

# **A QUESTÃO DA SITUAÇÃO DE DIREITO MATERIAL COMO PRESSUPOSTO DO PROCESSO E A CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA: SUBSÍDIOS PARA UMA RECONSIDERAÇÃO DOS VÍNCULOS ENTRE RELAÇÃO PROCESSUAL E RELAÇÃO MATERIAL**

**Ricardo Adriano Massara Brasileiro\***

## **RESUMO**

O processo se presta para a realização judiciária de direitos. É ele um bem meio, que serve à resolução de situações concretas da vida. No entanto, por paradoxal que possa parecer, a existência de uma situação de direito material ou mesmo a afirmação da existência de uma situação de direito material constituem pressupostos para a instauração e para a existência de um processo. Nas concepções abstratas da ação, a existência do direito de ação ou do direito ao processo está desvinculada da existência do direito material alegado pelo autor. No entanto, em diversas formulações clássicas dessa teoria, a existência do direito de ação estaria vinculada, ao menos, à alegação da existência de um direito titularizado pelo autor contra o réu. O presente estudo tem como um de seus propósitos a análise da subsistência de tais entendimentos, para concluir o que é suficiente para a instauração e para a existência do processo a ocorrência do direcionamento de uma petição, formulada por alguém com capacidade de ser parte a um órgão investido do poder jurisdicional. E isso, qualquer que seja o conteúdo do peticionado, dado que as próprias regras processuais prevêem hipóteses para o tratamento das petições que não veiculam conteúdos de direito material. Outro propósito do estudo é a demonstração de que a sentença judicial mais constitui do que declara direitos, de modo a provir sua força da imposição estatal de sua validade e não de qualquer disposição material. Pelos aspectos abordados, busca-se evidenciar que as interações entre a relação jurídica processual e a relação jurídica

---

\* Doutor, mestre e especialista em Direito pela Faculdade de Direito de UFMG, professor dos cursos de graduação e mestrado na Faculdade de Direito Milton Campos, Procurador do Estado de Minas Gerais, Advogado.

substancial, cuja diferenciação constituiu a base para a autonomização das ditas “ciências processuais”, não estão ainda definitivamente resolvidas.

**PALAVRAS CHAVES:** SITUAÇÃO MATERIAL – RELAÇÃO PROCESSUAL – CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA

**ABSTRACT**

The process serves to the judicial realization of rights. It is a medium, which serves to the resolution of concrete situations of life. Nevertheless, despite it seems paradoxical, the existence of a right or even the mere affirmation of an existing right are not a condition to the instauration or to the existence of a process. In the abstracts conceptions of action, the existence of a right to an action or the existence of a right to the process are not attached with the existence of the right alleged by the plaintiff. Despite this, in many classical formulations of these theories, the existence of a right to an action would be attached, at least, to an affirmation of the existence of a right entitled by the plaintiff against the defendant. One aim of the present study is to analyze the subsistence of these understandings, to conclude that the petition of someone with capacity of being a plaintiff to someone with jurisdictional powers it is enough to the instauration and to the existence of a process. And this, despite of the petition's content, considered that procedural norms rules the discipline of petitions with no material contents. One other aim of the study is the demonstration that the judicial sentence constitute more than just declare rights, in a way that its powers come from a state imposition of its validity and not of any right disposition. By these considered aspects, the study searches to evince the links between the procedural relation and the material relation, whose differentiation constituted the basis to the independence of the so-called “procedural sciences”, are not definitively resolved.

**KEYWORDS:** SITUAÇÃO MATERIAL; RIGHT SITUATION – RELAÇÃO PROCESSUAL; PROCEDURAL RELATION – CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA; SENTENCE CONSTITUTIVENESS

## INTRODUÇÃO

O processo se presta para a realização judiciária de direitos. É ele um bem meio, que serve à resolução de situações concretas da vida. No entanto, por paradoxal que possa parecer, a existência de uma situação de direito material ou mesmo a afirmação da existência de uma situação de direito material não constituem pressupostos para a instauração e para a existência de um processo. Por outro lado, também ainda que isso possa causar alguma estranheza, a sentença judicial mais constitui do que declara direitos, de modo a retirar sua força de si mesma e não de qualquer disposição material. São esses os assuntos a serem abordados no presente estudo.

## DESVINCULAÇÃO DO PROCESSO DA ALEGAÇÃO DA SITUAÇÃO DE FUNDO

DEGENKOLB, considerado pela doutrina um dos dois primeiros abstratistas, numa primeira formulação do seu pensamento, sustenta que ação é “um direito subjetivo público, correspondente a qualquer [um] que, de boa fé, creia ter razão a ser ouvido em juízo e constranger o adversário a apresentar-se”.<sup>1</sup> Ou seja, para este processualista clássico, para além duma alegação de direito material, seria necessária a crença do autor em titularizá-lo.

