XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL: REDIMENSIONAMENTO HERMENÊUTICO DA POLÊMICA DOGMÁTICA

MATERIAL AND PROCEDURAL RIGHTS: HERMENEUTIC REDIMENSIONING OF THE DOGMATIC CONTROVERSY

Ziel Ferreira Lopes

Resumo

Trata do dilema entre os aspectos procedimentais e conteudísticos na aplicação do Direito, na perspectiva da Processualística Cível. Parte da complexificação do debate dogmático, nas variações entre unificação e separação dos planos do ordenamento jurídico. Pelo marco teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, objetiva seu redimensionamento no paradigma da intersubjetividade. Para isso, propõe-se ao revolvimento (fenomenológico) do seu chão linguístico no entorno das categorias historicamente privilegiadas (ação, pretensão, tutela e etc.), à procura do estatuto teórico nelas ocupado pelo direito subjetivo material. Na fertilização recíproca das doutrinas monista e dualista, verifica a desidentificação da Jurisdição com o sujeito de conhecimento, do direito com um objetificação ingênua, e do processo como um instrumento judicial de sua declaração/constituição, senão um lócus (privilegiado) de atribuição intersubjetiva do sentido normativo ao caso concreto.

Palavras-chave: Direito material, Direito processual, Dogmática, Hermenêutica

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the dilemma between the procedural and material aspects from the application of Law towards the Civil Procedure doctrine. It takes-off from the complexity of the dogmatic debate, and the variations between unification and separation of legal systems plans. Through the theoretical framework of Critical Hermeneutics of Law, aims to resize this debate in the paradigm of intersubjectivity. For this purpose, It proposes to revolve its linguistic ground (phenomenologically) around the historically privileged categories (action, claim, etc.), searching for the theoretical status occupied in them by the subjective material right. In the cross-fertilization of monistic and dualistic doctrines, verifies the diferentiation between Jurisdiction and the subject of knowledge, the right and a naive objectification, and the judicial process as an instrument of his statement/constitution, but a (privileged) locus to intersubjective assignment of normative meaning in each case.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Material rights, Procedural rights, Dogmatics, Hermeneutics.

1. INTRODUÇÃO

Analisando em retrospectiva, pode-se especular que o dilema jurídico entre o substancial e processual sempre tenha existido em alguma medida, considerando que a norma pressupõe um atuar não-espontâneo (BEDAQUE, 2011, p. 14) e, nisso, alguma institucionalização do modo-de-fazer desta normação. Assim, ao longo da história, eventualmente se privilegiaram aspectos de forma ou de conteúdo. O *dar-se conta* (GADAMER, 2012.p. 358 e 397-406) pelos juristas desta questão remete ao próprio início do Direito Processual como disciplina científica. Contudo, no desenvolver da teoria, os repertórios conceituais tendem inexoravelmente a se acumular em desconexão com as premissas. Mais do que um desarranjo conceitual em prejuízo da coerência teórica, se está sempre sob o risco de perder de vista as questões fundamentais, que deram causa às tais premissas.

A Processualística Cível também não escapa à fragmentação dos saberes própria do nosso tempo. Não se trata apenas de subdivisão de uma disciplina, mas até de diferentes visadas macro-estruturais: Teoria Geral do Processo, Teoria Crítica do Processo Civil, Teoria-Dogmática do Processo Civil, Prática Cível e afins, além de uma incipiente Filosofia do Direito Processual e etc. Cada um desses saberes reivindica âmbitos de validade distintos[1], que, se por um lado, não interessa confundir, por outro, não podem ficar inarticulados.

Este o problema que se propõe a enfrentar, a partir do seguinte recorte temático: as relações entre Direito Material e Processual, dimensionadas por uma Filosofia *no* Direito (STRECK, 2013a). O marco teórico aqui é a Crítica Hermenêutica do Direito, e seu método de abordagem é a fenomenologia hermenêutica. Objetiva-se desvelar as tais questões fundamentais subjacentes às controvérsias dogmáticas que operacionalizam a vida jurídica, algo encobertas pelo assentamento de sentidos em uma tradição. É dizer: trata-se de revolver o chão linguístico da doutrina processual civil no entorno das suas categorias historicamente privilegiadas (ação, pretensão, tutela e etc.), à procura do estatuto teórico nelas ocupado pelo direito subjetivo material.

[1] "Teoria Geral do Processo e Ciência do Direito Processual são diversos extratos de linguagem do pensamento jurídico sobre o processo. Embora distintos, ou até mesmo por isto, estão intimamente ligados: não se faz séria Ciência do Processo sem sólido conhecimento de Teoria Geral do Processo. Não deve ser misturados ou confundidos. O cuidado na utilização de uma e outra é etapa indispensável na construção de um pensamento jurídico processual coerente, racional e confiável". (DIDIER JR., 2013, p. 71). Ainda, das p. 71-75 e 37-39 menciona e tenta ordenar outros estratos desse saber processualístico.

Menciona-se este marco hermenêutico para indicar um lugar de fala. Contudo, frisa-se o dimensionamento por uma Filosofia *no* Direito, para remeter mais a um movimentar do cientista-jurista com autocompreensão crítica (STEIN, 2004, p. 123-139). É dizer, em termos de método de procedimento: não se trata de uma pesquisa exploratória a partir de um imperialismo teórico (STRECK, 2011), mas de sistematização e comparação, nos limites e possibilidades do diálogo transteorético. Trabalha-se sob a hipótese da valorização do Processo e das Garantias Fundamentais que a ele se ligam, enquanto estruturantes à normação do caso concreto.

2. POR UMA FILOSOFIA *NO* DIREITO PROCESSUAL: NEM AUTOSSUFICIÊNCIA, NEM INSTRUMENTALIZAÇÃO DE SABERES

Enquanto Ciência Social Aplicada, a Teoria do Direito se coloca como saber eminentemente interpelado pela prática. Se movimentando sobre solo movediço (compreensivo), deve acudir pressurosamente à resolução (propositiva) de problemas. É clássica a elaboração dada por Tercio Sampaio Ferraz (2013, p. 18) a esse dilema:

> No primeiro caso, usando uma terminologia de Viehweg, temos um enfoque *zetético*, no segundo, um enfoque *dogmático*. Zetética vem de *zetein*, que significa perquirir, dogmática vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), sua diferença é importante. O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrátio, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. [...]

Assim, visualiza-se a Ciência Jurídica operando com duas dimensões necessárias: uma voltada à resolução direta dos problemas, estabilizando conceitos e operacionalizando teorias; e outra, de viés especulativo, informativa e reflexiva da primeira.

