

ALÉM DA CONDENAÇÃO*

Jeferson Dytz Marin**

Carlos Alberto Lunelli***

RESUMO: A ação condenatória representa um elemento que contribui para a ausência de efetividade do processo. A necessidade de utilização de um processo posterior, pelo titular da pretensão, milita contra a celeridade processual. Por outro lado, carrega exclusivamente para o autor o ônus processual: o titular de uma pretensão haverá de esperar a condenação para, somente então, ver iniciada a execução, capaz de atingir a realidade e de garantir o efetivo papel do direito processual.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Condenação. Pretensão. Efetividade.

Introdução

É curioso observar uma ciência que se propõe ao papel de realizadora de pretensões, como é o Direito Processual Civil, e que mantém institutos que impedem o cumprimento dessa missão. A ação condenatória – ilustre representante do sistema de ações do Processo Civil – opera exatamente no sentido inverso ao da realização das pretensões que se apresentam e, mesmo assim, paira incólume entre os tradicionais institutos do Direito Processual.

Na verdade, nem bem de ação se trata. Constitui não mais do que um passo para a ação de execução, mas, mesmo assim, agrega uma sustentação em grande parte da criação intelectual que opera no Direito Processual, representando o produto de uma construção histórica, ideologicamente comprometido.

Para compreender a representatividade da ação condenatória para o Direito Processual Civil, é preciso considerar que a ciência processual, como a Ciência do Direito em todos os seus ramos, está assentada no paradigma racionalista, que influencia a doutrina moderna.

1 Ciência processual e ação condenatória: uma construção histórica

O Direito Processual constitui-se numa ciência que enfrenta um paradoxo constante. De um lado, a espera da segurança jurídica absoluta, o anseio pela uniformidade

* Enviado em 31/10, aprovado em 16/11, aceito em 18/11/2011.

** Doutor em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul; membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil; membro do Instituto de Estudos Municipais. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: jefersonlunellimarinadvogados@gmail.com.

*** Doutor em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos; mestre em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos; professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul; membro do Instituto de Estudos Municipais; advogado. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: calunelli@gmail.com.

das decisões judiciais e a sistematização de seus códigos e instrumentos; de outro, a expectativa do mundo contemporâneo, tão diferente daquele do século passado.

Esse paradoxo é determinado, em grande parte, por fatores históricos, destacando-se especialmente o jusracionalismo, que teve influência decisiva para a Ciência do Direito contemporâneo. Incorporaram-se métodos de raciocínio e dedução lógicos, numa indevida absorção do espírito científico peculiar daquele momento histórico. A propósito, Wieacker (1967, p. 309) elege como a mais importante contribuição do jusracionalismo para o direito privado europeu o seu sistema, afirmando que “para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos”.

E, juntamente com os códigos, absorveu-se o componente ideológico, que impregna o Direito em sua essência. A própria estruturação dos códigos é o produto de um arranjo ideológico, no dizer de Tarello (1995, p. 40): “No obstante el valor unívoco que la reflexión del siglo XIX ha dado al *código*, no es una ideología, sino que es la confluencia de diversos y discrepantes complejos ideológicos, que vemos presidir la gestación de los derechos codificados”.

Ainda, a partir do paradigma racionalista, impôs-se a criação e surgimento de um direito mais eficaz na consecução de objetivos políticos e econômicos. Não se pôs tanto o direito como uma instância de cooperação, mas conferiu-se um caráter mais instrumental. Ao reconhecer tal circunstância, José Reinaldo Lima Lopes (2002, p. 181) afirma que “o novo direito deverá ser cada vez mais *procedimentalista*”.

A herança jusracionalista é potencializada no Direito Processual Civil, classificado como *direito abstrato*, que permanece distante do “mundo dos fatos”, numa eficaz assepsia, que impede a contaminação do processo pelos agentes que “assombam” a realidade.

A abstração do Direito Processual contribui para realimentar os propósitos de exatidão, herdados do jusracionalismo, numa cadeia circular e crescente. É o que confirma a tendência, historicamente presente, de reconhecer que a jurisdição seja apenas declaratória de direitos.