ALFREDO ROCCO, outro clássico defensor do direito “abstrato e geral” de agir, também o faz dependente do referimento “a um interesse primário em abstrato tutelado pelo direito”. Isto, a despeito de configurá-lo como um direito inerente à qualidade de sujeito de direitos, independe tanto do pertencimento efetivo de um direito subjetivo

---

<sup>1</sup> *Apud*: CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale (da 2ª. ed. italiana). São Paulo: Saraiva, 1942, p. 52, item 6 (colchetes introduzidos). CHIOVENDA também informa que, numa formulação posterior, DEGENKOLB passou a sustentar que o que compete a cada qual não é um direito de acionar, mas uma mera faculdade, dado que, em linguagem corrente, ação significa um poder de “obter do adversário um resultado favorável no processo” (La acción en el sistema de los derechos, *In: Ensayos de derecho procesal civil*. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEABosch, 1949, p. 85, nota 40), ou seja, ao que parece, assumindo uma posição concretista.

material concreto como da vinculação “a um elemento subjetivo que se refira à existência de um direito subjetivo material (opinião, crença do direito, boa-fé)”.<sup>2</sup> Segundo ROCCO, “para que haja direito de ação, basta que o interesse secundário se refira a um interesse primário pertencente a alguma das categorias tuteladas”. Seriam também essas as posições de DEGENKOLB e PLÓSZ, o último dos quais requesta a “afirmação de um determinado título para a constituição do procedimento”.<sup>3</sup>

Nenhuma desses entendimentos, no entanto, parecem, de todo, acertados. Para DEGENKOLB, aquilo que de constante em toda lide, não é o deferimento do direito material ao autor, mas “a obrigação do demandado de participar da lide”, ou, antes, “o poder [pertinente a qualquer um] de levar um outro ante o juiz”.<sup>4</sup> Como explica TORNAGHI, dessa compreensão mesma do direito de ação como “o direito de forçar o réu a ingressar em juízo para compor a lide” é que decorre o nome do livro de DEGENKOLB: “*Einlassungszwang und Urteilsnorm* – Ingresso forçado em juízo e norma judicial”, em que *Einlassungszwang* é a obrigação do réu de participar do processo, para que haja contraditório; *Urteilsnorm* é a norma contida na sentença”.<sup>5</sup> Para o processualista clássico, só se teria o poder ou o direito de forçar o réu ao processo se houvesse menção a uma pretensão do autor contra o mesmo que seja tutelada pelo direito e que não tenha sido satisfeita por este; caso contrário, o juiz não estaria mesmo “obrigado” a determinar a citação do réu.

Ora, antes mesmo da determinação da citação do réu, há para o juiz o dever de decidir se deverá citá-lo ou se não deverá citá-lo, o que decorre diretamente da postulação

---

<sup>2</sup> ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Trad. (da edição de 1906) Mariano Ovejero. Mexico, D. F.: Editorial Stylo, 1944, p. 129, item 33.

<sup>3</sup> ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*, cit., p. 130, item 33.

<sup>4</sup> As expressões aspeadas são de CHIOVENDA. *In: La acción en el sistema de los derechos*, cit., p. 84, nota 36 (colchetes introduzidos).

<sup>5</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. *A relação processual penal*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 105, cap. V (“Direito abstrato de ação”).

do autor. Ou mais, tal dever subsiste ainda que o referimento seja a um interesse dito primário não tutelado em abstrato pelo direito, ou mesmo que não haja qualquer menção a obstáculos à realização de interesses primários, ou ainda que não se afirme que o obstáculo tenha sido posto pelo réu, ou ainda que não seja o réu o obrigado à prestação ou dever pleiteado. O que, de qualquer modo, isto sim, terá havido, será um procedimento, ou um sequenciamento de atos processuais. E nada disto desconhece ALFREDO ROCCO, a despeito de, por vezes, vacilar na linguagem e de ter o juiz como sujeito de “obrigações”<sup>6</sup>, desvinculadas, contudo, de conteúdo. Veja-se:

