

sim, a *atuação prática* da vontade jurídica preexistente – o que confirma e não desmente, a teoria dualista do ordenamento jurídico.¹⁰⁶

29. atuação da vontade concreta do direito

Excluída a integração do sistema processual no labor de criação das situações jurídicas de direito material e tendo-se por demonstrada a tese dualista do ordenamento jurídico, chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o escopo jurídico da jurisdição não é a *composição* das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto;¹⁰⁷ a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação. O escopo de *atuação da vontade concreta da lei* é tão intimamente ligado à tese dualista, que por expressivos defensores desta fórmula assim construída tem sido apontada também como uma das características fundamentais da própria jurisdição (ao lado do caráter substitutivo).¹⁰⁸

No processo cognitivo das modalidades condenatória e meramente declaratória, não se tem atuação da vontade do direito objetivo material; nem no processo cautelar. A simples remoção de dúvidas objetivas quanto à existência ou modo-de-ser de *status*, relações jurídicas, direitos e obrigações (sentença meramente declaratória) tem seu significado no plano social pacificando e eliminando as angústias da incerteza; mas não conduz, por si só, a algum estado de realização prática.¹⁰⁹ A sentença condenatória civil, declarando a

existência de direitos e obrigações, nessa parte desempenha a mesma função da meramente declaratória e só por isso já tem relevância social e jurídica; e quando, no segundo momento lógico, constitui título para a execução forçada ao *aplicar a vontade sancionária*, ela simplesmente prepara e insinua a atuação do direito através do processo executivo. Mas a situação criada pela sentença condenatória por essa forma situa-se no plano do processo e limita-se a facilitar a atuação da vontade do direito substancial, sem chegar a promover essa situação.¹¹⁰ E os provimentos cautelares, sendo por definição hipoteticamente instrumentais ao processo principal (cognitivo ou executivo), nem afastam incertezas nem muito menos deixam situações fáticas consolidadas: eles operam somente evitando as deteriorações que o decurso do tempo poderia trazer à situação sobre a qual algum outro processo agiria, mas a atuação da lei virá por conta deste e não da cautela.¹¹¹⁻¹¹²

dade), ou porque o demandante, embora pudesse pedir algo mais, delimitou o seu *petitum* à declaração (CPC, art. 4º, par.).

110. Por esse aspecto, a *sentença condenatória é constitutiva*. Entende-se: corre para a constituição de uma situação jurídica nova, que é a ação executiva (como título executivo, ela cria uma situação tal, que passa a ser adequado ao caso o exercício *in executivis* da jurisdição). É constitutiva, pois, somente no plano processual (*cf.* Attardi, *L'interesse ad agere*, p. 103; Liebman, "Il titolo esecutivo riguardo ai terzi", n. 5, pp. 361 ss.). "Esse segundo provimento, que se segue à declaração e que o juiz não pode proferir se não lhe tiver sido expressamente pedido, é a aplicação da sanção estabelecida pela lei para o ato ilícito cometido pela outra parte" (*Manual*, I, n. 84, esp. p. 183); de minha parte, associo o título executivo (e, portanto, a sentença condenatória), ao requisito do interesse de agir (*v. Execução civil*, n. 26, pp. 265 ss.).

111. Da instrumentalidade, falou superiormente Calamandrei: *cf.* *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, esp. n. 9, p. 21 ("a serviço de um provimento definitivo"). Ele diz que há nos provimentos cautelares, "mais que o escopo de atuar o direito, o escopo imediato de assegurar a eficácia prática do provimento definitivo", etc. No contexto, essas palavras do Mestre florentino não têm o significado que tem a proposta de Goldschmidt, no sentido de investigar "o fim que em cada processo se alcança" quase em substituição à busca do fim do processo, genericamente considerado (*v. Principios generales del proceso*, I, n. 14, esp. p. 39). Com bastante clareza, falou Carnelutti (já citado antes) dos resultados dos diferentes processos: coisa julgada (*sic*), *atribuição* (satisfação) ou cautela (*Diritto e processo*, n. 249, p. 371). Qualquer que seja o resultado de cada processo, ou de cada espécie de processos, o *escopo* que motiva o exercício da jurisdição em todos eles é sempre o mesmo (segundo aqui se sustenta, a atuação da vontade de direito).