Viável para os escassos casos em que o autor de uma ação apenas pretenda a declaração da existência ou não de uma relação jurídica, essa histórica tendência produz resultados perniciosos, quando a pretensão posta em juízo tem dimensões diferentes, frustrando ou, pelo menos, retardando a realização da justiça.

Numa visão ortodoxa, a autonomia do sistema processual justifica teoricamente a manutenção do sistema. Porém, a justificação está muito distante da efetividade que cada vez mais se espera do processo, que se torna um instrumento intangível e absolutamente desinteressado do conflito nele representado. Esse desinteresse não está a representar a desejada imparcialidade que se espera da jurisdição, mas serve, sim, aos compromissos ideológicos do processo.

Afeiçoado às demandas plenárias, o processo mantém institutos que contribuem para a sustentação dogmática da ideologia que o impregna. Entre esses institutos, está

a estruturação das ações, que regulam a atividade jurisdicional e, no dizer de Jhering (1943, p. 20) “representam, pelo menos nominalmente, um grande papel”.

De acordo com a eficácia do provimento reclamado, as ações do processo de conhecimento encontram tríplice divisão, segundo a maior parte dos processualistas: declaratórias, constitutivas e condenatórias. Tal concepção tem profundas raízes ideológicas, mantendo a fidelidade do processo ao mesmo modo de produção que atravessou os séculos.

Pontes de Miranda (1998, p. 135) classificou essas mesmas ações do processo de conhecimento, de acordo com sua carga de eficácia - ou de resultado - em cinco espécies, acrescentando às declaratórias, constitutivas e condenatórias também as espécies mandamentais e executivas. Ao registrar a espécie condenatória, Pontes de Miranda classifica-a como aquela que “supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado contra direito, ou tenha causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*com-damnare*)”. Esse conceito, de fato, não é nem mesmo capaz de conceituar, porque, em princípio todas as ações, também as constitutivas, declaratórias, executivas e mandamentais poderiam enquadrar-se nesse “obrar contra o direito”.

De qualquer maneira, o trabalho de Pontes de Miranda não justifica de forma satisfatória o estabelecimento da ação condenatória. Mesmo que se reconheça o contributo do jurista, manteve ele estreita ligação com o paradigma dogmático, afinado à herança do racionalismo. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva (2001, p. 249) “A “teoria da constante quinze”, a reverência que Pontes prestou ao racionalismo, a sedução pelas soluções matemáticas, permitiu-lhe apegar a relevantíssima construção das sentenças executivas e mandamentais... de modo que o sistema fosse afinal preservado”.

Embora Pontes de Miranda tenha reconhecido que as ações acumulam diferentes eficácias, deixou de perceber que a ação condenatória registra uma peculiaridade dentre as cinco espécies: é a única que exige, para realização da pretensão nela afirmada, a utilização de um processo posterior.

Quem busca em juízo apenas uma declaração prescinde de qualquer outra providência, tão logo obtida a prestação jurisdicional. Os efeitos *ex tunc* da declaração realizam-se pelo próprio provimento judicial. Igualmente, aquele que pretende criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica - e o faz mediante a ação constitutiva - tem na ação proposta a suficiência para sua pretensão.

Igualmente é o caso do autor que pode se valer da ação mandamental e da ação executiva: o provimento judicial realiza a própria pretensão do autor, sendo desnecessária a utilização de processo judicial posterior. No entanto - aqui, situação diversa e peculiar - registra-se o autor que se vê obrigado a trilhar o caminho da ação condenatória: uma vez alcançado o provimento jurisdicional condenatório, se o réu não cumprir voluntariamente a condenação, o autor ver-se-á forçado a requerer nova providência jurisdicional, desta vez para obter o cumprimento da condenação.

De fato, a ação condenatória é aquela que traz a ideia de “invasão da esfera jurídica do demandado” (BAPTISTA DA SILVA: 2003, p. 46) e representa, no Direito Processual Civil, um processo anterior ao de execução.

Essa necessidade de utilização de dois processos judiciais, distintos e para um único fim, certamente conspira contra a efetividade do processo (FRANCISCI, 1954, p. 556), mas tem suas raízes ainda no Direito Romano, que acaba determinando alguns institutos do Direito Processual contemporâneo, sustentados numa visão exegética e dogmática que atende a compromissos ideológicos.

