têm como premissa a lógica e um procedimento apriorístico da razão que não leva em conta a realidade concreta, não esgota a possibilidade de compreensão e de conhecimento do Direito, exatamente porque o Direito não se reduz ao conceito, à definição, na medida em que o sentido da norma positiva está sempre reportado ao mundo dos fatos, que é cambiante e nunca se revela como um dado, um ente que possa ser entendido como totalidade em função do conteúdo humano, cultural e histórico-social que o informa.

O problema para o Direito é estabelecer possibilidades de validade e não enunciados alternativos entre verdadeiro e falso. Luiz Fernando Coelho observa que *"O fundamento de verdade dos enunciados deônticos, entre os quais os do direito, é a existência de uma norma que, por sua vez, envolve uma relação anancástica na medida em que o enunciado normativo se refere a finalidades. A proposição anancástica é pressuposto do discurso normativo porque, sem ela, a verdade da prescrição não se manifesta. Esta verdade somente se pode verificar, de modo direto, através de sua resposta às situações objetivas que se apresentam; levando em conta que tal resposta é uma objetivação axiológica contida estruturalmente na própria prescrição, confunde-se essa verdade com a validade, isto é, com as conexões derivadas de juízos axiológicos do enunciado normativo. Mas tal validade implica que o fundamento de verdade do enunciado deôntico esteja entrelaçado com a relação anancástica pressuposta, o que conduz à positividade e à vigência histórica da*

prescrição." (op cit pág. 128).

A verdade do Direito somente se revela *a posteriori* no momento da aplicação da norma e, portanto, não pode ser intuita do conceito e da definição, assim como da simples existência da norma, pela utilização da lógica formal. Luiz Fernando Coelho assevera que o fundamento de verdade do Direito repousa na existência da norma e que a verdade do Direito somente pode ser verificada pela resposta às situações objetivas, ou seja, pela aplicação aos casos concretos. Entretanto, é necessário enfatizar que se o fundamento de verdade do Direito reside na norma, não se pode reconhecer que a verificabilidade dessa verdade esteja relacionada a um outro pressuposto que, *a priori*, não se contém na norma positiva. Mas, como um dos fundamentos da juridicidade repousa na norma, é possível afirmar que a norma se constitui em pressuposto de verdade do Direito, onde a verdade pressuposta somente se constitui em fundamento último do enunciado normativo uma vez confirmada pela resposta efetiva e eficaz às situações concretas. Somente por esse modo, é possível reconhecer que uma mesma e única norma possa conter uma variedade de verdades pressupostas que podem se confirmar ou não, no momento em que confrontada a prescrição normativa com as respostas exigidas pelas situações objetivas surgidas no mundo dos fatos.

Por isso mesmo é que a verdade do Direito se verifica antes pelo critério válido ou inválido do que propriamente pelo critério verdadeiro ou falso.

Do mesmo modo, se revela inócua a demonstração da verdade dos conceitos de ação e de jurisdição, principalmente por meio de uma operação lógica ou de uma consideração

idealista de tais conceitos. O pressuposto de verdade que integra os conceitos de ação e de jurisdição, em se tratando de conceitos jurídicos, somente se afirma e se confirma pela operacionalidade dos referidos conceitos, ou seja, na medida em que a ação e a jurisdição, pelo processo de interpretação e de aplicação, permitam o efetivo exercício dos direitos outorgados pelo ordenamento jurídico, por parte dos titulares.

Embora reconhecido que a lógica formal não é suficiente para a compreensão e conhecimento do Direito não significa afirmar que para o conhecimento do Direito a lógica seja dispensável. Conforme escreve Luiz Fernando Coelho, *"a crítica da razão jurídica, em face da inviabilidade de axiomatização do logos do direito em termos de cálculo analítico, leva em conta as valorações contingentes do processo decisório. Essas valorações manifestam-se como valorações normativo-constitutivas, estimativo-emocionais e lógico-descriptivas, co-implicadas no processo decisório uno, onde a valoração lógico-descriptiva intervém como fator de equilíbrio, o que fundamenta a superação das antinomias entre o formalismo normativista e o psicologismo decisionista."* (op cit pág. 174).

De fato, a aceitação da premissa de que a jurisdição somente declara o direito que lhe é preexistente não se revela adequada para dar conta das valorações implicadas na interpretação e na aplicação do Direito. Assim como o conceito de ação, abstratamente considerado, não permite compreender na sua inteireza o modo pelo qual a ordem jurídica assegura o exercício dos direitos por ela outorgados a determinado titular, concretamente considerado. Somente pela operacionalidade de tais conceitos que se dá no e pelo processo de

interpretação e de aplicação do Direito é possível compreendê-los e conhecê-los adequadamente.

Mas, mesmo no processo de interpretação e de aplicação do Direito não se pode prescindir da lógica como um dos vários elementos necessários para estabelecer um certo grau de racionalização das decisões judiciais sem o que o Direito poderia perder o caráter sistêmico que lhe é inerente.

CAPÍTULO IV

O PROBLEMA DOS VALORES

Ao analisar as influências das filosofias racionalistas dos séculos XVII e XVIII sobre o Direito e, dentro dele, sobre o processo civil, Ovídio Baptista da Silva aponta duas consequências que entende determinantes para a ciência moderna que são: "a) o confinamento dos juristas no "mundo jurídico", um mundo conceitual puro, criado pelos próprios juristas, que os eliminou do mundo social, fazendo com que o direito se distanciasse, cada vez mais, da cambiante realidade histórica que lhe cabia regular; b) a separação entre moral e direito, determinada pela filosofia Kantiana, que assegurou e fortaleceu a alienação dos juristas, com relação aos problemas sociais e políticos de seu tempo, e contribuiu para mantê-los na servil condição de executores da lei do Estado." (*Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*, São Paulo, RT, 1996, pág. 155).

O confinamento do jurista ao "mundo jurídico" e a consequente redução do Direito à lei, operada, basicamente, pela separação entre Direito e moral, entre o juízo normativo e o juízo ético, foram decisivas para a consolidação da idéia de que o Direito é uma ciência neutra que não comporta especulação em torno de valores, sejam eles éticos, políticos, sociais ou históricos.

A tendência a equiparar o Direito ao conceito, racionalmente formulado, se acentua com a chamada jurisprudência dos conceitos. Puchta propôs uma ciência jurídica na forma de um sistema lógico no estilo de uma pirâmide de conceitos. Segundo ele, a pirâmide de

conceitos do sistema devia ser construída de acordo com as regras da lógica formal. Esta a idéia central da jurisprudência dos conceitos. O processo lógico-dedutivo da jurisprudência dos conceitos se mostra contribuição refinada na preparação do terreno para o formalismo jurídico.

Graças ao pensamento Kantiano, o subjetivismo cede espaço ao objetivismo. O idealismo Kantiano, o historicismo e o racionalismo inspiram a construção dos conceitos de Windscheid. Um Direito conceitualista exige métodos interpretativos apoiados na lógica e na idéia de sistema, através dos quais o intérprete possa estabelecer as conexões intra-sistemáticas da norma a ser aplicada ao caso concreto.

Obviamente que a interpretação lógico-sistemática, operada sobre conceitos puros, só pode atuar num sistema jurídico fechado, sem lacunas que despreza a historicidade e, conseqüentemente, os conteúdos valorativos. O historicismo de Savigny é antes um conceito fundado no "espírito do povo alemão" do que propriamente uma preocupação com a influência da história e dos valores no Direito. A jurisprudência dos conceitos também não se confunde com o positivismo. Este pressupõe que o legislador possa decidir o que é Direito, enquanto que aquela, ao contrário, supõe que o legislador não possa decidir o que é Direito sem considerar os conceitos fundamentais antecipadamente dados.

Já nos primeiros escritos de Savigny é possível vislumbrar o rumo positivista-legalista imposto ao Direito. Este propósito, de acordo com Karl Larenz, se mostra claro quando Savigny rejeita a possibilidade de uma interpretação extensiva ou restritiva que tenha por objetivo apontar o fim ou o motivo justificador da existência da Lei. Segundo Larenz,

"esse fim ou razão - afirma SAVIGNY - não faz parte, por via de regra, do conteúdo da norma: por conseguinte, tem de ser "encontrado e aposto artificialmente" pelo intérprete (pág. 40). Aliás, mesmo quando o legislador indicou a razão da lei, não o fez para a constituir "numa regra comum", mas apenas para que a regra constituída se esclarecesse por esse meio; daí não dever ser utilizada como uma regra autêntica. Dessa maneira condena SAVIGNY uma interpretação "teleológica": o juiz deve atender, não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extrair da articulação do sistema, verdadeiramente encontrou uma expressão como conteúdo do seu dispositivo. O juiz não tem, como um criador, que aperfeiçoar a lei - tem apenas que executá-la: "um aperfeiçoamento da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, em nenhum caso do 'julgador" (pág. 43)." (Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pág. 11/12).

Efetivamente, a busca da finalidade da Lei remeteria o intérprete para a análise de elementos metajurídicos, situados no âmbito da realidade concreta, o que, com toda certeza, acabaria por destruir o sistema de conceitos em que se deveria converter o Direito, na exata medida em que a consideração dos fins, dos valores e da realidade histórica, pelo intérprete, introduziria na interpretação uma variedade de elementos que, dado à sua natureza histórica e contingente, não se deixariam reduzir aos postulados dos conceitos e do idealismo racionalista. Daí a necessidade que se acentua de reduzir o objeto da interpretação à Lei positiva e de considerar que os institutos jurídicos podem

ser compreendidos e conhecidos, *a priori*, pela razão analítica e estritamente conceitual. A seu modo, o jusracionalismo que postula para o Direito a redução a um positivismo legalista, assinala no âmbito deste o fim de uma teoria do conhecimento jurídico. Com o positivismo, consoante o que acentua Jürgen Habermas, instala-se uma teoria das ciências. O único traço filosófico do positivismo é a necessidade de imunizar as ciências contra a filosofia. De acordo com Habermas, "como metodologia de pesquisa, a teoria da ciência pressupõe a validade da lógica formal e da matemática. A postura positivista mascara a problemática da constituição-de-mundo". (*Conhecimento e Interesse*, Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1987, pág. 91).

Mas, ao contrário do que supunha, a ordem normativa conceitualmente hermética visada pela jurisprudência dos conceitos e postulada pelo primado da redução do Direito à Lei, não se apresentava de todo despida de valores e de fins. A pretendida neutralidade da Lei e do Direito e o apelo para uma interpretação do Direito restrita à letra da Lei trazia no seu bojo a constelação de valores do Estado constitucional liberal. De acordo com Wieackher, citado por Ovídio Baptista da Silva, "*L'autonomia, l'esistenza indipendente, del diritto era dunque fondata anche moralmente. Politicamente, essa corrispondeva al sistema dello stato costituzionale liberale e al formalismo dello stato di diritto, che vuole garantire nei confronti dell'esecutivo lo spazio di sviluppo della società civili mediante la neutralità del potere giudiziario rispetto a interessi pubblici, sociali o di gruppi. Solo questa neutralizzazione politica e sociale della giurisprudenza attraverso il vincolo formale al concetto, alla deduzione e*

alla costruzione scientifica garantiva il netto dualismo tra diritto pubblico e privato tra l'intervento dell'amministrazione statale e l'attività economica privata: in breve, tra stato e società civile" (pág. 68)."(op cit pág. 156).

Portanto, a neutralidade quanto a valores e fins proposta pelo jusracionalismo e pela jurisprudência dos conceitos se traduzia ela própria na defesa intransigente de um certa ordem de valores que entendia adequada para o Direito. Essa ordem de valores defendida pela jusracionalismo positivista-legalista, como não poderia deixar de ser, se apresentava como reflexo de uma determinada situação histórico-social. De fato, a proposta de redução do Direito à Lei e ao conceito, continha os valores e fins próprios do liberalismo econômico e do individualismo. Por meio da neutralidade proposta para o Direito e para a metodologia interpretativa, era possível assegurar o desenvolvimento da atividade econômica privada e, o que é mais importante, retirar do âmbito do Direito e da jurisprudência a possibilidade da delimitação de direitos públicos e sociais garantindo assim a atuação dos poderes executivo e legislativo que, na clássica separação de Montesquieu, refletiam com mais vigor o comprometimento do Estado com o ideário do liberalismo econômico, na proporção em que cabia a estas duas esferas de poder elaborar as leis e zelar pelo seu cumprimento.

Resta evidente que mesmo a proposta de uma pretensa neutralidade técnica para o Direito se revela inviável, na proporção em que a própria neutralidade quanto a valores é, de per si, a consagração no âmbito do Direito de uma determinada constelação de valores. A separação rígida entre Direito e valores não se sustenta

porque o fenômeno jurídico somente se manifesta impregnado de valores, dado a sua natureza humana e contingente. Conforme acentua Serenella Armelini, *"Il feticismo della legge che anima gli illuministi, ci rivela la loro profonda incompreensão del mondo del diritto; essi non conoscono la natura e la funzione del diritto, le sua possibilità concrete, i suoi limiti. Accecati dall'avversione per l'ordine vigente, essi sognano una legislazione conforme alla natura e alla ragione umana, espressione della volontà generale: e credono nel mito dell'onnipotenza del legislatore, della virtù taumaturgica della legge, conviti che le buone leggi possano riformare la società e rinnovare l'uomo, eliminando definitivamente tutti i mali che affliggono il consorzio politico e civile."* (Le Due Mani Della Giustizia - La premialità del diritto come problema filosofico -, Torino, G. Giappichelli Editore, 1996, pág. 102).

O positivismo legalista que se reflete na Teoria Pura do Direito de Kelsen postula um Direito onde exclua toda a metafísica, toda a ética material e toda a teoria de valores. A Teoria Pura do Direito de Kelsen não se preocupa com o conteúdo, mas apenas com a estrutura lógica das normas jurídicas. Para o positivismo Kelseniano a ciência do Direito não é uma ciência de fatos mais sim uma ciência de normas, (conforme o conceito de norma fundamental "Grundnorm", que é uma hipótese, uma categoria de pensamento, no sentido Kantiano). Incumbe à ciência do Direito produzir juízos decritivos sobre a vontade, o querer etc., enquanto que ao legislador e ao juiz incumbe a tarefa de produzir normas, aquele a norma jurídica geral, e este a norma jurídica individual.

Há certa tendência a se pensar

que o sistema da *Common Law*, adotado nos Países Anglo-saxões, não guarda relação epistemológica com o positivismo jurídico cristalizado nos sistemas jurídicos que aderiram à codificação e ao legalismo.

As "*rule of recognition*", "*rule of change*" e "*rule of adjudication*" operam dentro de um sistema jurídico axiomático que guarda fortes traços de semelhança metodológica com o positivismo Kelseniano. Nesse sentido, ao se referir às regras de reconhecimento, Herbert L A Hart enfatiza que "*ao conferirem uma marca dotada de autoridade, introduzem, embora numa forma embrionária, a idéia de sistema jurídico: porque as regras não são agora apenas um conjunto discreto e desconexo, mas estão, de um modo simples, unificadas. Acresce que, na simples operação da identificação de uma dada regra como possuindo o aspecto exigido de se tratar de um elemento da lista de regras dotadas de autoridade, temos o germe da idéia de validade jurídica.*" (*Conceito de Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian*). Ocorre que a função da regra de reconhecimento é idêntica a da norma fundamental de Kelsen, ou seja, conferir validade ao ordenamento jurídico o que pode denotar a possibilidade de o sistema jurídico operar com base em formulações conceituais. A diferença é que esta é hipotética, enquanto que aquela pertence à ordem jurídica, concretamente.