O pensamento, contudo, tendencialmente se funcionaliza em senso comum (WARAT; ROCHA, 1995, p. 107-120). Isso afetará sobretudo o saber jurídico, frequentemente asfixiado pela realidade em que radica ou pelo tipo de racionalidade teorética a que se projeta (STRECK, 2011, 457-471). É nesse sentido que a dogmática, embora indispensável ao Direito, eventualmente se converterá em sua predadora: na medida em que se tentar "salvar" uma dogmática (solução dada aos problemas da prática) apenas pela solução dos problemas dessa mesma dogmática; fecha-se aí numa espécie de *metadogmática*.

Neste quadro, a Processualística se encontra em um lugar particularmente perigoso. Radicando na linha de frente entre o Direito e sua prática, não foi por acaso que ascendeu com dificuldades do praxismo ao *status* de Ciência. Também por aí se interpreta sua rápida dogmatização, avessa à interlocução filosófica. A blindagem paradigmática, contudo, pode estar mostrando suas consequências. É o que se infere de certos atavismos teóricos — *v.g.* o surto processualista-eficientista de suspeita inspiração neoliberal (NUNES et al, 2011, p. 37-59), já em plena vigência do Estado Democrático de Direito.

Bem se denunciou a hiperfuncionalização do processo, e as necessidades de repensar sua estrutura (SILVA, 2008). Nisso, o *passo para trás*[2] em busca de uma qualidade processual pode até ter um efeito inconsiderado, desbloqueando os avanços quantitativos tão ativamente buscados no curto prazo (NUNES et al, 2011, 41). Com ânimo hermenêutico, se trata de tentar pensar o impensado, mas cientes de que nunca lograremos atingi-lo na sua radicalidade:

> Um exame das realidades jurídicas que decorrem da própria constituição, quando é situado nesse contexto filosófico, passa a ter efeitos surpreendentes. Toda a dogmática jurídica passa a ser percebida como um terreno em que se infiltra uma certa provisioriedade, ou uma fragilidade de caráter muito particular. A distinção sujeito-objeto, o discurso puramente positivo, a fixação de princípios absolutos e a idéia de um sistema que se auto-regula passam a receber, pela fenomenologia hermenêutica, uma dimensão de profundidade que sustenta todo o seu operar. Assim a escolha da fenomenologia hermenêutica representa a superação do domínio da metafísica no Direito. Descobrimos, desse modo, que essa formação histórica dotada da historicidade nunca alcançamos em sua radicalidade. É por isso que se fala em fundamento sem fundo, ou numa dimensão de sentido que é dado pelo próprio modo de o homem ser um ser-no-mundo. [...] (STEIN, 2004, 167-168)

Cuida-se, então, de resistir ao agenciamento ideológico do Processo, reconduzindo o pensamento para as elaborações teórico-metodológicas comprometidas, em sua *estrutura*

[2] "Esse passo para trás leva Heidegger a formulações cada vez mais radicais e obscuras. Empenha-se por pensar o ser [*Sein*], ele tenta, entre outras coisas, superar a ambiguidade que, segundo ele, reside nessa palavra, grafando-a ora com "y" ("Seyn") ora riscando com linhas cruzadas (~~ser~~). O 'passo para trás' não deve ser entendido simplesmente como superação, mas como transversão da metafísica. A respeito disso, ele se expressa da seguinte maneira: 'A transversão da metafísica é a transversão do esquecimento do ser. A transversão se volta para a essência da metafísica. Ela a envolve com aquilo que acompanhava esta essência da metafísica até onde ela o exige, na medida em que clama por aquela esfera que a soerga ao espaço livre de sua verdade. Por isto, para corresponder à transversão da metafísica, o pensamento deve antes elucidar a essência da metafísica. Para uma tal tentativa, a transversão da metafísica parece, de início, uma superação que deixa para trás a representação exclusivamente metafísica, para a conduzir ao livre espaço da essência transvertida da metafísica. Mas é na transversão que a verdade permanente dessa metafísica aparentemente rejeitada retorna propriamente como sua [da metafísica] essência dali em diante apropriada'". [a interpolação ao final é de Lorenz B. Puntel] (PUNTEL, 2010, p. 229-259).

profunda, com a questão fundamental: o que é isto, o Processo? Sem perder visão de conjunto, qual a sua relação com a pergunta fundamental da Ciência Jurídica da qual é subdivisão, a saber: o que é isto, o Direito?

É passado o tempo dos debates catedráticos, mas ainda não se perdeu a necessidade de pensamento abrangente. O que ficou superado foi a pretensão de sequestrar a temporalidade: para o passado, de achar um *fundamentum inconcussum absolutum*; e à frente, de dizer a última palavra.

Ciosos da temporalidade, vale aqui historiar a colocação reflexiva desta problemática no binômio direito-processo, além de sistematizar brevemente seus encaminhamentos dogmáticos mais representativos atualmente. Ao estado da questão, visa-se articular o estado da arte de um magistério interferente: a filosofia, mais propriamente a *filosofia hermenêutica*. A necessidade do atravessamento hermenêutico à dogmática jurídica não passa ignorada, mesmo por aqueles que perfilam outro estilo de pensamento. Segundo Fredie Didier Jr:

> A Analítica Jurídica não é o único repertório de que se deve valer o cientista do direito. Não se faz ciência do Direito apenas manipulando os conceitos jurídicos fundamentais. A afirmação, que pode soar como platitude, justifica-se para evitar a crítica de que esta tese ignora, por exemplo, as funções da Hermenêutica e da Axiologia Jurídicas para a Ciência do Direito. (DIDIER JR., 2013, p. 50)

Ainda, embora referindo a hermenêutica no sentido da classificação semiológica — muito mais restrito do que assume na filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica —, pode-se aproveitar aqui parte da crítica de Eduardo José da Fonseca Costa:

> A bem da verdade, a ciência processual civil desenvolvida no Brasil é dotada de uma invejável capacidade analítica para elaboração de conceitos, definições, distinções, classificações e sistematizações (provavavelmente em razão do apego ao legado doutrinal deixado por Liebman, Carneluti, Calamandrei e Chiovenda, os campeões olímpicos da Analítica Processual Civil). Entretanto, a ciência do processo brasileira jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de hermenêutica jurídica.[...] (2008, p. 12)

Por certo, cuida-se de não instrumentalizar a filosofia à dogmática processual, tampouco a dogmática à filosofia. Apenas, na proposta de Lenio Luiz Streck, tenta-se romper com a *Divisão do Trabalho* dos juristas, a partir da razão crítica hermenêutica (Crítica Hermenêutica do Direito — CHD). Reconhece-se a boa dogmática, ao tempo em que se a aparta do dogmatismo. Com isto, não se faz primeiro filosofia para depois superpô-la ao

Direito Processual (filosofia do direito), mas filosofia *no* direito, isto é: num *standard de racionalidade* que condiciona o fazer Ciência (STRECK, 2013a**,** p. 60, 337, 344 e 403).