112. "O valor que o tempo tem no processo é imenso e em grande parte desconhecido. Não seria imprudente comparar o tempo a um inimigo, contra quem o

106. Lembra-se, ainda uma vez, que as sentenças constitutivas operam a realização do direito imediatamente, sem intervalo; por isso é que já lhe foi atribuído caráter de execução (o que só se pode aceitar mediante ampliação do conceito de *execução*, além dos confins do sentido com que é usada no Livro II do Código de Processo Civil e na sua teoria).

107. *V. supra*, n. 28.3 (*vontade da lei*, locução figurativa). *Lei*, nessa locução frequentemente empregada por Chiovenda, está por *direito*: não se refere ao campo da *lei*, em sentido formal, mas de todas as formas de manifestação do direito (a partir da Constituição) e, mais amplamente ainda, tem-se em vista a *vontade* do próprio direito, considerando em sua estrutura triplíce.

108. Notoriamente, Chiovenda (*Principii*, § 13, I, esp. pp. 293 e 301. *V. também* Liebman, *Manual*, n. 1, p. 19 trad.; Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, n. 117, pp. 329-331 e Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 62, pp. 147-148).

109. E assim é, ou porque o modo como o estado de insatisfação se caracteriza não requer mesmo nada além da certeza (*v.g.*, usucapião, investigação de paterni-

Ter-se-ia, com isso, a impressão de que fica diluída essa função atribuída ao sistema processual, pois limitada à atividade jurisdicional exercida no processo executivo e naqueles instituídos para a produção de sentenças constitutivas. Por outro lado, poder-se-ia ainda alegar que não só jurisdicionalmente se tem a atuação da vontade da lei, mas diuturnamente também, por obra dos próprios interessados ou mediante a atividade administrativa do Estado. São falsas as duas objeções, porque ambas se afastam do ângulo visual adequado. Só mesmo o sistema processual atua a vontade concreta da lei, *pelo objetivo de atuá-la* e, embora o objetivo não seja desde logo atingido mediante toda e qualquer espécie de processos jurisdicionais, todos eles são realizados *para que* ele o seja. Assim, a Administração tem na lei o limite de sua atividade, não o objeto de seus cuidados (como os órgãos jurisdicionais); e os provimentos meramente declaratórios, condenatórios ou cautelares, embora não atuem por si mesmos o direito, constituem instrumentos ativados *para que* ele seja atuado (v.g.: tratando-se de obrigação por prestação em favor do vencedor no processo condenatório, a atuação ter-se-á por ato voluntário do devedor ou mediante o processo executivo, mas é inegável que a sentença condenatória foi preferida com esse fim).¹¹³

A firmeza com que se sustenta a tese da atuação jurídica está, portanto, apoiada sempre na idéia de que se trata de um *escopo* (que, por definição, é mesmo um *fin ideal*) e não uma observação fenomênica.¹¹⁴ Cada sentença que se afaste dessa missão e produza resultados não queridos pelo direito estará falhando ao escopo, não negando que o escopo seja esse. São as imperfeições do sistema, que ou se debitam à inevitabilidade de alguma parcela de subjetivismo nos julgamentos, ou à menor diligência das partes, ou às próprias dificuldades de cada caso. Aceite-se, embora sempre sem o pessi-

juiz luta sem trégua" (Carnelutti, *Diritto e processo*, n. 232, esp. p. 354). Não só os provimentos cautelares trazem esse significado de neutralização dos males do tempo, mas ainda a execução provisória (a que inclusive já se chegou a atribuir natureza cautelar), ação meramente declaratória, títulos executivos extrajudiciais, procedimento sumário, etc.

113. São afirmações quase corriqueiras e, seguramente, do conhecimento de todo processualista (remontam, como é notório, a Chiovenda: *cf.* *Principii*, § 2º, pp. 63 ss., esp. p. 67); estão no texto, para compor o raciocínio completo, sem deixar hiatos.