O reconhecimento da necessária imbricação entre Direito e valores não tardará a fundamentar a crítica ao conceitualismo e ao dogma da pretensa neutralidade do Direito que se esboça, por exemplo, na chamada jurisprudência dos interesses. Desde que Jhering proclamou que "*A vida não é o conceito. Os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula*

que tem de acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja logicamente necessário ou logicamente impossível" iniciou-se a retomada gradativa dos valores como elementos integrantes da juridicidade. A jurisprudência dos interesses formulada por Philipp Heck, entre outros, considera o Direito como tutela de interesses, onde a interpretação deve remontar aos interesses que foram causais para a Lei. Desse modo, para os teóricos da jurisprudência dos interesses, o Direito é um ciência causal, sendo que no cerne da metodologia jurídica estaria admitida a possibilidade da existência de lacunas no sistema jurídico, bem como o processo ou o procedimento para equacioná-las. Heck pensou o Direito como um sistema interno de conceitos e, ao mesmo tempo, um sistema externo de interesses. A jurisprudência dos interesses se formula como contraponto à jurisprudência dos conceitos e busca libertar o Direito das amarras colocadas pelo conceitualismo exarcebado, além de admitir que a interpretação jurídica deve pesquisar os fins da Lei, suas raízes históricas, uma vez que os preceitos legais são produtos de interesses latentes na sociedade. A jurisprudência dos interesses é representativa da crítica ao formalismo que se alargou a ponto de postular que o Direito se reduz à decisão judicial posta como resposta a determinada situação concreta. José Lamago assinala que, a exemplo da jurisprudência dos interesses, "POUND empreende a crítica ao conceitualismo da Begriffsjurisprudenz, representada pelo primeiro Jhering, considerando como profundamente errônea a concepção de que o Direito se desenvolve "by rigorous legal deduction from predetermined conceptions in the disregard and after in the teeth of actual facts". POUND forjou uma série de

epítetos para denominar este método: "automatic", "slot machine", "formal", "conceptualism". JEROME FRANK retratava este método segundo a fórmula $R \text{ (rule)} \times F \text{ (facts)} = D \text{ (decision)}$. Nos Estados Unidos, todavia, a onda de "revolta contra o formalismo" iria ser arrastada até a defesa de modelos "anti-jurídicos" de argumentação judiciária, à idéia sustentada pela literatura jurídica norte-americana de que a decisão judicial era obtida por "palpite" (hunch) do juiz, ou por quaisquer inclinações afetivas, emocionais, políticas ou ideológicas, e só numa segunda fase se procuraria fundamentar a decisão *lege artis*." (*Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de uma "recepção"*, Lisboa, Editora Fragmentos Lda., 1990, pág. 46/47).

A crítica do realismo norte-americano, assim como a da jurisprudência dos interesses, reporta o Direito para o caso concreto e para a existência de uma determinada norma individual, em oposição à norma de caráter geral, editada pelo legislador. Integra o conteúdo da proposta, a preocupação com a incorporação de elementos do ambiente externo ao sistema jurídico, na medida em que tais acréscimos não impeçam a coerência das soluções geradas pelo sistema jurídico, internamente.

Como a jurisprudência dos interesses se recusava a formular uma reflexão meta-dogmática ou meta-jurídica de modo a situar filosoficamente o sistema jurídico, acabou por prevalecer o entendimento de que a sua defesa desinteressada das necessidades da vida como forma de realização do Direito equivalia a uma postura própria do positivismo, situação que provocou hostilidades e recusa a seus métodos empíricos e sociologizantes e propiciou a busca de uma orientação axiológica para a ciência do Direito e

para a jurisprudência.

Conforme o que acentua José Lamago, "o mote desta concepção de Jurisprudência de valoração é a argumentação extra-sistemática e o problema dos critérios supralegais de valoração. Em certo momento, o método tópico e o reabilitar do modelo prudencial que ele coenvolvia pareceu oferecer um modelo cabal de racionalidade para este tipo de procedimento." E continua "Hoje a fundamentação filosoficamente mais generalizada desta concepção de Jurisprudência de valoração é constituída pelas doutrinas da Hermenêutica filosófica, as quais, porém, são utilizadas de modo distinto e com uma acentuação diversa por parte de cada um dos autores. Por sua vez, esta problemática dos critérios supralegais de valoração constitui frequentemente um expediente para a reformulação dos sistemas do Direito vigente e, não raras vezes, em obediência clara a ditames ideológicos." (op cit pág 60/61).

Torna-se evidente e necessária a formulação teórica do Direito correlacionado a valores. O caminho teórico percorrido desde os postulados do jusracionalismo e da jurisprudência dos conceitos até a reorientação do Direito para o mundo dos fatos e do valores, pelo reconhecimento da validade "científica" da tópica e pela aceitação de uma jurisprudência orientada a valores é ilustrativo da necessária imbricação entre Direito e valores, dado, principalmente, a natureza histórico-cultural do fenómeno jurídico que não se sujeita a uma abordagem apriorística, meramente racional e dogmática.

Dentro desse quadro, a concepção teórica que atribui à jurisdição função eminentemente declarativa terá dificuldades em sustentar seus postulados, examente porque a norma sobre a qual se apóia a declaração imputada

à jurisdição contém apenas um "projeto" de valores cuja validade e eficácia somente se confirma uma vez submetidos ao processo de interpretação e de aplicação.

Da mesma forma, a teoria que define o direito de ação como ente abstrato e, portanto, *dado a priori*, ignora a complexidade que envolve a concretização do comando normativo e o modo de exercício de direitos outorgados aos titulares pela ordem jurídica que só se revelam *a posteriori*, no momento mesmo da aplicação ou do exercício.

Tanto o conceito de ação como o de jurisdição foram concebidos na esteira das premissas do jusracionalismo que via no Direito o universal capaz de garantir a paz social. Todavia para ser concebido como universal o Direito e os conceitos jurídicos teriam que ser pensados como regras de validade universal, sem compromisso, portanto, com a história e, conseqüentemente, com valores, elementos de natureza contingente, por excelência. Ovídio Baptista lembra que a controvérsia em torno dos conceitos de ação e de jurisdição originou-se de um duplo equívoco nos quais incorreram os juristas que tentaram formular uma ciência do Direito Processual Civil autônoma, com metodolôgia própria, utilizando-se dos pressupostos teóricos do racionalismo e sob a predominância ideológica do liberalismo econômico, como, por exemplo, o estudo de Oskar von Bülow que culminou com a formulação conceitual da relação jurídica processual. De acordo com Ovídio Baptista, "*o primeiro (equívoco) foi devido à tentativa feita pelos primeiros artífices da nova ciência de transportar para o processo civil o conceito de ação de direito material, através do conceito romano de actio e da célebre definição de Celso (Inst. 4, 6, 1, pr: "Actio autem nihil est,*

quam ius perseguendi iudicio quod sibi debeatur": "A ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido"), como se o conceito correspondesse ao moderno conceito de "ação" enquanto pedido - abstrato e indeterminado - de tutela jurídica processual." (op cit pág 166). Lembra Ovídio que os romanos não empregavam o conceito de ação no sentido processual mas sim no sentido material e que os juristas modernos pela força do conceitualismo não transformaram o potente agir do particular que se expressa na *actio* por um equivalente agir do Estado. Diz ele que "como seria de supor: a antiga *actio*, aquele poder pertencente ao titular do direito de perseguir, capturar e até matar, transformou-se modernamente num "perseguir per modo di dire e non per modo di fare". (op cit pág 170).

Para Ovídio, o outro equívoco foi "imaginar que o direito processual estivesse interamente desligado do direito material" (op cit pág. 172).

Depois de identificar o duplo equívoco que sustentou a discussão em torno dos conceitos de ação e de jurisdição, Ovídio conclui que o direito processual, da forma como concebido pela pensamento jurídico moderno " - como as ciências generalizantes, ciências das uniformidades, como a matemática - despreza diferenças, porque lida exclusivamente com as uniformidades capazes de tornarem-se leis universais. Se perguntarmos a um processualista o que deverá conter a sentença, obteremos seguramente esta surpreendente e reveladora resposta: a sentença deverá conter relatório, fundamentação e decisão. A sentença para ele é pura forma."..... "apesar de o conflito judiciário, a lide que fez a glória de muitos processualistas, e que é seu objeto, ser

irrepetível, como todos os objetos históricos.”
(*op cit* pág 173/174).

Os conceitos de ação e de jurisdição, formulados como axiomas e reportados a uma incerta neutralidade quanto a valores, enquanto conceitos integrantes e integradores do direito processual, desprezam diferenças e ignoram a contingência da história e dos valores circunstância que os torna limitados como explicação teórica do fenômeno jurídico da aplicação e do exercício dos direitos.

PARTE IV

OS CONCEITOS DE AÇÃO E DE JURISDIÇÃO NA PERSPECTIVA DO CASO CONCRETO

CAPÍTULO I

A FALSA CRISE DA RAZÃO

Ultimamente, estabeleceu-se tendência no sentido de reconhecer que a razão, enquanto paradigma epistemológico, se esgotou e que se impõe a tarefa de buscar novo paradigma que substitua o modelo que serviu de fundamento para a instauração da modernidade.

Com Descartes, a razão e, conseqüentemente, o racionalismo se constituem em instrumentos através dos quais o homem adquire autonomia e pode conhecer e compreender o mundo pela exatidão do cálculo e a correção dos raciocínios e conceitos. Hilton Japiassú anota que *"Contrariamente ao que pensou o Romantismo, o século das Luzes considera os problemas da Natureza e os da História formando uma unidade indissociável. Aborda todos os problemas com o mesmo instrumento intelectual, com o mesmo método universal da Razão. O objetivo era descobrir, tanto para o conhecimento físico quanto para o histórico, o mesmo fundamento imanente. Em ambos os casos, trata-se de estabelecer a Natureza e a História em seu próprio terreno e de fixá-las em suas articulações centrais. A ciência passa a negar toda realidade transcendente e trans-histórica. Apesar de não fundar propriamente a História, o Iluminismo já se interroga sobre as condições de sua possibilidade, como já havia posto a questão das condições de possibilidade da física. O que pretende é estabelecer as condições de apreender o sentido do devir histórico, fazer-se dele uma idéia clara e distinta, fixar-se as relações entre idéia e realidade, entre lei e fato. Seu lema é "sapere aude". Trata-se de um século que viu e glorificou, na Razão e na*

Ciência, o "supremo poder do homem"; século dos "déspotas esclarecidos", da verdade escancarada, da irradiação da ciência, da Razão em luta contra as trevas, do mundo repensado à luz natural, da materialidade da história, de uma força histórica agindo em todos os sentidos." (A Crise da Razão e do Saber Objetivo - As Ondas do Irracional -, São Paulo, Editora Letras & Letras, 1996, pág. 84).

Para o iluminismo, a razão se constituiu em paradigma universal por meio do qual deveria ser possível ao homem conhecer e compreender a natureza em toda a sua extensão. Estendeu-se aos vários campos do saber os postulados da razão analítica, de modo a encontrar os "nexos" e estabelecer as correlações necessárias para fundar o conceito e a idéia universal, sentido e forma do ato de conhecer. A racionalidade concebe o mundo de modo objetivo, onde toda a explicação, porque racional e identificada a um fato, pretensamente objetivo, contém uma verdade universal e imutável. Daí a possibilidade do conceito que, baseado na preconcebida objetividade do humano e da natureza, alcança pela abstração racionalista o estágio de validade universal, que o torna imune a qualquer questionamento.

Esta objetividade totalizante e totalizadora alcançada por meio da razão encontrou certa justificativa epistemológica nas chamadas ciências da natureza, cujo estudo permite imediata verificabilidade das certezas contidas no conceito universal, de modo a validar não apenas o conceito racionalmente construído, mas também e principalmente o princípio de racionalização do mundo.

De fato, o que objetiva a razão iluminista é racionalizar o mundo para libertá-lo das trevas do irracional, do atraso

técnico e econômico. Mesmo a história e as ciências culturais, como o Direito, por exemplo, ficam sujeitas à racionalização imposta pelo iluminismo.

À semelhança do que ocorre com as ciências da natureza, as ciências culturais também deviam se submeter ao princípio racionalizador do conceito e da teoria científica, de cunho apriorístico. Todavia, conforme o ressaltado anteriormente, o conceito para adquirir validade universal opera por sobre a realidade recortando-a de forma a estabelecer um certo eixo de premissas que torne possível o proceder analítico e a conclusão que se forma pelo conceito que, uma vez constituído, adquire validade universal inclusive como explicação para a generalidade dos fatos "objetivos" que se verificarem na realidade concreta. A objetividade que constitui o conceito, ao contrário do que se possa imaginar, não reside no fato, na coisa, enquanto fenômeno que se manifesta na concretude do mundo, mas é constituída pelo próprio conceito como elemento que o integra e que se projeta reflexamente no fato, na coisa, objeto do conceito. O conceito, portanto, traduz uma visão idealista do mundo. A submissão das ciências culturais aos postulados da razão analítica se mostra particularmente peculiar na medida em que obriga o estudioso a tomar o fato histórico, social ou jurídico como ente objetivo, como coisa que pode ser analiticamente compreendida e pensada. Essa peculiaridade se evidencia no pensamento de Leibniz sobre o Direito, citado por Ovídio Baptista da Silva. De acordo com Leibniz *"La doctrina del derecho es de la índole de aquellas ciencias que no dependen de experimentos, sino de definiciones, no de las demostraciones de los sentidos, sino de las de la razón; y son, por*

así decirlo, propias del derecho y no del hecho. Así pues, como la justicia consiste en um cierto acuerdo y proporción, puede entederse que algo es justo, aunque no haya quién ejerza da justicia, ni sobre quién recaiga, de manera semejante a como los cálculos numéricos son verdaderos, aunque no haya quién numera ni qué numerar. A la manera como se puede predecir de una cosa, de un máquina o de un Estado que, si han de existir, há de ser hermosa eficaz y feliz, aunque nunca hayan de existir. Por tanto, no es sorprendente que los principios de estas ciencias sean verdades eternas" (*Los elementos del Derecho Natural*, 1669-1672, trad. De 1991, Madrid, p. 70)." (*Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*, São Paulo, RT, 1996, pág. 127).

O pensamento de Leibniz é ilustrativo do modo como operam os postulados racionalistas no âmbito do Direito que, de resto não é diferente do das ciências culturais. O conceito de justiça que deve estar pressuposto num determinado sistema normativo, bem como, no modo como se opera a aplicação da norma jurídica aos casos concretos, constitui-se para o racionalista como um dado. Mas um dado que não guarda qualquer relação com a realidade concreta. É, antes, um conceito sobre as proporções e as premissas daquilo que se deva entender por justiça e por justo, de tal forma que o conceito pode ser formulado como universal, como explicação definitiva da justiça, sem que pressuposto no conceito a possibilidade de alguém, de algum modo, vir a utilizá-lo como medida do justo, ou mesmo vir a invocá-lo para reger um determinado conflito concreto que reclame solução justa.

O conceito para o racionalismo é um dado apriorístico sem relação com a realidade concreta, embora esteja destinado a regê-la e a

conformá-la. Assim, para que o conceito adquira a natureza de verdade imutável deve conter na sua formulação um princípio lógico, matemático, que lhe garanta consistência suficiente como explicação de um determinado objeto ou de um determinado fenômeno, cuja demonstração veritativa possa ser feita também analiticamente, do ponto de vista lógico ou matemático.

Por isso, o racionalismo exige uma objetivação totalizante do mundo de forma a permitir a análise, a classificação e a definição ontologizante. A consequência da objetivação exigida pelo razão analítica foi a racionalização da vida e das condições de vida que, conforme assinalou Max Weber, acabou por aprisionar o homem num mundo burocratizado e desencantado pela destruição das certezas transcendentais.

O racionalismo iluminista não deu conta de explicar toda a complexidade que cerca as ciências culturais, particularmente as ciências jurídicas, porque a natureza multifacetada, contingente e irrepetível dos fatos históricos, sociais e jurídicos não se deixa apreender pelo conceito.