3. DESCOLAMENTO DOS PLANOS MATERIAL E PROCESSUAL PELA EMERGÊNCIA DO CONCEITO MODERNO DE AÇÃO

É unanimemente apontada como marco da emancipação do direito processual a polêmica travada entre os juristas Windscheid e Müther (1976). Seu emaranhado conceitual e historiográfico desafia qualquer síntese fiel, além de não ser objetivo deste trabalho, a que interessa apenas sua captação simbólica enquanto *mito fundador* da Ciência Processual. Resumidamente: noticia-se que estava em disputa a tradução da ação romana através do tempo. Windscheid dá-lhe início, propondo diferenciar a ação moderna da antiga, forte na leitura do ordenamento romano como sistema de ações, ao passo que o ordenamento alemão de então (séc. XIX) representaria um sistema de direitos. Muther se coloca em sentido diametralmente oposto. Controvertem acerca da ordem entre a ação e pretensão — respectivamente: *prius* e *posterius*, para Windscheid; *posterius* e *prius*, para Muther. Apesar dos ânimos acirrados, seguem-se concessões recíprocas (ANCHIETA, 2013, p. 76) cujo saldo foi a autonomização da ação em relação ao direito subjetivo, superando-se a chamada *doutrina civilista da ação*; com isso, abrem-se brechas para novas idéias (ação *abstrata*, *concreta* e etc.).

O debate inculcou no imaginário jurídico o que passa a ser visto como o problema do sincretismo dos planos material e processual, instigando tentativas de resolvê-lo. Não interessa aqui tomar parte, ao menos não no sentido de perquirir um verdadeiro direito romano ou alemão decimonônico, ou ainda uma ponte ontológica entre ambos (um fio essencial ligando *actio* e *klage*). Contudo, importa registrar como tanto se possibilita quanto se define o que viria a ser o modo de fazer processualismo: eminentemente ontologicista.

4. INSTRUMENTALISMO: UM "DUALISMO FUNCIONALISTA"

Na trilha desta polêmica, salta-se para seus ecos no presente da realidade nacional. José Roberto dos Santos Bedaque cita ainda um segundo evento, dentre o que chama de "grandes marcos do desenvolvimento da ciência processual":

> No ano de 1868, também na Alemanha, vem à luz a obra de Oskar von Bullow a respeito das exceções e pressupostos processuais, em que o autor demonstra a autonomia entre a relação processual e a material, o que já fora objeto de referência na obra de Bethmann-Hollweg (2011, p. 34).

E mais à frente estabelece a relação entre esses dois eventos e a doutrina processual atualmente hegemônica no Brasil:

> Tanto a polêmica Windscheid-Muther quato a obra de Bullow tiveram também o mérito de chamar a atenção para a existência do binômio direito-processo, ou seja, para a distinção entre o plano material e o processual do ordenamento jurídico. Surgiram, então, as concepções unitária e dualista, cujos respectivos defensores divergem a respeito da natureza da atividade jurisdicional, isto é, se ela implica a criação de direitos ou se o resultado produzido corresponde á simples declaração de direitos pré-existentes. O desenvolvimento dos estudos de direito processual revelou tratar-se de ramo autônomo do Direito, não obstante manter com o direito substancial íntima relação, de instrumento para objeto (2011, p. 34).

Cuida-se aí do contexto político em que Bullow vivia. Em se tratando do auge do Estado Social, tal instrumentalização consistiria em impregnar o processo de publicismo, no que ficou conhecido por *socialização processual* (NUNES et al, 2011, p. 47). Ademais, no aporte de sua doutrina para o Brasil, há acusações de ter-se transformado o que era originalmente "instrumentalidade das formas" em "instrumentalidade do processo" (PASSOS, 2001, p. 7). Indo mais longe, pode-se aduzir que esta instrumentalização do processo resultou em instrumentalização à Jurisdição. Esta a corrente de pensamento inaugurada por Cândido Rangel Dinamarco (1995, p. 17-34) — a partir da qual reconstrói historicamente as fases da Processualística: do sincretismo, passando pelo autonomismo, culminando no instrumentalismo —, perfilada por Bedaque.

A instrumentalização, mais do que técnica, seria também ética (BEDAQUE, 2011, 26-32). Interpretando a guinada, Hermes Zaneti Jr (2005, p. 307) observa que a conexão entre os planos não seria mais ontologicista, mas finalística (teleológica): a doutrina dos "escopos do processo" (DINAMARCO, 1995, p.149-224). Enviesa-se por um modelo inquisitorial, em que o sujeito judicante corporifica o Estado, exercendo um *Poder* sobre as partes para descobrir um direito material como que pré-existente, e assim concretiza-lo.

Não se ignora a importância histórica do instrumentalismo na crítica ao formalismo processual no Brasil; tampouco, que alguns instrumentalistas se adiantam em estabelecer restrições democráticas a sua própria tese — *v.g.* a sujeição dos demais escopos do processo

ao escopo jurídico (BEDAQUE, 2011, p. 189), a observância do contraditório e etc.[3]. Contudo, vislumbra-se sua concepção protagônica, adotada a nível sistêmico, como paradigmaticamente ultrapassada em tempos de Estado Democrático de Direito, para além de quaisquer reformas pontuais.

Ademais, o agravamento da crise do Judiciário, pela massificação das lides, ao tempo do sucateamento das instituições, introduz um elemento neoliberal que vulgariza o instrumentalismo em "ideologia da gestão" (STRECK; OLIVEIRA; KARAM, 2013b, p. 05-22); o processo passa a ser representado como entrave burocrático à fruição dos direitos materiais (NUNES, 2008, p. 21), visão que patrocina leis de simplificação procedimental indiscriminada.

5. O BINÔMIO DIREITO-PROCESSO E O DESAFIO TEÓRICO LEGADO: OPERACIONALIZANDO UMA AMBIGUIDADE ESTRUTURAL

Ovidio A. Baptista da Silva (2008, p. 12) alertava, então, para a necessidade de tornar a pensar a estrutura do Direito Processual, para além dos seus problemas funcionais. Nisto, renova a polêmica historiográfica, mas triando no passado, não uma suposta justa medida dos quadros categoriais a traduzir de uma época a outra, senão o que chama de "*paradigmas doutrinários"*.