114. *Cf.* Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, n. 14, esp. p. 39.

mesmo com que foi formulada, a ressalva de que a estrita fidelidade dos julgamentos à vontade concreta do direito é problemática e aleatória, porque dependente de muitos fatores quase imponderáveis.¹¹⁵

Mas esses desvios e distorções não devem influir na determinação daquilo que se almeja e espera do processo e da espécie de relação que ele há de desenvolver com o direito objetivo material dentro do sistema jurídico global do país: sua fidelidade aos desígnios do direito objetivo é um valor em si mesma, na medida em que nas disposições jurídico-substanciais reside a projeção das escolhas políticas e sociais da nação, resumidas com vista à solução geral dos casos concretos. A independência intelectual do juiz não autoriza o arbítrio e a lei é limitativa das escolhas do juiz, como fase de um afunilamento que parte da Constituição e que ainda é menos estreito quando passa pela fase da legislação¹¹⁶ (o juiz não é legislador e a sentença não é *lex specialis*).¹¹⁷ A positivação do poder em casos concretos, representada pela atividade jurisdicional, é um ato, político, destinado à preservação de valores pelos quais opta o Estado sem a participação do juiz enquanto tal.¹¹⁸ Assim como a política tem seus *fins jurídicos*, há também os *fins políticos do direito*,¹¹⁹ aos quais o processo há de

115. Negar a verdade como objetivo do processo e dizer que a certeza não pode ser exigida como pressuposto dos julgamentos, sob pena de inviabilizá-los (*infra*, n. 33), não significa renunciar à busca da verdade, nem ao ideal de fidelidade aos fatos reais e, portanto, à vontade concreta do direito (*cf.* Baur, "Transformações do processo civil em nosso tempo", p. 63).

116. São idéias que vêm da *Reine Rechtslehre*, mas cuja aceitação não implica alinhamento ao positivismo jurídico de Kelsen. Em linguagem metajurídica, dir-se-á que, quanto mais próximo do concreto se situa uma decisão, menor é a *complexidade* que ela encontra diante de si, ou seja, menor o leque de alternativas.

117. *Cf.* Cappelletti, *Giudici legislatori?*, n. 11, pp. 63 ss.

118. Em outras palavras: opções legislativas, antes das opções judiciárias. É claro que, como cidadão, o juiz há de participar de alguma forma daquele processo decisório no plano legislativo, ao menos mediante o voto (mas também levando aos centros de poder as sugestões de sua experiência qualificada: *cf.* Dinamarco, *promessa, passim*). Exemplo significativo foi a participação de magistrados paulistas, representando a sua Associação, na comissão que redigiu o anteprojeto que se converteu na Lei das Pequenas Causas (lei n. 7.244, de 7.11.1984).

119. Não é pacífica a tese da existência de fins jurídicos da política e fins políticos do direito. No que respeita à observação feita pelo processualista (que é jurista), basta ter por certo que o direito assume para si certos objetivos maturados e conformados na política. Néstor Pedro Sagüés entende que, no mesmo momento em que o direito assume a tarefa de dar efetividade a valores políticos; nesse mesmo momento "estes últimos se introduzem no catálogo dos valores do direito" (*cf.* *Mundo*

servir com fidelidade. O direito mesmo é instrumento da política e isso serve para pôr em destaque algo que não é usual, ou seja, que o próprio escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito, sendo embora primacialmente um *escopo técnico*,¹²⁰ mediatamente acaba voltando-se aos valores fundamentais da sociedade política e com isso deixa de ter relevância só jurídica. O culto racional à legalidade constitui, portanto, substancialmente, culto a esses valores tais como escolhidos e escalonados pelos agentes do poder investidos dessa competência,¹²¹ e isso explica por que, em variados pontos da disciplina técnica do processo, encontram-se soluções pouco aderentes à estrita finalidade jurídica, a qual como que se dilui e perde em importância diante do peso dos grandes objetivos que o próprio direito material é chamado a realizar.¹²²

29.1 críticas e confrontos

A insuficiência da perspectiva jurídica nas investigações teleológicas do sistema processual é reflexo da pobreza da visão puramente jurídica do próprio direito. *O processo em função do direito* constitui uma postura quase tão acanhada quanto a que encara *o direito pelo direito*. Em ambas, afinal, tem-se somente a visão jurídica... do direito.¹²³ Mesmo colocados fundamentalmente no plano jurídico,

jurídico y mundo político, pp. 216-217). Mesmo que assim seja e, no momento em que o direito os atua, os valores políticos já sejam também valores jurídicos, a instrumentalidade do direito à política não fica negada (v. *supra*, nn. 2-3). Criteriosa é a manifestação de José Eduardo Faria: “o conceito de justiça não pode ser tratado como uma questão fechada; somente terá algum significado dentro do contexto da política, uma vez que a nomogênese jurídica resulta da interação e cooperação de todos os elementos vitais da comunidade” (*Poder e legitimidade*, p. 16).