Não tardou quem visse na burocratização excessiva do mundo e nas dificuldades do racionalismo em sustentar a objetividade das ciências através dos conceitos universais e imutáveis, o esgotamento dos postulados da razão iluminista e, conseqüentemente, da modernidade. O propalado esgotamento da racionalidade enquanto paradigma construtor da ciência e, portanto, de uma explicação do mundo teve como consequência o questionamento dos pressupostos do cientificismo e da teoria do conhecimento que lhe é própria. A crítica, de acordo com Japiassú, se concentrou na defesa de uma anticiência que se desenvolveu a

partir de um relativismo epistemológico. Na visão relativista, comenta Hilton Japiassú, "a ciência é entendida como um empreendimento que se reduz a um conjunto de práticas, nela não podendo haver verdade, pois não constitui um atributo da natureza universal do homem: é um fenômeno cultural e, enquanto tal, relativo. Reconhecer este fato, não significa desqualificar a ciência nem tampouco negar sua pretensão à universalidade. Mas admitir que esta universalidade só pode ser visada ultrapassando e sublimando essa contingência original, não negando-a ou ignorando-a. O importante é que não pode haver uma ciência pura, virgem de todo condicionamento sócio-histórico, gozando do privilégio único da imaculada concepção, como se tivesse surgido miraculosamente da Razão humana." (op cit pág 88/89).

O relativismo fruto da crítica ao cientificismo serviu de fundamento para revalidar a pertinência de uma teoria do conhecimento que não se assente apenas no postulado universalizante da razão, mas que também reconheça válido um pluralismo epistemológico que possibilite o reencantamento do mundo através de uma cultura do sentimento, do transcendente, cosmológica até e, portanto, do ponto de vista da razão, irracional.

O irracional assim considerado forja a metodologia própria da pós-modernidade que se instaura pregando o esgotamento do racionalismo iluminista. A pós-modernidade, marcada pelo relativismo, confina o indivíduo ao presente porque, conforme alerta Michel Maffesoli, o ideal democrático construído pela razão iluminista que poderia engendrar o progresso e o futuro, perdeu sentido, restando apenas o conformismo com o cotidiano banal associado à

imagem e à estetização radical da vida. O relativismo possibilita a emergência das "sinceridas sucessivas", da dissimulação, da vida dupla, próprias do exílio interior a que se reduziu o cidadão da era pós-moderna e da sociedade de consumo, segundo Maffesoli. Ironia, dissimulação e vida dupla são para Maffesoli espécies de liberdades intersticiais, que se mostram nos recortes do cotidiano da sociabilidade atual, de afetividade compartilhada, necessária para favorecer a conservação de uma individualidade inerente à sociedade de consumo e à consumação da vida, esta através da institucionalização crescente do "tempo livre" do indivíduo pela indústria cultural e do lazer.

Conforme acentua Jean-François Lyotard *"Temos muitas palavras para glosar a estetização inerente à cultura: encenação, espetacularização, mediatização, simulação, hegemonia dos artefatos, mimese generalizada, hedonismo, narcisismo, auto-referencialismo, auto-afecção, autoconstrução e outras. Todas falam da perda do objeto e da prevalência do imaginário sobre a realidade. É possível fazer o inventário dessa decepção suave em todos os campos de atividade e de pensamento: as "ciências do homem" são inesgotáveis a esse respeito. Cito ao acaso: a extinção dos campesinatos, a colocação da natureza em reserva ecológica, a teleguerra do Golfo, a metaespeculação monetária, a ciência como invenção artística, a denegação da política, todas as "liberações" da mulher, da criança, das minorias, das sexualidades. A cultura consiste em dissipar o que há de destino, dor e finitude na existência dos corpos, individuais e coletivos."* (Moralidades Pós-Modernas, Campinas-SP, Papirus Editora, 1996, pág. 208).

Há implícita em toda a cultura dita pós-moderna a negação ao racionalismo que toma como válido o seu oposto, ou seja, o irracional que implica o compromisso com a individualidade, pretensamente em nome da diferença, com a cultura do sentimento, da religiosidade e do consumo, e com a estetização do modo de vida.

Entretanto, conforme adverte lucidamente Sérgio Paulo Rouanet *"Não é possível lutar contra a modernidade repressiva senão usando os instrumentos de emancipação que nos foram oferecidos pela própria modernidade: uma razão autônoma, capaz de desmascarar as pseudolegitimações do mundo sistêmico, uma ação moral autodeterminada, que não depende de autoridades externas e uma ação política consciente, baseada em estruturas democráticas que pressupõem uma razão crítica e uma vontade livre. Deixar de ver essa dialética da modernidade, reduzindo-a, em bloco, a sua vertente perversa, é privar-se dos meios de resistir à perversão. Demitir-se da modernidade é a melhor forma de deixar intata a modernidade repressiva."* (As Razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 1987, pág. 26).

De fato, a solução para os impasses criados pelo racionalismo deve ser construída a partir do próprio racionalismo, pela utilização do instrumental adequado a uma razão que não se deixe confinar por limites artificiais, mas que se revele criadora e criativa de uma nova "mentalidade" racional. A crise da razão é um falsa crise na proporção em que o que se mostrou impotente para assegurar a concretização do projeto iluminista foi uma determinada apropriação da razão limitada e, como frisa Rouanet, eminentemente perversa e repressiva da cidadania e

da criatividade. O princípio racionalista deve ser revisto numa perspectiva que possibilite à razão a criatividade e a crítica.

Uma tal razão criativa, como ponto de partida para a empreitada de reformulação do paradigma epistemológico de cunho racionalista, deve reconhecer que a razão iluminista operou um reducionismo conceitual que se mostrou inadequado para apreender a complexidade do mundo e da faticidade. Particularmente, no campo das ciências culturais, inclusive no do Direito, é necessário admitir que a inteligibilidade dos fatos históricos, sociais e jurídicos, operada através de recortes por sobre a realidade, de modo a alcançar uma pretensa objetividade, um distanciamento geométrico entre sujeito e objeto que permita ao sujeito enquadrar o objeto como "coisa" a ser analiticamente pensada e definida, conforme o que postulava a versão da razão iluminista que acabou hegemônica, evidencia uma postura equivocada diante desses fenômenos e dessa realidade, e, dessa forma, não serve para fundamentar uma teoria da História, do Social e do Direito, verdadeiramente científica.

No que diz respeito ao Direito, qualquer conceito que se pretenda válido como explicação de um determinado fenômeno jurídico, tem que levar em conta a contigência do fato ou do ato jurídico e, principalmente, a correlação necessária que se estabelece entre a generalidade da norma positiva e a particularidade do valor, que é histórico e accidental. Deve também assumir como premissa incontornável a historicidade do Direito, ou seja, a circunstância de que o Direito deve ser pensado e compreendido na perspectiva de uma dada realidade histórico-social.

Daí que o conceito jurídico não se exaure numa categoria pensada *a priori*, despregada da realidade concreta. Ao contrário, o conceito jurídico somente revela a sua verdade, melhor dizendo, a sua validade, quando confrontado com a realidade, com o mundo da vida. Assim, a validade do conceito jurídico depende de uma verificabilidade que não ocorre apenas no plano analítico das idéias, mas que somente pode ser atingida *a posteriori*, pela adequabilidade necessária entre a teoria, a norma e o fato, o valor da realidade concreta. A racionalidade do Direito, portanto, concebida como racionalidade criadora e criativa, somente se revela à luz da concretude dos fatos e dos valores, ou seja, por um conceito processual de racionalidade mais ou menos no sentido da teoria da razão comunicativa de Habermas, onde a racionalidade, conforme acentua Rouanet, adere aos procedimentos pelos quais se debatem as pretensões de validade no campo da verdade factual, da justiça normativa e da veracidade subjetiva. A dúvida emergente da encruzilhada epistemológica contemporânea, de acordo com Rouanet, demanda uma aposta na trilha aberta por Habermas, ao invés da escolha entre um racionalismo aporético, a superficialidade de um positivismo míope, ou a aventura de um irracionalismo suicida.

Dentro dessa premissa, ação e jurisdição não podem ser pensados como conceitos cuja validade e verificabilidade esteja pressuposta como independente da concretude dos fatos e dos valores. Não é possível compreender o fenômeno da jurisdição apenas pelo seu pretenso caráter substitutivo ou declaratório. Do mesmo modo, não basta afirmar ou negar o caráter abstrato ou concreto do direito de ação. É necessário investigar tais conceitos pelo que lhes é

interior, pelo modo como operam no interior da ordem jurídica e pela eficácia da resposta propiciada por essa operacionalidade aos problemas suscitados pela concretude dos fatos e dos valores. Os conceitos de ação e jurisdição não podem ser vistos como realidades estáticas, coisificadas, pretensamente objetivadas por uma razão analítica. A juridicidade e, portanto, a racionalidade dos conceitos de ação e de jurisdição somente se revela como processo, na tensão que se estabelece entre a categoria normativa e a concretude dos fatos, e na função que eles desempenham no ordenamento jurídico e, desse modo, somente adquirem validade, enquanto conceito, no confronto com o caso concreto, com a História e com os valores.

Desse modo, o paradigma epistemológico necessário para pensar os conceitos de ação e de jurisdição deve ter por base uma racionalidade no sentido da teoria da razão comunicativa de Habermas, na proporção em que esta seja capaz de revelar uma razão sábia, autônoma e crítica, conforme a linha sugerida por Sérgio Paulo Rouanet.

CAPÍTULO II

O SENTIDO DA HERMENÊUTICA

Ligada à jurisprudência de valoração se consolida no decorrer do século XX a idéia de uma hermenêutica crítica, em oposição às deficiências do positivismo e do formalismo enquanto pressupostos epistemológicos para o estudo e a aplicação do Direito.

De acordo com Karl Larenz, *"a passagem a uma jurisprudência de valoração só cobra o seu pleno sentido quando conexiada na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores e critérios de valoração "supra-legais" ou "pré-positivos" que subjazem às normas legais e para cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições."* Continua ele dizendo que *"a passagem a uma jurisprudência de valoração, à crítica ao modelo de subsunção e por último à preponderância da justiça do caso, bem como ao procedimento argumentativo, levaram a uma renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do Direito."* (Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pág. 143/146).

Efetivamente, a interpretação voltada para o caso concreto redimensiona a idéia de sistema no Direito. O sistema precisa abrir-se para recepcionar os conteúdos de valoração e os acréscimos proporcionados à norma no processo de concreção. Diferentemente do que ocorre com o sistema fechado, apoiado em dogmas, axiomático, conceitual e abstrato, a jurisprudência de valoração exige um sistema informado por uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito, no qual o elemento de adequação

valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais, bem de acordo com a concepção proposta por Canaris.

A passagem de uma interpretação do Direito formalista e apoiada na concepção de um sistema fechado para uma interpretação presa ao mundo, que demanda um sistema aberto inclusive a valores, ocorre, segundo José Lamago, no momento em que predomina a compreensão de que "O Direito e a moral só podem ser entendidos em termos de uma unidade de realização de possibilidades humanas. Inversamente, o positivismo Kantiano não se reporta a uma concreta forma-de-vida, mas a uma essência humana abstrata e universal e infere a regra moral em termos transcendentais, mediante o proceder a priori da razão, fundamentando a regra moral independentemente da situação (formalismo). Poder-se-ia arrolar, em resumo, as ordens de contraposições entre "filosofia reflexiva" e "hermenêutica filosófica":

- a) à subjetividade abstrata da filosofia reflexiva contrapõe a Hermenêutica a vinculação ao mundo e à experiência;
- b) a um essência humana abstrata e universal como ponto de referência último, quer do conhecimento, quer da ação, contrapõe a Hermenêutica a irreduzibilidade da inserção numa concreta forma-de-vida, pretendendo simultaneamente conservar a correlação entre conhecimento e experiência e

entre a subjetividade do saber prático e a substancialidade da vida ética comunitária;

c) concomitantemente, o modelo de saber proposto pela Hermenêutica é um modelo de saber orientado à situação concreta, permanentemente reportado à particularidade da situação. Quer dizer: a uma metafísica da subjetividade é apresentada como alternativa uma metafísica da intersubjetividade, da comunicação (aqui de modo mais nítido nas variantes hermenêuticas de Apel ou Habermas ou da conversão de Rorty); ao individualismo da consciência epistemológica e moral o holismo da vinculação à experiência e à concreta forma-de-vida; ao formalismo do ideal do conhecimento matemático-demonstrativo, o arrimo ao modo Aristotélico da phronesis, proposto por Gadamer." (Hermenêutica e Jurisprudência, Lisboa, Editorial Fragmentos Lda, 1990, pág. 276).

As conclusões de José Lamego identificam claramente a transformação epistemológica por que passou a interpretação jurídica, onde a hermenêutica vem a ser concebida

não mais como um simples método científico de achamento do Direito e, conseqüentemente, do justo, mas como uma verdadeira filosofia prática, intimamente ligada à experiência concreta, ao contrário do que ocorria com a tradição do formalismo categorial e racionalista de inspiração Kantiana.

Para a nova Hermenêutica que se opõe às diversas concepções formalistas, a justiça no Direito não se revela a priori. A justiça que o Direito demanda deve estar reportada a um determinado caso concreto. Por isso, o que é justo somente se mostra como justo no Direito na perspectiva do caso concreto, o que implica reconhecer que somente é possível conhecer e compreender o Direito como processo, de uma ponto de vista que privilegie sua operacionalidade. Tomado o Direito como processo, ganha relevo, obviamente, o ato interpretativo. O Direito já não pode ser concebido como um dado abstrato e universal contido na norma. Somente pelo trabalho interpretativo é possível encontrar o logos da juridicidade. Nessa perspectiva a própria interpretação jurídica não pode ser concebida como um conjunto de regras reunidas sob o postulado de um teoria geral operacionalizada por silogismos, por uma lógica dedutiva, apenas.

A lógica já não se mostra técnica adequada para esgotar as possibilidades da interpretação jurídica porque, para a Hermenêutica reportada ao caso concreto, o ato interpretativo é uma atividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um enunciado. Portanto, para interpretar o Direito não basta conhecê-lo, é necessário compreendê-lo o que reclama do intérprete um ponto de vista interno ao sistema jurídico e não mais uma visão puramente externa do fenômeno jurídico, que possibilitaria ao

intérprete conceber os institutos jurídicos como coisas sem conexão com a realidade concreta do mundo-da-vida.

Contrariamente ao que postula a lógica formal, onde o ato interpretativo se resume a uma imputação lógica e dedutiva, que permite a subsunção do fato à norma, a interpretação reportada à particularidade do fato concreto se constrói através da estrutura circular da compreensão, no sentido do pensamento de Heidegger para quem a compreensão e a interpretação são formas diferentes de acesso lógico aos objetos, sendo que a compreensão tem dois elementos: o teórico e o prático.

A deficiência da lógica se evidencia pela impossibilidade de identificação dos objetos do conhecimento sem a linguagem ou fora da cultura. É que, conforme acentua Ernildo Stein, "*o fato de nós não termos simplesmente o acesso aos objetos via significado, mas via significado num mundo histórico determinado, numa cultura determinada, faz com que a estrutura lógica nunca dê conta interia do conhecimento. Ao lado da forma lógica dos processos cognitivos precisamos colocar a interpretação. Os lógicos quando fracassam em certos tipos de argumentação, dizem: aqui temos que tornar-nos menos precisos, temos que decair para a interpretação.*" (Aproximações sobre Hermenêutica, Porto Alegre, Edipucrs, 1996, pág. 18). Da perspectiva da lógica formal a interpretação revela uma deficiência no acesso ao objeto do conhecimento e é ela mesma uma deficiência. O acesso aos objetos é indireta porque ocorre mediada pelo significado que é dado pela cultura, pela história. Assim, o ato de conhecimento ocorre sempre em perspectiva. De acordo com Ernildo Stein "*O ideal é a pureza formal, abstrata, e o real é aquilo que introduz*

no conhecimento a singularidade e de certo modo a imperfeição do conhecimento." (op cit pág 23). Pelo método hermenêutico se estabelece uma relação de circularidade, de compromisso interpretativo entre sujeito e objeto. Portanto, para Ernildo Stein compreender significa "uma qualidade que tenho para comunicar dizendo algo compreensível e compreendendo aquilo que é dito e um modo de existir como o existencial compreensão." (op cit pág 26). Ou seja, a compreensão somente é possível de uma perspectiva interna à cultura, à história, ao sistema jurídico, no caso, onde o intérprete se reconhece como alguém que compreende e é compreendido, e não apenas alguém que conhece e define, e que, portanto, pode comunicar algo circunstancialmente compreensivo para ele e para o mundo que o circunda.