Daí em diante a doutrina terá de haver-se com rearranjos capazes de abarcar a complexidade do debate herdado. Ao seu tempo, Silva e Carlos Alberto Álvaro Oliveira reconduziram-no para a instância da ação. O primeiro, na defesa da dobra ponteana entre ação material e processual. O segundo, pela unidade abstrata da ação. Em que pese ambos defenderem a existência de dois planos do ordenamento, divergiriam nos termos dessa

[3] "[...] a familiaridade com as idéias referentes ao princípio do contraditório mostra ao processualista que, em torno do exercício do poder *sub specie jurisdictionis*, as pessoas que depois serão atingidas pelo provimento (decisão imperativa), ou pela sua efetivação, também exercem suas atividades. O exercício da ação e da defesa, ao longo do procedimento e ao lado dos atos de jurisdição, constitui ao mesmo tempo cooperação trazida para o correto exercício desta e participação que não pode ser obstada aos interessados. A participação, portanto, não é do titular do poder (no caso, jurisdição), mas das pessoas sobre quem o poder se exerce". (DINAMARCO, 2005, p. 112-113). Contudo, já por aí se pode observar que essa participação é dada em termos bastante restritos. Na doutrina instrumentalista, há forte objeção ao *empoderamento* das partes, própria da socialização do processo. Isso fica mais evidente, quando antes (p. 112) se afirma que "enquanto se pensa no poder institucionalizado em algum 'pólo de poder' (especificamente, no Estado), é inadequada a tentativa de conceituá-lo em torno da idéia de 'participação no processo decisório'. O Estado comanda o processo decisório e decide ele próprio, impondo depois a sua decisão. Não é correto, sob esse prisma, falar em 'participação'". O poder aparece como fundamento último, de algum modo essencializado no Estado (Social, a essa altura, onde se conta a primazia do interesse público). É a manifestação jurídica do *princípio epocal* da Vontade de Poder, cuja subsistência será discutida no atual marco filosófico (hermenêutico) e político (Estado Democrático de Direito).

relação: Silva (2006, 51-83) atacaria a posição de Oliveira por flertar com uma criação do Direito pelo Processo (no que rechaça a ação de direito material, ao só conceber direito subjetivo depois do contraditório); já Oliveira (2006, p. 83-109) acusaria Silva de conceber o Direito antes do processo, forte nas raízes imanentistas/concretistas de sua ação de direito material.

Com efeito, o jogo de oposições nas relações entre processo e direito se inscreveu de tal forma na Processualística que as doutrinas se fertilizaram reciprocamente: monismos compreensivos de dualismos; dualismos tendentes a monismos.

No que se refere a tal Monismo do Ordenamento Jurídico, cita-se a teoria de Darci Guimarães Ribeiro. Parte da divisão entre direitos *imediatos* e *mediatos*:

> *siempre que el ejercicio del derecho subjetivo va dirigido contra alguien es menester la intervencion Estado a traves de la sentencia judicial, permitiendo com así la produccíon de los efectos jurídicos, de lo contrario, el derecho subjetivo se bastará por si mismo* [...] (2004, p. 51)

Nesse segundo caso, o direito subjetivo (=*jus*) se produziria na prolação da sentença — motivando o subtítulo da tese: "*Hacia uma Teoria Procesal del Derecho*". Antes disto, a hierarquização de interesses conflitantes, pré-estabelecida pelo ordenamento jurídico, cumpriria uma *função psicológica* sobre os indivíduos: informá-los cotidianamente com uma *certeza de orientação* no que atine a direitos e deveres. Não ocorrendo uma *adesão espontânea* (expressão que verte de Norberto Bobbio) ao quanto pré-estabelecido, entra em questão o mecanismo re-assegurador da ordem: a sanção. Esta se exerce através do que chama de *função judicial* do ordenamento, para o que o sujeito prejudicado teria "*ventaja objetiva*" num eventual processo. Havendo o direito exigível, dá-se a pretensão material, a que corresponde uma ação material que a garante. Esta ação material ora é transportada ao processo por via da pretensão processual, a qual, por sua vez, é "efecto natural del ejercicio" da ação processual pré-existente, tendo como contraparte a tutela jurídica (2004, p. 82, 125 e 207).

Centro da sua Teoria Geral do Processo, a pretensão processual é definida como "*declaración de voluntad hecha por el actor, a través de uma petición fundada* [pedido e causa de pedir], *para obtener uma sentencia*", a qual "*fija el objeto del processo, y sobre ella recae toda la atividade de los sujetos procesales*" (p. 208).

Quanto ao dualismo tendente a monismo, cita-se a Teoria Circular dos Planos de Zaneti em "que o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é preciso que seja

servido por ele" (2005, p. 283). Reconhece a subsistência da ação de direito material nos casos de autotutela, mas opõe-se a sua essencialidade, que restringiria a realização dos direitos (os quais só seriam acionáveis havendo ação material). Dá a teoria abstrata por mais correta, agregando-lhe o que aponta como corrente instrumentalista da ação (que seria observável tanto em dualismos quanto em monismos da ação), a qual:

> [...] faz assento na vinculação do direito processual ao direito material *in status assertionis*. Trata de reconhecer os Planos do Direito e permitir que o direito material afirmado seja objeto do processo; frisa-se, não se traduz em um ponto anterior reconhecido como ação de direito material pré-existente somado à pretensão processual, apenas regula o instrumento para determinar-lhe a potencialidade de, em abstrato, servir ao direito afirmado na inicial. Resta, dessarte, aberto espaço para a (des)ontologização do conceito de ação, "desvalorizar a importância conceitual da ação, passando a tônica para as tutelas jurisdicionais: condenar, declarar, constituir, mandar ou executar (2005, p. 292).

Mais à frente, fala da necessidade de combiná-las:

> Assim, indicando a corrente instrumentalista e a ação abstrata como opções teóricas mais corretas, e partindo destas para esboçar os traços próprios da teoria da abstração-criativa da ação ou "prospectiva" do processo acentua-se que as relações entre processo e direito material se dão pela afirmação (*in status assertionis*) do direito material na petição inicial e pela consequente adequação da tutela pleiteada aos interesses do autor (2005, 302).

No arremate, vê-se chegar à convergência com o monismo de Ribeiro:

> [...] Deve-se fazer a depuração do que se entende por plano de direito material e plano do direito processual, para verificar se a solução está em acentuar sua dicotomia, em reduzi-los ao monismo (unitarismo) simplista ou em propor **momentos de atuação, ora atuando o direito por meio da norma material, ora atuando o direito pelo debate judicial, sendo que este último, na teoria da circularidade dos planos**, leva em consideração a norma material afirmada, mas não pressupõe sua veracidade de incidência fora e antes do processo. Pelo contrário, possibilita a construção de uma solução pelo processo "prospectivo", voltada a criar a norma material (no sentido de defini-la melhor como direito subjetivo, mas também universalizável) em uma metodologia tópica (sem distanciamento do problema). [grifos no original] (2005, p. 315-316)

Vale notar: em que pese a discordância de Silva para com a unificação dos planos, forte na ação material, Ribeiro logra encaixa-la em sua Teoria Monista. Por outro lado, Zanetti perfila Oliveira ao aproveitar a ação processual e rejeitar a ação material (na

generalidade dos casos), mas chega a resultado que guarda alguma simetria (ainda que "com sinal inverso") à doutrina de Ribeiro.