Mais que isso: a equivocada compreensão do conceito de condenação implica distorção de outros institutos, decisivos para a Ciência Processual. Por exemplo, é a partir da condenação que os juristas construíram a teoria da ação, criando a categoria das ações processuais e, ainda, permitiram-se desvirtuar outros institutos, comprometendo decisivamente o cumprimento do papel do Direito Processual, como é o caso da ação reivindicatória.

Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva (2003, p. 221), com ímpar perspicácia, afirma que a pandetística germânica, os juristas franceses do Século XIX e os primeiros processualistas daí surgidos promoveram verdadeira “falsificação histórica” ao generalizarem o instituto da ação condenatória, “transformando em obrigacional todas as pretensões trazidas ao processo”, e, assim, desfiguraram a *vindicatio* romana, o que, atualmente, implica enfraquecimento da ação reivindicatória.

Jhering trouxe uma das justificativas que demonstram o descompasso entre os legados do direito romano e a efetividade do processo: os institutos herdados sustentam-se descontextualizados. No direito romano, o demandante não tinha necessidade do auxílio do juiz para realização do seu direito, já que procedia de acordo com a justiça privada. É por isso que o romanista afirma “o juiz do direito antigo não impõe nada ao demandado, não lhe dá nenhuma ordem em nome do Estado; não faz mais do que dar às partes o auxílio de seus conhecimentos jurídicos” (JHERING, 1943, p. 131).

O mesmo autor afirma que, no direito romano, o ofício do juiz apenas destinava-se a demonstrar às partes o direito, nos casos duvidosos. Mas, como prossegue o romanista, a sentença do juiz não produzia nenhum efeito que as partes não pudessem obter por outro caminho (JHERING, 1943, p. 131).

A propósito dessa atuação da jurisdição, Liebman (1952, p. 20) refere que “A nota saliente do processo romano clássico é o seu caráter privado”, reconhecendo logo a seguir que, no sistema de composição das lides entre os cidadãos, o Estado funcionava no início como um árbitro.

A desconsideração desse aspecto é decisiva: o direito moderno aceitou os institutos do direito romano - por exemplo, a ação condenatória - sem considerar as circunstâncias em que se inseriam e, nem mesmo, sem perceber o momento em que existiram. A partir daí, a visão dogmática e exegética encarrega-se da sustentação desses institutos. É o perigo de perder-se a dimensão histórica, bem como de afastar-se da análise sob o enfoque hermenêutico.

É claro que a herança histórica opera em benefício da humanidade. O caminho já trilhado pelo homem não pode ser desconsiderado. Mas é preciso reconstruir a história, repensando os institutos e não simplesmente aceitando-os como verdades inatacáveis.

É de Larenz (1994, p. 178) a sustentação de que o Direito constitui-se num fenômeno histórico - e apresenta-se sob outro aspecto quando assim considerado.

Retornando à ação condenatória, é fácil perceber que, bem analisando, essa ação sequer ensejaria classificação distinta da ação declaratória: ambas têm inicialmente o mesmo propósito, isto é, obter do juízo uma certeza. Porém, já o Direito Romano distinguia a ação condenatória daquela declaratória. Nesse sentido e depois de discorrer sobre a *condemnatio* como um dos elementos das *formulae*, Francisci (1954, p. 154) afirma que “También hay *formulae* sin *condemnatio*, como las referentes a acciones de mera comprobación, encaminadas corrientemente a fijar los presupuestos de un juicio futuro, y designadas, por tanto, con el nombre de *praeiudicia*...”.

A condenação representa o estabelecimento da certeza acerca de um fato jurídico, que implica uma sanção. Trata-se de atividade declaratória do juiz, que contém a imposição da responsabilidade. Mesmo assim, não perde seu caráter de declaração. Nesse sentido, Carnelutti (1971, p. 57) afirma que “la condena a su vez se resuelve en la declaración de certeza de la responsabilidad”.