Desse modo, é possível afirmar como faz Ernildo Stein de que não existe uma verdade universal e imutável. Somente se pode afirmar a existência de uma verdade como propriedade das proposições, que se manifesta na compreensão da linguagem, ou como fundamento de verdade das proposições, ou seja, do sentido, que se manifesta pela compreensão, enquanto compreensão propriamente dita.

As condições histórico-culturais estabelecem limites a uma interpretação lógica o que, desse modo, leva a conclusão de que não existe apenas um modo de interpretação, mas vários, e essa variedade de modos interpretativos torna possível a divergência e, ao mesmo tempo, a certeza de que o acesso à verdade pode se dar por vários caminhos. Todavia, a possibilidade da existência de vários modos interpretativos e de vários modos de acesso à verdade conduz a uma redução de exatidão e de certeza no conhecimento científico. A Hermenêutica

reportada ao fato concreto retira a possibilidade de um fundamento último de verdade. Por isso, Ernildo Stein afirma que *"Quando não posso estabelecer empiricamente a verdade de uma proposição, utilizo a verdade absoluta. A minha proposição é verdadeira porque existe um fundamento último. Essas sempre foram as duas alternativas da filosofia: ou existe um fundamento empírico da verdade ou então existe um fundamento último da verdade. Se tenho um fundamento último, então algo é verdadeiro. A hermenêutica não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta - é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. É por isso que a hermenêutica é, de alguma maneira, a consagração da finitude."* (op cit pág 45).

O ato interpretativo está situado numa determinada realidade histórico-social que condiciona o intérprete e, no caso do Direito, o texto normativo objeto da interpretação. Mas, além dessa situação de fato condicionante do momento do ato interpretativo, o próprio sujeito intérprete comparece ao palco da interpretação condicionado pela sua particular história de vida. O intérprete se apresenta para a interpretação equipado de um determinado estágio cultural e de um instrumental teórico que lhe permite situar-se frente à realidade interpretativa concretamente considerada. Assim, é possível dizer que o sujeito intérprete ao realizar o ato interpretativo, ocupa uma determinada "situação hermenêutica" que é, segundo Ernildo Stein *"o lugar que cada investigador atinge, a partir do qual ele pode fazer uma investigação sistemática em determinado campo."* (op cit pág 53). A idéia de situação hermenêutica, portanto, implica a posição do pesquisador, a posição do método e a posição de reavaliação do

método. Disso resulta que no campo do Direito se deve levar em conta também a "situação hermenêutica" do intérprete que influencia o resultado da interpretação e, conseqüentemente, a resposta à situação concreta do problema.

A compreensão se antecipa à explicação porque o sujeito somente pode explicar aquilo que para ele é compreensível. Na verdade, o ser humano se constrói pelo compreender, existe pela compreensão. No âmbito das ciências humanas e, particularmente, no do Direito, é necessário considerar que o intérprete também se modifica pelo ambiente histórico-social em que se situa e que a interpretação opera uma reconstrução do texto, na proporção em que estrutura sentido que nunca toma uma determinada estrutura definitiva, exatamente porque existe um resto que escapa ao sujeito intérprete e ao ato interpretativo. Por isso, conforme acentua Enildo Stein, em ciências humanas um texto acabado, perfeito, é um texto morto, o que, obviamente, também é válido para o Direito, onde se poderia afirmar que aceitar a possibilidade de uma interpretação definitiva e acabada de um texto normativo é decretar a morte da norma como fonte do justo e da juridicidade. A possibilidade interpretativa do texto normativo não se esgota.

Por estar historicamente situada, pode parecer que a Hermenêutica se mostra acrítica. Ao contrário. Conforme adverte Enildo Stein "o que acontece é que a hermenêutica justamente nos dá uma consciência crítica na medida em que ela forma a nossa consciência histórica e nos permite assumir uma situação histórica determinada, o mais possível transparente em um momento determinado, através da fusão de horizontes e na diluição de horizontes, de maneira que não fiquemos presos a um conjunto

de pré-conceitos dos quais não nos libertaremos inteiramente como seres históricos e fáticos" (op cit pág 74).

A perspectiva Hermenêutica do Direito não implica a aceitação de um relativismo estruturante, ao modelo dos postulados pelo ideário da pós-modernidade, exatamente porque o método da Hermenêutica se estrutura por uma racionalidade que, ao contrário da racionalidade que informa a dogmática lógico-formal, dedutiva e abstrata, não é reducionista, perversa e repressiva. A racionalidade da Hermenêutica está situada numa estrutura circular, que pressupõe uma relação comunicacional ou dialógica, e que permite a compreensão dos fatos históricos, sociais ou jurídicos, na proporção em que a compreensão do particular pressupõe a pré-compreensão do todo. Conforme acentua José Lamago "A interpretação de algo como algo move-se numa estrutura de antecipação correspondente à essência da compreensão. É da totalidade do mundo da compreensão que resulta uma "pré-compreensão" que abre um primeiro acesso de intelecção." (op cit pág 134). O processo hermenêutico, portanto, é mediado pela razão que se apercebeu da importância da concretude do mundo para a formulação estruturante do conceito, que não compreende apenas a explicação causal dos eventos, mas também e principalmente os motivos e as razões da ação, ou no âmbito do Direito, do fato ou ato jurídico.

A abordagem Hermenêutica do Direito deixa de se preocupar com a descrição do fato e passa a ter como preponderante o problema do sentido, do significado. De acordo com o que acentua Karl Larenz, ao tratar da definição de negócio jurídico, a declaração não é apenas um meio de expressão da vontade. O que fundamenta o negócio jurídico é declaração ou comportamento de

validade juridicamente significativa o que implica reconhecer que a atividade interpretativa não se deve limitar a uma atividade cognitiva da intenção do autor da declaração negocial. O sentido do texto normativo, portanto, que deve revelar o presente, o passado e o futuro pela visão crítica dos textos, é alcançado pela determinação das circunstâncias hermenêuticamente relevantes à luz do caso concreto e da metodologia interpretativa. Já para a construção do significado é necessário considerar o contexto das frases, o aspecto intencional e convencional do texto, bem como a relação entre a intencionalidade e a convencionalidade, ou seja, a relação entre a realidade da norma e a realidade fática normatizada, posto que, a princípio, a norma contém apenas pretensões de validade de diferentes tipos que exigem uma identificação por parte do intérprete.

Essa mesma perspectiva deve ser observada em relação à inteligência e à compreensão dos conceitos de ação e de jurisdição. Não interessa uma postura meramente cognitiva em relação aos conceitos de ação e de jurisdição, que permita elaborar classificações de caráter idealista. Interessa também e principalmente compreender que os conceitos de ação e de jurisdição contêm sentidos e significados que exigem identificação, no bojo do processo hermenêutico. Uma tal identificação do sentido e do significado dos conceitos de ação e de jurisdição somente pode ser alcançada pela conexão de contextos em que situados os referidos conceitos o que, obviamente, remete a consideração teórica para a concretude do mundo.

A explicação dos conceitos de ação e de jurisdição, sem que relacionada a um determinado ordenamento jurídico, a uma

determinada cultura e a um determinado fato concreto, não revela toda a juridicidade dos institutos. Somente é possível conhecer e compreender adequadamente o alcance dos conceitos de ação e de jurisdição para o processo e, conseqüentemente, para o Direito, pela correlação dos conceitos, e da pretensão de validade que eles encerram, com a realidade concreta e os problemas que reclamam solução.

CAPÍTULO III

O PENSAMENTO TÓPICO

De acordo com H. G. Gadamer, integram o processo hermenêutico a compreensão, a interpretação e a aplicação. A consideração do Direito do ponto de vista hermenêutico exige a construção de uma metodologia interpretativa reportada ao caso concreto e precipuamente preocupada com o achamento do sentido e do significado da norma positiva. Referida metodologia pode ser concebida a partir dos pressupostos do pensamento tópico, reestruturado por Theodor Viehweg. Para Paulo Bonavides, a exaustão do positivismo racionalista foi inevitável para a ressurreição da tópica como método interpretativo próprio ao Direito.

De fato, a tópica integra a lógica Aristotélica e constitui os silogismos dialéticos, onde o conhecimento é atingido por meio da argumentação e do pensamento problemático, prudente, ou seja, reportado ao problema concreto que reclama solução. Com a prevalência do racionalismo analítico e dedutivo, a tópica atravessou a modernidade praticamente esquecida até o revigoramento como método científico, no âmbito do Direito, pela obra de Viehweg, principalmente. Conforme escreve Paulo Bonavides, *"O prestígio da tópica em toda a Alemanha logo se fez sentir com a adesão de três civilistas eminentes - Wieacker, Esser e Coing - seguida do apoio de constitucionalistas de peso, como Schneider e Ehmke, relatores do tema "Princípios de Interpretação Constitucional", exposto na assembléia de 1961 dos professores de direito público daquele país. Inclinarão-se também para a tópica, nomeadamente para uma teoria material da*

constituição, construindo estradas próprias com o propósito de alcançar objetivos semelhantes, juristas da envergadura de Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse." (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros Editores, 5ª ed., 1994, pág. 448).

O problema é a questão central para o desenvolvimento do método interpretativo da tópica. Ao comentar os pressupostos metodológicos da tópica, Kal Larenz diz que "A idéia que se torno familiar aos juristas, antes do mais devido a Viehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática. Uma vez que em grande medida se trata de temas idênticos, que também são tratados na metodologia jurídica, levanta-se a questão de qual a diferença entre uma metodologia e uma teoria da argumentação. "Argumentar" significa fornecer fundamentos, que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou pelo menos discutível. Os fundamentos, para atingirem esse fim, têm de ser conformados de tal modo que convençam os participantes na discussão, cuja existência se pressupõe, e que permitam suplantar os contra-argumentos por eles aduzidos. Quem idealizar uma teoria da argumentação jurídica pensa, antes do mais, na discussão de questões jurídicas perante

os tribunais, a propósito de consultas ou na literatura juscientífica. É evidente que o achamento do veredicto judicial, bem como a imposição de uma opinião na doutrina, se efectiva em regra por via de um discurso. Isto dá a entender que de facto as fundamentações jurídicas se consubstanciam em formas e cadeias de argumentação. Em contrapartida uma "metodologia" é concebida mais exatactamente para o processo de uma pesquisa juscientífica, de um parecer ou mesmo da fundamentação de um julgamento. Aqui não se trata apenas do argumento "mais forte", mas de um processo ordenado de pensamento, que possa afiançar que pontos de vista essenciais não foram deixados fora de consideração. Mas como afinal de contas são os mesmos pontos de vista a que aquele que argumenta e aquele que procede "metodicamente" recorrem, enquanto inevitáveis passos de um processo de pensamento, trata-se assim, na medida em que o que está em causa é algo mais do que as regras formais de uma discussão, largamente de aspectos distintos da mesma coisa." (Metolodologia da Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1983, pág.179/180).

A abordagem de Larenz evidencia a dialeticidade implicada na interpretação tópica da norma jurídica, voltada primacialmente para a solução do caso concreto. A argumentação pressuposta pelo método tópico exige que aquele que argumenta leve em conta a especificidade do problema na propositura do argumento. Assim, o argumento proposto como solução para o problema contém em si elementos não apenas normativos mas também elementos integrantes da realidade concreta, o que coloca na pauta da interpretação, obviamente, a questão dos valores. Mas o argumento, de per si, não tem força para se impor como solução para o problema. Certamente,

não é qualquer argumento que pode ser aceito como argumento pertinente para a solução do problema, sob pena de, ao se admitir a argumentação sem conformação específica, abrir-se espaço para uma infundável cadeia argumentativa errática. A pertinência do argumento para a solução do problema repousa na capacidade de o seu conteúdo convencer aos demais participantes da discussão real ou pressuposta de que ele contém a resposta o mais efetiva possível reclamada pelo problema. A efetividade da resposta ao problema integrante do argumento proposto deve permitir suplantar os contra-argumentos que possam vir a ser deduzidos. O que a argumentação tópica postula é o achamento do argumento "mais forte", ou seja daquele capaz de convencer os participantes da discussão real ou pressuposta de que ele contém a solução jurídica e justa para o caso concreto.

Conforme o que acentua Larenz, a princípio, o modo de achamento da decisão judicial se efetiva por meio de um discurso que se estrutura pelo processo. O processo permite a que as partes envolvidas participem da solução do caso controverso por meio de uma cadeia de argumentos que evolue até se exaurir na sentença judicial.

Quando o autor propõe a demanda ele traz para o processo os argumentos que entende pertinentes e fortes o suficiente para fundamentar a sentença de procedência que almeja. Com a angularização do processo, o demandado formula os argumentos da defesa que reconhece válidos para rechaçar a pretensão do autor. No confronto entre um argumento e outro estabelece-se a discussão ou o discurso, no interior do processo, que permitirá o veredicto judicial que também opera por meio de argumentos de modo a convencer a parte que não teve reconhecido válido o seu argumento, bem como aquela cujo argumento

prevaleceu, que o argumento que fundamentou a decisão é o que melhor compreendeu o sentido e o significado do texto normativo, à luz do caso concreto. Todavia, o argumento que prevalece no veredicto já não é o mesmo argumento deduzido pelo autor ou pelo demandado, no início do processo. A discussão pressuposta no processo, que se materializa inclusive na distribuição dos ônus processuais e na produção da prova, atua de modo a enriquecer um determinado argumento inicialmente proposto e a integrar ao seu conteúdo a correlação de valores, de sentido e de significado que garanta o mais elevado grau de eficácia da decisão que se mede, no caso, pela aceitação dos participantes do discurso processual, como a solução adequada para a controvérsia.

Na construção de uma metodologia científica para o Direito, baseada na argumentação, ocorre o mesmo processo, na medida em que, conforme ressalta Larenz, aquele que argumenta "metodicamente" recorre aos mesmos pontos de vista daquele que "argumenta" no âmbito pragmático do processo.

Considerado que o argumento, para ser reconhecido válido no discurso, deve obedecer a uma determinada conformação, é preciso situar no que consiste a conformação que, no interior do Direito, determina a validade e a aceitação do argumento como tal.

Um primeiro e principal limite que surge para o discurso jurídico, e que a argumentação tópica não pode ignorar, é o posto pela existência da norma e a necessária vinculação da solução proposta para o caso concreto à Lei.

O argumento se constitui em torno de um *topoi*, de um ponto de vista. Para Aristóteles, de acordo com Viehweg, "os *topoi* são pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda

parte que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade." (Tópica e Jurisprudência, Brasília, Editora da Unb, 1979, pág. 26/27).

Depois de ressaltar que a tópica constitui uma *techne* do pensamento aporético que se orienta para o problema e onde, obviamente, o problema já é previamente dado, Viehweg menciona que a solução para o problema dado se busca pela argumentação que tem por base os *topoi* que se traduzem em catálogos de ponto de vista aceitos e aplicáveis. A função dos *topoi*, segundo Viehweg, "consiste em servir a uma discussão de problemas. Segue-se daí que sua importância tem de ser muito especial naqueles círculos de problema em cuja natureza está não perder nunca o seu caráter problemático. Quando se produzem mudanças de situações e em casos particulares, é preciso encontrar novos dados para tentar resolver os problemas. Os *topoi* que intervêm com caráter auxiliar, recebem por sua vez seu sentido a partir do problema. A ordenação com respeito ao problema é sempre essencial para eles. À vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme um entedimento que nunca é absolutamente imutável. Devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento." (op cit pág 38).