Ao final desta narrativa, puderam-se constatar novas tendências na dogmática: menos objetivismo quanto a um suposto direito subjetivo pré-estabelecido; menos subjetivismo quanto à livre criação *ex nihilo* desse direito pelo juiz; e mais operacionalização teórica da problemática jurisdicional, em que intuitivamente se tenta recombinar o patrimônio conceitual monista e dualista, para dar conta do que parece ser uma ambiguidade estrutural a se manifestar. Nisto, o desafio passa a ser retrabalhar todas as (des)conexões categoriais entre processo e direito, de notáveis consequências práticas (BEDAQUE, 2011, p. 91-187): a fixação do prazo prescricional, pelos momentos em que nasce a pretensão (AMORIM, 2014, p. 13); a eficácia das sentenças (RIBEIRO, 2005, p. 158-2000), mormente as constitutivas ou declarativas; os limites da coisa julgada (RIBEIRO, 2013, p. 81-99); as condições da ação[4], na clássica doutrina eclética de Enrico Tulio Liebman, positivada sob endosso de Alfredo Buzaid no Código de Processo Civil de 1973 — as quais, por sinal, estão em vias de "des-positivação" no NCPC (MEDINA, 2014) —; e etc.

6. APROXIMAÇÃO FENOMENOLÓGICA À TRADIÇÃO PROCESSUALÍSTICA

Do quanto exposto até aqui, vale lembrar que "o ver teórico, ainda que constitutivo, é objetivante" (STEIN, 2002, p. 50). A fenomenologia hermenêutica então se coloca como um acesso privilegiado à questão, porque brota da facticidade e se insurge contra as objetificações. Dela se sabe que o impensado se manifesta no que foi pensado, razão pela qual se deve *des(cons)truir* a tradição, no sentido positivo de penetrar-lhe o chão e transvertê-la.

O desafio é que os tais "paradigmas doutrinários", referidos por Ovidio, parecem nunca terem ficado muito claros:

[4] Partindo de uma aproximação entre direito e processo, Jânia Maria Lopes Saldanha e Cristiano Becker Isaia (2010, p. 100 e 101) já criticavam o dualismo metafísico a separar condições da ação e mérito da causa. Investem contra a formulação da categoria ação processual, e a importância que lhe foi atribuída historicamente na esteira de "Chiovenda, e, antes dele, de Savigny, Windscheid, Degenkolb, Wach e Bülow" chegando à teoria eclética da ação processual em Enrico Tulio Liebman: "a referida construção teórica contribuiu consideravelmente para o distanciamento dos sistemas processual e material, afinal de contas as condições da ação, ao reduzirem o conceito de jurisdição, levaram a um esvaziamento da atuação jurisdicional (seguindo a proposta liberal), o que se justifica ante a constatação liebmaniana de que, quando inexistisse alguma das condições, não haveria ação, tampouco exercício da jurisdição, que, para tal, dependeria da prolação de uma sentença de mérito. Isso também justifica o furtivo desligamento dos planos do direito e do processo, tornando extremamente supérflua uma comunicação capaz de transportá-los a uma posição ocupada por um instrumento efetivo de satisfação do direito material discutido em juízo".

> [...] Mas não há dúvida de que essas precariedades conceituais entortaram de tal modo o Direito Processual Civil — ao estimular uma enorme literatura dispensável (se não houvesse sob ela um importante componente ideológico) —, que se torna quase impossível o diálogo que procure questionar o paradigma dogmático (2006, p. 51).

Veja-se o que Dinamarco diz a respeito:

> É absolutamente imprescindível ao processualista moderno a tomada de posição entre visão do direito material como sistema suficiente em si mesmo para criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fatos relevantes (teoria dualista do ordenamento jurídico, ou "declarativa") e a tese de que ele não teem toda essa aptidão, participando então o processo do iter criativo (teoria unitária, ou constitutiva"). Com a escolha que fizer, estará definindo o modo como vê o próprio direito substancial e mais a função exercida pelo processo perante ele e ainda (talvez, sobretudo) o preciso momento de inserção do sistema processual no universo jurídico (2005, p. 189).

Parte então da defesa do processo declarativo, para criticar o monismo:

> [...] A atividade declaratória do juiz constitui exercício de típica função reveladora, equiparável à do técnico fotográfico qu com banhos qupimicos a que submete os filmes já expostos à luz, provoca o surgimento de retratos ou paisagens que lá estavam previamente, mas não eram visíveis. Tão grande é a relevância social da certeza dos direitos, que a sua obtenção fascina e tende a favorecer a aceitação da tese constitutivista ou unitária. Tal não é uma postura racional, porém. É ilusória a idéia de que os direitos só são efetivos quando afirmados e impostos por via do processo, não passando da mera promessa antes disso. Essa postura expressa, no fundo, as angústias e incertezas caracterizadoras do estado da insatisfação que antecede e motiva os pronunciamentos jurisdicionais; parte, portanto, de dados sociológicos e não jurídicos, cometendo então a impropriedade de inserir na análise jurídica da função jurisdicional algo que não pertence estritamente ao campo do direito. A própria lide, conceito sociológico substancialmente definido como "conflito de interesses", é algo trazido do contexto social para a vida jurídica do processo, sem comportar perfeita acomodação na realidade do exercício da jurisdição (2006, p. 194-195).

Curiosamente, Ovidio Baptista da Silva defenderá o processo constitutivo para criticar o monismo:

> Não diremos novidade a este respeito, porquanto o tema é antigo e sobre ele muito se tem meditado e escrito. Mesmo assim, temos esperança de poder avançar na investigação deste problema, oferecendo alguns resultados que possam revelar algumas conexões teóricas entre normativismo e dogmatismo, de um lado, e unidade do ordenamento jurídico de outro. Veremos que essas premissas condicionam a concepção da função jurisdicional como atividade meramente declaratória de direitos (2008, p. 2).

Registra, inclusive, monismos em sentido impróprio:

> Interessa, porém, no momento, mostrar que Chiovenda, tido como um dos principais defensores da doutrina da "dualidade" de ordenamentos jurídicos, conservava-se, na essência, um defensor das doutrinas monistas, embora num sentido oposto ao defendido por aqueles que se autoproclamam partidários da doutrina da unidade do ordenamento jurídico. Enquanto Salvatore Satta, Ramos Méndez, Carnelutti e os demais juristas catalogados como "monistas reduzem o direito ao processo, Chiovenda, mesmo insistindo na "dualidade" dos ordenamentos jurídicos, não admitia que o "estado de pendência" pudesse tornar "não evidente" o direito. Em resumo, o jurista trabalhava com categorias de direito material; o direito era pensado como direito material, "absoluto e certo", concebido e tratado como direito material. O direito controverso, o direito em estado de "pendência", não é considerado como conceito, mesmo porque — pensado o direito como conceito — não se poderia supô-lo provisório, dependente de sua confirmação ou negação pela sentença. Não pode haver conceito provisório, salvo a própria provisoriedade (2008, p. 104).