“é possível também a cada um, ainda sem as condições acima enunciadas e sem as demais que o direito possa exigir em cada caso particular, provocar do juiz uma decisão sobre sua demanda; decisão que será uma negativa a prover por falta daqueles requisitos preliminares (*absolutio ab instantia*), mas que o magistrado, portanto, está obrigado a emitir.” E prossegue em nota: “Ademais do direito de obter uma decisão sobre o fundo, ou seja sobre a relação jurídica material, cada um tem o direito de obter uma decisão sobre a possibilidade de emitir a decisão sobre o fundo. Isto demonstra que o direito de ação, como direito de provocar a atividade do órgão jurisdicional, compreende a um e a outro, e que, portanto, corresponde não só a quem tem faculdade de provocar uma decisão sobre o fundo senão a todo o que pode provocar uma decisão do juiz, ou seja a todo sujeito de direito. Por conseguinte, haverá procedimento não só quando exista o direito do autor de obter uma decisão sobre o fundo (isto é, quando concorram os chamados supostos processuais), senão também quando tal direito não existe e o procedimento termina com uma *absolutio ab instantia*”.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> De se apontar aqui que, numa terminologia mais atualizada e mais adequada ao direito público, ao qual se vincula o processo, ao revés de obrigações do juiz dever-se-ia falar de deveres do juiz.

<sup>7</sup> *La sentencia civil*, cit., p. 133, item 35.

O que, todavia, escapou ao último autor é que ainda terá havido procedimento ou ação mesmo que inexista qualquer alusão a qualquer tipo de interesse primário. Ocorrendo a postulação, qualquer que seja a sua forma ou conteúdo, constitui-se para o juiz o dever de julgar! É também dentro do processo, já provocado o juízo, que se verifica se há mesmo um fundo a ser apreciado. Isso, a despeito de ROCCO não o haver percebido, parece que ao menos o intuiu no passo abaixo assinalado, a despeito de poucas linhas antes ter expressamente reiterado a exigência da menção a um interesse primário para que possa haver a ação:

“O direito de ação, como direito abstrato e geral, de obter dos órgãos jurisdicionais a declaração da tutela jurídica correspondente a um determinado interesse, compreende a possibilidade de obter tal declaração a respeito de todos os vários interesses tutelados em abstrato: mas sob condição de que se demonstre que o sujeito tem interesse nessa determinada declaração. Para todos estes diversos interesses, materiais e processuais, o interesse na declaração da tutela que lhes corresponde deve ser demonstrado por quem pede a declaração: o único interesse para o qual não é necessária tal demonstração, porque é evidente e está contido ‘in re ipsa’, é o de obter uma sentença que acredite o interesse de proceder na demanda proposta. Isto, ao mesmo tempo que confirma a opinião expressada no texto de que o direito de ação, entendido em seu significado mais amplo e exato de direito à prestação da função jurisdicional por parte do Estado, corresponde a cada sujeito de direito como tal, demonstra que o interesse no procedimento se refere aos atos jurisdicionais particulares que se pedem, nenhum dos quais pode ser obtido se não concorre aquele particular interesse, mas isto não implica que não possam ser obtidos neste caso outros atos jurisdicionais. Portanto, não só é inexato afirmar que o interesse em proceder (ou interesse jurídico, como dizem os alemães) é o suposto de uma sentença favorável, senão que também é inexato dizer genericamente que o interesse em proceder é condição para obter qualquer classe de sentença: é preciso, pelo contrário, pôr em relação o interesse em proceder com a sentença requerida, e

dizer que o interesse em obter a declaração de uma determinada relação é condição para obter uma sentença sobre a existência ou não existência desta relação.”<sup>8</sup>

O direito de ação é, pois, plenamente desvinculado da existência, ou mesmo, da veiculação de qualquer situação de fundo. No entanto, a despeito de corretíssimo o entendimento de que a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, ou o instrumento de acesso, a ação, existem para a tutela de direitos e de situações da vida concreta – não se olvide, contudo, o interesse estatal na resolução dos litígios que ao mesmo chegam – parece não reduzida a mera elucubração acadêmica<sup>9</sup> a conjectura da provocação do juízo sem dedução de situação de direito material a se solucionar. Desconhecem-se os extremos a que podem chegar a ignorância, a insanidade ou a mera cega, burra e desenfreada emulação. Aliás, o próprio CPC vislumbra as hipóteses do indeferimento liminar da inicial pela inexistência de causa de pedir ou pedido, por inépcia (art. 295, I c./c. § 1º, I), ou de alegação dessa matéria em preliminar de mérito pelo réu citado (art. 301, III), havendo ocorrido, em ambas as situações, procedimento, processo e ação, ainda que não referida qualquer situação material concreta. Isso o demonstra AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, que invoca os supramencionados artigos para concluir que:

“pelo Código de Processo Civil brasileiro, está visto que a situação de direito substancial não constitui pressuposto para a instalação do processo. [...] A rejeição da inicial inepta, como se disse, pode ocorrer no curso do processo, e não poderia ser sequer a mera afirmação do ilícito, da lesão ou ameaça a direito, o pressuposto do processo, porque dentre as causas de inépcia está a falta de pedido ou da causa de pedir”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> *La sentencia civil*, cit., p. 157-158, item 39, nota 1.