Como a estrutura da jurisprudência somente pode ser determinada a partir do problema, conclui Viehweg que a estrutura da jurisprudência corresponde à estrutura da tópica. O problema para a jurisprudência se coloca conectado ao valor da justiça, de tal modo que a norma positiva configura uma tentativa de responder à questão fundamental do problema e da justiça, histórica e

culturalmente determinados. A tarefa da jurisprudência é buscar o justo dentro de uma pletora de situações concretas problemáticas o que não pode ocorrer dentro de um quadro de conceitos e proposições, ao modelo do sistema dedutivo.

Dado então que o valor da justiça se encontra na norma positiva apenas em projeto, por assim dizer, é possível concluir que para a jurisprudência que se apóia na tópica a lei assume a característica de um *topoi*, como ocorre, por exemplo, com interesse jurídico, declaração de vontade, tutela da boa-fé etc. Entrentato, em função do seu caráter vinculante, a lei não pode ser alijada da argumentação porque contém a intenção de racionalidade e de justiça e porque, conforme pondera Larenz, *"o jurista tem de facto, tal como a autoridade legislferante, de ponderar os problemas de uma controvérsia, quais as consequências que a estatuição ou não estatuição das conjecturas de normas como norma reguladora acarretariam, mas tem a esse propósito de respeitar o conjunto das opções da autoridade legislferante"*, (op cit pág. 175/176), devendo presumir-se possível a comprovação da falta de justiça na formulação normativa.

Mesmo o sistema, a ordem normativa, para a jurisprudência que privilegia o problema passa a ocupar posição subordinada ao procedimento do discurso argumentativo de achamento do Direito e do justo.

Canaris combate a tópica afirmando que as premissas jurídicas para os juristas são fundamentalmente determinadas pelo Direito objetivo, especialmente através da Lei, e não são suscetíveis de uma "legitimação" por via do "parceiro na conversa". A tópica para Canaris teria dentro do Direito apenas a função de atuar na falta de valorações jurídico-positivas. Na

visão sistêmica do Direito proposta por Canaris, o sistema é definido como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do Direito, onde o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais. O sistema proposto para o Direito, portanto, é aberto e escorado em valores e fins o que não o torna incompatível com a principiólogia de uma hermenêutica tópica, voltada para a solução do caso concreto. A hermenêutica tópica não olvida a importância para o Direito da existência de um ordenamento positivo de normas e ressalta, inclusive, o primado da vinculatividade que a solução jurídica do caso deve buscar em relação à lei positiva. Dessa forma, está correto Canaris quando afirma que o pensamento tópico e o pensamento sistemático não se opõem e não são mutuamente excludentes e mesmo a primazia da tópica não torna desnecessária a sistematização no Direito.

Antes, o pensamento tópico e o pensamento sistemático são complementares, na proporção em que reconhecido que o sistema para o Direito deve ser aberto, reportado a fins, ao "valer-para", no sentido emprestado por Emil Lask, e que a problematização da tarefa jurisprudencial não acarreta, necessariamente, a destruição do sistema de normas. A problematização do achamento do Direito questiona o sentido normativo, do ponto de vista do problema suscitado pelo caso concreto, de forma a permitir a descoberta da solução justa para a situação. Mas, problematizar o sentido normativo não equivale a negar vigência à norma positiva. Ao contrário. A problematização do sentido normativo em confronto com a multiplicidade dos valores histórico-culturais conduz, invariavelmente, ao enriquecimento do

conteúdo da norma que se vê acrescentado por sentidos e valores novos antes não incorporados. Somente nos casos em que o conteúdo da norma positiva, à luz dos princípios e dos valores, se revele absolutamente injusto é que seria pertinente admitir que uma referida norma não poderia reger a situação concreta que reclama solução. Entretanto, para esses casos especiais, o próprio sistema de normas, em geral, já indica a solução alternativa, de tal modo que não se pode imputar à jurisprudência tópica um caráter anti-normativo e anti-sistêmico.

Vistos pela perspectiva da jurisprudência tópica, os conceitos de ação e de jurisdição adquirem dentro do ordenamento jurídico a dinâmica necessária para propiciar a solução justa para o problema posto pelo caso concreto. Do ponto de vista do caso concreto, somente faz sentido um conceito de ação e de jurisdição capaz de garantir o exercício dos direitos pelos respectivos titulares em toda a extensão. Ação e jurisdição perdem a configuração de conceitos estáticos, dados *a priori*, e passam a interagir com os valores e os elementos integrantes do problema, sendo que essa interação permite a obtenção da solução justa. Na perspectiva do caso concreto os conceitos de ação e de jurisdição são reconhecidos como *topoi* que integram o discurso que se materializa no processo e que propicia a decisão valiosa e juridicamente válida para o problema.

A consideração dos conceitos de ação e de jurisdição como *topoi* implica também e principalmente a problematização constante do próprio conceito que somente adquire validade e eficácia no ato de aplicação do Direito.

CAPÍTULO IV

A RELAÇÃO ENTRE AÇÃO E DIREITOS A PARTIR DA IDÉIA DE AÇÃO DE DIREITO MATERIAL

As limitações do conceito de ação não impedem a formulação de novas perspectivas conceituais que garantam a eficácia da aplicação da teoria à generalidade dos casos concretos, a partir do próprio conceito proposto. A visão crítica imprimida desde o começo sempre teve como pressuposto buscar no próprio conceito de ação, na sua teoria, a solução para os impasses decorrentes dos limites que integram o seu conteúdo. A descoberta das soluções para os impasses que a aplicação do conceito de ação revela deve obedecer a um paradigma racionalista porque abandonar o conceito e a teoria em nome de uma pragmática totalizante, na tentativa de descobrir nela o conhecimento espontâneo que brota da vontade e do desejo do sujeito cognoscente e da irreducibilidade dos fatos, objetivamente considerados, pode criar obstáculos intransponíveis ao avanço científico. O processo de abstração a que foi submetido o conceito de ação, por obra da dogmática e do cientificismo, somente podem ser rompidos por uma atitude de pensamento que reelabore a teoria, na perspectiva racional e crítica. Através da crítica, o conceito, enquanto produto da razão, incorpora elementos da realidade histórico-cultural, sem perder a consistência que lhe é própria. Dentro desse princípio, ao invés da repartição idealística do mundo em mundos, do fato em fatos, da realidade em realidades, de forma a permitir a formulação do conceito e das classificações pretensamente diferenciadoras, o que se impõe é a tomada da realidade fática na sua totalidade e na

dinâmica que lhe é própria para, a partir daí, extrair-se a lei geral, a definição que objetiva à universalidade. Interessa mais descobrir a funcionalidade do conceito confrontado com a realidade dos fatos do que demonstrar a validade da formulação aprioristicamente, de um ponto de vista estritamente formal.

De acordo com Rouanet, "um novo racionalismo exige uma razão capaz de crítica e de autocrítica. Ela é capaz de crítica na medida em que reconhece sua competência para lidar com o mundo normativo, desafiando o grande interdito positivista, pelo menos tão antigo quanto Hume, que a condenava a trabalhar exclusivamente com o mundo dos fatos. Ela submete à sua jurisdição o reino dos valores e avalia a maior ou menor racionalidade das normas. Ela se considera competente, também, para denunciar a desrazão travestida de razão, numa crítica cujo modelo foi fornecido por Marx, quando mostrou a presença na razão oficial de uma relação de poder infiltrada, e por Freud, que nos ensinou a decifrar o desejo nos interstícios do discurso manifesto. E é capaz de autocrítica, na medida em que reconhece sua vulnerabilidade ao irracional: ou o irracional proveniente da falsa consciência - incapacidade socialmente condicionada de conhecer - ou o irracional sedimentado no inconsciente e que tenta continuamente sabotar a objetividade do pensamento." (As Razões do Iluminismo, São Paulo, Companhia das Letras, 1987, págs. 12/13). É essa razão crítica e sábia que deve conduzir uma proposta de reformulação teórica do conceito de ação.

Assim, o primeiro pressuposto teórico a ser sustentado será o da unidade do ordenamento jurídico. A função do processo não deve ser entendida apenas como a de reconhecer a

existência de um direito dado ou a de garantir o exercício dos direitos pelos respectivos titulares, na perspectiva da norma positiva. O sentido do direito objetivo, da norma positiva, se modifica pela mediação do processo. Não se está aqui a admitir a possibilidade de o juiz criar normas, idêntico ao poder conferido ao legislador, como defende Kelsen. O que se pretende é orientar o achamento do justo no Direito para a perspectiva do caso concreto e estabelecer a correlação necessária entre o sentido da norma e o sentido dos valores histórico-culturais dos fatos e, desse modo, admitir que remanesce no âmbito do processo um espaço criativo que se evidencia no estabelecimento da extensão dos direitos, concretamente considerados. Não é a incidência que determina qual a norma aplicável ao caso concreto, através de mera operação lógico-formal, porque o suporte fático que a integra encontra-se desligado da concretude do mundo, cristalizado como elemento formal da categoria normativa. O achamento do justo e, conseqüentemente, do Direito se verifica no e pelo processo de interpretação e de aplicação. Apesar da relevância da interpretação e da aplicação, a norma positiva deve ser o ponto de partida do intérprete para a solução do caso concreto.

A unidade do ordenamento, por outro lado, implica reconhecer que o Direito se caracteriza, primordialmente, como sistema de normas positivas. Daí surge o problema de se compatibilizar a sistematização própria do Direito, que é estática por natureza, com a dinâmica inerente ao processo e seus institutos, e mais ainda, com os acréscimos de sentido e de valor que se manifestam através do ato de interpretação e de aplicação. O sistema, neste caso, precisa abrir-se aos acréscimos de sentido

incorporados às normas, pela interpretação e pela aplicação, sem que essa abertura possa significar a sua supressão. A solução pode estar na sistemática proposta por Canaris, antes referida, que concebe o sistema jurídico como ordem axiológica de princípios gerais de direito, desde que conserve a essência de valer-para, no sentido emprestado à expressão por Emil Lask. Esta concepção de sistema responde adequadamente aos desafios impostos à ordem normativa pela problematização decorrente da primazia conferida ao caso concreto pelo processo interpretativo, na medida em que se caracteriza pela mobilidade e por se definir aberta, sem que a abertura se contraponha à pertinência do pensamento sistemático no Direito.

Crítico da teoria unitária para o Direito, Cândido Rangel Dinamarco afirma que *"aos sustentadores da teoria unitária cumpria demonstrar as premissas em que assenta e eles jamais lograram fazê-lo de modo convincente. É da experiência comum a constituição e extinção de direitos, em número indefinido de casos e correspondendo à normalidade da vida do direito, sem qualquer intercessão jurisdicional. Isso se dá ordinariamente, quando se trata de direitos e interesses disponíveis, havendo a satisfação voluntária; assim é em primeiro lugar no direito das obrigações, mas também no das coisas e no tributário (pagamento voluntário de tributos em geral), administrativo (v.g., nomeação e investidura de candidatos aprovados em concurso público), etc. Os direitos estão aí em plena vida, na complexidade da vida social, a eles sobrepairando o sistema processual do exercício da jurisdição, com visos de generalidade, somente como fator de severa advertência, ou seja, somente para dissuadir tanto quanto possível eventuais*

recalcitrantes com propensão a condutas divergentes do sistema jurídico. É nesses casos que o exercício efetivo da função jurisdicional tem caráter secundário, no sentido de que somente havendo insatisfação canalizada em demanda é que o Estado dispensará as medidas aptas a corrigir os rumos e impor imperativamente os desígnios do direito material. Resta sem demonstrar a alegada inaptidão do sistema jurídico-substancial para gerar direitos e obrigações.” (A Instrumentalidade do Processo, Malheiros Editores, São Paulo, 5ª ed., 1996, pág 192).

Inegavelmente, os direitos podem ter vida sem necessariamente serem sancionados pelo processo e pela jurisdição. A existência dos direitos decorre mesmo da própria positivação da norma. Todavia, não se deve confundir existência do direito com o seu exercício pelo titular. O exercício do direito pode ocorrer na vida do direito mesmo, independentemente da provocação da jurisdição, mas também pode se dar que o exercício do direito seja obstaculizado por um qualquer fator que obrigue o titular a buscar a tutela jurisdicional para obter a plena satisfação do que lhe é devido. No momento em que o titular do direito, cujo exercício foi obstaculizado, provoca a jurisdição, surge a possibilidade concreta da problematização do exercício e também e principalmente da existência do direito na esfera do sentido da norma positiva. É nesta hipótese que reside a possibilidade do reconhecimento de um certo *iter* criativo de direitos no âmbito do processo, na exata medida em que admitido que o sentido da norma se modifica pelo trabalho interpretativo e pelo confronto com a natureza multifacetada dos valores e dos fatos. Portanto, o reconhecimento da unidade do ordenamento jurídico não repousa tanto na

radicalidade de se reconhecer que somente pelo processo é possível ter direitos, mas principalmente pela possibilidade aberta para o processo de interagir na esfera normativa do direito de modo a conformar o sentido da norma à realidade cultural dos fatos e dos valores. Os direitos, portanto, têm relativa autonomia em relação ao processo, somente na proporção em que o titular possa exercê-los de forma plena e obtenha o que lhe é devido pelo obrigado, de forma espontânea. Uma vez obstaculizado o exercício do direito ou ocorrida uma determinada violação, essa relativa autonomia desaparece e surge para o titular a ação que integra o direito e que lhe permite obter a tutela jurisdicional específica. A controvérsia materializada no processo gira em torno da problematização do sentido da norma positiva e, conseqüentemente, da existência e da extensão do alegado direito de que a parte se afirma titular. Nesse momento se manifesta o caráter criativo de direitos inerente ao processo. Não se pode, portanto, sustentar uma radical separação entre direito substancial e processo. Dinamarco reconhece, inclusive, que *"Para a tomada de posição a respeito, é preciso afastar radicalismos. É fadada ao insucesso qualquer tentativa de definir sub specie aeternitatis as relações entre direito e processo, sabido que cada sistema jurídico tem o seu modo de ser que varia no espaço e no tempo e observadas as diferenças entre as diversas espécies de processo no seio do mesmo ordenamento jurídico."* (op cit pág 190). No mesmo sentido se manifesta Luiz Guilherme Marinoni para quem *"a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar é a necessidade da prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais; ou seja, a reabilitação do tema da*

tutela jurisdicional dos direitos revela uma preocupação com o resultado jurídico-substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno direito-processo." (A Técnica da Cognição e a Construção de Procedimentos Adequados à Tutela dos Direitos, in "Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho", RT, 1995, pág. 619/620). Entende Dinamarco que a matéria em torno da diferenciação entre direito e processo está assinalada por uma relatividade histórica inafastável. É necessário acrescentar que qualquer conceito, instituto ou norma jurídicos, estão marcados pela relatividade imposta pela história, pela cultura e pelos valores. Especificamente, no que diz respeito ao problema da autonomia entre direito e processo, a relatividade que se opera no sentido vislumbrado por Dinamarco tende antes para a unidade do ordenamento, e não para a autonomia radical entre um e outro, dado o caráter sistêmico do ordenamento e a natureza contingente dos direitos, ainda que outorgados por norma positiva, pois mesmo a norma positiva se revela contingente, na proporção em que sua positividade não encerra toda a multiplicidade dos valores vigorantes na concretude do mundo.