120. Cfr. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, p. 348.

121. Cfr. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, p. 7. O jurídico reflete o político, na medida em que a lei e as sentenças forem fiéis aos valores políticos da nação.

122. Não fosse assim, o processo seria instrumento só técnico, o que vem sendo negado ao longo de todo este trabalho.

123. Carnacini fala em *dois planos* na análise jurídica, mas ambos são jurídicos: “já é tempo de passar, do plano da tutela jurídica dos interesses materiais realizada pela via do processo civil, para o relativo à estrutura deste” (cfr. “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, n. 16, p. 757). Está a postular, em outras palavras, a manutenção da tradicional postura jurídica. O que aqui se pretende, na linha metodológica avançada que tem em Mauro Cappelletti o principal arauto e na Escola

contudo, os estudos constitucionais do processo foram capazes de descortinar novos horizontes para a ciência processual, despertando curiosidades quanto às implicações sociais e políticas do sistema. Grande marco significativo dessa tendência foi a enérgica afirmação do processo como *instrumento ético* e não meramente técnico.¹²⁴

Das teorias que disputam primazia na definição do escopo (jurídico) da jurisdição, a que mais se expõe a essa censura é justamente essa referida à atuação da vontade concreta da lei. Tem seu valor e é tecnicamente correta, em face do modo-de-ser do direito substancial e do ordenamento jurídico. Sem interligações com o social e o político, contudo, e pretendendo isolar-se como indicadora *do* escopo (supostamente único) do sistema processual, ela traz a marca de uma profunda *indiferença político-social*, que a comprometeria não fora o que agora se vai começando a ver em outros planos (escopos sociais e políticos). Assim concebida, mereceu a acusação de não oferecer “proteção alguma contra um abuso político do processo civil”,¹²⁵ mais grave ainda, disse-se que essa colocação serviu efetivamente de instrumento a regimes autoritários, nas experiências políticas européias da primeira metade deste século.¹²⁶ Mereceria também que dela se dissesse que corresponde a “uma concepção puramente formal do direito”, em que “se há ou não injustiça, isso fica em plano secundário, interessando apenas a obediência aos preceitos que são formalmente jurídicos”.¹²⁷

Da mesma insuficiência social e política não padece a teoria que com essa se defronta. Trata-se da indicação *da justa composição da lide* como escopo da jurisdição. Essa teoria não deixou de ser jurídica, para ser sociológica, muito embora a *lide*, conceito e elemento em volta do qual gira todo o sistema proposto, seja em si mesmo um dado sociológico muito mais do que jurídico.¹²⁸ *Compor a lide*, ou

processual de Florença a sua sede, é justamente transcender o jurídico e ir às bases sociais e políticas do direito processual.

124. Ainda Cappelletti (*Processo e ideologie*, logo à abertura da “promessa”: p. VII e *passim*).

125. Cfr. Habscheid, “As bases do direito processual civil”, n. 2, b, esp. p. 123.

126. Cfr. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17. V. *supra*, nn. 2, 3, 21, 24.

127. Palavras de Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, n. 50, p. 93.

128. As teses fundamentais de Carnelutti têm “um marcado sabor sociológico”, diz Barrios de Angelis (*Introducción al estudio del proceso*, n. 5.5.2, esp. p. 52 – e

seja, ditar a disciplina jurídica que concretamente a resolve, é uma tarefa puramente jurídica.¹²⁹ Mas vem da vida em relação o *conflito de interesses* que constitui a substância da lide e a *resistência à pretensão* que a qualifica e lhe confere concreta relevância. Além disso, a adjetivação *justa (justa composição)* traz em si uma carga de preocupação ética pelos resultados do processo, o que aliás constitui coerente reflexo da proposta do método teleológico no trato do sistema processual.¹³⁰