Ainda, mais à frente:

> Suspeito que Carlos Alberto não seria capaz de acomodar a sentença de improcedência em sua teoria. Esta é a dificuldade, comum aos "concretistas" — que não explicam a sentença de improcedência —, a demonstrarem, no fundo, o compromisso com a "unidade do ordenamento jurídico". Entretanto, aqui o conceito de unitariedade é distindo daquele de Satta e dos demais autores que se proclamam partidários dessa corrente. Estes juristas, ao invés de excluir o direito material, excluem o processo, universalizando o direito material (!) (2008, p. 107).

Estes excertos são ilustrativos do problema até aqui exposto. De Windscheid-Muther até hoje, os limites e possibilidades de diálogo entre os autores foram abafados pelo ruído histórico. A poluição semântica se agrava a cada tentativa de reorganização analítica (por mais engenhosa que seja), ofuscando o chão hermenêutico do problema. Por preciosismo que possa aparentar, deve-se lembrar de sua importância: para além dos institutos jurídicos cuja aplicação é atrelada a essas construções, e mesmo da visão geral (função e estrutura) a que se ligam sobre o que deve ser o processo, conta-se ainda um perigoso imaginário para a Teoria da Decisão que vai se formando em torno dessa dicotomia criar/revelar o direito.

Nos grandes quadros, o processo declarativo (de um suposto dualismo puro) poderia ser aproximado da metafísica clássica, na suposta *revelação* da essência do direito pré-existente aplicável ao caso em litigio. Não se diferenciaria muito do instrumentalismo (dualismo funcionalista), cujo *plus* seria a epistemologização do processo a um sujeito

consciente-de-si (STRECK; OLIVEIRA; KARAM, 2013b) que se assenhora do objeto litigioso. Já a visão constitutiva (monismo puro) poderia remeter-se à metafísica moderna, pela aposta convicta na subjetividade do juiz que cria o direito.

Em ambos os casos, por mais que disfarce sua subjetividade por trás de uma inócua declaração do direito, o concretize entre formas e sensibilidades, ou que o crie confessadamente, o juiz decide eivado de solipsmo (STRECK, 2013, p. 256). Esta "solitária onipotência" (NUNES et al, 2011, p. 83) do juiz não se pode remediar pela mera "bilateralidade de audiência", na medida em que está arraigada enquanto *estrutura institucional* (modelo procedimental juristocrático) e de *pensamento* (imaginário jurídico receptivo ao ativismo).

Após a ascensão do instrumentalismo, entra-se numa fase de esgotamento do debate, nos termos até então colocados. Nesse ponto, José Joaquim Calmon de Passos faz um aporte da hermenêutica na crítica ao imaginário vigente:

> Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um. Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um. Parodiando Gadamer, ao afirmar que o "ser" que pode ser compreendido é linguagem também assevero que o processo (comunicação, palavra) nada mais é que a linguagem que dá concreção ao (pensamento) direito. E se o rigor terminológico é algo indissociável de qualquer saber com pretensões de racionalidade, portanto de respeitabilidade, esse rigor se faz muito mais exigente num saber, como o jurídico, quase que totalmente constituído daquele conhecimento conceitual a que já aludimos. Nele, precisão e rigor terminológicos são essenciais. Faltando isso falta a ciência do direito, substituída pelo discurso (no sentido comum da palavra) jurídico, totalmente desprovido de autoridade...(2001, p. 10)

Ainda a propósito desse esgotamento — conquanto discorde da tendência monista que enxerga na tese de Passos —, Silva (2008, p. 1) fala numa volta à discussão da *estrutura*, também investindo na pesquisa filosófica:

> Isto mostra que a concepção da jurisdição como simples declaração de direitos, além de caudatária do *iluminismo* — precisamente por isto —, recusa a compreensão hermenêutica da realidade processual; recusa não apenas que o direito seja um conceito hermenêutico (repudiado por Chiovenda), cujo "sentido" varia no tempo; mas recusa igualmente o pressuposto de que os "fatos" devem ser concebidos como entidades carente

> de compreensão hermenêutica. Não admitem que os fatos, na relação processual, são construidos dialeticamente, pelas partes e haverão de ser hermeneuticamente compreendidos pelo juiz. A consequência será a destruição do verdadeiro sentido da atividade jurisdicional, anulando-a, para transformá-la em simples oráculo do legislador. Jurisdição que não conta com uma dose, mínima que seja, de *discricionariedade*, jurisdição que não participa da criação do direito, jurisdição não será. Mas o contrário, o exagerado aumento dos poderes e virtudes do direito processual, em detrimento do direito material, conduzirá ao mesmo resultado, qual seja, a concepção do Direito como constituindo um sistema unitário. [grifos no original] (2008, p. 110-111)

A discricionariedade parece ser empregada por Silva num sentido fraco (MOTTA, 2009, p. 112-126), que já não se confunde com subjetivismo, mas apenas demarca uma inexorável participação criativa do juiz na normação do caso concreto. Por aí se interpreta a restrição que faz à tese de Passos, no que lhe aparentava colar o intérprete a um sentido unívoco. Contudo, é possível dirimir o conflito ex-surgente entre os dois a partir da mesma matriz hermenêutica, pelo que postula Streck: texto e norma não estão colados, nem descolados:

> Daí a importância da tradição, lugar de inserção do homem, como ser-no-mundo e ser-com-os-outros. Impossível negar a faticidade. Ao tentar negá-la, esta já atuou no modo de compreender-interpretar o mundo. De que modo é possível controlar o intérprete, para que este não "diga qualquer coisa sobre qualquer coisa"? Ele é controlado pela tradição, pelos "constrangimentos linguístico-epistemológicos" que conformam a sua condição-de-ser-no-mundo. [...] Portanto, a partir dessa (nova) hermenêutica, vigência e validade (de um texto) não podem mais ser entendidos de forma entificativa, isto é, *não é mais possível pensar na equiparação entre vigência e validade, como se a vigência fosse o ente, e a validade, o seu ser*. Tampouco o texto será equiparado à norma. Não! A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o *plus* que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, *o texto não subsiste separadamente da norma*, d'onde é necessário não confundir a equiparação entre texto e norma com a necessária *diferença* (que é ontológica) entre ambos. Vigência e validade, texto e norma, não podem ser entendidos como se fossem duais (no sentido metafísico). O fato de existir uma diferença entre esses âmbitos (vigência e validade, texto e norma) não significa que possa existir a vigência como vigência ou o texto como o texto. Explico: Heidegger sempre deixou bem claro – no que não recebe qualquer contestação de Gadamer – *que querer compreender o ente como ente é próprio da metafísica*. O ente só existe no seu ser. E o ser é sempre o ser de um ente. O ente como ente é inacessível, sendo essa inacessibilidade incontornável. Transportando essa questão para a hermenêutica jurídica nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que, quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo. *A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto)*. O texto só ex-surge na sua "normação",

> valendo o mesmo raciocínio para a "dicotomia" vigência-validade (2011, p. 312).