A pretensa autonomia entre direito e processo, que fundamenta a teoria dualista, decorre de um ponto de vista formal e abstrato do ordenamento jurídico que não se sustenta quando examinado em profundidade. Mas, como tudo no Direito, essa perspectiva dualista obedece a um fim pressuposto que, de acordo com Ovídio Baptista da Silva, na modernidade, reside no esforço da ilustração para obter um Direito perfeitamente previsível e determinável, no âmbito do direito privado, que não representasse obstáculos ao ideário do liberalismo econômico. Segundo Ovídio Baptista, "Com o objetivo de

impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal. Uma indeterminação do sentido da lei, que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em última análise em legislador, afigurava-se contraditória com a doutrina da divisão dos poderes (Karl Engisch, La Idea de concreción en el derecho y en la ciência jurídica actuales, 2ª ed. Alemã, 1968, trad. Espanhola do mesmo ano, p. 179)." (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica, São Paulo, RT, 1996, pág. 104). A separação entre direito e processo está reportada ao pressuposto ideológico da separação de poderes e aos interesses a ela subjacentes, o que não chega a causar estranheza, em se tratando de uma ciência cultural como é o Direito.

Considerado unitário o ordenamento jurídico ou pelo menos tendente à unidade, perde sentido a distinção entre direito substancial e direito processual.

A unitariedade assim considerada, todavia, não acarreta o desaparecimento da ação de direito material surgida da relação jurídica, no âmbito do direito substancial. Também não implica a supressão do direito constitucional de ação ou do direito de petição. Um e outra continuam a ter validade teórica, de per si, embora agora o que interessa ressaltar não é mais a estrutura do conceito, mas o que estrutura o conceito, ou seja, os objetivos que impulsionam o modo como funcionam e os objetivos que devem condicionar o funcionamento de tais conceitos no interior do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, ação de direito material e direito de ação, ou de petição, são institutos que se complementam, principalmente por

ocasião da interpretação e da aplicação do Direito ao caso concreto. Por isso, a distinção que se faz entre ação de direito material e direito de ação, ou de petição, perde importância diante do fato de que o titular do direito, para ver satisfeito o seu direito violado, terá de exercer o direito de ação, ou de petição, e comprovar no processo que surgiu para ele a ação de direito material que o habilita a exigir que o obrigado cumpra a prestação. A importância exagerada que se dá à potência inerente à ação de direito material deixa a falsa impressão de que ela contém poderes suficientes para atuar sobre a vontade do obrigado e fazê-lo prestar o que deve. O reconhecimento da existência de um tal poder somente é possível no plano abstrato do conceito. Concretamente, o que ocorre é que, sem a atividade estatal da jurisdição, chamada a resolver a lide, por força do exercício do direito de ação, ou de petição, o titular do direito estaria praticamente sem alternativas para a satisfação do que lhe é devido.

Desse modo, pode-se afirmar que a ação de direito material encontra a plena confirmação de sua existência quando o titular do direito exercita o direito constitucional de ação, perante o Estado. Nesse ato de exercer o direito de ação não se está a manejar ação diferente daquela de direito material, mesmo porque tanto a ação de direito material como o direito de ação, ou de petição, são "ações" de direito material. Ambas, no caso, se fundem numa mesma ação da qual se irradiam pretensões diversas. Para utilizar a expressão de Pontes de Miranda, na ação de direito material foi a pretensão de exigir o cumprimento da obrigação que se inflamou. No exercício do direito de ação, ou de petição, o que se inflamou foi a pretensão de exigir do Estado a tutela

jurisdicional. Pretensões diferentes que se materializam na ação que surge da relação jurídica de direito substancial entre indivíduos e da relação jurídica de direito substancial entre indivíduos e o Estado. Portanto, é correto afirmar que o credor tem ação de direito material contra o devedor. Mas se mostra inadequado tecnicamente dizer-se que o indivíduo tem ação contra o Estado porque o direito de ação, ou de petição, é atributo da cidadania que não deixa ao Estado a oportunidade de prestar a jurisdição ou de não prestá-la, simplesmente. É que não se pode pensar um instituto jurídico, cuja natureza é de direito público, através dos postulados geralmente aplicáveis aos de direito privado. Nisso reside grande parte dos equívocos observados na pretensa conceituação dos institutos de direito público ou que tutelam interesses coletivos. Ainda que configurados em diferentes contextos do direito material, ação de direito material e direito de ação constituem um único instituto: a ação. A ação que, embora surgida no âmago do direito material possibilita a existência do processo, do ato interpretativo e de aplicação do Direito.

Quando Ovídio Baptista da Silva adverte que agir para a realização do direito nada tem a ver com o outro agir para a realização de um direito público subjetivo à tutela jurisdicional a que o Estado se obriga a partir do momento em que impede a auto-realização do direito, e que a ação de direito material existe como expressão do direito e a ação processual como expressão do direito subjetivo público de que é sujeito passivo o Estado e que, por força dessa diferenciação, não se pode confundir ação processual e ação de direito material, não atenta para o fato de que a ação de direito material é impotente para compelir o

obrigado ao adimplemento sem a concorrência do poder jurisdicional do Estado que se dá por meio do exercício do direito de ação que instaura o processo. A jurisdição, inclusive, na sistemática do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 se coloca como antecedente tópico da ação, (artigos 1º, 2º e 3º). Conforme ressaltado anteriormente, fatos históricos e sociais contribuíram para uma certa preponderância da objetividade da jurisdição em relação à ação e a subjetividade que a cerca, enquanto conceito. O que deve ficar evidente é que a discussão em torno do conceito da ação, que enfatiza diferenças entre "ação" processual e ação de direito material, negligencia um outro plano muito mais importante que está na base do problema da aplicação do Direito que é o que envolve a correlação entre o conceito de ação e o conceito de jurisdição. A ação enquanto expressão do direito outorgado ao indivíduo, pela ordem jurídica, para a garantia da satisfação do que lhe é devido e, portanto, de natureza subjetiva e a jurisdição enquanto expressão do poder e da objetividade do Estado. É neste plano que se devem procurar as diferenças ou semelhanças e realçá-las, de modo a estabelecer a correlação necessária entre jurisdição e ação, no âmbito do processo, e de identificar o poder que lhes é próprio, que é o de garantir ao indivíduo o direito a ter direitos, conforme o ressaltado por Hannah Arendt, inclusive e principalmente contra o próprio Estado.

A ação é movimento para a satisfação do direito. E como movimento não pode ser definida e teorizada a partir de divisões, de cortes, de segmentações, de cunho abstrato e formal. A particularidade de determinada forma que ela assume durante o movimento que realiza para o cumprimento do objetivo de satisfação do direito da parte não serve para fundamentar o conceito em

sua totalidade. Desse modo, o estudo da teoria da ação de direito material só encontra justificativa se se tiver presente que ela representa apenas parte do instituto da ação, parte esta que é complementada pelo exercício do direito constitucional de ação. Integradas, ação de direito material e direito de ação, ou de petição, podem fornecer à ação a energia para dinamizar-lhe a potência necessária para satisfazer o direito do titular, não só a partir da perspectiva de um direito material dado e preexistente, mas também pela possibilidade de permitir ao processo um certo *iter* criativo de direitos. Visto o conceito de ação na sua dinâmica, ganha revelo o trabalho interpretativo que tem a tarefa de encontrar no ordenamento jurídico a potencialidade máxima do direito do titular, a partir do sentido de determinada norma ou princípio.

Quando Windscheid formulou o conceito de pretensão ele desejava limitar o poder conferido ao titular do direito pela *actio romana*. Ao dirigir o poder de exigir contra o obrigado a pretensão dá conta de manter a satisfação do direito nos limites do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que serve de fundamento para a premissa teórica da preexistência do direito em relação à ação e, conseqüentemente, ao processo, porque o direito deve estar inscrito na lei, na norma positiva. Entretanto, a pretensão não deve ser vista como instituto distinto da ação e do direito subjetivo. A pretensão deve ser vista como poder de exigir que está integrado à ação de forma a permitir que a exigibilidade que lhe é peculiar não esteja restrita ao obrigado, mas garantida à ação e conseqüentemente ao processo a possibilidade de um certo *iter* criativo de direitos, eventualmente não contidos no sentido do texto normativo.

A noção de que a pretensão nasce com a ação e não com o direito subjetivo vale para o direito obrigacional e para os direitos absolutos.

Finalmente, cumpre ressaltar que a validade teórica do princípio de que a cada direito corresponde uma ação que o assegura, considerado que a pretensão está contida na ação, que o processo contém um certo *iter* criativo de direitos e que o conceito de ação de direito material é o que melhor explica a dinâmica da ação no ordenamento jurídico, passa pela inversão dialética dos termos do princípio, de um ponto de vista que reconhece a primazia do caso concreto, da faticidade para o achamento do Direito sem, entretanto, rechaçar a vinculatividade da decisão judicial ao sentido da norma positiva. Assim, se a cada direito corresponde uma ação que o assegura, a cada ação corresponde também um direito que a assegura.

CAPÍTULO V

A COMPLEMENTAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE OS CONCEITOS DE AÇÃO E DE JURISDIÇÃO

A atuação do poder jurisdicional somente adquire sentido na proporção em que se reconhecer que ela se exerce dentro do ordenamento jurídico de forma a complementar o poder que se desenvolve pela dinâmica da ação. A jurisdição não deve estar contraposta à ação. Tampouco, se deve reconhecer que a jurisdição tem natureza meramente declaratória ou substitutiva. A função desempenhada pela jurisdição, assim como pela ação, deve ser estruturada a partir de premissa que garanta a efetividade dos direitos outorgados pela ordem jurídica que não se limita, obviamente, à simples natureza declaratória.

A funcionalidade que estrutura a ação e a jurisdição não se institucionaliza na perspectiva do sistema de normas, conforme o que propõe Parsons, mas na da problematização que se configura pela primazia conferida ao caso concreto. A funcionalidade da ação e da jurisdição não se revela de per si mas na proporção em que adequada a dar resposta aos problemas suscitados pela realidade concreta dos fatos e dos valores. Daí a necessidade da complementação funcional entre um conceito e outro, cujo fundamento de validade, em última análise, está reportado à solução exigida para o caso concreto o que, no limite, permite apenas uma institucionalização precária da função jurisdicional, posto que permanentemente tensionada pelas variantes colocadas pela história, pela cultura e pela concretude do mundo. A institucionalização da função jurisdicional portanto não decorre simplesmente do seu enquadramento dogmático no

ordenamento jurídico, mas da capacidade teórica e prática que detenha de dar resposta aos problemas concretos.

A atividade jurisdicional, para assegurar a efetividade dos direitos, deve permitir adaptar-se à realidade concreto do problema que demanda solução. Daí que não pode ser concebida como um universal, nem agasalhar procedimentos universalizantes, como o procedimento ordinário, por exemplo, onde não consideradas as peculiaridades da tutela específica para o proteção de um direito que se revela na sua especificidade.

Para adquirir essa qualidade de jurisdição do caso concreto a jurisdição necessita, antes de mais nada recuperar e incorporar o poder de império que lhe é inerente. Conforme assinala Ovídio Baptista da Silva, *"tendo-se presente que o procedimento da actio, nas fases mais remotas do direito romano, e mesmo no período do clássico, quando a tutela interdital ainda era amplamente exercida pelo pretor, limitava-se a tutelar exclusivamente os litígios nascidos de uma relação obrigacional, reservada a tutela por meio dos interditos, em número superior a setenta, à proteção dos direitos de maior relevância, inclusive para os interesses públicos e coletivos, é possível constatar que as funções a que modernamente denominamos executiva e mandamental incluíam-se na competência do pretor. Enquanto o iudex privado condenava, o pretor, através dos interditos, vetava certos comportamentos ou ordenava que os particulares praticassem determinadas atividades, autorizando as imissões na posse (missiones in possessionem), função esta eminentemente executiva."* (Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica, São Paulo, RT, 1996, pág 181). O fundamento da idéia de

jurisdição como poder eminentemente declaratório deriva, portanto, da estrutura da *actio romana*, por meio da qual era possível apenas a condenação do obrigado ao cumprimento da obrigação, sem compromisso com a efetividade do comando condenatório. Por razões históricas e ideológicas antes apontadas, foi essa concepção de jurisdição de declaração que propiciou a formulação conceitual do chamado procedimento ordinário, no direito processual, que acabou, inclusive, se tornando norma positiva no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973. A idéia que subjaz ao procedimento ordinário é a da possibilidade de se uniformizar a tutela jurisdicional para todos os direitos, sem consideração das particularidades a eles inerentes.

O pretenso caráter declaratório da jurisdição também está sustentado pelo postulado da neutralidade do Direito quanto a valores e, principalmente, na desconfiança com que a modernidade encarou a possibilidade de uma atividade judicial criativa. John Henry Merryman, citado por Ovídio Baptista da Silva, ressalta que *"En parte el juez en el sistema de derecho civil contemporáneo hereda una posición y realiza una serie de funciones determinadas por la tradición que se remonta hasta el juez romano. Esta tradición en que el juez nunca ha sido considerado como parte de una actividad creadora se vio influida por la ideología de la revolución europea y por las consecuencias de la doctrina racionalista de una estricta separación de poderes. El juez en el sistema de derecho civil desempeña así un papel mucho más modesto que el de su colega en el derecho común anglosajón y el sistema de selección y de inamovilidad del juez civilista es coherente con este muy diferente estado de la profesión judicial"* (p. 71). "El

servicio judicial es una carrera burocrática; el juez es un funcionario, un servidor público; la función judicial es estrecha, mecánica y falta de creatividad, (p. 72)." (op cit pág. 104). O confinamento da jurisdição ao espaço da atividade meramente declaratória pressupõe uma rígida divisão entre o poder jurisdicional e os poderes legislativo e executivo. Mas, assegura também o primado da preexistência do Direito em relação ao trabalho interpretativo e de aplicação da norma positiva ao caso concreto, de tal forma que, nesse esquema, cabe ao juiz apenas declarar o direito que rege o caso concreto. A premissa, como se observa, permite ainda a sistematização do Direito, torna viável a codificação e põe a salvo o princípio da segurança jurídica, fundamental para o liberalismo econômico, na proporção em que neutraliza a incerteza da decisão judicial que pode afetar a estabilidade pressuposta do processo de troca de bens nos mercados.

Todo esse ideal de neutralidade e de burocratização da atividade judicial está materializado no conceito de ordinarização de procedimentos na esfera do direito processual. Com efeito, se a existência dos direitos é um dado a ser extraído da positividade da norma, cabe ao processo apenas declarar uma tal existência, sendo que essa declaração por se constituir num universal pode também se tornar efetiva por meio de um procedimento que aspira à universalidade. O compromisso do procedimento ordinário com a universalidade relega a plano secundário o problema da efetividade no cumprimento da decisão judicial. A declaração que se obtém por meio do procedimento ordinário está destinada a produzir efeitos no mundo jurídico e, portanto, abstrato, conformado pelo processo e pelo procedimento do

qual emana e, desse modo, não tem força para repercutir na realidade concreta dos fatos. Daí a necessidade que sentiu o legislador brasileiro, por ocasião da elaboração do Código de Processo Civil de 1973, de separar radicalmente o processo de conhecimento, expressão positiva da *ordinariedade*, do chamado processo executivo, escorado na premissa teórica de que o processo executivo, essencialmente, não contém atividade jurisdicional, no sentido de declarar a existência de direitos. A esse respeito escreve Ovídio Baptista da Silva que *"A relutância observada até nossos dias em considerar o "processo de execução" como expressão autêntica do fenômeno jurisdicional, no fundo, é uma manifestação de um falso conceito que confunde jurisdição com solução autoritativa de controvérsias, como se tal tipo de atividade estatal se reduzisse à sentença, deixando de serem jurisdicionais as outras atividades desempenhadas pelo juiz com o objetivo de tornar efetivo o enunciado sentencial. Estamos muito próximos ainda do dia em que Calamandrei, o mais profundo e talentoso processualista italiano deste século, afirmava que a sentença constitutiva era composta de uma parcela de atividade jurisdicional, equivalente ao momento em que o juiz declarava o direito à mudança jurídica, ligada a uma outra parcela de atividade que não era mais jurisdicional e sim administrativa, correspondente ao momento em que o juiz, como decorrência da declaração jurisdicional, operava efetivamente a mudança jurídica. Nem estamos mais distante do tempo em que Carnelutti, a outra expressão viva do pensamento jurídico italiano, afirmava que a atividade executória compreendida no processo de execução, não era, igualmente, jurisdicional (Sistema del diritto processuale civile, v. 1, p. 132)."* (Ação de Imissão de Posse,

São Paulo, RT, 2ª ed., 1997, pág. 19/20). A divisão entre processo de conhecimento e processo executivo reproduz no âmbito do direito a separação filosófica entre fato e norma, com preponderância metodológica da norma positiva sobre o fato, a realidade.