O que torna inaceitável esse pensamento são as grandes premissas metodológicas de que ele parte, ou seja, a suposta insuficiência do ordenamento jurídico substancial a gerar direitos e obrigações,¹³¹ mais a falsa afirmação da onipresença da lide. É um sistema de bases profundamente privatistas, inconscientemente ligadas a pressupostos pandectistas do direito processual e à crença de que a jurisdição seja sempre e invariavelmente uma atividade secundária; sem considerar a problemática da suficiência ou insuficiência do ordenamento jurídico, o sistema centrado na lide como pólo metodológico fundamental seria aplicável somente às relações de direito privado caracterizadas por direitos disponíveis (objetiva e subjetivamente).¹³²

isso é do entendimento geral, a partir da notória crítica de Calamandrei); mas o processualista uruguaio disse também que “Carnelutti se mostrou partidário de um *realismo* que não chegou ao estudo sociológico sistemático, limitando-se a preconizar a união das abstrações e a vida judicial”.

129. Cfr. Carnelutti, “La sentenza condizionale”. Ele sustenta a inaptidão das normas jurídico-materiais para estabelecer desde logo, ao suceder dos fatos, a regra jurídica concreta destinada a disciplina das conseqüências desses fatos. A sentença é que *torna concreto ou particular* o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal: é um *arco*, que só se fecha em *círculo* quando houver o comando complementar: e isso é que significa, na linguagem *carneluttiana*, *compor a lide*. *Compor* não está ali, como poderia parecer, por *pacificar* ou *solucionar*.

130. Cfr. Carnelutti, *Metodologia del diritto, passim*; “Il diritto come antistoria?”, *passim*; “Nuove riflessioni intorno al metodo”, com críticas ao “antiteleologismo” (“um dos aspectos da afirmação da ciência exata na história do pensamento”). É preciso adotar, para cada ciência (ou grupos de ciências), o método que seja adequado ao seu objeto – disse Voegelin ao ressaltar que a atitude positivista despreza certas “verdades elementares” e por isso sustenta método inadequado; “um homem educado não deve esperar exatidão de tipo matemático em um tratado sobre política” (cfr. *A nova ciência da política*, p. 19)..., nem nos estudos de direito processual.

131. V. *supra*, n. 5.

132. De pertinência as observações de Galeno Lacerda, em aula proferida durante o curso de “Estudo crítico de teoria geral do processo” (São Paulo, 2ª semes-

Há situações em que o processo se justifica independentemente de qualquer consideração acerca de eventual resistência à pretensão (elemento formal da lide), como nas ações de nulidade de casamento ou perda do pátrio-poder. Em outras, falece o próprio elemento substancial da lide, ou seja, o conflito de interesses definido como incompatibilidade entre a relação de utilidade do mesmo bem com mais de uma pessoa: é o que se tem nos processos criminais por ação pública, não se considerando boa para o Estado a imposição de pena a indivíduo que não seja culpado e, portanto, só tendo ele interesse na imposição da pena quando o acusado efetivamente a merecer (e, não-obstante, o processo se faz e se justifica mesmo antes da certeza quanto à realidade jurídico-substancial do caso). Essa colocação criticada prende-se, também, a uma postura metodológica viciada e consistente em ver no âmbito da jurisdição somente o processo de reconhecimento e o *executivo não*; quanto a este, não tem o menor sentido falar em *composição* da lide, no sentido jurídico em que esse vocábulo é tomado.¹³³

Ora, o que há de correto nessa insinuante doutrina chegou a ponto de impor-se mesmo a seguidores da oposita e levá-los a tentar uma conciliação entre os dois pensamentos. Elas se repelem radicalmente, todavia, como azeite e água que jamais se misturam – e isso por conta das premissas metodológicas diametralmente opostas de que partem. Não-obstante, conhecem-se diversas tentativas de conciliar o inconciliável, como na indicação do escopo da jurisdição mediante a fórmula “atuação da lei a casos concretos”.¹³⁴ Ela trai

tre de 1978). Cfr. ainda Barbosa Moreira (“Tendências contemporâneas do direito processual civil”, n. 3, pp. 40 ss.), ressaltando que a linha evolutiva converge, hoje, para soluções de maior dimensão social, seja pelo teor das decisões, seja pela abrangência subjetiva, seja franqueando o processo a número maior de pessoas (acesso à Justiça); com essa vibração publicista e solidarista, não se compadece o privatismo individualista da teoria centrada na lide.