<sup>9</sup> Com tal posição BEDAQUE. José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 68, item 23.

<sup>10</sup> *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 158, cap. VIII.

A ocorrência do processo desvinculada de cheia alegação de direito material era, aliás, familiar ao velho direito brasileiro nos processos ordinários, onde se destringia a *in ius vocatio*, e a instância, das ações, veiculadas pelo libelo (“a exposição dos factos, que dão direito ao Autor em seu pedido”): facultava-se o requerimento da citação do réu, com simples menção do objeto do litígio, para comparecer em audiência, onde se lhe ofertava o detalhado libelo. Assim nas Ordenações Filipinas (III, 1, 5 e III, 14) e no Reg. 737 (artigos 66 e 67, este em que se lê: “A petição inicial pode reduzir-se a requerer simplesmente a citação do réu para ver propor-se a ação, cujo objeto e valor serão sempre declarados”); isso, a despeito de alguma confusão terminológica ao tratar-se por ação ordinária o procedimento ordinário.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> A propósito: CORREA TELLES. José Homem. *Doutrina das acções*. Acomodada ao foro do Brazil por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: Garnier, 1880, p. 14-15, § 13, de quem a definição de libelo; PAULA BAPTISTA. Francisco de. *Teoria e prática do processo civil e comercial* (reprodução, com linguagem atual, da 3 ed. de 1872). São Paulo: Saraiva, 1988, p.79, § 104; BENTO DE FARIA, Antônio. *Código comercial brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912, p. 748-749, de onde o texto do reg. 737; LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. v. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 315, item 413, que informa que, a despeito da faculdade, “a lei do menor esforço fez prevalecer na prática” “inicial e libelo, num só ato”; PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. t. IV. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997, p. 22, item 8. Quiçá daqui a tradicional e técnica distinção entre os vocábulos requerimento e pedido, aquele referente ao processo e este ao mérito: sobre a destringa entre esses termos, que se apresentam nos itens IV e VII, no art. 282 do CPC; CALMON DE PASSOS. *Comentários ao código de processo civil*. v. III. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 201-202, item 118; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. 20 ed. Atual. Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 289, item 229, a; LOPES DA COSTA. *Direito processual civil brasileiro*, v. II, cit., p. 113, item 151. Sobre as origens históricas daquela primeira distinção: CHIOVENDA. Romanismo y germanismo en el proceso civil. In: *Ensayos de derecho*

Muito dessa lição, também se colhe nos seguintes excertos de CALMON DE PASSOS:

“O processo é um bem meio. Ele existe *para* e não por si mesmo, porque seria incompreensível sem o direito material cuja realização procura efetivar. O fato de ser *meio*, contudo, não o identifica com o *fim* que logre alcançar ou que objetiva alcançar. O meio, o instrumento, tem sua realidade própria e reclama conceituação específica. Quando se associa o processo à efetiva existência do direito material [ou mesmo à sua alegação, acresça-se], o que se procura, em verdade, é explicar o meio pelo fim por ele objetivado, como se o instrumento somente como tal pudesse ser considerado quando logre o fim em função do qual existe.

[...]

há jurisdição, há ação e há processo sempre que alguém, com capacidade de ser parte, postula (mesmo ineptamente) perante um órgão do Estado investido de jurisdição. Porque ação é o direito de postular perante os tribunais e deles exigir resposta (sentença), resposta que ao Estado-juiz, coercitivamente, incumbe dar e deve e tem o poder de dar (jurisdição), utilizando-se para a efetivação de uma e outra o instrumento ou meio que é o processo.”<sup>12</sup>

Capacidade de ser parte e peticionamento a um órgão investido de jurisdição, portanto. São esses os únicos pressupostos para a instauração de um processo.

## **CONSTITUTIVIDADE DA SENTENÇA**

---

*procesal civil*. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEABosch, 1949, p. 322-323, item 8.

<sup>12</sup> Ação. In: *Digesto de processo*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 4, col. 1-2, item 9 (o primeiro trecho – com colchetes introduzidos) e p. 4-5, col. 2-1, item 10 (o segundo trecho).

Outra questão a se discutir diz respeito à questão de se a sentença de procedência cria ou se ela meramente declara o direito afirmado pelo autor na inicial.