O reconhecimento de que o processo executivo contém atividade jurisdicional importa em verdadeira inversão do sentido da separação entre norma e fato, através da qual se opera a prevalência da realidade concreta dos fatos sobre a abstração da norma positiva. Na verdade, a própria separação deixa de existir, na proporção em que admitido metodologicamente que atividade jurisdicional contém declaração e contém ordem que lhe permite intervir na realidade concreta dos fatos para assegurar a efetividade do exercício dos direitos por parte dos titulares.

A reelaboração do conceito de jurisdição na perspectiva do caso concreto e, portanto, da efetividade do processo, passa pela integração ao seu conteúdo do poder de *imperium*, exercido pelo pretor, através dos interditos. O poder de *imperium* inerente à jurisdição, obviamente, não se manifesta apenas no bojo de um processo executivo como complemento teórico do processo de conhecimento. O poder de ordenar permeia toda a atividade jurisdicional e, conseqüentemente, todo o processo. Assim, é possível ao juiz decretar ou ordenar, e não apenas declarar, em qualquer fase processo, desde que necessária a ordem ou o decreto para a garantia do exercício do direito por parte do titular. O poder de ordenar conferido à jurisdição pressupõe também que os direitos não se encontrem dados por completo na ordem normativa e que, entre o sentido normativo e a multiplicidade de sentidos que impregna o fato concreto medeia a atividade

interpretativa que permite ao juiz (e as partes), através de um certo poder criativo que perpassa a dinâmica do processo, estabelecer o alcance e o sentido dos direitos e formular a ordem adequada para o cumprimento da obrigação que ele encerra, sempre à luz da problematização do caso concreto. A interpretação e a natureza do caso concreto, portanto, fornecem os parâmetros dentro dos quais se materializa a natureza executiva da jurisdição, circunstância que evidencia a artificialidade da cisão entre cognição e execução e mais, concretamente, da divisão entre processo de conhecimento e processo executivo.

O poder de *imperium* da jurisdição se opera por meio de diferenciação de tutelas, conforme o que ressalta Luiz Guilherme Marinoni, sendo que a diferenciação em questão se reporta ao primado da efetividade do exercício dos direitos.

A diferenciação de tutelas se torna necessária na exata proporção em que reconhecido que o conteúdo dos direitos não são iguais e uniformes. Conforme acentua Luiz Guilherme Marinoni, citando Chiovenda, "*na perspectiva de quem afirma ter um direito a ser tutelado, nada melhor do que a lembrança de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Nessa perspectiva a técnica processual assume grande relevo, uma vez que para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos é imprescindível o correto manejo das técnicas de cognição, da antecipação e da atuação dos direitos.*" (A *Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pág. 20). Por isso é que, de acordo com o ilustre processualista paranaense, é necessária a construção de técnicas de cognição ajustadas às

necessidades da tutela. Ou seja, a técnica de cognição ao invés de obedecer a um procedimento padrão, ditado, por exemplo, pela ordinariedade do processo de conhecimento, passa a se guiar pelas peculiaridades próprias da situação concreta que reclama solução, o que não significa reconhecer que essa técnica se constrói aleatoriamente, sem uma metodologia. A título de exemplo, a técnica de antecipação de tutela introduzida pelo artigo 273, do Código de Processo Civil Brasileiro, se inscreve nessa preocupação de atender às diferentes necessidades de tutela postas pela concretude dos fatos.

A necessidade de diferenciação de tutelas não é consequência de uma diferenciação de procedimentos, no âmbito do processo. Ela resulta do fato de que a natureza das ações é dada pelo próprio direito a tutelar que não se modifica pelo mero enquadramento procedimental no interior do processo. Conforme ressalta Ovídio Baptista da Silva *"o equívoco que tem levado os juristas a afirmar que a única classificação legítima, do ponto de vista da ciência processual, seria aquela que distingue as ações e sentenças por suas respectivas cargas de eficácia, decorre da suposição de que a separação entre o chamado "processo de conhecimento" e o processo de execução seja um fenômeno apenas processual e que nada tenha a ver com o direito material de que o processo se ocupe; supondo-se que o processualista, e o legislador, sejam soberanos absolutos neste domínio, podendo fazer e desfazer as coisas, criando e extinguindo ações condenatórias ou executivas, ou declaratórias, ou transformando-as de uma categoria em outra. Contudo, o exame mais superficial que se fizesse seria suficiente para mostrar que uma determinada ação será invariável e necessariamente*

constitutiva, por exemplo, segundo a natureza da pretensão a ser tutelada pela sentença. Jamais poderá o legislador do processo mudar a natureza constitutiva de uma ação de separação judicial, ou de anulação ou rescisão de um contrato!" (Curso de Processo Civil, Porto Alegre, SAFe, 2ª ed., vol I, pág. 120/121). Estando a ação como que contida no direito é natural que conserve a natureza mesma do direito a que se liga. A natureza da ação não é dada pelo processo, mas pelo direito o que, fundamentalmente, confirma a assertiva no sentido da impossibilidade teórica de separação radical entre o direito substancial e o direito processual. Disso resulta que a classificação quinária de Pontes de Miranda, que divide as ações em condenatórias, declaratórias, executivas, constitutivas e mandamentais, se mostra adequada a uma premissa de tutela jurisdicional diferenciada que leve em conta as peculiaridades de cada tipo de ação. Entretanto, é necessário lembrar da advertência de Pontes de Miranda no sentido de que nenhuma ação é puramente declarativa, ou constitutiva, ou condenatória, ou executiva ou ainda mandamental. A ação declaratória é declaratória porque predominantemente declaratória, do mesmo modo que a ação constitutiva o é porque predominantemente constitutiva, a ação condenatória porque predominantemente condenatória, a ação mandamental porque predominantemente mandamental e a ação executiva porque predominantemente executiva. Toda a ação é declaratória, condenatória, executiva, constitutiva e mandamental, mas há uma natureza eficaz que prepondera e que, pela preponderância, estabelece a natureza mesma da ação e serve de parâmetro para os efeitos das demais eficácias que nela se contêm.

Por isso é que o conceito de ação de direito material se mostra o mais adequado para dar conta da complementaridade funcional entre ação e jurisdição no interior da ordem jurídica. Uma tal complementaridade adquire força conceitual quando se constata que um processualista do porte de Cândido Rangel Dinamarco reconhece que a preocupação em torno do conceito de ação, por parte dos juristas de Países latinos, se revelou exagerada e que o que importa agora é garantir a instrumentalidade do processo, que na sua visão se constituiria no terceiro momento metodológico do direito processual, embora, contraditoriamente, continue a defender uma teoria geral do processo fundada, entre outros pressupostos, na separação conceitual entre direito substancial e direito processual.

À um conceito de ação abstrato e formal e à uma concepção de jurisdição restrita ao poder de declaração, se contrapõe a idéia de complementaridade funcional entre o conceito de ação de direito material, voltada para o conteúdo substancial dos direitos, e de jurisdição que contém os poderes necessários à garantia da efetividade do processo e, conseqüentemente, dos direitos, tendo como pressuposto metodológico a unidade do ordenamento jurídico, a perspectiva tópica, da solução justa para o caso concreto, a importância do trabalho hermenêutico, que desempenha papel central na construção do sentido da norma, e a possibilidade implícita na aplicação do Direito de que se contém no processo e seus institutos um certo *iter* criativo que não pode ser negligenciado pelos atores processuais contemporâneos. Esse pode ser um dos caminhos que se abrem para a construção de uma dogmática potencializadora de valores, no sentido proposto por Clèmerson Merlin Clève, não apenas para o

direito constitucional mas para todo o Direito.

CONCLUSÃO

Do exame em torno da *actio* é possível reconhecer que, para o pensamento jurídico moderno, prevaleceu a idéia de que a jurisdição para os Romanos equivalia à estrutura da *actio* que tinha caráter eminentemente declaratório.

O estudo da *actio* levado a efeito na modernidade se deu sob as premissas metodológicas da filosofia racionalista e resultou na separação radical entre direito e processo, na contraposição teórica entre ação e jurisdição, de modo a permitir a sistematização e a abordagem conceitual do Direito e na difusão da idéia de que a tarefa da jurisdição deveria ser concebida como meramente declaratória e neutra.

A noção de que o Direito se constitui pelo sistema decorre do processo de racionalização do campo jurídico imposto pela modernidade. Assenta-se a premissa de que o Direito somente pode ser reconhecido como tal porque sistematiza e se deixa sistematizar. Mas, se o Direito é sistema, o sistema para o Direito deve ser, necessariamente, aberto, onde implícito que a incompletude que constitui o Direito tende para a completude e que a aceitação da existência da completude como um dado *a priori* significaria negar a possibilidade teórica de se pensar o Direito e a juridicidade. O sistema aberto para o Direito poderia se estruturar em torno da proposta de Canaris que entende o Direito como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito.

Mais se acentua a separação entre direito substancial e processo quando se constata que o conceito de pretensão de Windscheid intenta adaptar a função da *actio*

romana, pela qual o pretor assegurava "expressão" aos direitos, ao caráter sistemático do Direito moderno, onde os direitos se constituem como um *prius* e a ação como um *posterius*. O conceito de pretensão separa o direito enquanto tal da forma de sua proteção judicial tentando com a separação preservar a autonomia da vontade individual, apesar de reconhecido metodologicamente que os direitos constituem um dado *a priori*, que se contém na lei positiva.

Na esteira do conceito de pretensão forjado por Windscheid, as teorias da ação que conceberam a ação como direito autônomo e abstrato, (Muther, Büllow, Plósz, Degenkolb, Gierke etc.), ou como direito autônomo e concreto, (Wach, Chiovenda etc.), ou ainda como direito autônomo dependente do exame do interesse de agir, da legitimidade das partes para a causa e da possibilidade jurídica do pedido, (Liebman), tentaram, a seu modo, dar uma explicação convincente para a separação conceitual entre direito e processo, mas não se sustentam, teoricamente, na medida em que a autonomia que se reconhece à ação se revela relativa porque medida na perspectiva do direito substancial. Para a construção da autonomia conceitual do processo, os processualistas tomam emprestadas as premissas dos conceitos do direito substancial o que, de per si, já seria suficiente para solapar a cientificidade da tese autonomista.

A relatividade da autonomia entre direito e processo impõe séria dificuldade teórica aos juristas que tentam sustentar a independência radical entre direito substancial e direito processual e que, de certo modo, transparece nas sucessivas mudanças de paradigmas para explicar o direito de ação.

No Brasil, a teoria da ação proposta por Liebman se confronta com a teoria da ação como ação de direito material proposta por Pontes de Miranda. Pontes de Miranda, inclusive, adota o conceito de pretensão de Windscheid para situar conceitualmente o alcance e a extensão da ação de direito material. Ocorre que a pretensão somente se realiza na ação e não tem sentido separar pretensão e ação de direito material, como faz Pontes de Miranda, devendo-se, entretanto, preservar a separação entre direito subjetivo e ação de direito material que têm como linha divisória o fato do inadimplemento da obrigação pelo obrigado.

É necessário ponderar que, conforme assevera Riccardo Orestano, o problema do direito de ação somente se resolve na sua própria história.

Ainda que diferenciados em razão do papel que desempenham no interior do ordenamento jurídico, a ação de direito material e o direito de ação são complementares e o exercício de um implica, necessariamente, a existência e o exercício do outro, sendo ambos aspectos de um mesmo instituto: a ação.

Sendo a ação uma mas não indivisível, a separação entre direito substancial e direito processual se mostra incompatível com a concepção de sistema do Direito e somente se justifica pela tentativa dos juristas de preservar a premissa da autonomia da vontade individual, como fundamento do direito privado, diante da objetividade totalizante da norma e, por conseguinte, do ordenamento jurídico.

Correlacionado à objetividade do ordenamento jurídico está o surgimento do Estado moderno e do constitucionalismo.

O Estado e a Constituição, concebidos sob as premissas racionalistas, constituíram, a princípio, instrumentos destinados a consolidar o ideário do liberalismo econômico que tem como princípios básicos o da autonomia da vontade individual e o da neutralidade do Estado. Entretanto, o princípio da potência da vontade individual sobre o qual repousa a legitimidade do Estado e da Constituição tornou-se mais categoria conceitual do que propriamente instrumento por meio do qual se potencializa a cidadania e a democracia.

A redução do poder jurisdicional à função declarativa tem também caráter ideológico porque assegura a neutralidade do Estado de forma a garantir o livre comércio, como expressão do individualismo pregado pelo liberalismo econômico.

Como expressão do poder do Estado, a jurisdição se reporta à norma, ao ordenamento, sendo absolutamente indiferente à vontade do titular que se expressa na ação e que surge do direito. Na passagem do Estado liberal ao Estado do bem-estar social e com a prevalência da objetividade do ordenamento jurídico em detrimento da subjetividade dos direitos, inclusive, o de ação, ocorre a mudança de enfoque conceitual, pela qual o fundamento do direito processual passa a ser a jurisdição ao invés do direito de ação.

A objetividade da ordem jurídica decorre do processo de sistematização e de racionalização tornada possível no campo jurídico pela equiparação do Direito à Lei. Ao reportar a legitimidade do Direito à Lei, a teoria jurídica prescinde de qualquer fundamento metajurídico para a explicação do Direito. A consequência dessa tomada de posição

eminentemente legalista é que o problema da justiça se torna secundário para os juristas e para o Direito. A Lei, enquanto expressão do Direito, objetiva o desenvolvimento de uma univocidade de sentido porque disciplina condutas de uma perspectiva lógica e dogmática, própria à realidade da norma. A pluralidade de sentidos que Kelsen reconhece válida para a norma jurídica de caráter genérico não se evidencia fundamento suficiente para negar o objetivo de univocidade de sentido que o seu normativismo implicitamente encerra.

O que define o ato jurisdicional é o conflito de interesses que está na base do processo. Desse modo, a definição de lide de Carnelutti, com sentido ampliado para abranger todo e qualquer conflito concreto, pode servir de fundamento para a definição do que seja ato jurisdicional e dos seus objetivos no processo. Tomando-se o conflito concreto de interesses como essência do ato jurisdicional pode-se reconhecer jurisdicional qualquer ato que, no processo, tenha por objetivo a composição da lide e, conseqüentemente, a pacificação do conflito.

De todo o modo, um conceito absoluto de ato jurisdicional ou mesmo de jurisdição não se sustenta. É que os conceitos jurídicos são conformados pela realidade histórico-social, o que enseja o reconhecimento de que a postulação de uma teoria geral de validade absoluta e a-temporal para o Direito e particularmente para o direito processual se mostra de difícil sustentação, do ponto de vista estritamente científico.

A relativização dos conceitos jurídicos, particularmente do conceito de jurisdição, está ligada aos fins e aos valores

que o Direito e a jurisdição devem assimilar, esta enquanto poder que expressa a estatalidade e instituto jurídico processual reportado à realidade histórico-social.

O reconhecimento de que a juridicidade está informada por valores se contrapõe ao formalismo e as distinções legadas pela Revolução Francesa que encontram na sociologia de Durkheim, Weber e Parsons, entre outros, o tratamento teórico que propiciará a regulamentação da coerção, a burocratização da vida em sociedade e o controle da individualidade, de modo a conferir autonomia ao exercício do poder, cuja expressão acabada se verifica na atual sociedade de consumo que sufocou o sujeito a e subjetividade. Na sociedade de consumo o Direito se baseia na uniformidade da vida social e na sua capacidade para a indiferença, o que permite a mudança indiscriminada de conteúdos, de princípios e de valores. O Direito mesmo se torna nesse meio social objeto de consumo.