O Direito Processual Civil mantém a histórica distinção romana, ao tratar de forma diversa as ações condenatórias e declaratórias, tanto que não aceitou a execução da sentença declaratória, ensejando uma ilógica - senão absurda - conclusão: aceita-se a execução fundada no título executivo extrajudicial (que representa uma declaração de existência de crédito entre as partes) enquanto se refuta a execução fundada na sentença declaratória judicial, sempre ao argumento de que lhe falta o comando condenatório.

Mas o que representa, efetivamente, o comando condenatório?

Scialoja (1954, p. 161) reconhece o caráter da ação condenatória, pré-condição para o processo de execução, ao afirmar que “La condena, pues, es la última parte de la formula, y aquella con que se llega a un resultado ejecutivo; el juez, *si paret* todo lo que está contenido en la *demonstratio* y en la *intentio*, condena; *si no paret*, absuelve...”

O Direito Romano já referia duas importantes classes de ações: as ações pessoais, derivadas do direito obrigacional, e as ações reais, todas as que não envolvessem obrigações. A esse propósito, Savigny (1893, p. 14) afirma: “Il contrapposto delle due specie è così determinato: *in personam* dicesi l'azione introdotta a tutela di una *obligatio*; *in rem* quella a tutela di un qualunque altro diritto straneo alla sfera delle *obligationes*”.

Por sua vez, Biondi (1952, p. 80) também faz essa distinção, ao estabelecer que tal decorre de outra mais antiga, entre *vindicatio* e *actio*, e também reconhece que representam a expressão de noções jurídicas distintas “piuttosto che distinzione nel senso di un concetto più ampio, si presenta come espressione di due nozioni giuridiche diverse, le quali corrispondono ai concetti fondamentali di *dominium* ed *obligatio*”.

No direito romano, as pretensões fundadas nos direitos pessoais - a *obligatio* - eram resolvidas na esfera privada, através da *actio*. Como afirma Ovídio Baptista da Silva:

[...] essa forma de proteção jurisdicional supunha a incoercibilidade inerente à primitiva *obligatio* romana, que não permitia a execução jurisdicional *in natura*, dando ensejo, no máximo, a uma sentença de condenação, em que o juiz não

executava, limitando-se a reprovar o ilícito e recomendar o cumprimento da obrigação pelo condenado. (BAPTISTA DA SILVA, 2001, p. 15)

Nesse mesmo sentido, Liebman registra que, ao proferir a condenação romana, a *condemnatio* tinha a eficácia de fazer surgir uma nova obrigação. A partir dessa sentença, o direito romano concedia ao condenado o prazo de 30 dias para prover-se em dinheiro e cumprir sua obrigação. Esse lapso fazia também o efeito de tornar incerta a obrigação, exigindo então a *actio* que, de acordo com o autor, “era necessária porque, no momento em que se queria iniciar a execução, havia entre as partes uma obrigação incerta em sua existência” (LIEBMAN, 1952, p. 24).

A herança do direito romano definiu o sistema processual contemporâneo, tornando absolutamente distintas as formas de prestação da atividade jurisdicional.

Certamente, como já referido, não se trata de uma herança plena, porque já no Direito Romano havia outros institutos, que se prestavam à tutela do direito obrigacional e foram abandonados no decorrer da história da humanidade. Embora no direito romano o direito obrigacional encontrasse solução por intermédio da *actio*, é do rigor de outros mecanismos, inclusive penais, que se alcançava a tutela plena.

2 A dicotomia entre cognição e execução: um óbice à efetividade processual

O Direito Processual Civil herdou a ação condenatória, que representa a imposição de *obrigação* ao réu, comando mágico que permite a sua posterior execução. Reside nesse ponto um dos aspectos fundamentais que envolvem tal ação, que apenas se presta a criar o título executivo judicial, a ser objeto de processo posterior, o de execução.

A separação entre a atividade cognitiva da atividade executiva – como se fossem duas expressões de jurisdição diversas – é reconhecida por Ovidio Baptista da Silva, que a justifica entendendo-a:

Muito próxima do esquema jurídico romano, no qual era nítida a distinção entre a estrutura do direito obrigacional, que tinha expressão no procedimento da *actio*, em que a execução era impossível, e as formas peculiares ao direito real, nas quais o elemento coercitivo, imperativo, era transparente. (BAPTISTA DA SILVA, 2001, p. 12)

O direito romano mantinha essa separação da atividade cognitiva da executiva. Acerca da atividade cognitiva, Savigny (1893, p. 74) afirma: “La denominazione più generale di quest’incaricato di pronunziare la sentenza era *iudex*...”