Para a primeira posição inclinou-se BÜLOW, o tido pai da moderna processualística, em cuja obra se encontra o trecho abaixo transcrito, que é imediatamente seguido por uma remissão do autor a obras que tratam da “importância da sentença na mutação do direito objetivo”. Veja-se o excerto em referência:

“No processo se dá uma transformação em cada relação; pois por causa dele a relação litigiosa – que, de nenhum modo, deve ser identificada com a relação processual – também sofre uma metamorfose (*dare oportere...condemnare oportere...judicatum facere oportere*). Mas não só o direito subjetivo senão o objetivo experimenta uma transformação por meio do processo: a lei vai do mandado jurídico abstrato (a *lex generalis*) ao mandado jurídico concreto (a *lex specialis* da sentença) e finalmente, à efetiva realização deste (a execução)”.<sup>13</sup>;

Na mesma senda, concebe KELSEN, quem se costuma haver como o maior dos normativistas – linha jusfilosófica a que usualmente se vincula as concepções monistas do ordenamento jurídico – que o verdadeiro direito subjetivo, ou o “direito subjetivo em sentido técnico”, aquele que não se reduz a mero reflexo do dever jurídico, identifica-se com o “poder jurídico conferido para fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico”, ou mais, ainda nos seus próprios termos, que, para além de ressaltarem os requisitos a que estão subordinados a ação, não deixam de soar algum concretismo:

“a essência do direito subjetivo, no sentido técnico específico, direito subjetivo esse característico do direito privado, reside, pois, no fato de a ordem jurídica conferir a um indivíduo não qualificado como ‘órgão’ da comunidade, designado na teoria

---

<sup>13</sup> BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. (do original alemão de 1868) Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 3, capítulo 1, nota 3.

tradicional como ‘pessoa privada’ – normalmente ao indivíduo em face do qual um outro é obrigado a uma determinada conduta – o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever, quer dizer, de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever.”<sup>14</sup>

Ademais, de se ressaltar que também para o autor austríaco, em seu bastante conhecido sistema escalonado de crescentes concretização e individualização normativas, em que os atos de criação são, outrossim, atos de aplicação do direito, toda decisão judicial é constitutiva de direitos, e não meramente declaratória como se a supõe. E tal constitutividade se revela em todas as funções essenciais da decisão: tanto na averiguação das *quaestiones facti et iuris* como na ordenação *in concreto* da sanção *in abstracto* prevista na norma jurídica geral.<sup>15</sup> Entre os autores brasileiros, sustentou similar posição, quanto às aferições das questões de fato e de direito, AMÍLCAR DE CASTRO, que também chegou a conceber a ordem jurídica como “um sistema de normas abstratas, indeterminadas, impessoais”, enquanto “o direito propriamente dito é uma forma de apreciação oficial dos fatos, determinada, individualizada, geradora de conseqüências

---

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. (da edição de 1960) João Baptista Machado. 6 ed., 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 151-153, cap. IV, 3, d. Num aspecto aproximado, LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL afirma que “na propositura da ação, o particular representa o Estado. Daí a bela fórmula de CARNELUTTI: a ação é exercício privado de função pública.”: Existe o direito de ação? *Revista de Direito Processual Civil*. v. V. São Paulo: Saraiva, jan./jun 1962, p. 11, item 12. Acerca do “sabor normativista da posição unitária” e tendo em KELSEN o maior dos normativistas: DINAMARCO. Direito e processo. *In: Fundamentos do processo civil moderno*. 2 ed. São Paulo: RT, 1987, p. 27, item 23.

<sup>15</sup> *Teoria pura do direito*, cit., p. 263-264, cap. V, 2, g, alfa; *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. (da edição de 1961) Luís Carlos Borges. 2 ed., 1 reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 137-140, cap. XI, B, g-h.