Num mundo de indiferentes e de indiferenças, a distinção entre esfera pública e esfera privada exige a delimitação do espaço público no âmbito do qual se torne possível o ressurgimento de uma subjetividade autônoma em relação à indiferenciação da subjetividade de massas, que seja capaz de, pela diferença de que se constitui, a partir de uma intersubjetividade dialógica, estabelecer os fins para o exercício do poder e para o papel do Estado.

O sujeito de direito "diferente" pressupõe uma idéia de direito subjetivo que, ao contrário do direito objetivo, adquire validade, enquanto conceito, na concreção do comando legal, seja na atuação cotidiana do

comando normativo, seja na interpretação e aplicação do direito pelos tribunais.

No redirecionamento do conhecimento jurídico para a perspectiva do caso concreto, está implícita a idéia de que a lógica classificatória e a busca de uma ontologia do jurídico não dão conta de explicar o Direito em toda a sua extensão, porque somente permitem compreender e conhecer o que é externo aos institutos jurídicos. Inferir-se a solução para o caso concreto a partir da concatenação lógica de idéias não assegura a devida compreensão e o devido conhecimento do Direito, que não se reduz ao conceito e à definição, dada a natureza histórica e contingente que o informa. Entretanto, não se pode prescindir da lógica como um dos elementos integrantes de uma metodologia que valorize o ato interpretativo como meio necessário à delimitação do alcance dos direitos.

O Direito tem natureza histórica e eminentemente valorativa. O caminho teórico percorrido entre o jusracionalismo e a concepção de uma jurisprudência orientada a valores é ilustrativo da necessária correlação entre Direito, História e valores. Para o racionalismo a justiça é antes um conceito sobre as proporções e as premissas daquilo que se deve entender por justiça e por justo.

Por seu turno, a propalada crise da razão e do racionalismo, é uma falsa crise porque o que se esgotou foi uma determinada apropriação do projeto iluminista que limitou os horizontes da razão e, como frisa Rouanet tornou-a perversa e repressiva da cidadania e da criatividade. Daí que o paradigma racionalista deve ser revisto numa perspectiva que possibilite à razão a criatividade e a crítica. No que se refere ao Direito o conceito que se pretenda

válido e eficaz, como explicação de um determinado fenômeno jurídico, deve levar em consideração a contingência do fato ou ato jurídico e a correlação necessária entre a generalidade da norma e a particularidade do valor que é histórico e acidental, assim como a premissa inafastável da historicidade do Direito.

Somente pelo trabalho interpretativo feito pelos operadores do Direito, (advogados, juizes, promotores de justiça, jusfilósofos etc.), é possível encontrar o logos da juridicidade. Mas, para interpretar o Direito não basta conhecê-lo. É necessário compreender-lhe o sentido e o significado o que exige do intérprete um ponto de vista interno ao sistema jurídico e não apenas uma visão puramente externa e objetivante do fenômeno jurídico. No processo interpretativo o intérprete não apenas modifica mas também se modifica porque obrigado a situar-se historicamente para levar a cabo a operação de reconstrução do sentido do texto. A reconstrução do texto se opera na proporção em que estrutura sentido que nunca toma uma determinada estrutura definitiva, posto que existe um resto que escapa ao sujeito intérprete e ao próprio processo de interpretação. Por isso, pode-se concordar com Ernildo Stein que entende que, nas ciências humanas, assim como no Direito, um texto acabado, perfeito, é um texto morto, o que pressupõe para o Direito, especificamente, uma metodologia interpretativa que reconheça o dado da pré-compreensão e que possibilite o compreender tanto quanto o conhecer.

Compreender é buscar o sentido e o significado do texto normativo. O sentido do texto normativo é alcançado pela determinação das circunstâncias hermeneuticamente relevantes à luz do caso concreto e da

metodologia interpretativa. Já para se encontrar o significado do texto normativo deve-se considerar o contexto das frases, e aspecto intencional e convencional do texto, bem como a relação entre intencionalidade e convencionalidade. O sentido e o significado da norma que se concretizam na decisão judicial são dados pelo discurso argumentativo que se estrutura no processo. Do mesmo modo, a construção de uma metodologia científica para o Direito somente se torna possível através de um "processo" que permita o discurso argumentativo.

O discurso argumentativo que estrutura o sentido e o significado pode se valer dos postulados da tópica. Para a uma jurisprudência que se apoie na tópica, a Lei positiva deve assumir a característica de um *topoi* que, em razão do seu caráter vinculante, não pode ser alijada do discurso argumentativo. O pensamento tópico, portanto, não se opõe ao pensamento sistemático, na medida em que considerar a vinculatividade necessária do sentido da norma positiva e a circunstância de que a problematização do sentido do texto normativo conduz ao enriquecimento axiológico e teleológico do conteúdo da norma.

O ordenamento jurídico deve ser concebido como unitário, porque pulsa no âmbito do processo uma força criativa que trabalha na direção do estabelecimento da extensão dos direitos e que se manifesta por ocasião da concreção da norma positiva e do seu confronto com os elementos contingentes dos fatos e dos valores. A unidade da ordem jurídica repousa com maior ênfase na possibilidade concedida ao processo de interagir na esfera normativa do direito, de modo a conformar o

sentido da norma à realidade cultural dos fatos e dos valores.

A visão unitária permite reconhecer, inclusive, que a ação de direito material e o direito de ação, ou de petição, são institutos que se complementam na estrutura da ordem normativa e no processo hermenêutico. A ação é movimento para a satisfação do direito, cuja funcionalidade conceitual não comporta segmentações de cunho abstrato e formal.

O que está na base do problema da aplicação do direito é a correlação que envolve os conceitos de ação e de jurisdição.

A natureza da ação não se dá pelo processo, mas pelo direito o que, fundamentalmente, confirma a assertiva que trafega no sentido da impossibilidade teórica da separação radical entre direito substancial e direito processual. Dentro desse princípio integrativo, a pretensão deve ser vista como poder de exigir que está integrado à ação para que assim se torne possível reconhecer que o poder de exigir que lhe é próprio permite ao processo um certo *iter* criativo de direitos.

O conceito de ação de direito material, reconhecido como *topoi*, na perspectiva do caso concreto, é o que melhor explica a dinâmica da ação no interior do ordenamento jurídico.

A jurisdição, por sua vez, não deve estar contraposta à ação. O poder jurisdicional somente adquire sentido na proporção em que admitido que ele se exerce dentro do ordenamento jurídico de forma a complementar funcionalmente a dinâmica que caracteriza a ação.

Para adquirir a qualidade de jurisdição do caso concreto, de *topoi*, a

jurisdição necessita recuperar o poder de *imperium* que lhe é próprio. O poder de *imperium* da jurisdição deve permear todo o processo, indistintamente, quer se trate de procedimento ordinário ou de procedimento executivo, propriamente dito, de modo a romper o compromisso do procedimento ordinário com a universalidade conceitual que relega a plano secundário o problema da efetividade da decisão judicial.

O que fica a título de afirmação conclusiva definitiva é que os conceitos de ação e de jurisdição somente podem ser pensados na perspectiva do movimento funcional e de complementaridade que desenvolvem no interior da ordem jurídica, que se mostra por inteiro no processo e, por ele, na interpretação e na aplicação do Direito, que considera a relevância dos elementos do caso concreto para a busca da solução que não seja apenas jurídica mas que, acima de tudo, se revele justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDT, Hannah. A Condição Humana. São Paulo, Forense/Edusp, 1981.
- ARGUELLO, Katie Silene Cáceres. Weber e o Direito: Racionalidade e Ética. Florianópolis, Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 1995.
- ARMELLINI, Serenella. Le Due Mani Della Giustizia - La premialità del diritto come problema filosofico. Torino, G. Giappichelli Editore.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito - Introdução e Teoria Geral - Uma Perspectiva Luso-Brasileira. 6ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Aplicação do Direito e Contexto Social. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. Do Método Jurídico: Reflexões em torno da Tópica. In Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul n. 64, Julho de 1995, pág. 5-26.
- BENOIT, Lelita. O Positivista Pós-moderno. In Folha de S. Paulo. São Paulo, 23 de Abril de 1995, pág. 5-3.
- BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994.
- _____. A Constituição Aberta. Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora Ltda., 1993.
- _____. Do Estado Liberal ao Estado Social. 5ª ed., Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora Ltda., 1993.
- BORGES, Marcos Afonso. Breve Notícia sobre a Evolução Histórica do Direito Processual Civil. In Revista de Processo n.50, Abril/Junho de 1988, pág. 25-46.
- BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro, Editora Bertrand Brasil S/A, 1989.
- BUZAID, Alfredo. A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro. In Revista de Processo n. 27, Julho/Setembro de 1982, pág. 13-25.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993.
- _____. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra, Coimbra Editora, Limitada, 1994.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição - Noções Fundamentais. In Revista de Processo n. 19, Julho/Setembro de 1980, pág. 10-22.
- CARNELUTTI, Francesco. Studi Di Diritto Processuale. Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1939, vol. Terzo.
- CASTRO, Antonio Barros de, et alii. Introdução à Economia - Uma Abordagem Estruturalista. 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1979.

CHAMOUN, Ebert. Instituições de Direito Romano. 6ª ed., Rio de Janeiro, Editora Rio Ltda., 1977.

CHIOVENDA, Giuseppe. La Acción en el Sistema de los Derechos. Bogotá, Editorial Temis S/A, 1986.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. Editora Revista dos Tribunais, 1995, pág. 34-53.

COELHO, Luiz Fernando. Teoria Crítica do Direito. 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1991.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição, Ação (Defesa) e Processo. São Paulo, Dialética, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1986.

_____. A Instrumentalidade do Processo. 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

_____, *et alii*. Teoria Geral do Processo. 6ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito. 3ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

_____. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 8ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

_____. Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência. 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996.

DREIFUSS, René. Política, Poder, Estado e Força (Uma Leitura de Weber). Petrópolis, Editora Vozes, 1993.

DURKHEIM, Emile. As Regras do Método Sociológico. 2ª ed., São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1960.

ENNECCERUS, L., KIPP, T., WOLFF, M. Derecho Civil. 39ª ed., Tradução Espanhola, Tomo I.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de, *et Alii*. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid, Editora Civitas S/A, 1986.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Poder Constituinte. 2ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1985.

FOUCAULT, Michel. As Palavras e as Coisas (Uma Arqueologia das Ciências Humanas). (Anotações)

_____. Microfísica do Poder. 5ª ed., Edições Graal Ltda., 1985.

FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e Interesse. Rio de Janeiro, Editora Guanabara S/A, 1987.

HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBBSBAWM, Eric J. A Era das Revoluções 1789 - 1848. Editora Paz e Terra, 1977.

HORTON, John. Anomia e Alienação: Um Problema na Ideologia da Sociologia. In FORACHI, Marialice Mencarini, et alii. Sociologia e Sociedade (Leituras de Introdução à Sociologia). Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1983, pág. 91-106.

JAPIASSÚ, Hilton. A Crise da Razão e do Saber Objetivo - As ondas do irracional. São Paulo, Editora Letras & Letras, 1996.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, vol. I.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Conceito de Sistema no Direito. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

_____. Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação. 1ª ed., São Paulo, Editora Atlas S/A, 1990.

_____. *et alii*. Constituição de 1988 Legitimidade Vigência e Eficácia Supremacia. São Paulo, Editora Atlas S/A, 1989.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1991.

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. 4ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992, vol. VIII, Tomo I.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo, Cia. Das Letras, 1988.

LAMEGO, José. Hermenêutica e Jurisprudência - Análise de uma "recepção". Lisboa, Editorial Fragmentos Lda. 1990.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A Monografia Jurídica. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di Diritto Processuale Civile. Milano, Dott. A Guiffré Editore, 1957.

LOEWITH, Karl. Racionalização e Liberdade: O Sentido da Ação Social. In FORACHI, Marialice Mencarini, *et alii*. Sociologia e Sociedade (Leituras de Introdução à Sociologia). Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1983, pág. 145-162.

LOPARIC, Zeljko. Ética e Finitude. São Paulo, Educ, 1995.

LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. In Revista Sequência n. 28, Junho de 1994, pág. 15-29.

LYOTARD, Jean-François. Moralidades Pós-Modernas. Campinas, Papirus Editora, 1996.

MAFFESOLI, Michel. A Contemplação do Mundo. Porto Alegre. Artes e Ofícios Editora Ltda., 1995.

_____. Liberdades Intersticiais. Florianópolis, Tradução de Márcio de Oliveira Dornelles, 1993.

MALACHINI, Edson Ribas. A Eficácia Preponderante das Ações Possessórias. In Revista de Processo n. 71, pág. 14/19.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

_____. A Técnica de Cognição e a Construção de Procedimentos Adequados à Tutela dos Direitos. In Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. Editora Revista dos Tribunais, 1995, pág. 620-633.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Forense, vol. I.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 12ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. São Paulo, Editora Saraiva, 1993.

MIAILLE, Michel. Uma Introdução Crítica ao Direito. (Anotações)

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro. Editor Borsoi, 1955, vol. 5 e 6.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1974, Tomo I.

_____. Tratado das Ações. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, Tomo I.

MONTEIRO, João. Curso de Processo Civil e Commercial. 2ª ed., São Paulo, Duprat & Comp., 1905.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Estrutura do novo Código de Processo Civil. In Revista Forense n. 246, Abril/Maio/Junho de 1974, pág. 35-42.

ORESTANO, Riccardo. Azione. In Enciclopedia Del Diritto. Guiffré Editore, vol. IV, pág. 782-822.

PARSONS, Talcott. Durkheim e a Teoria da Integração dos Sistemas Sociais. In COHN, Gabriel. Sociologia: Para Ler os Clássicos. Rio de Janeiro. Livros Técnicos e Científicos Editora S/A, 1977.

PERELMAN, Chaim. La Giustizia. Torino, G. Giappichelli Editore.

_____. Retóricas. São Paulo, Martins Fontes, 1997.

RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 1 e 2.

ROUANET, Sérgio Paulo. As Razões do Iluminismo. São Paulo, Cia. Das Letras, 1989.

ROSS, Alf. Hacia Una Ciencia Realista del Derecho - Crítica Del Dualismo en el Derecho. Buenos Aires, Editorial Abeledo - Perrot, 1961.

SALDANHA, Nelson. Ordem e Hermenêutica. Rio de Janeiro, Editora Renovar Ltda., 1992.

- _____. Teoria do Direito e Crítica Histórica. Rio de Janeiro, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, 1º vol.
- SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento Civil Romano. Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-América - EJE, 1954.
- SICHES, Luis Recaséns. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. 2ª ed., Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, vol. I, II e III.
- _____. Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. Ação de Imissão de Posse. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- SOUZA, Jessé. Homem, Cidadão: Ética e Modernidade em Weber. In Revista Lua Nova n. 33, pág. 136-146.
- STEIN, Ernildo. Aproximações sobre Hermenêutica. Porto Alegre, Edipucrs, 1996.
- TEUBNER, Gunther. O Direito como Sistema Autopoiético. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- TUCCI, Rogério Lauria. Jurisdição, Ação e Processo Civil (Subsídios para a Teoria Geral do Processo Civil). In Revista de Processo n. 52, Outubro/Dezembro de 1988, pág. 7-40.
- UNGER, Roberto Mangabeira. Conhecimento e Política. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- VIDIGAL, Luís Eulalio de Bueno. Pressupostos Processuais e Condições da Ação. In Revista da Faculdade de Direito de São Paulo vol. LXII - Fasc. II, 1967, pág. 63-80.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional e Editora da Universidade de Brasília, 1979.
- WINDSCHEID, Bernhard, *et alii*. Polemica Intorno All' "Actio". Firenze, Sansoni.