Ora, em tempos de giro-linguístico ontológico, não se cuida mais de um objetivismo ingênuo ou de um transcendentalismo absoluto (STEIN, 2005, p. 188), senão de um lastro ontológico fundamental a ancorar intersubjetivamente toda interpretação: não mais se fala em mera reprodução de sentido, tampouco em livre criação deste, mas em atribuição de sentidos, constrangida epistemologicamente por um *apriori* compartilhado (STRECK, 2013, 312). Isto importa tanto mais em se tratando de textos normativos, pelas relações que se vêm estabelecendo entre democracia contemporânea e intersubjetividade. Trata-se de uma curadoria popular dos sentidos constitucionais. E o processo entra aí como lócus privilegiado de atribuição intersubjetiva de sentido normativo para um caso concreto.

Sob esta chave de leitura, pode-se arriscar a interpretação de não ser por acaso que a Processualística vem (historicamente) procurando distinguir sem separar direito e processo. Talvez se esteja a observar um refluir dogmático desta ambiguidade estrutural; quando menos, pode-se passar à apropriação filosófica de tal contingência teórica.

5.1. Perspectivas hermenêuticas de avanço na articulação do direito processual ao paradigma da intersubjetividade

Obviando a tradicional análise histórica da Processualística por fases do desenvolvimento científico, Dierle José Coelho Nunes adota o viés dos paradigmas estatais. De início, afirma:

> Pretende-se demonstrar que os macromodelos de estruturação do processualismo científico (liberalismo processual e socialização processual), centrados em dogmas de protagonismo (das partes ou dos juízes), não são suficientes para resolver os problemas de eficiência e de legitimidade dos sisteas normativos (extremamente complexos) da atualidade) (2008, p. 16).

Já na conclusão, ressalta:

> Porém , a conciliação dos caracteres de um processo social e de um processo "privatista" pode proporcionar resultados social e constitucionalmente aceitáveis na busca de finalidades constitucionalmente adequadas, que manteriam a participação diretiva do juiz e contributiva das partes — ou seja, a função **problematizante do processo jurisdiconal** [sem grifo no original] (2008, p. 24)

Correlacionando Teoria do Estado e Teoria Geral do Processo, Daniel Mitidiero (2007, p. 22-32) observa que se no Estado Liberal focava-se a Ação, e no Estado Social a Jurisdição, já no Estado Democrático de Direito começa-se a focar o Processo mesmo. Também Zaneti (2005, p. 290) releva a "pretensão de fundar como **epicentro** da doutrina processual o **conceito de processo** e não mais o conceito de ação (que antes serve de **veículo** para o debate judicial que se dá no primeiro) [grifos no original].

Tudo isto aponta para um objetivo a ser buscado ativamente: a desidentificação da Jurisdição com o sujeito (solitário) da produção da norma de decisão.

De outra parte, viu-se como a doutrina evoluiu no tratamento da relação ente direito e processo, caminhando no sentido de monismos compreensivos de dualismos e dualismos tendentes a monismos. Mais que isso: o núcleo teórico foi transferido para categorias retesadas entre os dois planos. Natascha Silva Anchieta (2013) faz uma leitura da teoria da ação sob o viés dos paradigmas estatais, concluindo pela primazia publicista na ruptura do Estado Liberal, da concretista na transição para o Estado Social; e da pretensão processual (de Ribeiro), no Estado Democrático de Direito. Também Zaneti, com sua "teoria da abstração-criativa da ação" ou "prospectiva do processo", parece responder à crítica de Ovidio A. Baptista da Silva (2008, 104-105) de que os defensores da ação processual não conseguiam lidar com a "pendência" do direito subjetivo no processo.

Nesta tendência, vai bem ao deixar de tratar-se o direito como puro dado a ser revelado pelo juiz, ou puro constructo de sua consciência.

Afinal, cumpre refletir sobre o papel desempenhado pelo próprio processo nisto tudo. Outrora valia "a sábia lição de Villey, os fins do Direito se resumem no brocardo: *suum cuique tribuere*; os meios, no brocardo: *audiatur et altera pars*" (ZANETI, 2005, p. 283). Agora, na medida em que se reconhece que o direito não é dado previamente, mas algo construído no processo (e não apenas pelo juiz, ao seu "livre convencimento"), importa radicalizar esse seu meio de construção, já no sentido de ambiente decisório e não de instrumento. Mais do que bilateralidade de audiência, há que garantir à *comunidade de trabalho processual* efetiva influência (NUNES et al, 2011, p. 81-84) sobre o sentido normativo atribuído ao caso concreto.

Sensíveis a esta necessidade (STRECK, 2013c), juristas de diferentes Escolas se unem pela aprovação de um Novo Código de Processo Civil (NCPC), que em seu art. 10 passe a dispor: "Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício". Sua real dimensão será dada pela leitura

combinada com o novo art. 489, que trata dos requisitos da sentença, não considerando fundamentada aquela que "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador" (§1º, IV).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se do dilema entre os aspectos procedimentais e conteudísticos na aplicação do Direito, na perspectiva da Processualística Cível. Verifica a complexificação do debate dogmático, em que pesem os engenhosos tratamentos analítico dados à questão. Para limpeza semântica, propôs-se o aporte hermenêutico, de modo a resgatar as questões fundamentais em jogo: o que é isto, o Processo? Sem perder visão de conjunto, qual a sua relação com a pergunta fundamental da Ciência Jurídica da qual é subdivisão, a saber: o que é isto, o Direito?

Partiu-se da procura por uma ponte ontológica *actio* e *klage*, em que Windscheid e Muther lograriam emancipar o conceito de ação. Mais do que isso: deram causa ao *mito fundador* da Ciência Processual, cujo "pecado original" a purgar seria o sincretismo dos planos material e processual. Em sua repercussão nacional, a Processualística dominante capta simbolicamente esse evento, em leitura combinada ao movimento doutrinário capitaneado por Oskar Von Büllow, que a voltaria à preocupação com a práxis. O dualismo dos planos, então demarcado, se hierarquizaria segundo um critério funcional, pela instrumentalização do plano processual ao material. Na leitura de Dinamarco: partiu-se do sincretismo, passando pelo autonomismo, e culminando no instrumentalismo. O objetivismo ingênuo (ontologicista) do direito material perde espaço para um subjetivismo do magistrado na realização dos escopos do processo (teleologismo), mesmo ainda se falando na declaração de direitos pré-existentes ao processo.