Na mesma linha, Alfredo Buzaid (1956, p. 18) reconhece até mesmo a separação do processo de declaração em duas fases distintas: “A primeira se encerra com a *litis contestatio*; a segunda com a sentença proferida pelo *iudex*, que era cidadão privado”.

Tanto no seu período primitivo quanto em grande parte do período clássico, o direito romano manteve essa separação do processo em duas fases, como reconhece Francisci (1954, p. 184), que atribui o fato ao espírito que dominava o antigo Processo Privado Romano.

Galeno Lacerda vai mais longe, assegurando que a divisão do processo romano em duas fases, remonta a um passado mais longínquo, entendendo-o como um costume ou das tribos indo-europeias ou dos povos pré-indo-europeus. Conclui, pois, que “as instituições do pretor e do árbitro já provinham de um passado longínquo quando Roma nasceu. Nada autoriza dar-lhes foro de cidadania romana e muito menos origem política própria de peculiaridades locais” (LACERDA, 1985, p. 19).

De qualquer maneira, mesmo que de origem anterior ao próprio direito romano, a divisão do processo romano é justificada, nas palavras de Jhering (1943, p. 17), pela “necessidade de fixar a atenção do juiz num ponto único, que foi o que deu nascimento ao sistema romano das ações”.

Essa separação também encontraria justificativa na própria concepção da jurisdição, como atividade secundária do Estado. Somente nos casos em que os litigantes não se compuseram de forma primária é que interessa ao Estado a atuação jurisdicional. Francisci (1954, p. 184), a tal propósito, reconhece que “El Estado sólo se preocupa de impedir o limitar el ejercicio de la venganza privada, y no toma para sí la misión de hacer justicia, cosa que confía a un árbitro, después de haber eliminado el período de la lucha individual”.

Ainda, justificar-se-ia essa separação pelo caráter analítico que dominou as ações dos romanos. Para cada pretensão, uma ação distinta e independente da outra, ainda que fundadas no mesmo fato. Jhering (1943, p. 21) explica, acerca disso, que “para o direito antigo, a *actio mixta* constitui uma deformidade, uma falta contra os princípios elementares de sua técnica”.

Os processualistas têm sustentado a naturalidade dessa estrutura, exatamente por amparar-se na ideia de função declarativa da jurisdição, numa leitura dogmática que carrega consigo, certamente, componentes ideológicos que fazem do processo um sistema que serve à manutenção da estrutura. Veja-se que Carnelutti justifica a necessidade de existência dos dois processos, de cognição e de execução, na diversidade de lides, aduzindo que, em algumas delas, apenas se verifica a discussão (função declarativa da jurisdição); em outras, por verificada também a lesão, existe o interesse na função executiva, além da declarativa; e, ainda, há outras em que existe apenas o interesse na função executiva. Ou seja: “Hay litis en las que la pretensión se contradice tanto mediante la discusión (de la tutela) como mediante la lesión (del interés); hay otras en las que se da o la simple discusión o la simple lesión” (CARNELUTTI, 1952, p. 69).

O que se tem observado, todavia, é que a complexidade das relações modernas conduz a uma ampliação do espectro do direito obrigacional, fazendo com que grande parte das demandas que chegam ao Judiciário tenham propósito de reparação da “lesão”, como citado por Carnelutti. Mas quem propõe ação judicial, quando há a lesão, quer efetivamente a sua reparação e não apenas a declaração judicial do dever de indenizar. É esse aspecto que é preciso perceber, sob pena de se comprometer a efetividade do processo.

As relações jurídicas são distintas e possuem características diversas. E as diferentes formas de proteção conferidas pelos ordenamentos às diversas relações que se

estabeleceram ao longo da história da humanidade representam formas diversas de ação que se apresentam ao indivíduo.

No caso do direito romano, foi somente a partir da intervenção do pretor que se passou a conceber a possibilidade de cumulação de ações e, também, a intervenção direta do Estado, independentemente da atuação do juiz privado, como no caso dos interditos.