133. V. *supra*, nota 134 (por isso, Carnelutti não esteve coerente com o seu método e os seus conceitos, quando passou a afirmar a integração das atividades executivas na jurisdição).

134. Cfr. Amaral Santos: “atuar o direito objetivo aos casos concretos” (*Primeiras linhas*, I, n. 17, esp. pp. 21-22); v. ainda Alvarado Velloso, “Jurisdicção y competencia”, n. 2, p. 105 (“atuação da lei a casos concretos”). Assim também Liebman, que, sem cometer as impropriedades formais vistas nessas fórmulas, afirma que hoje as duas posições, antes tão contrapostas, “podem-se considerar complementares”.

inicialmente o hábito arraigado de empregar o vocábulo *aplicação* e o verbo *aplicar*, pois *atuação* e *atuar* não comportam a regência trazida nessa proposta, ou seja: “atuar... a casos concretos”; e, como *aplicar* já traz em si a idéia de passagem do abstrato para o concreto (significa especificar, *colocar nas dobras*),¹³⁵ já se sente aí a incompatibilidade dos termos dessa fórmula, que a um tempo fala em *atuação* e pressupõe a insuficiência de um direito material que precisa do aporte do serviço do processo para chegar por inteiro ao estado de concreção. Depois, essa fórmula desconsidera também o sentido do vocábulo *composição*, no contexto da linguagem doutrinária em que proposto; só se tivesse conotações sociais, equivalendo a *pacificação*, seria possível a coexistência das duas idéias, como se demonstra pela coexistência do objetivo jurídico com os objetivos sociais da jurisdição. Em resumo: não se podem conciliar dois pensamentos que rigorosamente têm assento em duas premissas tão diametralmente opostas, como a suficiência e a insuficiência da ordem jurídico substancial a produzir direitos e obrigações. Mas a boa-vontade no sentido da conciliação foi também alimentada pela tentativa de *retificar* o conceito de lide, afastando-o da formulação originária para apresentá-la como “conflito de interesses, qualificado pelos *pedidos* correspondentes”;¹³⁶ com isso ficou o conceito de lide bastante esvaziado do seu conteúdo sociológico e, em compensação, passou a não significar outra coisa senão a própria pretensão deduzida em juízo, ou seja, o mérito (e, com essa formulação, *lide* não é algo que concorra para a explicação deste ou do objeto do processo).

Outra aparente debilidade da definição teleológica aceita é que, sem o aporte dos fatores sociais e políticos inseridos com ela no contexto (os outros escopos da jurisdição), poderia revelar uma indesejável tendência ao *individualismo*. Ela é, aliás, fruto do clima de individualismo em que floresceu, sendo natural que refletisse o *espírito do tempo*,¹³⁷ o tratamento jurisdicional *atômico* das relações

135. “Applico, -as, -avi, -atum, -are”: encostar, acomodar.

136. Cfr. Liebman, “O despacho sancionador e o julgamento do mérito”, nn. 7-9, pp. 114 ss.; Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, VIII, t. I, n. 6, p. 20, também propõe uma correção ao conceito da lide, mas para alargá-lo e sem interferir na sua significação metodológica.

137. V. ainda Barbosa Moreira, “As tendências contemporâneas do direito processual civil”, n. 3, p. 40: “a ciência do direito processual civil nasceu e desenvolveu-se no ambiente cultural do liberalismo individualista. Era natural que o *Zeitgeist* impregnasse a doutrina e a maioria das grandes codificações oitocentistas. Cfr. ainda Vittorio Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17: “a neutralidade dessas construções conceituais era apenas aparente, pois estas correspondiam em cheio à ideologia conservadora da qual a ciência havia haurido os seus princípios informadores”. E é de Galeno Lacerda essa advertência: “nada mais natural, portanto, que a própria função do processo varie conforme a época e a mentalidade reinante” (cfr. “Processo e cultura”, n. 2, p. 75). Ao longo do ensaio, demonstra a idéia fundamental, de que o processo brasileiro constitui “manifestação de uma cultura individualista”.