Ovidio A. Baptista da Silva alertaria, então, para a necessidade de tornar a pensar a *estrutura* do Direito Processual. Junto a Carlos Alberto Álvaro Oliveira, reconduzira o debate para a instância da ação. O primeiro, na defesa da dobra ponteana entre ação material e processual. O segundo, pela unidade abstrata da ação. O jogo de oposições nas relações entre processo e direito se inscreveria de tal forma na Processualística que as doutrinas se fertilizariam reciprocamente: monismos compreensivos de dualismos; dualismos tendentes a monismos. No que se refere a tal Monismo do Ordenamento Jurídico, cita-se a teoria de Darci Guimarães Ribeiro. Parte da divisão entre direitos *imediatos* e *mediatos*. Nesses últimos, por interferirem singularmente na esfera jurídica de alguém, o direito subjetivo reclamaria

mediação judicial para se produzir. Quanto ao novo dualismo, cita-se a Teoria Circular dos Planos de Zaneti: a par da atuação direta da norma material (casos em que acede à ação material), de ordinário o direito subjetivo se produz em juízo, sendo que "leva em consideração a norma material afirmada, mas não pressupõe sua veracidade de incidência fora e antes do processo" (2005, p. 315-316). Intuitivamente, se tenta recombinar o patrimônio conceitual monista e dualista, para dar conta do que parece ser uma ambiguidade estrutural a se manifestar.

Numa fenomenologia da tradição processual, o processo declarativo (de um suposto dualismo puro) poderia ser aproximado da metafísica clássica, na suposta *revelação* da essência do direito pré-existente aplicável ao caso em litigio. Não se diferenciaria muito do instrumentalismo (dualismo funcionalista), cujo *plus* seria a metodologização do processo a um sujeito jurisdicional que se assenhora do objeto litigioso. Já a visão constitutiva (monismo puro) poderia remeter-se à metafísica moderna, pela aposta convicta na subjetividade do juiz que cria o direito.

Afinal, prospecta-se avanços na articulação do Processo no paradigma da intersubjetividade. Sua ascensão como centro da Teoria Geral do Processo ruma a desidentificação da Jurisdição com o sujeito (solitário) da produção da norma de decisão. Ademais, a fertilização recíproca entre monismos e dualismos, além da transferência de seus núcleos teóricos para categorias retesadas entre os dois planos (pretensão processual, em Ribeiro; abstração-criativa da ação, em Zaneti), vão bem ao deixar de tratar o direito como puro dado a ser revelado pelo juiz, ou puro constructo de sua consciência. Vale refletir, agora, sobre o papel desempenhado pelo próprio processo; precisa ser melhor compreendido, e valorizado enquanto garantia, naquilo que estrutura a normação do caso concreto. Na medida em que se reconhece que o direito não é dado previamente, mas algo construído no processo, importa radicalizar esse seu meio de construção, já no sentido de ambiente decisório (*ex vi* dos art. 10 e 499, NCPC), e não de instrumento judicial.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério cientifico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. Disponível em: < http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICaO%20e%20DECADENCIA-2.pdf>. Acesso em: 08/09/2014.

ANCHIETA, Natascha Silva. **Direito à tutela jurisdicional efetiva, ação e pretensão processual:** uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na

perspectiva do Estado Democrático de Direito (Dissertação de Mestrado). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013. Disponível em: < http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000008/000 00890.pdf>. Acesso em: 08/09/2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo:** influência do direito material sobre o processo, 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), "Código de Processo Civil".** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/a tividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116 731>. Acesso em: 05/08/2014

DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 5. ed. — São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

FONSECA COSTA, Eduardo José da. Uma arqueologia da ciências dogmáticas do processo, In: **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 16, n. 61, jan./mar. 2008, p. 11-44.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meuer; Enio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo CPC não deve adotar conceito sobre condições para a ação.** In: Consultor Jurídico. 25 de agosto de 2014. Coluna Processo Novo. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2014-ago-25/cpc-nao-adotar-conceito-condicoes-acao>. Acesso em: 08/09/2014.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo:** o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo (Tese de doutorado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: < http://www.lume.ufrgs.br/ bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08/09/2014.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a serio:** uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro (Dissertação de Mestrado). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2009. Disponível em: < http://biblioteca.asav.org.br/vinc ulos/tede/FranciscoMottaDireito.pdf >. Acesso em: 08/09/2014.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**: Edição Especial. Pouso Alegre: 2008, p. 13-30. Disponível em: <http://www.fdsm.edu.br/site/posgraduacao/volumeespecial/02. pdf>. Acesso em: 03/08/2014

_____; et al. **Curso de Direito Processual Civil:** fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). **Polêmica sobre a ação:** a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo, p. 83-109. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal". In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001, p. 7. Disponível em: < http://www.direitopublico.com .br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSO S.pdf>. Acesso em: 08/09/2014.

PUNTEL, Lorenz. A crítica da metafísica em Carnap e Heidegger: análise, comparação, crítica. In: PUNTEL, Lorez B. **Em busca do objeto e do estatuto teórico da filosofia:** estudos críticos na perspectiva histórico-filosófica. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 229-259.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensíon procesal e la tutela judicial efetiva** — Hacia uma Teoria Procesal del Derecho. Barcelona: J. M. Bosch, 2004.
_____. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, n. 9. Poro Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 81-99.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ISAIA, Cristiano Becker. A possível superação do dualismo metafísico entre condições da ação e mérito da causa no Direito Processual Civil. In: **Revista do Curso de Direito da FSG**, Caxias do Sul, ano 4, n. 8, jul./dez., 2010, p. 95-110. Disponível em: < http://www.fdsm.edu.b r/site/posgraduacao/volume252/12.pdf>. Acesso em: 08/09/2014.

SILVA, Ovídio Baptista da. Da função à estrutura. In: **Revista de Processo**, vol. 158, abr. 2008, p. 9-19.
_____. Direito Material e Processo. In: MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). **Polêmica sobre a ação:** a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo, 51-83. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2006.
_____. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia:** limites de um paradigma. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.
_____. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
_____. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.
_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.
_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira; KARAM, Trindade André. O "cartesianismo processual" em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial.

In: **Revista Novos Estudos Jurídicos.** v. 18, n. 1, jan-abr, 2013b, p. 05-22. Disponível em: < http://siaiweb06.univali .br/seer/index.php/nej/article/view/4480>. Acesso em: 31.07.2014.
_____. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! In: **Revista Consultor Jurídico,** 21 de outubro 2013c. Disponível em: <http://www.conju r.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>. Acesso em: 03/08/2014

WARAT, luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la 'actio'**. Trad. Tomás A. Banzhaf Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976

ZANETI JR, Hermes. **A constitucionalização do processo:** a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional (Tese de doutorado) — Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: < http://www.lume.ufrgs.b r/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?...1 >. Acesso em: 08/09/2014.