É de Francisci (1954, p. 577) a clara explicação acerca dos procedimentos interditaes do direito romano, quando diz que: “Los *interdicta* son órdenes que daba el magistrado en virtud de su *imperium* bajo el supuesto de que existían determinadas condiciones”. Jhering (1943, p. 125) insere os interditos na justiça privada, onde se restringia à atividade do demandante a realização do direito, justificada em face do direito incontestável e evidente: “O Pretor não executava pessoalmente, ou por meio de seus lictores, senão que autorizava ao demandante a tomar por si mesmo as medidas necessárias”.

Também aqui é possível perceber o comprometimento ideológico do processo: a ação condenatória é dessa forma por ser herdada da concepção romanista, mas os interditos já existiam no direito romano, demonstrando o reconhecimento da insuficiência da *condemnatio* para todas as pretensões postas em juízo.

Aliás, Jhering (1943, p. 237) reconhece que a atividade do pretor era, por vezes, obstaculizada pela *legis actiones*, quando diz que: “O sistema da *legis actiones*, que permitia, por um lado, o livre desenvolvimento do direito, paralisava, no entanto, por outro e em certos pontos, de maneira absoluta, os esforços da jurisprudência e do Pretor, aos que opunha um abismo insuperável”.

Fiel aos seus compromissos ideológicos, todavia, a ação condenatória atravessou o tempo, sustentando-se como um dos institutos do processo civil, mesmo diante das sucessivas e quase inacreditáveis mudanças por que passou a sociedade. E a relevância da investigação acerca do efetivo papel a ação condenatória é claramente percebida por Ovídio Baptista da Silva (2001, p. 48): “A atualidade da análise do conceito de condenação revela-se quando se constata que foi através dela que se manteve o sistema exageradamente “privatizado”, através da redução de todo o direito material ao Direito das Obrigações”.

Essa privatização do processo, produto da redução do direito material ao Direito das Obrigações, operou uma deficiência na compreensão do conceito de pretensão, deixando de fora as ações executivas e mandamentais – que representariam os interditos romanos – e, como refere Ovídio Baptista da Silva (2004, p. 16), “para assegurar o vínculo do direito processual com a doutrina da “divisão dos poderes”. De fato, a atividade jurisdicional resta limitada à função de dizer o direito, relegando-se a atividade executiva para momento posterior do ato jurisdicional.

O componente ideológico do processo não é percebido pelos seus operadores, porque é da essência da ideologia a dissimulação: aquele que está envolvido no processo não é capaz de reconhecê-la, como afirma Paul Ricoeur (1986, p. 66): “A ideologia designa, então, inicialmente, alguns processos dissimulatórios, distorcidos, pelos quais um indivíduo ou um grupo expressa a sua situação, mas sem o saber ou sem o reconhecer”.

Esse componente ideológico, que permeia o Direito Processual Civil, permitiu sua afirmação como ciência autônoma e descomprometida com a realização do direito material. Serviu, por outro lado, a consolidar a formação dogmática, pela criação de institutos vinculados à herança do racionalismo. Entre eles, está a própria sustentação das *ações processuais*, que prescindem dos fatos sobre os quais deverão incidir.

É possível afirmar que a justificação doutrinária da ação condenatória foi responsável pelo estabelecimento do conceito de ação processual. Essa construção conceitual de *ação como categoria meramente processual* permite manter-se fiel à cientificidade, prescindindo dos fatos: é a exatidão científica, verdadeira homenagem que, ao longo do tempo, o processo continua prestando ao racionalismo.

Essa construção é produto de uma abstração processual, sustentada nas diversas teorias criadas com o propósito de explicar e justificar os conceitos de ação. O interessante é que, para manter a fidelidade ao racionalismo, o processo deixou de lado corretos e adequados entendimentos, entendendo-os “superados”. Assim é que Ovídio Baptista da Silva (2004, p. 18) afirma que a teoria civilista da ação, repudiada pelos processualistas modernos, expressa efetivamente o adequado conceito de ação de direito material: “A chamada ‘teoria civilista’, ao contrário do que se tem dito, não é uma errônea compreensão da “ação” processual. É uma corretíssima definição da ação de direito material!”.