*irrefragavelmente efetíveis*”; e assim, o direito subjetivo “uma situação de fato garantida a alguém por decisão judicial”.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> A propósito, os artigos publicados na *Revista da Faculdade de Direito da UFMG: O direito no âmago da sentença*. Ano XII (nova fase), out. 1961; *Conceito de direito subjetivo*. Ano XIII, n. 1 (nova fase), mar. 1962; *O direito e a ordem jurídica*. Ano XVIII, n. 7 (nova fase), out. 1967. Todos esses e outros estudos do emérito professor [e também o infra mencionado] encontram-se reunidos em: CASTRO, Amílcar de. *Lições de direito processual civil e direito internacional privado*. São Paulo: Editora do Brasil, 2000. [O último texto referido, inaugura- o o notável jurista dizendo da insegurança causada pela polissêmica terminologia jurídica, comparando-a àquela “floresta mágica, imaginada por Alexis CARREL, cujas árvores-fantasmas, incessante e despercebidamente, iam mudando de aspecto e de lugar”, igualada a “um matagal imenso, cujos arbustos variam como essas árvores inconstantes”; e dentre os exemplos de vocábulos duvidosos, arrola o autor o termo ação. Contudo parece que nem mesmo o atento autor escapou das ciladas vocabulares: em seus portentosos *Comentários ao código de processo civil* cunha que “a existência de direito ameaçado, ou violado, não é elemento próprio do processo: é requisito essencial da ação”, transparecendo uma posição concretista (v. VIII. 2 ed. São Paulo: RT, 1976, p. 7, item 4); isso a despeito de haver fixado, no ano imediatamente anterior, com aparente maior coerência com sua própria suso relatada posição, que “em sentido próprio, no singular, a palavra ‘ação’ vem a ser a faculdade, ou poder, de exigir da autoridade jurisdicional que faça justiça; não a justiça imaginada pelas partes, mas a justiça que essa autoridade **resolva fazer**. Quem diz o direito, quem resolve o que é direito, no caso dado, não é a parte, mas a autoridade jurisdicional”: *Reparos sobre a jurisdição e a ação*. *Revista Brasileira de Direito Processual*. V 1. 1 trim., 1975, p. 25.] Em sentido similar, RONALDO CUNHA CAMPOS sustenta que “**o processo substitui o direito material**”, que “a função cognitiva objetivaria a criação de relações jurídicas através da formação de um juízo, contido na decisão” e que “o judiciário, na formação do direito, tem posição igual ao legislativo”: *Processo, procedimento e direito material*. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 1, 1 trim. 1975, p. 157, item 1.1, e 163 e 164, item 2.2.

Em crítica às posições monistas, FAZZALARI ironiza-as assentando que para as elas somente se poderia haver o *status* de marido ou o de padre no caso da respectiva intervenção judicial. Diz, outrossim, da impossibilidade de se suplantar a norma “real e verdadeira”, aquele tradicional preceito geral e abstrato, pela sentença, porquanto “nos ordenamentos estatais modernos [...] a função jurisdicional é instituída como tutela de posições substanciais pregressas”.<sup>17</sup> Nada obstante, o que parece fundamental é se saber se a tal posição substancial pregressa *de facto* houve ou existiu, ou se, ao contrário, foi constituída com eficácia retroativa (= “declarada”?) pela decisão judicial: porque algo que ninguém ignora é a existência da dita sentença iníqua ou não correspondente aos fatos ou ao direito, que, a despeito disso, ainda possui a mesma eficácia inerente a qualquer outra, por injustíssima que seja! O próprio FAZZALARI configura o provimento de mérito como “um comando que projeta a própria eficácia no patrimônio das partes por força própria, em razão da soberania do Estado-juiz, e não decerto em virtude de uma norma de direito privado” e afirma além que

“mesmo a se reter – como muitos ainda fazem, sobre a escolta de um pensamento antiquado e impróprio, e contra a evidência – que o provimento jurisdicional tenha natureza de ‘declaração’ [*‘acertamento’*] e não de ‘comando’, a sua eficácia substantiva seria apoiada sempre pelo *imperium* do juiz [...] e não teria decerto necessidade de um tramite de direito privado”.<sup>18</sup>

A questão é que também para esse autor, qualquer que seja o tipo de provimento “jurisdicional” – condenatório, declaratório ou constitutivo [não menciona outra modalidade de eficácia] – é ele sempre de natureza *constitutiva*, “no sentido que incide na esfera substancial dos litigantes criando uma *nova* situação”, “munida de especiais atributos”, a qual será, não obstante [e aqui alinha-se o autor com a concepção tradicional],

---

<sup>17</sup> *Istituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 400, cap. VII, § 4, G.

<sup>18</sup> La dottrina processualistica italiana: dall’ “azione” al “processo” (1864-1994). *In: Rivista di diritto processuale*. N 4, anno 49. Padova: Cedam, 1994, p. 924, item 14.