e conflitos, proclamado nessa fórmula, corresponde ao pensamento político-jurídico tradicional, que exhibe a jurisdição como função ardua às generalizações e voltada rigorosamente à solução de casos concretos; é esse o pensamento que herdamos da cultura jurídica romana, preocupada em dar a *cada* um o que é seu e na definição do indivíduo (*persona*) como pólo de direitos e obrigações.¹³⁸ Atribuir ao sistema processual a missão de atuar a vontade *concreta* do direito, sem maiores preocupações pela dinâmica social da própria fórmula e sem inseri-la no contexto dos demais escopos (sociais, políticos), significa resistir à realidade do *direito de massa* que vai forçando passagem para impor-se na sociedade moderna, com a propensão e toda conveniência da *molecularização* do serviço jurisdicional. Vivemos uma época de intensas transformações sociais, com os homens partilhando problemas mais intensamente comuns, especialmente nas grandes cidades; o movimento em direção a elas, mais o consumismo fruto da urbanização e das modernas técnicas de comunicação favorecendo a eficiência do *marketing* e as angústias da insatisfação, mais os gravíssimos problemas habitacionais, mais as naturais deficiências de abastecimento – tudo isso e mais a complexidade dos problemas contemporâneos que os sociólogos vêm pondando em destaque são fatores responsáveis, nesta nossa era, por “uma descontinuidade acentuada com a que a precedeu”;¹³⁹ e a observação fenomenológica dos novos fatos, relações, necessidades e angústias do tempo presente mostra que em tempos assim acaba por chegar a graus mais sensíveis a “tensão entre a norma e a realidade”.¹⁴⁰

veu-se no ambiente cultural do liberalismo individualista. Era natural que o *Zeitgeist* impregnasse a doutrina e a maioria das grandes codificações oitocentistas. Cfr. ainda Vittorio Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, p. 17: “a neutralidade dessas construções conceituais era apenas aparente, pois estas correspondiam em cheio à ideologia conservadora da qual a ciência havia haurido os seus princípios informadores”. E é de Galeno Lacerda essa advertência: “nada mais natural, portanto, que a própria função do processo varie conforme a época e a mentalidade reinante” (cfr. “Processo e cultura”, n. 2, p. 75). Ao longo do ensaio, demonstra a idéia fundamental, de que o processo brasileiro constitui “manifestação de uma cultura individualista”.

138. Cfr. Orestano, “Azione – storia del problema”, n. 3, p. 19: o famoso esquema *personae-res-actiones* (manifestação do individualismo romano).

139. E daí “a crise de autoridade e de legitimidade por que passa o mundo contemporâneo” (Faria, *Poder e legitimidade*, p. 15).

140. Cfr. Faria, *op. cit.*, p. 42. E é nesse contexto que há de ser vista a gravíssima problemática social das invasões urbanas, conformando-se o sistema jurídico posi-

Nesse quadro de descompassos, especialmente notando-se que as tendências solidaristas inerentes ao Estado social tornam inadequadas as soluções individualistas contidas na lei, é preciso então dar à fórmula *atuação da vontade concreta* a desejável interpretação dinâmica; o *concreto* deixa de identificar-se com o “individual” e não há de passar, portanto, a níveis tais de redução da realidade, que invariavelmente só mesmo direitos e interesses de uma pessoa só e particularizados em uma concreta situação jurídica só, possam ser objeto da atuação jurisdicional. Como muito sugestivamente se disse, ao trato *atômico* das relações jurídicas os novos estilos de vida e sociedade exigem que suceda o seu tratamento *molecular*.¹⁴¹ Constituem vigorosa afirmação dessa diretriz imposta ao direito processual pelo atual modo de ser da vida em sociedade, onde se multiplicam os problemas comuns, as quebras da ortodoxia processual segundo a lei posta, que foram observadas em pesquisa levada a efeito a partir de invasões urbanas ocorridas no Grande Recife: teve-se o *Código de Processo Civil em questão*, no sentido de que, para o tratamento *molecular* das gravíssimas situações sociais criadas, era preciso adaptar seus dispositivos de conformação individualista, aos fenômenos processuais coletivos que então surgiram.¹⁴² Outra manifestação expressiva é a *tendência generalizada à ampliação da legitimidade ad causam* ativa, de modo que com mais agilidade o Poder Judiciário possa positivar soluções mediante uma só atividade envolvendo toda uma comunidade de pessoas ligadas por interesses comuns (interesses coletivos, legitimação de associações, *class actions*); ou de modo a tornar possível a proteção, antes negada, a interesses que não se polarizam ou individualizam em nenhuma pessoa, justamente por pertencerem a todos (interesses difusos, ação civil pública).