A subserviência às ideologias fez o processo resistir ao longo dos séculos, mantendo-o inclusive mais conservador, resistindo mais às mudanças sociais do que o direito material. De fato, o direito processual é mais resistente às mudanças, contribuindo para a conservação da estrutura vigente. Jhering (1943, p. 14) reconhece que isso é próprio da estrutura processual. Assim justificando essa constatação: “A mudança de idéias de um povo e as transformações que se operam na sua vida, influem menos no processo que nas instituições da substância do direito; as ideias morais não influem naquele, e tudo se reduz a uma questão de oportunidade”.

Enfim, pela sua peculiaridade, o processo torna-se o instrumento propício para servir aos interesses de conservação do *status quo*. A ação condenatória, plenária em sua essência, é um dos meios que permitem o alcance desse propósito.

E o sistema processual deve servir aos seus propósitos, instrumentais na garantia e realização do ordenamento objetivo. Justificando essa ideia e analisando a evolução do sistema jurídico, Salvatore Satta (1967, p. 122) afirma: “Es, como se ve, toda uma lenta labor de abstracciones, que tiene sus méritos, especialmente desde un puncto de vista didáctico, pero que olvida una sola cosa: que el derecho vive en lo concreto, antes bien es lo concreto mismo”.

Ou seja: de nada adianta ao processo a perfeita estruturação sistêmica se encontra-se dissociada da realidade e distante dos propósitos do Direito, que é a regulação das concretas relações que se estabelecem entre os indivíduos. É o que Vittorio Denti (1982, p. 13) denomina da “necessidade de adaptação do processo às necessidades sociais”

apontando, como uma das possíveis soluções, a atribuição de poderes aos juízes para atuar em face das partes mais débeis.

Num tempo em que se afirmaram novos direitos nas legislações de todo o mundo, o direito ao acesso efetivo à justiça transforma-se num “direito charneira”, no dizer de Boaventura de Sousa Santos (2001, p. 167). Tanto assim se pode dizer do processo civil, que se constitui numa das principais formas de realização do direito de acesso à justiça. A ausência de efetiva realização do Direito Processual Civil implica denegação de todos os demais direitos.

A ação condenatória do processo civil moderno mantém-se fiel aos elementos políticos que justificaram sua origem, atravessando gerações de juristas e ocupando espaço como instituto processual. Todavia, trazendo novamente a ideia de Vittorio Denti, é preciso que o processo adapte-se às realidades sociais, peculiares em cada tempo. Acompanhando essa pensamento e discorrendo sobre as atribuições dos juízes frente a sociedade moderna e depois de referir as mazelas decorrentes da omissão do Judiciário no trato dos direitos difusos, Mauro Cappelletti diz:

A outra alternativa, pelo contrário, é a de que os próprios juízes sejam capazes de “crescer”, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos “difusos”, “coletivos” e “fragmentados”, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais. (CAPPELLETTI, 1993, p. 59)

No caso da condenação - mesmo reconhecendo o papel que historicamente desempenhou - é necessário perceber que o mundo contemporâneo reclama uma nova leitura do instituto, capaz de resolver as demandas sociais. A propósito, Ovidio Baptista da Silva (1997, p. 201) afirma que “é necessário que nos capacitemos de que o pêndulo da História, nos albores do novo milênio, inclina-se, decididamente, para outros horizontes, apontando e valorizando não mais a exaltação individual, mas os valores da solidariedade social”.

Partindo da vanguardeira perspectiva do jurista, é preciso repensar o papel da concepção da ação no processo contemporâneo a partir da investigação das suas origens, adotando-se postura dialético-questionadora, informada pela nova hermenêutica, que permita a superação da dogmática que sustenta tais institutos.

Essa nova concepção permite compreender que é a execução que realiza a pretensão condenatória, não a condenação em si mesma. Daí não se justifica a manutenção da atual estruturação do sistema das ações do Processo Civil. E é a partir da aceitação de um novo paradigma nessa estruturação das ações que se pode trilhar o caminho da elaboração de um processo que não permaneça distante do contexto social em que atua, nem mesmo afirme-se em si mesmo, dissociado do direito que pretende tutelar, pena de perder-se numa triste e melancólica redução à condição de servo das ideologias.