“de conteúdo igual à situação substancial preexistente ao processo, e já criada pela lei ‘substancial’, nos casos em que esta última consente e exige uma semelhante medida (jurisdicional) reparadora [...]; ou será de conteúdo diverso se a resposta jurisdicional ao ilícito não pode consistir, nem limitar-se à repetição do ‘comando’ violado, mas deve ser de outro e diverso conteúdo”, conteúdo este último, ainda assim, previamente previsto.<sup>19</sup>

O que parece certo é que mesmo quando o juiz sentencia *contra legem*, justifica-se de algum modo, sempre com apoio “no direito”. Ou seja, qualquer decisão, salvo as absolutamente teratológicas, pretende apoiar-se num ou noutra princípio ou norma ordenamental. Contudo, precisa ou imprecisa a decisão, jamais se a pode garantir absolutamente congruente com a realidade operada extra-autos e quando muito com a realidade “espelhada” intra-autos, na qual deve o juiz especificadamente ater-se (*quod non est in actis non est in mundo*). De todo modo, alguma aparência de correção pretende assumir o provimento. Em termos mais realistas, ainda que comprometido o juiz com alguma das partes, nestas ou noutras modalidades de decisão, deseja e atua para que a mesma transpareça retidão. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, ao que parece, intuiu tais idéias, ao afirmar que, mesmo nas sentenças contra direito – e somente nelas admite o autor verdadeira criação judicial –, “o juiz procede na convicção de que apenas *declara* o direito existente”.<sup>20</sup> O grande processualista luso só com muita cautela se arrisca contra a tradicional concepção, ao apregoar que “o elemento volitivo da sentença não é autônomo; mas é *novo* e *distinto* do elemento volitivo da lei”, e que o magistrado opera um trabalho de “transformação”, não arbitrário contudo, ao adaptar a vontade geral ao caso particular.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 370 e 374, cap. VII, § 1, A; nesse mesmo item, sobre a sentença dita meramente declaratória, possuidora outrossim de um comando e não-limitada ao simples accertamento “da existência ou inexistência da posição substancial”, vide p. 372.

<sup>20</sup> *Processo ordinário e sumário*. v. I. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1928, p. 215, item 39.

<sup>21</sup> *Processo ordinário e sumário*. v. I, cit, p. 220, item 40.

Outro elemento que aparenta elucidativo consiste na apreensão do fenômeno jurídico na sua realidade compreensiva, complexa e multifacetada, em que também o processo compõe os seus diversos modos de produção e aplicação. Nesse sentido, chega mesmo a sustentar o incansável CALMON DE PASSOS que “a relação entre o processo de produção do Direito e o direito produzido, seja como enunciado, seja como decisão (dizer o direito e aplicar o direito) não é de caráter instrumental, meio-fim, sim de natureza substancial, integrativa”.<sup>22</sup> Em similar toada, em obra anterior, esse mesmo autor versou dum modo bastante mais simplificado sobre a ocorrência de “um direito que se realiza sem o processo e um direito que reclama o processo para sua realização”, ou “o direito que se realiza pelo adimplemento e o direito que se efetiva pela execução”, aclarando o autor compreender um e outro fenômenos num sentido lato não de realização pura e simples do direito material, mas do direito como um todo, do qual é o processo parte integrante.<sup>23</sup> De todo modo, captado o direito em sua complexidade, tem-se que os referidos plúrimos modos de sua produção e aplicação não restam adstritos à cerrada esfera de normatização estatal. Assim, informa BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, em um seu antigo texto, que os estudos de antropologia e etnologia social revelam, ainda em reduzidas sociedades primitivas – e obviamente, *a fortiori*, nos atuais e mais complexos grupamentos sociais, acresça-se –, “a existência na mesma sociedade de uma pluralidade de direitos convivendo e interagindo de diferentes formas” e que, portanto, “de um ponto de vista sociológico, o

---

<sup>22</sup> *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. 1 ed., 2 tir. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68, item 63.

<sup>23</sup>; *Ação*. In: *Digesto de processo*, cit., p. 4, col. 1, itens 8-9 e nota 16, p. 5, col. 2; nessa última obra, mais atrelado à tradicional perspectiva substancialista, afirma o autor que “o fenômeno jurídico nasce com a incidência, desenvolve-se com a exigibilidade e consuma-se com sua aplicação”, p. 4, col. 1, item 8.

Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito”, a despeito de o direito estatal ser “o modo de juridicidade dominante”.<sup>24</sup>

Nessa perspectiva, pode-se também sustentar que ainda o suposto “direito” que se realiza pelo adimplemento, pode não ser de conteúdo igual ao do estatalmente estabelecido. Todavia, esse último fato, na apreensão do ordenamento, poderia se ter compreendido na esfera da autonomia privada ou na da disponibilidade das normas não cogentes de direito privado, do que deve resultar uma função acentuada à norma substancial de critério para a resolução de conflitos não resolvidos pelas partes e que carecem de uma intervenção estatal. Contudo, quanto à não observância das normas cogentes, ditas normas de direito público ou de “ordem pública”<sup>25</sup>, falar-se-ia, *in abstracto*, da ocorrência de ilegalidades reparáveis, o que não obstante, sujeitas, outrossim, a prescrição ou decadência, com grande possibilidade de estabilização da situação teoricamente contrária ao direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, pode-se extrair que a existência de uma situação de direito material, ou mesmo a mera sustentação da existência de uma situação de direito material não são pressupostos para a existência ou para a instauração do processo. Igualmente, pode-se concluir sobre a constitutividade de toda decisão judicial, ainda que nela não se encerre a totalidade do fenômeno jurídico. Com isso se busca evidenciar que as interações entre a relação jurídica processual e a relação jurídica substancial, cuja diferenciação constituiu a

---

<sup>24</sup> Introdução à sociologia da administração da justiça. *In: Revista de Processo*. N 37, ano X, jan./mar. 1985, p.131; o mesmo artigo em: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. 2 ed. São Paulo: Ática, 1994.

<sup>25</sup> Com razão, AROLDO PLÍNIO GONÇALVES crítica a terminologia “interesses [ou normas] de ‘ordem pública’ ou ‘de ordem privada’”, para se diferenciar algo que sempre tem marcadamente o caráter público, como ocorre com as próprias normas”: *Técnica processual e teoria do processo*, cit., p. 162, nota 242 – colchetes introduzidos; no mesmo sentido: *A prescrição no processo do trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 18, cap. I, nota.

base para a autonomização das ditas “ciências processuais”, não estão ainda definitivamente resolvidas.

## REFERÊNCIAS

ALBERTO DOS REIS, José. *Processo ordinário e sumário*. v. I. 2 ed. Coimbra: Coimbra editora, 1928.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BENTO DE FARIA, Antônio. *Código comercial brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912.

BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. (do original alemão de 1868) Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

CALMON DE PASSOS. Ação. In: *Digesto de processo*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980  
\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*. v. III. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.  
\_\_\_\_\_. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. 1 ed., 2 tir. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. Processo, procedimento e direito material. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 1, 1 trim. 1975.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII. 2 ed. São Paulo: RT, 1976.

\_\_\_\_\_. Conceito de direito subjetivo. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Ano XIII, n. 1 (nova fase), mar. 1962.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito processual civil e direito internacional privado*. São Paulo: Editora do Brasil, 2000.

\_\_\_\_\_. O direito e a ordem jurídica. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Ano XVIII, n. 7 (nova fase), out. 1967.

\_\_\_\_\_. O direito no âmago da sentença. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Ano XII (nova fase), out. 1961.

\_\_\_\_\_. Reparos sobre a jurisdição e a ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*. V 1. 1 trim., 1975.

CHIOVENDA. La acción en el sistema de los derechos, *In: Ensayos de derecho procesal civil*. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEABosch, 1949.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale (da 2<sup>a</sup>. ed. italiana). São Paulo: Saraiva, 1942.

\_\_\_\_\_. Romanismo y germanismo en el processo civil. *In: Ensayos de derecho procesal civil*. v. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEABosch, 1949.

CORREA TELLES. José Homem. *Doutrina das acções*. Acomodada ao foro do Brazil por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: Garnier, 1880.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Direito e processo. *In: Fundamentos do processo civil moderno*. 2 ed. São Paulo: RT, 1987.

FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994). *In: Rivista di diritto processuale*. N 4, anno 49. Padova: Cedam, 1994.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996.

GONÇALVES. Aroldo Plínio. *A prescrição no processo do trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1987.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. (da edição de 1961) Luís Carlos Borges. 2 ed., 1 reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. (da edição de 1960) João Baptista Machado. 6 ed., 2 tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. v. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Teoria e prática do processo civil e comercial* (reprodução, com linguagem atual, da 3 ed. de 1872). São Paulo: Saraiva, 1988.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. t. IV. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997.

ROCCO, Alfredo. *La sentencia civil*. Trad. (da edição de 1906) Mariano Ovejero. Mexico, D. F.: Editorial Stylo, 1944.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *In: Revista de Processo*. N 37, ano X, jan./mar. 1985, p.131.

\_\_\_\_\_. Introdução à sociologia da administração da justiça. *In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direito e justiça: a função social do judiciário*. 2 ed. São Paulo: Ática, 1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 1. 20 ed. Atual. Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1998.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *A relação processual penal*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. Existe o direito de ação? *Revista de Direito Processual Civil*. v. V. São Paulo: Saraiva, jan./jun 1962, p. 11, item 12.