Entende-se pois que a vontade concreta *do direito*, referida na fórmula em exame, não é necessariamente vontade da lei para a solução

tivado com a inserção do *direito inoficial*, portador de soluções casuísticas angustiosamente conquistadas (*cf.*: Tércio Sampaio Ferraz Jr., “O oficial e o inoficial”, esp. n. 4, pp. 111 ss.).

141. *Cfr.*: Watanabe, palavras ditas em conferências.

142. *Cfr.*: Joaquim Falcão, “Justiça social e justiça legal”, IV, pp. 87 ss. (questões sobre a legitimidade das partes, os prazos processuais e, em geral sobre o modo de ser do processo diante das situações excepcionabilíssimas que os casos apresentaram); nos casos considerados, pôs-se de modo muito crítico o dilema entre “a submissão do homem à técnica, ou a humanização desta” (Gelsi Bidart, *Proceso y época de cambio*, I, p. 423 – *cf.*: *infra*, n. 36.2).

de conflito envolvendo estritamente dois antagonistas perfeitamente personalizados e individualizados, em uma situação jurídica reduzida à singularidade. O verdadeiro sentido atual da fórmula precisa ser descoberto através dessa observação do social agindo sobre o jurídico, gerando a inexorabilidade da agilização e universalização da Justiça.¹⁴³ Feito esse desconto, o acerto da fórmula reside em primeiro lugar no repúdio às idéias da teoria unitária do ordenamento jurídico; e a aparente inadequação às exigências sócio-jurídicas do tempo, superáveis mediante a interpretação dinâmica proposta, não lhe é peculiar mas inerente à visão puramente jurídica do sistema processual (a *justa composição da lide* é também algo estritamente individualista, agravado pelo privatismo que revela). Depois, a alusão ao *concreto* contém também em si a advertência para a realidade do exercício fragmentário da jurisdição, o qual, se não há de fechar-se no exagero da orientação *atômica*, por outro lado é inadequado para as soluções tão genéricas quanto a lei e abstratas a ponto de perderem qualquer referibilidade a pessoas, fatos e circunstâncias da vida real.¹⁴⁴

143. A realidade das relações jurídicas pluri-individuais exerce pressão no sentido de se lhes ofertarem vias processuais compatíveis com o seu próprio modo de ser.

144. *Cfr.*: Súmula 239 STF: “decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. Tal é uma inerência do sistema processual tradicional, de marca profundamente *singularista*, em que cada processo só se destina a produzir efeitos rigorosamente limitados ao caso concreto *in judicium deductum*. Por isso é que a coisa julgada não vincula terceiros (art. 472), circunscreve-se à causa posta em julgamento em sua triplíce identidade (art. 300, §§ 1º a 3º) e não abrange a motivação (art. 469, incs. I e II): limites subjetivos e objetivos da *res judicata*, herdados dos romanos. Falta ainda a disciplina técnico-processual adequada à *molecularização* das decisões, mas todo o sistema exerce pressão nesse sentido, seja pela coletivização da própria vida e dos interesses das pessoas (difusos, coletivos, individuais homogêneos), seja pelas inovações coletivizantes apresentadas na própria ordem jurídico-positiva. É pensar (a) no mandado de segurança coletivo (Const., art. 5º, inc. LXX), (b) na ampla legitimação das entidades associativas e sindicatos (art. 5º, inc. XXI), (c) na legitimação de entidades representativas para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), (d) na ação civil pública em prol do meio ambiente e outros valores (Const., art. 129, inc. III; art. 216 e art. 225; lei n. 7.347, de 24.7.1985), (e) nas ações coletivas em defesa do consumidor (Cód. cons., arts. 91 ss.), (f) na ação civil pública de proteção aos menores e adolescentes (arts. 141 ss.). Nesse quadro, falta pouco para se tomar consciência de que já não temos aquele sistema *singularista* de feição romana, consagrado no Código de Processo Civil. É chegado, pois, o momento de repensar a Súmula 239 na busca de meios técnico-processuais para mais um passo direcionado à *universalização da jurisdição*, *molecularizando* os serviços jurisdic-