Considerações finais

Embora tenha seus pés enlameados por uma justiça incapaz de realizar seus propósitos, o jurista moderno mantém-se atrelado a uma concepção racionalista, compreendendo a Ciência do Direito como se entendem as ciências da natureza. Essa concepção faz com que busque fórmulas lógicas, quase matemáticas, elegendo o caminho indutivo, como se os fatos da vida com que opera tivessem a mesma característica das ciências exatas.

Em nível de Direito Processual, esse fenômeno é ainda fortalecido a partir de construções autônomas e da criação de institutos “puros”, que não se envolvem com a realidade, uma pureza sustentada no dogma do “processual”. Entre esses institutos, está a construção da categoria das *ações processuais* e mesmo a apropriação da ação condenatória, trazida do direito romano, sem a atenção que a necessária contextualização do instituto oferecia para os romanos.

O procedimento da *actio* romana veio ao Direito moderno de modo mais ou menos isolado ou, pelo menos, sem fazer-se acompanhar de outros institutos romanos que permitiriam a sustentação daquele sistema. Desse modo, mantém-se um Direito capenga, que se compraz a defender um instituto que não serve para garantir a realização da pretensão do autor da ação. Basta ver que a sentença proferida na ação condenatória não atende à pretensão do autor, servindo apenas para o início da ação de execução.

Esse procedimento não é produto do acaso, mas consequência dos compromissos ideológicos assumidos pelo processo e garantidos pela dogmática. A proclamada abstração do direito processual serve apenas à sustentação ideológica do sistema, porque o trata como a parte intangível, pura e que não pode ser contaminada.

Também nesse sentido, a construção histórica da condenação, fundada na ideia de jurisdição declarativa - o juiz diz, mas não faz; condena, mas não executa - e que termina por sustentar a criação da categoria das *ações processuais*, representa a subserviência do sistema ao modo de produção capitalista e de garantia da ordem vigente.

A ideologização do sistema é alimentada pela dogmática jurídica, com os requintes do racionalismo. Não se propõe o estudo investigativo. Antes, existe a própria construção do mito da *vontade da lei*, evitando a todo o custo que o operador realize qualquer atividade cognitiva investigatória e interpretativa.

Para a construção de um processo comprometido com uma nova ordem jurídica, é necessário, então, reconhecer as deficiências que se apresentam pelo quanto se escapou, historicamente, de uma discussão coerente, a partir da compreensão da ciência jurídica em sua verdadeira dimensão.

Os danos produzidos à ciência processual pela dogmática, distorcendo institutos e amoldando-os às conveniências ideológicas, aparecem evidentes na estruturação das ações, pelo tratamento dado à condenação, que serviu e serve de sustentação à construção da categoria das ações processuais, contaminando outras demandas e dando-lhes apenas a feição condenatória.

IN ADDITION TO SENTENCING

ABSTRACT: The action chatter represents an element that contributes to the lack of effectiveness of the process. The need to use a process later, by the holder of the claim, militates against the speed of the procedure. On the other hand, loads exclusively to the author the procedural burden: the holder of a claim will have to wait the sentencing to, only then, see started running, capable of achieving the reality and ensure the effective role of procedural law.

KEYWORDS: Process. Conviction. Pretension. Effectiveness.

Referências

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Direito Material e Processo. *Revista Jurídica*, n. 321, São Paulo: Nota Dez, jul. 2004. P. 22-33.

_____. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1952.

BUZAID, Alfredo. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Europa-América, 1971.

_____. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952.

DENTI, Vittorio. *Processo Civile e Giustizia Sociale*. Bologna: Il Mulino, 1982.

FRANCISCI, Pietro de. *Sintesis Historica del Derecho Romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

JHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. São Paulo: Saraiva, 1952.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Campinas: Bookseller, 1998.

RICOEUR, Paul. *Ideologia e Utopia*. Rio de Janeiro: 70, 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Europa-América, 1967.

SAVIGNY, Federico Carlo de. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1893.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano: Ejercicio y Defensa de los Derechos*. Buenos Aires: Europa-América, 1954.

TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y Política del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.